



---

Abteilung II  
B-6844/2016

## Urteil vom 24. November 2025

---

Besetzung

Richter Christian Winiger (Vorsitz),  
Richter Pascal Richard, Richterin Vera Marantelli,  
Gerichtsschreiberin Fanny Paucker.

---

Parteien

**OBERHOLZER Bauleistungen AG,**  
**OBERHOLZER Immobilien AG,**  
beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Michael Tschudin,  
Wenger & Vieli AG,  
Beschwerdeführerinnen,

gegen

**Wettbewerbskommission WEKO,**  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Untersuchung 22-0438 betreffend Bauleistungen See-Gaster  
wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5  
Abs. 3 KG (Sanktionsverfügung vom 8. Juli 2016).

## Inhaltsverzeichnis Oberholzer

<b>INHALTSVERZEICHNIS OBERHOLZER</b> .....	<b>2</b>
<b>SACHVERHALT</b> .....	<b>5</b>
<b>A. VORINSTANZLICHES VERFAHREN</b> .....	<b>5</b>
<b>A.J SACHVERHALT GEMÄSS DER ANGEFOCHTENEN VERFÜGUNG</b> .....	13
<b>A.K ANGEFOCHTENE VERFÜGUNG – SUBSUMTION</b> .....	14
<b>B. BESCHWERDEVERFAHREN VOR BUNDESVERWALTUNGSGERICHT</b> .....	<b>15</b>
<b>B.I PUBLIKATIONSVERFAHREN SEE-GASTER (B-6291/2017, B-6714/2017)</b> .....	18
<b>DAS BUNDESVERWALTUNGSGERICHT ZIEHT IN ERWÄGUNG</b> .....	<b>21</b>
<b>1. PROZESSVORAUSSETZUNGEN</b> .....	<b>21</b>
<b>2. STREITGEGENSTAND</b> .....	<b>22</b>
<b>3. GELTUNGSBEREICH DES KARTELLGESETZES</b> .....	<b>24</b>
<b>3.1 SACHLICHER GELTUNGSBEREICH</b> .....	24
<b>3.2 PERSÖNLICHER GELTUNGSBEREICH</b> .....	25
<b>3.3 RÄUMLICHER GELTUNGSBEREICH</b> .....	26
<b>3.4 VORBEHALTENE VORSCHRIFTEN</b> .....	26
<b>4. VERFAHRENSANTRÄGE</b> .....	<b>27</b>
<b>4.1 BEIZUG DER VORINSTANZLICHEN AKTEN UND NICHTOFFENLEGEN VON GESCHÄFTSGEHEIMNISSEN</b> .....	27
<b>4.2 AKTENEINSICHT IN DIE AKTEN [EINER VERFÜGUNGSDRESSATIN]</b> .....	29
<b>FORMELLE RÜGEN</b> .....	<b>32</b>
<b>5. RÜGE DER MANGELNDEN NACHVOLLZIEHBARKEIT DER ÖKONOMISCHEN ANALYSEN</b> .....	<b>32</b>
<b>6. UNSCHULDSVERMUTUNG, BEWEISLAST, BEWEISMASS UND BEWEISWÜRDIGUNG</b> .....	<b>35</b>
<b>6.1 IM ALLGEMEINEN</b> .....	35
<b>6.2 BEWEISWÜRDIGUNG BETREFFEND SACHVERHALTE VOR 2002</b> .....	41
<b>6.3 PARTEIVERHÖR VOR DER WEKO NACH ART. 30 ABS. 2 KG</b> .....	42
<b>6.4 BEWEISWERT DER SELBSTANZEIGEN</b> .....	43
<b>MATERIELLE RECHTSLAGE</b> .....	<b>47</b>
<b>7. BEZUG ZUR EMRK UND ZUM EU-RECHT</b> .....	<b>47</b>
<b>8. ART. 4 ABS. 1 KG</b> .....	<b>49</b>
<b>8.1 BEURTEILUNGSZEITRAUM/UNTERSUCHUNGSRELEVANTER ZEITRAUM</b> .....	49
<b>8.2 VEREINBARUNG BZW. GESAMTKONSENS NACH ART. 4 ABS. 1 KG</b> .....	50
<b>8.2.1 Sachverhaltliche Aspekte</b> .....	50
<b>8.2.1.1 Zum MA- und EO-System insgesamt (vgl. auch Bst. A.j.a ff.)</b> .....	50

8.2.1.2 Die Marktabklärungslisten (MA-Listen oder MAL) .....	58
8.2.1.3 Die Hagedorn-Listen (HA-Listen oder HAL) .....	62
8.2.1.4 Die konsolidierte Marktabklärungsliste (kons. MAL) .....	70
8.2.1.5 Der Datensatz Offertöffnungsprotokolle (DOP) .....	71
8.2.1.6 Die Eigenoffert-Listen (EO-Listen oder EOL) .....	72
<b>8.2.2 Grundlagen</b> .....	75
<b>8.2.3 Vorbringen der Beschwerdeführerinnen</b> .....	78
<b>8.2.4 Standpunkte der Vorinstanz</b> .....	80
<b>8.2.5 Würdigung der Rügen zur Gesamtabrede insgesamt</b> .....	82
<b>8.2.6 Vorliegen eines sachlichen Gesamtkonsenses</b> .....	85
<b>8.3 WETTBEWERBSPARAMETER AUF DER STUFE VON ART. 4 ABS. 1 KG</b> .....	93
8.3.1 Grundlagen .....	93
8.3.2 Vorbringen der Beschwerdeführerinnen .....	94
8.3.3 Standpunkte der Vorinstanz .....	95
8.3.4 Würdigung .....	95
<b>8.4 BEZWECKTE ODER BEWIRKTE WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNG</b> .....	97
8.4.1 Grundlagen .....	97
8.4.2 Vorbringen der Beschwerdeführerinnen .....	100
8.4.3 Standpunkte der Vorinstanz .....	100
8.4.4 Würdigung .....	101
<b>8.5 MARKTABGRENZUNG</b> .....	103
8.5.4 Sachlich relevanter Markt .....	104
8.5.4.3 Grundlagen .....	107
8.5.4.4 Würdigung .....	108
8.5.5 Räumlich relevanter Markt .....	110
8.5.6 Zeitlich relevanter Markt .....	111
8.5.7 Zwischenfazit zur Marktabgrenzung .....	111
<b>8.6 FAZIT ZU ART. 4 ABS. 1 KG</b> .....	111
<b>9. UNZULÄSSIGE WETTBEWERBSABREDE NACH ART. 5 KG</b> .....	112
9.4 ERHEBLICHE BEEINTRÄCHTIGUNG DES WETTBEWERBS .....	112
9.4.3 Qualitative Kriterien der Erheblichkeit - Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m Abs. 1 KG .....	113
9.4.3.1 Vorbringen der Beschwerdeführerinnen .....	113
9.4.3.2 Standpunkte der Vorinstanz .....	114
9.4.3.3 Grundlagen .....	115
9.4.3.4 Würdigung .....	118
9.4.4 Rüge der Verletzung des Bestimmtheitsgebots .....	122
9.4.5 Keine direkte Anwendung von Art. 5 Abs. 1 KG .....	122
9.5 RECHTFERTIGUNGSGRÜNDE (ART. 5 ABS. 2 KG) .....	123
9.6 FAZIT ZU ART. 5 KG .....	124

<b>9.7 NUTZUNG DER INFORMATIONEN AUS DEM MA-SYSTEM – VERANSCHAULICHT AM BEISPIEL DER MA 2009_16 (SITZUNG VON 16. APRIL 2009)</b>	125
.....	125
<b>9.7.3 Umsetzungshandlungen im Einklang mit den Handnotizen auf der MA 2009_16</b>	125
<b>9.7.3.2 Sechs Umsetzungshandlungen der Handnotizen im Beurteilungszeitraum</b>	126
<b>9.7.3.3 Projekt G) „[...]“</b>	129
<b>9.7.3.4 Zwei Umsetzungshandlungen der Handnotizen nach dem Untersuchungszeitraum</b>	132
<b>9.7.3.5 Zusammenfassendes Zwischenfazit</b>	133
<b>9.7.4 Sitzungsteilnahme der acht Unternehmen am 16. April 2009 zur MA 2009_16</b>	135
<b>9.7.5 Fazit</b>	139
<b>10. VERWIRKUNG UND VERJÄHRUNG</b>	<b>139</b>
<b>10.10 SITZUNGSPLANUNG/TEILNAHME SITZUNGEN</b>	144
<b>10.11 SCHUTZNAHMEN</b>	147
<b>10.12 SCHUTZGABEN</b>	150
<b>10.13 GELTENDMACHEN VON INTERESSEN</b>	151
<b>10.14 EO-LISTEN</b>	152
<b>10.15 FAZIT</b>	153
<b>11. SANKTIONIERUNG</b>	<b>153</b>
<b>11.1 STANDPUNKTE DER VORINSTANZ</b>	153
<b>11.2 VORBRINGEN DER BESCHWERDEFÜHRERINNEN</b>	155
<b>11.3 ALLGEMEINES/VORWERFBARKEIT</b>	155
<b>11.4 SANKTIONSBEMESSUNG</b>	156
<b>11.4.2 Basisumsatz</b>	157
<b>11.4.3 Basisbetragssatz</b>	159
<b>11.4.4 Zuschlag für Dauer</b>	163
<b>11.4.5 Erschwerungs- und Milderungsgründe</b>	165
<b>11.4.6 Verhältnismässigkeit</b>	167
<b>11.4.7 Sanktionsreduktion aufgrund langer Verfahrensdauer</b>	168
<b>12. AUFERLEGUNG VON VERHALTENSPFLICHTEN</b>	<b>169</b>
<b>13. KOSTEN DES VORINSTANZLICHEN VERFAHRENS</b>	<b>174</b>
<b>14. KOSTEN DES BESCHWERDEVERFAHRENS UND PARTEIENTSCHÄDIGUNG</b>	<b>175</b>
<b>DEMNACH ERKENNT DAS BUNDESVERWALTUNGSGERICHT:</b>	<b>177</b>

## Sachverhalt

### A. Vorinstanzliches Verfahren

**A.a** Gestützt auf die Resultate einer ökonomischen Studie eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) am 15. April 2013 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung gemäss Art. 27 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) betreffend allfällige Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Untersuchungsgebiet der Bezirke See-Gaster im Kanton St. Gallen sowie der Bezirke March und Höfe im Kanton Schwyz (nachfolgend: Untersuchungsgebiet). Diese Wettbewerbsabreden betrafen die Koordination von Submissionen sowie die Aufteilung von Bauprojekten bzw. Kunden der folgenden Gesellschaften (nachfolgend: Untersuchungsadressatinnen; vgl. act. [...], amtliche Publikation der Untersuchungseröffnung im Schweizerischen Handelsamtsblatt [SHAB] vom 23. April 2013, Nr. 77 sowie im Bundesblatt vom 30. April 2013 [BBI 2013 2999]; Sanktionsverfügung betreffend Bauleistungen See-Gaster wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG vom 8. Juli 2016, Untersuchung 22-0438, Rz. 47 f.: nachfolgend: Verfügung oder Sanktionsverfügung):

- ANOBA Holding AG, Neuhaus (nachfolgend: ANOBA),
- Oberholzer Bauleistungen AG, Neuhaus (nachfolgend: Beschwerdeführerin 1),
- Oberholzer Immobilien AG, Neuhaus (nachfolgend: Beschwerdeführerin 2; die Beschwerdeführerin 1 und 2 zusammen: Beschwerdeführerinnen),
- Bernet Bau AG, Gommiswald (nachfolgend: Bernet Bau),
- De Zanet AG, Kaltbrunn (nachfolgend: De Zanet),
- Hagedorn AG, Meilen (nachfolgend: Hagedorn),
- Implenia Schweiz AG, Dietlikon (nachfolgend: Implenia; Rechtsvorgängerin Batigroup),
- Walo Bertschinger AG, St. Gallen (nachfolgend: Walo).

Am 16. April 2013 und teilweise am Folgetag nahm das Sekretariat gestützt auf Art. 42 Abs. 2 KG gleichzeitig Hausdurchsuchungen bei fünf Bauunternehmen vor (Bernet Bau, De Zanet, Hagedorn, Oberholzer, Walo). Es klärte die betroffenen Untersuchungsadressatinnen zu Beginn der Haus-

durchsuchungen über ihre Rechte inklusive der Möglichkeit einer Selbstanzeige und deren Bedeutung auf. Das Sekretariat beschlagnahmte an den Hausdurchsuchungen auch Gegenstände gemäss den entsprechenden Protokollen. Zudem stellte es elektronische Daten sicher (Verfügung Rz. 49 f.).

In der Folge erklärten sich zwei Untersuchungsadressatinnen (die Implenia als erste Selbstanzeigerin und die Walo als zweite Selbstanzeigerin) zur Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden bereit und reichten beim Sekretariat *Selbstanzeigen* gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. der KG-Sanktionsverordnung vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5) ein (Verfügung Rz. 54 f. m.H.).

**A.b** Am 21. Oktober 2013 dehnte das Sekretariat die Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums auf folgende zwei Gesellschaften aus (vgl. act. [...], amtliche Publikation der Untersuchungseröffnung im Schweizerischen Handelsamtsblatt [SHAB] vom 5. November 2013, Nr. 214 sowie act. [...], Bundesblatt vom 5. November 2013 [BBI 2013 8427]; Verfügung Rz. 56 f.):

- Toller Unternehmungen AG, Rapperswil (nachfolgend: Toller),
- Gebr. P. und J. Reichmuth AG, Freienbach (nachfolgend: Reichmuth).

**A.c** Nachdem die Beschwerdeführerinnen Einsprache gegen die Durchsuchung spezifischer Papierdokumente und/oder elektronischer Daten erhoben hatten, wurden diese versiegelt. Am 3. Mai 2013 zogen die Beschwerdeführerinnen die Einsprache zurück. Damit verbunden war die Bitte, bei der Sichtung der elektronischen Daten anwesend sein zu können. Auch bei anderen Unternehmen kam es zu ähnlichen Einigungsvorgängen (Verfügung Rz. 51-53).

Nach Sichtung der beschlagnahmten Papierdokumente sowie einer Auswertung der elektronischen Daten, stellte das Sekretariat den Untersuchungsadressatinnen elektronische Kopien der als Bookmark qualifizierten Dokumente zu. Sämtliche Untersuchungsadressatinnen mit Ausnahme der Reichmuth nahmen Stellung, wobei das Sekretariat einige Bookmarks aufgrund der Stellungnahmen als nicht relevant erachtete und aussonderte (Verfügung Rz. 58 f.).

**A.d** Am 7. November 2013 reichte das Sekretariat bei den Kantonen St. Gallen und Schwyz Amtshilfegesuche ein, deren Gegenstand die Offertöffnungsprotokolle im Bereich Strassen- und Tiefbau und die entsprechenden Vergabeentscheide für die Periode 2004 bis 2013 waren. Daraufhin stellte das Sekretariat bei den Gemeinden der Bezirke See-Gaster, March und Höfe Amtshilfegesuche. Es verzichtete auf Amtshilfegesuche bei kleinen Gemeinden (Verfügung Rz. 60 f.). Aus den eingereichten Offertöffnungsprotokollen erstellte das Sekretariat den *Datensatz Offertöffnungsprotokolle (DOP)*, welcher einen Überblick über die öffentliche Nachfrage nach Strassen- und/oder Tiefbauleistungen im Untersuchungsgebiet bietet (Verfügung Rz. 62; 754 ff.; vgl. E. 8.2.1.5).

**A.e** Zwischen November 2013 und Juni 2014 fanden Einvernahmen verschiedener Untersuchungsadressatinnen – auch mit den beiden Selbstanzeigerinnen – statt. Am 22. Januar 2014 stellte das Sekretariat allen Untersuchungsadressatinnen gestützt auf Art. 40 KG einen ersten Fragebogen (Fragebogen I) betreffend die *Eigenofferten (EO)* zu. Alle Untersuchungsadressatinnen erhielten am 27. Mai 2014 einen zweiten Fragebogen (Fragebogen II) hinsichtlich der *Marktabklärungen (MA)*. Das Sekretariat stellte der Reichmuth, den Beschwerdeführerinnen, der Hagedorn und der Walo aufgrund von Unklarheiten in den Antworten des Fragebogens II Rückfragen. Anfangs September 2014 erhielten alle Untersuchungsadressatinnen einen dritten Fragebogen (Fragebogen III) in Bezug auf die Klärung der *Konzernverhältnisse* (Verfügung Rz. 64 ff.). Im März und im April 2015 führte das Sekretariat weitere Einvernahmen durch. Die Untersuchungsadressatinnen hatten die Möglichkeit, an den Einvernahmen der anderen Untersuchungsadressatinnen (nicht aber bei den Selbstanzeigerinnen) anwesend zu sein und der einvernommenen Person Fragen zu stellen. Am 19. März 2015 stellte das Sekretariat den Untersuchungsadressatinnen die Protokolle der Einvernahmen in elektronischer Form zu, worauf die Reichmuth, die Toller und die Beschwerdeführerinnen schriftlich zu den Einvernahmen sowie zum vorläufigen Beweisergebnis Stellung nahmen. Die Walo und die Implenia nahmen im Rahmen der Bonusmeldung Stellung (Verfügung Rz. 67 f.).

Am 15. Dezember 2014 gewährte das Sekretariat den Untersuchungsadressatinnen, nach Bereinigung der Akten um Geschäftsgeheimnisse, in elektronischer Form Akteneinsicht (act. [...–...]). Davon ausgenommen waren die Akten der Selbstanzeigedossiers (Verfügung Rz. 69). Das Sekretariat versandte den Parteien am 15. Mai 2015 zwei Datensätze (*Datens-*

ätze *Offertöffnungsprotokolle [DOP]* und *konsolidierte Marktabklärungslisten [MAL]*) als pdf- und als Excel-Dateien. Am 18. September 2015 gewährte das Sekretariat den Untersuchungsadressatinnen erneut in elektronischer Form Akteneinsicht (act. [...–...]) mit Ausnahme der Akten aus den Selbstanzeigedossiers (Verfügung Rz. 70-72).

**A.f** Das Sekretariat führte mit allen Untersuchungsadressatinnen Verhandlungen über den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung (nachfolgend: EVR). Die Bernet Bau, die Walo und die De Zanet schlossen eine EVR ab (Verfügung Rz. 73).

**A.g** Am 20. Januar 2016 stellte das Sekretariat den Untersuchungsadressatinnen den *Verfügungsantrag* (act. [...], Antrag) zu. Zugleich gewährte das Sekretariat auf elektronischem Weg Einsicht in diejenigen Verfahrensakten, welche seit der letzten Akteneinsicht neu ins Dossier aufgenommen worden waren, soweit diese nicht Informationen enthielten, welche von den Selbstanzeigern stammten. Die Unterlagen der Selbstanzeiger konnten in den Räumlichkeiten der Wettbewerbsbehörden eingesehen werden. In solche Selbstanzeiger-Akten nahmen die Beschwerdeführerinnen, die Implemia, die Reichmuth, die Toller und die Walo Einsicht. Auch in die seit dem 20. Januar 2016 neu hinzugekommenen Verfahrensakten gewährte das Sekretariat fortlaufend Einsicht (Verfügung Rz. 75).

**A.h** Die Beschwerdeführerinnen reichten am 28. April 2016 ihre Stellungnahme zum Verfügungsantrag ein (act. [...]; nachfolgend: Stellungnahme zum Antrag; Verfügung Rz. 95-97 mit Verfahrensträgen). Als einzige Untersuchungsadressatin verzichtete die De Zanet auf eine Stellungnahme zum Verfügungsantrag (Verfügung Rz. 76; zu den Stellungnahmen der anderen Parteien Rz. 77-94 und Rz. 98-113).

Die Beschwerdeführerinnen machten insbesondere geltend, dass sie mit einem unbegründeten Antrag und einer unverhältnismässig hohen Sanktion konfrontiert seien. Zudem beantragten sie Akteneinsicht in die Angaben [einer Verfügungsadressatin] zu deren finanziellen Lage (vgl. Verfügung 95-97).

Daneben reichten die Beschwerdeführerinnen zusammen mit Hagedorn, Reichmuth und Toller ein *Gutachten von Swiss Economics* als Beilage der Stellungnahme zum Antrag ein (act. [...]). Das Parteigutachten legt dar, erstens habe eine allfällige Abrede eher bis März 2008 als bis Juni 2009 gedauert und zweitens müssten die Veränderungen im Bieterverhalten

durch andere Ursachen verursacht worden sein. Ebenfalls bestreiten die Parteien im Gutachten von Swiss Economics die Erfolgsquote. Auf Wunsch dieser vier Gesellschaften hat ein Vertreter von Swiss Economics das Parteigutachten der WEKO an der Anhörung vom 20. Juni 2016 mündlich vorgestellt (Verfügung Rz. 114 f.; 834 ff., 842 ff.).

**A.i** Mit *Verfügung vom 8. Juli 2016* betreffend die Untersuchung „22-0438: Bauleistungen See-Gaster“ sanktionierte die Wettbewerbskommission (nachfolgend: Vorinstanz oder WEKO) acht Strassen- und Tiefbauunternehmen, darunter auch die Beschwerdeführerinnen 1 und 2, wegen Submissionsabreden gem. Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Art. 5 Abs.1 KG.

Das *Dispositiv* der Verfügung vom 8. Juli 2016 lautete:

1. Hagedorn AG, OBERHOLZER Bauleistungen AG, OBERHOLZER Immobilien AG, Implenia Schweiz AG, Gebr. P. und J. Reichmuth AG, Reichmuth Bauunternehmung AG, und Toller Unternehmungen AG

1.1 wird untersagt, Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;

1.2 wird untersagt, sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen; davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit

a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) sowie

b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer;

1.3 werden verpflichtet, geplante Arbeitsgemeinschaften (ARGE) in Zusammenhang mit von ihr erbrachten Strassen- und Tiefbauleistungen gegenüber dem Auftraggeber offenzulegen. Hierzu sind spätestens Im Zeitpunkt der Offerteingabe die Namen der Firmen, welche an der geplanten Arbeitsgemeinschaft (ARGE) mitwirken sollen, anzugeben. Diese Offenlegungspflicht gilt auch bei einer geplanten Arbeitsgemeinschaft (ARGE), bei der einem einzelnen Unternehmen die Führungsrolle zukommt und das als Ansprechpartnerin bzw. Verantwortliche gegenüber dem Auftraggeber auftritt.

2. Die WEKO genehmigt die nachfolgende von De Zanet AG, Walo Bertschinger AG St. Gallen und Bernet Bau AG mit dem Sekretariat der WEKO vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 19. Juni 2015 (im Fall der Walo Bertschinger AG und der Bernet Bau AG) bzw. vom 10. September 2015 (im Fall der De Zanet AG):

2.1 Die [De Zanet AG, Walo Bertschinger AG St. Gallen, Bernet Bau AG] verpflichtet sich, Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen weder um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen noch derartiges anzubieten.

2.2 Die [De Zanet AG, Walo Bertschinger AG St. Gallen, Bernet Bau AG] verpflichtet sich, sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist - oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung - nicht über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen.

2.3 Von den Verpflichtungen ausgenommen ist der Austausch von Informationen, die in Zusammenhang mit der Bildung oder Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) oder Subunternehmerverhältnissen unabdingbar sind.

2.4 Die [De Zanet AG, Walo Bertschinger AG St. Gallen, Bernet Bau AG] verpflichtet sich, geplante Arbeitsgemeinschaften (ARGE) in Zusammenhang mit von ihr erbrachten Strassen- und Tiefbauleistungen gegenüber dem Auftraggeber offenzulegen. Hierzu sind spätestens im Zeitpunkt der Offerteingabe die Namen der Firmen, welche an der geplanten Arbeitsgemeinschaft (ARGE) mitwirken, anzugeben. Diese Offenlegungspflicht gilt auch bei einer geplanten Arbeitsgemeinschaft (ARGE), bei der einem einzelnen Unternehmen die Führungsrolle zukommt und das als Ansprechpartnerin bzw. Verantwortliche gegenüber dem Auftraggeber auftritt.

3. Mit Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG wegen Beteiligung an der gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Gesamtabrede mit folgenden Beträgen belastet werden:

3.1 De Zanet AG mit einem Betrag von CHF [...].

3.2 Hagedorn AG mit einem Betrag von CHF [2.3–2.5 Mio.] sowie zusätzlich, unter solidarischer Haftung gemeinsam mit Bernet Bau AG, mit einem Betrag von [77 % des Sanktionsbetrags der Bernet Bau AG].

3.3 OBERHOLZER Bauleistungen AG sowie OBERHOLZER Immobilien AG unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von CHF [0.3–0.5 Mio.].

3.4 Implenia Schweiz AG mit einem Betrag von CHF 0.

3.5 Walo Bertschinger AG St. Gallen mit einem Betrag von CHF [0.2–0.4 Mio.].

3.6 Gebr. P. und J. Reichmuth AG und Reichmuth Bauunternehmung AG unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von CHF [0.7-0.9 Mio.].

3.7 Toller Unternehmungen AG mit einem Betrag von CHF [0.4-0.6 Mio.].

3.8 Bernet Bau AG gesamthaft mit einem Betrag von CHF [0.1-0.3 Mio.] wobei sie davon [77 % ihres Sanktionsbetrags] unter solidarischer Haftung mit der Hagedorn AG trägt.

4. Gegenüber der ANOBA Holding AG wird die Untersuchung eingestellt.

5. Der Antrag der Hagedorn AG auf Entfernung aller anlässlich der Hausdurchsuchung am 16. April 2013 bei der Hagedorn AG in der Industriestrasse 4, 8808 Pfäffikon, beschlagnahmten Unterlagen aus den Verfahrensakten wird abgewiesen.

6. Die Anträge der ANOBA Holding AG, der OBERHOLZER Bauleistungen AG, der OBERHOLZER Immobilien AG sowie der Toller Unternehmungen AG auf Einsicht in die zur Eröffnung der Untersuchung führenden ökonomische Studie der Offertöffnungsprotokolle der Strassen- und Tiefbauarbeiten, welche vom Kanton St. Gallen von 2004 bis 2010 vergeben worden sind, werden abgewiesen.

7. Die Anträge der ANOBA Holding AG, der OBERHOLZER Bauleistungen AG, der OBERHOLZER Immobilien AG sowie der Toller Unternehmungen AG auf weitere Erläuterung der statistischen Analysen und Zurverfügungstellung weiterer Codierungen betreffend die statistische Analyse werden abgewiesen.

8. Die Anträge der ANOBA Holding AG, der OBERHOLZER Bauleistungen AG, der OBERHOLZER Immobilien AG sowie der Toller Unternehmungen AG auf Anpassung der statistischen Analyse des Sekretariats an das Vorbringen des Parteigutachtens werden abgewiesen.

9. Der Antrag der ANOBA Holding AG, der OBERHOLZER Bauleistungen AG und der OBERHOLZER Immobilien AG auf weitere Untersuchung der Auswirkungen der Submissionsabreden im Untersuchungsgebiet mittels Vergleich von Kostenvoranschlägen der Vergabestelle mit den Vergabesummen des jeweiligen Zuschlagempfängers wird abgewiesen.

10. Der Antrag der ANOBA Holding AG, der OBERHOLZER Bauleistungen AG und der OBERHOLZER Immobilien AG auf weitere Untersuchung der Auswirkungen der Submissionsabreden im Untersuchungsgebiet mittels Zeugenbefragung von Herrn [...], alt [...], wird abgewiesen.

[Ziff. 11-14 Anträge der Toller]

15. Die Anträge der ANOBA Holding AG, der OBERHOLZER Bauleistungen AG, der OBERHOLZER Immobilien AG sowie der Toller Unternehmungen AG, die Sanktionshöhe, welche im Antrag des Sekretariats vom 20. Januar 2016 für [eine weitere Verfügungsadreassatin] beantragt wurde, sei über die bereits erfolgten Erläuterungen hinaus weiter zu plausibilisieren, werden abgewiesen.

16. Die Verfahrenskosten betragen CHF 977'567 und werden folgendermassen auferlegt:

16.1 De Zanet AG trägt CHF 0.

16.2 Hagedorn AG trägt CHF 131'943, wobei sie zusätzlich zu ihrem Kostenanteil CHF 81'582 unter solidarischer Haftung mit der Bernet Bau AG zu tragen hat.

16.3 OBERHOLZER Bauleistungen AG sowie OBERHOLZER Immobilien AG tragen unter solidarischer Haftung CHF 131'943.

16.4 Implenia Schweiz AG trägt CHF 131'943.

16.5 Walo Bertschinger AG St. Gallen trägt CHF 105'950.

16.6 Gebr. P. und J. Reichmuth AG und Reichmuth Bauunternehmung AG tragen unter solidarischer Haftung CHF 131'943.

16.7 Toller Unternehmungen AG trägt CHF 131'943.

16.8 Bernet Bau AG trägt insgesamt CHF 105'950, wobei sie davon CHF 81'582 unter solidarischer Haftung mit Hagedorn AG trägt.

17. Nach Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung gegenüber allen Untersuchungsadressatinnen werden die beschlagnahmten Original-Papierdokumente der jeweils berechtigten Person zurückgegeben und werden die beim Sekretariat vorhandenen, kopierten oder gespiegelten elektronischen Daten gelöscht.

18. Diese Verfügung ist zu eröffnen:

[Die Verfügung nennt alle Verfügungsadressaten samt ihren Rechtsvertretern. Hier sind bloss die Beschwerdeführerinnen und die ANOBA Holding AG abzubilden]

- ANOBA Holding AG,
- OBERHOLZER Bauleistungen AG,
- OBERHOLZER Immobilien AG,

alle drei vertreten durch: RA Dr. Michael Tschudin, Wenger & Vieli AG.

## **A.j Sachverhalt gemäss der angefochtenen Verfügung**

**A.j.a** Die *angefochtene Verfügung* legt im Wesentlichen dar, dass die acht Unternehmen an den sogenannten Marktabklärungs-Sitzungen (nachfolgend: MA-Sitzungen) ihre Zusammenarbeit im Rahmen eines Marktabklärungssystems (MA-System) bzw. Submissionslistensystems (vor 2002) und eines Eigenoffertlistensystems (EO-System) besprochen haben. Beim MA-System (vgl. E. 8.2.1.1 und 8.2.1.2) ist es um öffentliche und grössere von Privaten ausgeschriebene Projekte gegangen (Verfügung Rz. 280 ff., 856), wohingegen es sich beim EO-System (vgl. E. 8.2.1.6) um kleinere von Privaten vergebene Projekte gehandelt hat (Verfügung 864 ff.). Sowohl im MA- wie auch im EO-System sind die im Raum stehenden Projekte auf den entsprechenden Listen (Marktabklärungslisten [MA-Listen oder MAL] bzw. Eigenoffertlisten [EO-Listen oder EOL]) erfasst worden. Nach Feststellungen der Vorinstanz haben die De Zanet die aktualisierten MA-Listen und die Implenja die aktualisierten EO-Listen vor den Sitzungen, welche alle zwei bis vier Wochen stattfanden (Verfügung Rz. 289, 309 f. mit Sitzungsplan in Tabelle 1), an die acht Unternehmen versandt (Verfügung Rz. 312, 864).

**A.j.b** Auf den *MA-Listen* haben die acht Unternehmen jeweils ihr Interesse an Projekten gegenüber den anderen sieben Unternehmen mittels Sterne (grosses Interesse = „\*\*“ oder „A\*“/ kleineres Interesse = „\*“, „A“ oder „B“) kundgetan (Verfügung Rz. 575 f.; E. 8.2.1.2.2). Die MA-Listen haben keine Informationen über Schutzzuteilungen ausgewiesen. Die Vorinstanz legt dar, dass die Unternehmen in einer früheren Etappe von 1977-2002 (also vor dem Untersuchungszeitraum) noch festgehalten haben, welches Unternehmen „Schutz gab“ oder „Schutz erhielt“ (Verfügung Rz. 150 ff., 231 Abbildung 13, Rz. 230 Abbildung 11, 546). Diese Tatsachen aus der früheren Etappe erachtete die Vorinstanz für das Verständnis und die Beweiswürdigung im untersuchungsrelevanten Zeitraum von Bedeutung (Verfügung Rz. 119 ff., 150). In der untersuchungsrelevanten Etappe hätte dasjenige Unternehmen, welches das höchste Interesse an einem Projekt geltend gemacht habe, im Nachhinein den Schutz separat organisieren müssen („Lead-Unternehmen“; Verfügung Rz. 550 f., 672), sofern die acht Unternehmen nicht die „Freigabe“ über ein Projekt entschieden hatten (Verfügung Rz. 661 f., 672, 1073).

**A.j.c** Die *EO-Listen* haben die acht Unternehmen ständig um ihre Eigenofferten ergänzt. Eigenofferten (EO) haben private Bauherren bei kleineren Aufträgen (z. B. für einen Garagenvorplatz) verlangt (Verfügung Rz. 864 ff.,

871 ff.; vgl. E. 8.2.1.6). Im Kontext mit dem EO-System meldete das Unternehmen, das eine EO zuerst erstellte, diese für die EO-Liste. So wussten die anderen sieben Unternehmen, falls ein Bauherr sie zu einem späteren Zeitpunkt betreffend dasselbe Projekt um eine EO anfragte, dass sie eine höhere EO als das ersteinreichende Unternehmen vorzulegen hatten (Verfügung Rz. 903, 990, 1078).

**A.j.d** Auf den Listen der Hagedorn (HA-Listen bzw. HAL; E. 8.2.1.3) führte die Hagedorn über alle Projekte, für welche sie eine Offerte eingereicht hatte, bis zum Abschluss des Untersuchungszeitraums „Buch“. Die HA-Listen haben im Gegensatz zu den MA-Listen auch Auskunft über Schutzzuweisungen „S“ (ab 2009 wurde „I“ für Schutz verwendet), Teilschutzzuweisungen „TS“ (ab 2009 wurde „TI“ für Teilschutz verwendet) und „Freigaben“ (ab 2009 das Wort „OFFEN“) gegeben (Verfügung Rz. 681 ff.). Die Bezeichnung „TS“ oder „TI“ wurde verwendet, wenn die acht Unternehmen wussten, dass ebenfalls ein drittes Unternehmen mitbieten würde, das sich nicht an der Projektabsprache beteiligte. Dies war häufig bei der mittlerweile aufgelösten Awestra bzw. Westrag, welche die acht Unternehmen als aggressive Konkurrentin bezeichneten, der Fall. Diese hat oft die acht Unternehmen unterboten (Verfügung Rz. 711, 780, 1282, 1298).

**A.j.e** Des Weiteren hatte das Sekretariat die öffentlichen Ausschreibungen im Untersuchungsgebiet statistisch erfasst und den „Datensatz Offertöffnungsprotokolle“ (nachfolgend: DOP; vgl. E. 8.2.1.5) aus den ihm vorliegenden strassen- und/oder tiefbaubezogenen Offertöffnungsprotokollen und Vergabeentscheiden der Kantone St. Gallen und Schwyz sowie der Gemeinden im Untersuchungsgebiet der Jahre 2004-2013 erstellt (vgl. Verfügung Rz. 60 ff., 754 ff.; vgl. Bst. A.d hiavor).

**A.j.f** Zudem fertigte das Sekretariat aus den rund 90 MA-Listen einen zweiten Datensatz, die „konsolidierte MAL“ (nachfolgend: kons. MAL; E. 8.2.1.4) an (Verfügung Rz 760 ff., 763 ff.).

### **A.k Angefochtene Verfügung – Subsumtion**

**A.k.a** Dieses Vorgehen im Rahmen des MA-Systems sowie des EO-Systems beurteilte die Vorinstanz als eine Gesamtabrede (Vereinbarung) gemäss Art. 4 Abs. 1 KG (Verfügung Rz. 1194 ff., 1198-1203; E. 8.2.4) bzw. eventualiter als abgestimmte Verhaltensweise (Verfügung Rz. 1204). Die Vorinstanz bejahte sowohl ein Bezwecken wie auch ein Bewirken gem. Art. 4 Abs. 1 KG (Verfügung Rz. 1209; 8.4.3). Des Weiteren schloss die

WEKO auf eine Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern gem. Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG (Verfügung Rz. 1266-1304, 1451 ff.; vgl. dazu genauer E. 9.4.3.2). Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz verneinte die Vorinstanz (Verfügung Rz. 1305-1313).

Im Ergebnis folgerte die Vorinstanz, dass die acht Unternehmen infolge Beteiligung an unzulässigen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 KG gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren seien.

**A.k.b** Mit der De Zanet, der Walo und der Bernet Bau schloss die WEKO eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG ab (Verfügung Rz. 1315 ff., Dispositiv Ziff. 2).

Soweit die acht Unternehmen bzw. deren Unternehmensträgerinnen keine einvernehmliche Regelung abgeschlossen haben, was u.a. auch für die Beschwerdeführerinnen gilt, hat die Vorinstanz diese zu einem Verhalten verpflichtet, bei welchem vergleichbare Wettbewerbsbeschränkungen verhindert werden (Verfügung Rz. 1325, Dispositiv Ziff. 1).

**A.k.c** Die Vorinstanz auferlegte den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 eine Sanktion von CHF [0.3–0.5 Mio.] unter solidarischer Haftung. Gegenüber der Muttergesellschaft der beiden Beschwerdeführerinnen, der ANOBA Holding AG, stellte die Vorinstanz das Verfahren ein (Verfügung, Rz. 1343 ff., 1346, 1451, 1455; Dispositiv Ziff. 4). Die Implenja ging als erste Selbstanzeigerin sanktionsfrei aus (Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 8 ff. SVKG; vgl. Verfügung, Rz. 1410 f.). Der zweiten Selbstanzeigerin, der Walo, gewährte die Vorinstanz gestützt auf Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 12 ff. SVKG eine Reduktion der Sanktion im Umfang von 45% (vgl. Verfügung, Rz. 1413 ff.; zu den Sanktionsbeträgen der anderen Unternehmen, vgl. Dispositiv Ziff. 3).

## **B. Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht**

**B.a** Gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 8. Juli 2016 erhoben die Beschwerdeführerinnen am 4. November 2016 *Beschwerde* (nachfolgend: Beschwerde) an das Bundesverwaltungsgericht. Der Beschwerdeschrift lagen drei Beilagen bei (1. Vollmacht; 2. Zeitungsartikel; 3. Gutachten von Swiss Economics vom 27. April 2016 [vertraulich]; nachfolgend: Swiss Economics-Gutachten).

Die Beschwerdeführerinnen stellen folgende materielle Anträge:

- 1) Die Ziffern 1, 3 und 16 der Verfügung der Vorinstanz vom 8. Juli 2016 in Sachen Untersuchung 22-0438 gemäss Art. 27 KG (Bauleistungen See-Gaster) seien, soweit sie die Beschwerdeführerinnen betreffen, vollumfänglich aufzuheben, wobei auf eine Rückweisung zu verzichten sei.
- 2) Eventualiter zu 1.: Die Ziffern 1, 3 und 16 der Verfügung der Vorinstanz vom 8. Juli 2016 in Sachen Untersuchung 22-0438 gemäss Art. 27 KG (Bauleistungen See-Gaster) seien, soweit sie die Beschwerdeführerinnen betreffen, vollumfänglich aufzuheben und der Beschwerdeführerin 1 sei eine Sanktion in Bezug auf Einzelabreden aufzuerlegen, jedoch maximal CHF [20'000–30'000.–].
- 3) Eventualiter zu 2.: Die Ziffern 1, 3 und 16 der Verfügung der Vorinstanz vom 8. Juli 2016 in Sachen Untersuchung 22-0438 gemäss Art. 27 KG (Bauleistungen See-Gaster) seien, soweit sie die Beschwerdeführerinnen betreffen, vollumfänglich aufzuheben und an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen
- 4) Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Bundes.

und folgende Verfahrensanträge:

- 1) Es seien die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens beizuziehen.
- 2) Es seien alle im vorinstanzlichen und im Beschwerdeverfahren als Geschäftsheimnisse bezeichnete Angaben und Akten als Geschäftsheimnisse zu behandeln und gegenüber Dritten im Falle einer Publikation von Zwischenverfügungen oder dem Endentscheid oder auf andere Weise nicht offenzulegen.
- 3) Es sei Akteneinsicht in die Angaben von [einer Verfügungsadressatin] zur finanziellen Lage von [dieser Verfügungsadressatin] zu gewähren, wobei Geschäftsheimnisse, insbesondere in Bezug auf konkrete Geschäftszahlen – wie üblich –, als Bandbreiten darzustellen seien.

Die Beschwerdeführerinnen stellen insgesamt das Konzept der Gesamtabrede infrage. Sie wollen Einzelabreden geprüft haben. Ausserdem bestreiten sie die Teilnahme an Projektabsprachen und an den Sitzungen. Zudem führen sie aus, dass weder das MA- noch das EO-System eine direkte Zuteilung von Projekten umfasst habe, weshalb die Vorinstanz von einer zu weiten Auslegung von Art. 5 Abs. 3 bst. c i.V.m. Abs. 1 KG ausgegangen sei, da dieser Tatbestand nur die direkte Zuteilung von Projekten erfasse. Daher sei auch die Sanktionierung nicht angebracht.

Die Hagedorn (B-6808/2016) und die Toller (B-6849/2016) reichten ebenfalls Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht ein. Eine weitere Verfügungsadressatin hat ihre Beschwerde im Frühling 2020 zurückgezogen (Verfahren B-6998/2016; vgl. Bst. B.i, insb. B.i.f).

**B.b** Am 12. Dezember 2016 leisteten die Beschwerdeführerinnen innert Frist ihren Kostenvorschuss von Fr. 11'000.–.

**B.c** Am 6. März 2017 reichte die Vorinstanz innert erstreckter Frist ihre Vernehmlassung ein. Der Vernehmlassung waren sowohl ein von Geschäftsgeheimnissen bereinigtes Aktenverzeichnis sowie ein USB-Stick mit den vorinstanzlichen Akten, welche ebenfalls von Geschäftsgeheimnissen bereinigt waren, beigelegt. Daneben stellte die Vorinstanz auf einem weiteren passwortverschlüsselten Stick sämtliche Akten mit Geschäftsgeheimnissen inklusive Selbstanzeigen und einem Aktenverzeichnis zur Verfügung.

In ihrer Vernehmlassung stellte die Vorinstanz folgenden Anträge:

#### Antrag in der Sache

- 1) Die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

#### Verfahrensantrag

- 2) Der Antrag der Beschwerdeführerinnen auf Einsicht in die Angaben [einer Verfügungsadressatin] zur finanziellen Lage [dieser Verfügungsadressatin] sei zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen abzuweisen.

– unter Kostenfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerinnen –

**B.d** Am 24. Mai 2017 reichten die Beschwerdeführerinnen innert erstreckter Frist ihre Replik ein, in der sie vollumfänglich an den in der Beschwerde vom 4. November 2016 gestellten Anträgen festhielten (Replik Rz. 2). Ebenfalls hielten sie an ihrem Akteneinsichtsgesuch betreffend die finanzielle Lage [dieser Verfügungsadressatin] fest (vgl. Replik Rz. 19-24).

**B.e** Mit Verfügung vom 29. Mai 2017 wurde die Vorinstanz aufgefordert, sich auch im Rahmen ihrer Duplik spezifisch zu dem von den Beschwerdeführerinnen gestellten Akteneinsichtsgesuch betreffend [diese Verfügungsadressatin] zu äussern, was die Vorinstanz dann auch in ihrer Duplik vom 23. August 2017, welche sie innert erstreckter Frist einreichte, tat (vgl. zum Akteneinsichtsgesuch Duplik Rz. 7-12). So hielt die Vorinstanz in ihrer Duplik an ihrem Antrag fest, das Akteneinsichtsgesuch in die Akten [dieser Verfügungsadressatin] abzuweisen.

**B.f** Mit Verfügung vom 30. August 2017 erhielten die Beschwerdeführerinnen die Gelegenheit, eine weitere Stellungnahme einzureichen, worauf diese mit Eingabe vom 12. September 2017 verzichteten.

**B.g** Mit Verfügung vom 19. September 2017 schloss der Instruktionsrichter den Schriftenwechsel, wobei er festhielt, dass weitere Instruktionmassnahmen vorbehalten bleiben.

#### **B.h**

**B.h.a** Am 4. März 2019 reichten die Beschwerdeführerinnen eine unaufgeforderte Stellungnahme (nachfolgend: Stellungnahme I zur Gesamtabrede) mit Hinweis auf den Untersuchungsgrundsatz betreffend die Entscheide des Bundesverwaltungsgerichtes zu den Aargauer Submissionsabsprachen vom 25. Juni 2018 (B-807/2012 *Erne*; B-771/2012 *Cellere*; B-829/2012 *Granella*; B-880/2012 *Umbricht*) samt Beilagen ein.

**B.h.b** Mit Verfügung vom 6. März 2019 gab der Instruktionsrichter der Vorinstanz die Möglichkeit, sich zur unaufgeforderten Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 4. März 2019 mit Blick auf die vier Urteile zu den Aargauer Submissionsabsprachen zu äussern.

**B.h.c** Am 29. April 2019 reichte die Vorinstanz ihre Stellungnahme zur Gesamtabrede ein (nachfolgend: Stellungnahme VI zur Gesamtabrede).

**B.h.d** Am 1. Juli 2019 reichten die Beschwerdeführerinnen innert erstreckter Frist ihre zweite Stellungnahme zur Gesamtabrede ein (Stellungnahme II BF zur Gesamtabrede).

**B.h.e** Mit Verfügung vom 4. Juli 2019 wurde der Schriftenwechsel geschlossen, wobei weitere Instruktionmassnahmen vorbehalten blieben.

#### **B.i Publikationsverfahren See-Gaster (B-6291/2017, B-6714/2017)**

**B.i.a** Parallel zum vorliegenden Verfahren reichte eine andere Verfügungsadressatin der Sanktionsverfügung See-Gaster, bestehend aus Mutter- und Tochtergesellschaft (Xy\_\_\_\_\_AG und Xz\_\_\_\_\_AG), gegen die *Publikation der Sanktionsverfügung See-Gaster* und die Publikationsverfügung vom 30. Oktober 2017 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein. Nach zahlreichen Schriftenwechseln erlaubte der Instruktionsrichter vorsorglich mit Zwischenverfügungen vom 12. März und 18. April 2018 in den vereinigten Verfahren B-6291/2017, B-6714/2017 (Zwischenverfügungen Publikation See-Gaster), die Sanktionsverfügung See-Gaster in ihrer

„Internetversion BVGer II“, in welcher mehrere strittige Anliegen abgedeckt waren, auf der Internetseite der WEKO zu publizieren.

**B.i.b** Mit Beschwerde vom 16. April 2018 hat die Xz\_\_\_\_\_AG die Zwischenverfügung vom 12. März 2018 im Verfahren B-6291/2017, B-6714/2017 beim Bundesgericht angefochten, um die Publikation der Sanktionsverfügung See-Gaster in ihrer Internetversion auf der Homepage der WEKO zu verhindern. Mit Verfügung vom 8. Mai 2018 im Verfahren 2C\_321/2018 hiess das Bundesgericht ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Xz\_\_\_\_\_AG teilweise gut und erlaubte die Publikation der Sanktionsverfügung in einer leicht modifizierten Version, der „Internetversion BGer“. Demnach publizierte die WEKO am 17. Mai 2018 die Sanktionsverfügung See-Gaster in der Fassung „Internetversion BGer“ auf ihrer Homepage. Diese Version der Internetversion BGer ist noch immer online ([https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2018/Bauleistungen%20See-Gaster\\_Verf%C3%BCgung%20vom-%208.%20Juli%202016.pdf.download.pdf/Sanktionsverf%C3%BCgung%20v.%208.7.2016\\_See-Gaster\\_Internetversion.pdf](https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2018/Bauleistungen%20See-Gaster_Verf%C3%BCgung%20vom-%208.%20Juli%202016.pdf.download.pdf/Sanktionsverf%C3%BCgung%20v.%208.7.2016_See-Gaster_Internetversion.pdf), abgerufen am 24.11.2025). Mit Urteil 2C\_321/2018 vom 7. August 2018 trat das Bundesgericht auf die Beschwerde der Xz\_\_\_\_\_AG vom 16. April 2018 betreffend die vorsorgliche Publikation der Sanktionsverfügung in ihrer Internetversion nicht ein.

**B.i.c** Nach weiteren zahlreichen Schriftenwechseln, welche die Publikation der Sanktionsverfügung in ihrer Publikationsversion in der RPW/DPC zum Gegenstand hatten, erlaubte das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil *Publikation See-Gaster* vom 25. Juni 2019 im Verfahren B-6291/2017, B-6714/2017 unter teilweiser Gutheissung der Beschwerden bzw. einzelner Abdeckungsanträge, die „Publikationsversion BVGer“ der Sanktionsverfügung See-Gaster in der RPW/DPC zu publizieren (vgl. E. 4.1.3 ff.).

**B.i.d** Die Xz\_\_\_\_\_AG erhob auch gegen das Urteil vom 25. Juni 2019 im Verfahren B-6291/2017, B-6714/2017 am 5. August 2019 Beschwerde beim Bundesgericht.

**B.i.e** Mit Urteil 2C\_690/2019 vom 11. Februar 2020 legte das Bundesgericht dar, dass sich die Publikation der Sanktionsverfügung in der Fassung „*Publikationsversion BVGer*“ im Ergebnis als rechtskonform erweise und die Beschwerde unbegründet sei. Es wies die Beschwerde ab, soweit es auf die Beschwerde eintrat. Die WEKO publizierte daraufhin die Sanktionsverfügung See-Gaster in der Form der „*Publikationsversion BVGer*“ in der

RPW 2020/3a S. 880 ff. In dieser RPW-Version der Sanktionsverfügung sind mehr Text und Graphiken als in der am 17. Mai 2018 auf der Homepage der WEKO publizierte „Internetversion BGer“ offengelegt (vgl. gerade oben Bst. B.i.b).

**B.i.f** Die Xy\_\_\_\_\_AG und Xz\_\_\_\_\_AG zogen am 14. April 2020 ihre Beschwerde im Verfahren betreffend die materielle Beurteilung der Sanktionsverfügung See-Gaster zurück, weshalb das Verfahren B-6998/2016 am 21. April 2020 abgeschlossen werden konnte.

**B.j** Mit Schreiben vom 15. Februar 2024 bzw. 16. April 2025 beanstandeten die Beschwerdeführerinnen die lange Verfahrensdauer ausdrücklich und baten um Beschleunigung des Verfahrens.

## Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung

### 1. Prozessvoraussetzungen

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Beschwerde einzutreten ist (vgl. BVGE 2007/6 E. 1).

**1.1** Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), welche von einer der in Art. 33 VGG genannten Vorinstanzen erlassen wurden, soweit keine der in Art. 32 VGG aufgeführten Ausnahmen gegeben ist. Die WEKO stellt als eidgenössische Kommission eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. f VGG dar. Eine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG liegt nicht vor (vgl. statt vieler Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25. Juni 2018 E. 1.1 *Submissionsabreden Aargau-Erne*).

Die Beschwerdeführerinnen haben als Partei am vorinstanzlichen Untersuchungsverfahren teilgenommen. In der angefochtenen Verfügung vom 8. Juli 2016 werden sie wegen Teilnahme an unzulässigen Wettbewerbsabreden gemäss Art. 49a Abs. 1 KG unter solidarischer Haftung sanktioniert. Sie sind daher durch die angefochtene Sanktionsverfügung besonders berührt und haben als Verfügungsadressatinnen ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 VwVG; vgl. Urteile des BVGer B-8386/2015 vom 24. Juni 2021 E. 1 *Swisscom WAN-Anbindung*; B-7633/2009 vom 14. September 2015 E. 11 *Swisscom ADSL II*). Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden (Art. 50 Abs. 1 VwVG, Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Kostenvorschuss wurde innert Frist bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

**1.2** Gemäss Art. 49 Bst. a-c VwVG können die Beschwerdeführerinnen mit der Beschwerde die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (Bst. a), die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes (Bst. b) wie auch die Unangemessenheit rügen (Bst. c). Dem Bundesverwaltungsgericht kommt volle Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 12 ff. und Art. 49 Bst. b VwVG; vgl. BGE 139 I 72 E. 4 *Publigroupe*; Urteil des BGer 2C\_1016/2014 vom 9. Oktober 2017

E. 2.2 *Siegenia-Aubi*). Demnach hat das Bundesverwaltungsgericht die für das Verfahren fehlenden rechtserheblichen Tatsachen grundsätzlich selbst zu ermitteln und alle damit zusammenhängenden notwendigen Beweise zu erheben (Urteil 2C\_1016/2014 E. 2.2 *Siegenia-Aubi*; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, Rz. 2.188 ff.; nachfolgend: MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER). Folglich bildet die Rückweisung an die untere Instanz die Ausnahme, um die Verfahren nicht unnötig zu verlängern (Urteil 2C\_1016/2014 E. 2.2 *Siegenia-Aubi*). Sofern das Bundesverwaltungsgericht in der Lage ist, Beweislücken selbst zu schliessen, soll es dies auch selbst tun. Den Beschwerdeführerinnen ist somit nicht zu folgen, wenn sie ausführen, dass es nicht Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts sei, den Sachverhalt erneut abzuklären (Beschwerde materieller Antrag 3 und Rz. 57).

Dem vorliegenden Verfahren liegen eine Verfügung mit annähernd 400 Seiten sowie rund 700 im Aktenverzeichnis aufgeführte (teilweise sehr umfangreiche) Aktenstücke des vorinstanzlichen Verfahrens zugrunde. Zudem hat das Sekretariat der Vorinstanz den DOP (Datensatz Offertöffnungsprotokolle) erstellt, in welchem es alle strassen- und tiefbaubezogenen Offertöffnungsprotokolle und Vergabeentscheide im Untersuchungsgebiet zusammenstellte (Verfügung Rz. 754 ff.). Allerdings hat die Vorinstanz im DOP keine Angaben dazu gemacht, welchen Aktenstücken sie diese Informationen entnommen hat. Das Sekretariat hat zudem eine kons. MAL (konsolidierte Marktabklärungsliste) erstellt, in welcher es die rund 90 Marktabklärungslisten zu einer Liste mit 750 Projekten zusammengeführte (Verfügung Rz. 760 ff.). Auf dieser ist jedoch nur die letzte MA-Liste zu finden, auf der ein Projekt genannt ist. Über die Erstnennung eines Projektes auf einer MAL schweigt sich die kons. MAL aus. Das Bundesverwaltungsgericht konnte jedoch die Beweislücken schliessen. Allerdings war dies mit einem nicht unbeträchtlichen Zeitaufwand verbunden (vgl. dazu auch E. 9.7.3.5.5). Den Beschwerdeführerinnen kann daher auch insoweit nicht gefolgt werden, als sie geltend machen, die Verfügung könne aufgrund von offensichtlichen Beweislücken nicht ohne weitere Sachverhaltsermittlungen bestehen.

## **2. Streitgegenstand**

**2.1** Die Beschwerdeparteien bestimmen den Streitgegenstand durch ihre Anträge. Das Anfechtungsobjekt bildet die angefochtene Verfügung, die den äusseren Rahmen zur Bestimmung des Streitgegenstands absteckt.

Durch die Anträge der Parteien wird innerhalb dieses Rahmens der Streitgegenstand im Beschwerdeverfahren bestimmt (vgl. BGE 133 II 35 E. 2; Urteile des BVGer vom 9. August 2021 betreffend Bauleistungen Graubünden: B-5119/2019 E. 2.1 *Centorame*; B-5161/2019 E. 2.1 *Strassenbau Graubünden Implenja*; B-5130/2019 E. 2.1 *Schlub*).

**2.2** Die Beschwerdeführerinnen beantragen mit ihren materiellen Hauptbegehren (Antrag 1) die vollständige Aufhebung der sie betreffenden Anordnungen der Vorinstanz in den Ziffern 1, 3 und 16 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung. Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bilden somit die angeordneten Massnahmen der Vorinstanz (Dispositiv Ziff. 1), die Höhe der Sanktion, welche die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen unter solidarischer Haftbarkeit gestützt auf Art. 49a KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG auferlegt hat (Dispositiv Ziff. 3) und die vorinstanzlichen Verfahrenskosten (Dispositiv Ziff. 16). Eventualiter (Antrag 2) beantragen die Beschwerdeführerinnen, dass Ziffern 1, 3 und 16 des Dispositivs aufzuheben seien und der Beschwerdeführerin 1 eine Sanktion betreffend Einzelabreden von maximal Fr. [20'000-30'000.-] aufzuerlegen sei. Subeventualiter (Antrag 3) seien die Ziffern 1, 3 und 16 des Dispositivs aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. E. 1.2). Präzisierend legen die Beschwerdeführerinnen dar, dass sämtliche Feststellungen und Schlussfolgerungen der Vorinstanz, welche von ihnen nicht ausdrücklich bestätigt werden oder mit den in der Beschwerde aufgezeigten Sachverhaltsdarstellungen nicht übereinstimmen, als bestritten gelten (Beschwerde Rz. 16). In ihrer unaufgeforderten Stellungnahme I zur Gesamtabrede vom 4. März 2019 beantragen die Beschwerdeführerinnen zusätzlich mit Hinweis auf den Untersuchungsgrundsatz die Thematik der Gesamtabrede betreffend die Entscheide des Bundesverwaltungsgerichtes zu den Aargauer Submissionsabsprachen vom 25. Juni 2018 (vgl. B-807/2012 *Erne*; B-771/2012 *Cellere*; B-829/2012 *Granella*; B-880/2012 *Umbricht*) kritisch zu würdigen. Streitgegenstand sind somit die materielle Beurteilung der Verfügung mit Fokus auf die Beurteilung der Gesamtabrede (E. 8 ff.) in den Bezirken See-Gaster, March und Höfe (Verfügung Rz. 1) im beurteilungsrelevanten Zeitraum (vgl. E. 8.1), die Höhe der Sanktion, welche die Vorinstanz der Beschwerdeführerin 1 und 2 unter solidarischer Haftbarkeit gestützt auf Art. 49a KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 KG auferlegt hat sowie die Höhe der Verfahrenskosten (Verfügung Rz. 1450 ff.; E. 11).

### 3. Geltungsbereich des Kartellgesetzes

#### 3.1 Sachlicher Geltungsbereich

**3.1.1** In sachlicher Hinsicht ist das Kartellgesetz anwendbar auf Kartelle oder andere Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf Unternehmenszusammenschlüsse (Art. 2 Abs. 1 KG; Urteile des BVGer B-141/2012 vom 12. Dezember 2022 E. 2.3.1 *Estée Lauder*; B-3332/2012 vom 13. November 2015 E. 2.2.1 *BMW*). Gemäss der Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen werden sämtliche Formen unternehmerischer Tätigkeit vom Gesetz erfasst, sofern sich daraus eine Wettbewerbsbeschränkung ergeben *kann*. Die Unterstellung unter den Geltungsbereich des Kartellgesetzes sagt jedoch noch nichts über die wettbewerbsrechtliche Würdigung aus. Es geht bloss darum, ob ein Sachverhalt überhaupt unter das Kartellrecht zu subsumieren ist (Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468 ff., S. 533; AMSTUTZ/GOHARI, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellrecht, 2. Aufl. 2021, Art. 2 KG N 57 ff., nachfolgend: BSK KG – BEARBEITER). Die Beurteilung der Tatbestandsmerkmale von Art. 2 Abs. 1 KG setzt eine Bezugnahme zur Legaldefinition in Art. 4 Abs. 1 KG voraus. Allerdings dürfen die beiden Gesetzesbestimmungen in Art. 2 Abs. 1 KG und Art. 4 Abs. 1 KG nicht einander systematisch gleichgestellt werden (Urteil B-141/2012 E. 2.3.1 *Estée Lauder* m.H; BSK KG - AMSTUTZ/GOHARI, Art. 2 KG N 57 ff.). In Bezug auf den sachlichen Geltungsbereich ist zu prüfen, ob sachverhaltlich eine Konstellation gegeben ist, welche darauf hindeutet, dass eine Wettbewerbsabrede oder eine abgestimmte Verhaltensweise gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt (Urteil B-141/2012 E. 2.3.1 *Estée Lauder*).

**3.1.2** Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen ist das effektive Vorliegen einer Wettbewerbsabrede somit nicht Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes (vgl. Beschwerde Rz. 81 f.). Ob tatsächlich eine Kartell- oder eine andere Wettbewerbsabrede vorliegt, ist Gegenstand der materiellen wettbewerbsrechtlichen Prüfung, welche in der Regel zunächst umfassende Sachverhaltsermittlungen durch die Wettbewerbsbehörden erfordert. Sie kann damit sachlogisch nicht vor der Bejahung der Anwendung des Kartellgesetzes erfolgen (Urteil B-7633/2009 E. 21 *ADSL II*; vgl. Verfügung Rz. 1093).

Im vorliegenden Fall deuten die Verhaltensweisen in Bezug auf das MA- und das EO-System darauf hin, dass eine Wettbewerbsabrede oder eine abgestimmte Verhaltensweise gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt.

In sachlicher Hinsicht ist das Kartellgesetz daher anwendbar.

### **3.2 Persönlicher Geltungsbereich**

**3.2.1** Nach Art. 2 Abs. 1 KG setzt die Anwendung des Kartellgesetzes in persönlicher Hinsicht ein Handeln als Unternehmen voraus. Als Unternehmen gelten gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Das Kartellgesetz folgt in Bezug auf den Unternehmensbegriff einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise (Urteil B-807/2012 E. 3.1.1 *Aargau-Erne* m.H.; JÜRIG BORER, Wettbewerbsrecht I, KG-Kommentar, 4. Aufl. 2025, Art. 2 KG N 4), was auch für den Konzern gilt (vgl. genauer Urteile B-807/2012 E. 3.1.2 *Erne*; B-8386/2015 E. 3.1.2 *Swisscom WAN-Anbindung*). In der schweizerischen Lehre und Praxis wird die Auffassung vertreten, dass Verfügungsadressat und Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG bzw. Unternehmen und Sanktionssubjekt nicht identisch zu sein haben (Urteil B-8386/2015 E. 3.1.2 *Swisscom WAN-Anbindung* m.H.).

**3.2.2** Vorliegend haben die Oberholzer Bauleistungen AG (Beschwerdeführerin 1) sowie die Oberholzer Immobilien AG (Beschwerdeführerin 2) – beide rechtlich selbständig organisierte Unternehmen in der Form einer Aktiengesellschaft – Beschwerde erhoben. Die Beschwerdeführerinnen legen zwar dar, dass nur die Beschwerdeführerin 1 und nicht die Beschwerdeführerin 2 im Baubereich tätig sei. Trotzdem würden sämtliche Bestreitungen der einen Beschwerdeführerin auch für die andere Beschwerdeführerin gelten (vgl. Beschwerde Rz. 17; vgl. auch E. 11.3.3). Was den Untersuchungszeitraum vom 1. April 2004 bis Mitte Juni 2009 betrifft, so wurde ein Teil des Vermögens der Beschwerdeführerin 2 bzw. von deren Rechtsvorgängerin mit dem Spaltungsvertrag im Jahr 2006 auf die Beschwerdeführerin 1 bzw. deren Rechtsvorgängerin übertragen (Verfügung Rz. 22 f., 1132 Lemma 1), weshalb Verflechtungen ersichtlich sind. Zudem sind bei beiden Beschwerdeführerinnen dieselben Personen im Verwaltungsrat, was auch für den Verwaltungsratspräsidenten gilt (vgl. Handelsregisterauszüge des Kantons St. Gallen CHE-110.061.558 und CHE-105.811.124).

Das Kartellgesetz ist somit auch in persönlicher Hinsicht anwendbar.

Dass gegenüber der im Jahr 2012 (also erst nach dem Untersuchungszeitraum) gegründeten nicht operativ handelnden Muttergesellschaft ANOBA Holding AG (vgl. Verfügung Rz. 26, 1132 Lemma 1) die Untersuchung eingestellt wurde (vgl. Verfügung Rz. 1342 ff.) ist für die vorliegende Beurteilung irrelevant. Soweit die Handlungen der Beschwerdeführerinnen in Bezug auf die Sanktionierung und ihre Rolle als Verfügungsadressatinnen gesondert zu beurteilen sind, ist dies Gegenstand der Erwägungen zur Sanktionierung und nicht des persönlichen Geltungsbereiches.

### **3.3 Räumlicher Geltungsbereich**

In geographischer Hinsicht ist das Kartellgesetz auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (Art. 2 Abs. 2 KG).

Die Aktiengesellschaften der beiden Beschwerdeführerinnen haben beide ihren Sitz in der Schweiz. Ausserdem betreffen die oben beschriebenen Verhaltensweisen, nämlich die Projektausschreibungen (MA-System) und Eigenofferten in den Bezirken See-Gaster, March und Höfe, ausschliesslich die Schweiz.

In geographischer Hinsicht ist das Kartellgesetz daher im vorliegenden Fall unbestrittenermassen anwendbar.

### **3.4 Vorbehaltene Vorschriften**

Gemäss Art. 3 Abs. 1 KG sind dem Kartellgesetz Vorschriften vorbehalten, soweit sie 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.

Im vorliegenden Fall sind unbestrittenermassen und praxisgemäss das Kartellgesetz und das bis Ende 2020 in Kraft gestandene Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (aBöB, AS 1996 508) parallel anwendbar (BGE 141 II 66 E. 2.4.1 *Pfizer I*; Urteil des BGer 2C\_698/2021 vom 5. März 2024 E. 4.1 *Swisscom WAN-Anbindung*; Urteil B-807/2012 E. 4 *Erne*; ROLF H. WEBER, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler [Hrsg.], DIKE-Kommentar KG, 2018, Art. 3 KG, N 11, 109 ff., nachfolgend BEARBEITER, DIKE-KG; vgl. Verfügung Rz. 1097 ff.).

## 4. Verfahrensanträge

### 4.1 Beizug der vorinstanzlichen Akten und Nichtoffenlegen von Geschäftsgeheimnissen

**4.1.1** Die Beschwerdeführerinnen beantragen (Verfahrensantrag 1), es seien die Akten aus dem vorinstanzlichen Verfahren (Ref-Nr. 22-0438) beizuziehen. Dem ist das Gericht von Amtes wegen nachgekommen (Art. 57 Abs. 1 VwVG; vgl. Bst. B.c hiervor; Urteil B-5130/2019 E. 3 *Schlub*).

**4.1.2** Die Beschwerdeführerinnen beantragen (Verfahrensantrag 2; Beschwerde Rz. 13), es seien alle im vorinstanzlichen und im Beschwerdeverfahren als Geschäftsheimnisse bezeichneten Angaben und Akten als Geschäftsgeheimnisse zu behandeln und nicht gegenüber Dritten im Falle einer Publikation von Zwischenverfügungen oder dem Endentscheid oder auf andere Weise offenzulegen. Zudem reichten die Beschwerdeführerinnen am 19. Januar 2021 je ein Exemplar der Beschwerde vom 4. November 2016 und je ein Exemplar der Replik vom 24. Mai 2017 ein, in welchen sie die Passagen, welche sie als Geschäftsgeheimnisse behandelt haben wollen, grau markierten. In ihrem Begleitschreiben legen die Beschwerdeführerinnen dar, dass sich die Bezeichnung der Geschäftsgeheimnisse an der publizierten Version der Sanktionsverfügung der Vorinstanz orientiere, in welcher (richtigerweise) sämtliche Hinweise auf Einzelprojekte, auf Aussagen der Selbstanzeiger, Geschäftsgeheimnisse der Verfahrensparteien sowie Namensnennungen geschwärzt wurden.

**4.1.3** Die Publikation der Sanktionsverfügung See-Gaster bzw. die Publikationsverfügung See-Gaster vom 30. Oktober 2017 wurde von zwei Gesellschaften einer anderen Verfügungsadressatin im November 2017 angefochten. Das Bundesverwaltungsgericht erlaubte am 25. Juni 2019 mit dem Urteil *Publikation See-Gaster* im Verfahren B-6291/2017, B-6714/2017 unter teilweiser Gutheissung einzelner Abdeckungsanträge, die „Publikationsversion BVGer“ der Sanktionsverfügung See-Gaster in der RPW/DPC zu publizieren. Am 11. Februar 2020 wies das Bundesgericht (Urteil 2C\_690/2019) eine gegen das Publikationsurteil See-Gaster des Bundesverwaltungsgerichts gerichtete Beschwerde ab, soweit es auf die Beschwerde eintrat. Die Publikation der Sanktionsverfügung in der Fassung „*Publikationsversion BVGer*“ erachtete es im Ergebnis als rechtskonform. Die WEKO publizierte daraufhin die Sanktionsverfügung See-Gaster in der Form der „*Publikationsversion BVGer*“ in der RPW/DPC 2020/3a

S. 880 ff. (vgl. genauer zum Publikationsverfahren See-Gaster Bst. B.i bzw. B.i.a - B.i.f).

**4.1.4** Vorliegend haben die Beschwerdeführerinnen die Publikation der Sanktionsverfügung See-Gaster nicht angefochten. Die RPW/DPC-Publikation der Sanktionsverfügung See-Gaster ist – wie oben dargelegt – bereits am 11. Februar 2020 mit dem Urteil 2C\_690/2019 *Publikation See-Gaster* in Rechtskraft erwachsen. Nicht mehr aktuell für die diesbezügliche Beurteilung ist die *Internetversion der Sanktionsverfügung See-Gaster* auf der Homepage der WEKO vom 17. Mai 2018, welche vorsorglich noch mehr Abdeckungen als die finale RPW/DPW-Version RPW 2020/3a S. 880 ff. aufweist, weshalb auch die Aussagen der Selbstanzeiger, wie es die Beschwerdeführerinnen dartun, nicht mehr abzudecken sind.

Die Beschwerdeführerinnen übersehen, dass sie nicht basierend auf ihrer Beschwerde vom 4. November 2016 zur materiellen Beurteilung der Sanktionsverfügung Abdeckungsanträge geltend machen können, welche sie im Verfahren betreffend die Publikationsverfügung See-Gaster vom 30. Oktober 2017 hätten stellen können (vgl. mutandis mutandis Urteil des BGer 2C\_994/2017 E. 6.2 vom 26. Juni 2019 *Publikation Bringham AG*; Urteil B-5130/2019 E. 3 *Schlub*).

**4.1.5** Sofern die Abdeckungsvorschläge das vorliegende Urteil betreffen, wird dieses ohnehin vor der Veröffentlichung in elektronischer Form durch das Gericht anonymisiert (vgl. Art. 29 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 5 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 des Informationsreglements für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [SR 173.320.4]; Urteil B-5130/2019 E. 3 *Schlub*). Das Bundesverwaltungsgericht wird in diesem Sinne die für die Wettbewerbsbehörden nach Art. 25 Abs. 1 und 4 KG ex lege geltende Pflicht zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen sinngemäss ebenfalls zu befolgen haben (vgl. Urteile B-5130/2019 E. 3 *Schlub*; B-126/2019 vom 1. September 2020 E. 1.4 *Publikation Luftfracht II*). In diesem Kontext wird ebenfalls auf die Publikationsurteile des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Urteile 2C\_690/2019 *Publikation See-Gaster* und B-6291/2017, B-6714/2017) sowie auf die Zwischenverfügung vom 12. März 2018 desselben Verfahrens (vgl. dazu den Nichteintretensentscheid des BGer 2C\_321/2018 vom 7. August 2018) abzustellen sein (vgl. insb. hierzu betreffend allfällige Sanktionsbeträge, Umsätze oder Margen [Urteil B-6291/2017, B-6714/2017 E. 6.6.4-6.6.4.4 *Publikation See-Gaster*]), betreffend die von Kartellabsprachen betroffenen Umsätze – sogenannte „Deliktsummen“ – [Zwischenverfügung B-6291/2017, B-6714/2017

E. 5.8.6 *Publikation See-Gaster*]; betreffend Gemeindennamen [Urteil B-6291/2017, B-6714/2017 E. 6.6.2.4 *Publikation See-Gaster*], wobei Strukturelemente in der Begründung offen zu legen sind, was auch die Abdeckungsanträge betreffend die kompletten Aussagen der Selbstanzeiger betrifft [vgl. Urteil des BGer 2C\_499/2017 vom 29. Januar 2018 E. 5.4 in fine *marché du livre en français publication*; Urteil B-6291/2017, B-6714/2017 E. 6.3.1 in fine, 6.6.2.4 *Publikation See-Gaster*], betreffend die Namensnennung von Mitarbeitern [Urteil 2C\_690/2019 E.6.1 ff. *Publikation See-Gaster*; Urteil B-6291/2017, B-6714/2017 E. 6.4 in fine *Publikation See-Gaster*]). Sofern die Abdeckungsvorschläge allerdings über die Urteile *Publikation See-Gaster* B-6291/2017, B-6714/2017 und Urteil 2C\_690/2019 hinausgehen, sind diese abzuweisen.

**4.1.6** Des Weiteren beantragen die Beschwerdeführerinnen im Verfahrensantrag 2, dass die Akten und als Geschäftsheimnisse bezeichnete Angaben *auch nicht auf andere Weise* offen zu legen sind. Sofern die Beschwerdeführerinnen mit diesem Teilantrag darauf hinzielen, dass vielleicht Dritte wie z.B. Behörden die Herausgabe der Akten verlangen könnten, so ist darauf hinzuweisen, dass dies nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, welches die materielle Beurteilung der Sanktionsverfügung zum Inhalt hat, ist. So wurden auch die Verfahren betreffend die Herausgabe der Akten in den Aargauer Submissionskartellen separat von den materiellen Verfahren geführt (vgl. dazu die Urteile des BVGer vom 23. Oktober 2018 A-590/2018, A-592/2018, A-604/2018 *Zugang zu den Verfahrensakten im Kanton Aargau* sowie die Urteile des BGer vom 18. März 2021, 2C\_1039/2018, 2C\_1052/2018 und 2C\_1040/2018, 2C\_1051/2018 *Zugang zu den Verfahrensakten im Kanton Aargau*).

## **4.2 Akteneinsicht in die Akten [einer Verfügungsadressatin]**

**4.2.1** In Verfahrensantrag 3 beantragen die *Beschwerdeführerinnen* Akteneinsicht in die Angaben [einer Verfügungsadressatin] zu derer finanziellen Lage, wobei Geschäftsgeheimnisse, insbesondere in Bezug auf konkrete Geschäftszahlen, wie üblich als Bandbreiten darzustellen seien. Die Beschwerdeführerinnen berufen sich diesbezüglich auf den Gleichbehandlungsgrundsatz, denn auch sie hätten betreffend die finanzielle Tragbarkeit der Sanktion entsprechende Beweismittel beigelegt, welche von der Vorinstanz allerdings nicht gewürdigt worden seien (Beschwerde Rz. 14; act. [...], Stellungnahme zum Antrag Rz. 128 f. und Beilage 2). Die Beschwerdeführerinnen beantragen weiter aufgrund der nicht hoch ausfallenden Margen eine Reduktion ihrer Sanktion, da diese nicht verhältnismässig

sei (Beschwerde Rz. 269f.). Aus dem Umstand, dass [diese Verfügungsadressatin] am Rande des Konkurses stehe, sei ersichtlich, dass Letztere ebenfalls keine Kartellrente erwirtschaftet habe (Beschwerde Rz. 274, act. [...], Stellungnahme zum Antrag Rz. 127 f.).

**4.2.2** Die *Vorinstanz* legt dar, dass kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht bestehe, selbst wenn sie die Sanktion [dieser Verfügungsadressatin] falsch berechnet hätte (Verfügung Rz. 1116 ff., 1119; Vernehmlassung Rz. 9 ff.). Ausserdem würden die Beschwerdeführerinnen nicht geltend machen, dass die Summe aus Sanktion und Verfahrenskosten die Existenz ihres Unternehmens bedrohe, sondern sie würden sich bloss auf ihre niedrig ausfallenden Margen beziehen. Ansonsten hätte die Vorinstanz auch die Sanktion der Beschwerdeführerinnen auf ein tragbares Mass reduziert (Vernehmlassung Rz. 12 ff. m.H. auf Verfügung Rz. 1419 ff.). Weiter führt die Vorinstanz aus, dass die Beschwerdeführerinnen weder im vorinstanzlichen Verfahren noch im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht Belege, welche die Bedrohung der Existenz der Beschwerdeführerinnen durch die Sanktion aufzeigen, eingereicht hätten. Einzig in ihrer Replik (vgl. Rz. 24 letzter Satz) hätten sie dargelegt, dass Investitionen aufgeschoben werden müssten (Duplik Rz. 10 ff.).

### **4.2.3**

**4.2.3.1** Wird einer Partei gemäss Art. 28 VwVG die Einsichtnahme in ein Aktenstück verweigert, so darf auf dieses zum Nachteil der Partei nur abgestellt werden, wenn ihr die Behörde von seinem für die Sache wesentlichen Inhalt mündlich oder schriftlich Kenntnis und ihr ausserdem Gelegenheit gegeben hat, sich zu äussern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen.

Ausserdem trifft ein Unternehmen, das Liquiditätsschwierigkeiten in Bezug auf die Sanktionierung geltend macht, eine (sehr weit gehende) *Mitwirkungspflicht* (Urteil B-823/2016 E. 6.1.2 in fine, 6.5.5, 7.1 *Flügel und Klaviere*). Dieses Unternehmen muss die Konkursgefahr im Falle einer unmodifizierten Kartellbusse aufzeigen (PETER PICT, KG-Sanktionsverordnung [SVKG], in: Oesch/ Zäch/Weber [Hrsg.], Kommentar Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl. 2021, Art. 2 SKGV N 11, nachfolgend: BEARBEITER, in: Wettbewerbsrecht II).

**4.2.3.2** Die Nichtoffenlegung der Angaben [dieser Verfügungsadressatin] erweist sich hier indes nicht konkret als Nachteil (vgl. Art. 28 VwVG) gegenüber den Beschwerdeführerinnen. Vorliegend geht aus dem Schriftwechsel (vgl. insb. Beschwerde Rz. 14, 274; Vernehmlassung Rz. 9 ff., 13;

Replik Rz. 19 ff.; Duplik Rz. 7 ff.) und den Vorakten (vgl. insb. act. [...] f.; act. [...], Stellungnahme zum Antrag Rz. 127) hervor, dass die Beschwerdeführerinnen über die Schwierigkeiten [dieser Verfügungsadressatin] mit ihrer Zahlungsfähigkeit im Bilde waren und es ihr nicht um niedrige Margen ging. Wie die Vorinstanz aufgezeigt hat (vgl. Vernehmlassung Rz. 13, Duplik Rz. 10 ff.), haben die Beschwerdeführerinnen allerdings – trotz entsprechender Hinweise der Vorinstanz (vgl. Vernehmlassung Rz. 12 f.) – auch im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht keine Probleme betreffend ihre eigene Zahlungsunfähigkeit geltend gemacht oder entsprechende Belege eingereicht. Sie haben sich nur auf ihren nicht hoch ausfallenden Gewinn und auf den Umstand, dass sie aufgrund der Sanktion weniger Investitionen tätigen könnten (vgl. Beschwerde Rz. 269 ff.; Replik Rz. 21 ff., 24), berufen. Dies gilt auch für das vorinstanzliche Verfahren (vgl. act. [...], Stellungnahme zum Antrag, Beilage 2). Demnach sind die Beschwerdeführerinnen ihrer Mitwirkungspflicht (vgl. Urteil B-823/2016 E. 6.1.2 in fine, 6.5.5, 7.1 *Flügel und Klaviere*) nicht nachgekommen, um eine allfällige Zahlungsunfähigkeit darzulegen.

Selbst wenn den Beschwerdeführerinnen der Berechnungsstandard der Sanktionsreduktion betreffend [diese Verfügungsadressatin] bekannt wäre, könnten sie hieraus keine Vorteile für sich ableiten, da sie nicht vor den gleichen Schwierigkeiten wie [diese Verfügungsadressatin] stehen. Gleiches nach ist Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln (vgl. Art. 8 Abs. 1 und Art. 29 BV; BGE 136 II 120 E. 3.3.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 572). Dass ein Unternehmen, wenn es am Rande des Konkurses steht, auch keinen Gewinn abwirft, ist Ursache eines möglicherweise anstehenden Konkurses und kann nicht mit der Situation eines finanziell gesunden Unternehmens verglichen werden, das nur eine niedrige Marge erzielt. Demnach sind die Beschwerdeführerinnen und [diese Verfügungsadressatin] gar nicht in der gleichen Situation und die Beschwerdeführerinnen dringen mit ihren Rügen betreffend den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht durch. Der von den Beschwerdeführerinnen geforderte Berechnungsstandard, welchen diese durch den Einblick in die Akten [dieser Verfügungsadressatin] erfahren hätten, hilft den Beschwerdeführerinnen im Ergebnis nicht weiter, um die Reduktion ihrer Sanktion aufgrund des nicht hoch ausfallenden Gewinns zu erhalten (E. 11.4.1, 11.4.6.3). Demnach wirkt sich die Verweigerung der Einsicht in die Akten [dieser Verfügungsadressatin] nicht zum Nachteil der Beschwerdeführerinnen (vgl. Art. 28 VwVG) aus.

Die Beurteilung der Vorbringen der Beschwerdeführerinnen zum nicht hoch ausfallenden Gewinn bilden schliesslich Gegenstand der Beurteilung zur Sanktionierung selbst.

## **Formelle Rügen**

### **5. Rüge der mangelnden Nachvollziehbarkeit der ökonomischen Analysen**

**5.1** Die *Beschwerdeführerinnen* rügten bereits im vorinstanzlichen Verfahren, dass die von der Vorinstanz berechneten Erfolgsquoten von je 77% bezüglich Anzahl Submissionen und Umsätze nicht nachvollziehbar bzw. nicht replizierbar seien. So hätten die Gutachter von Swiss Economics tiefere Erfolgsquoten von 68.2% betreffend Umsätze und von 71.5% betreffend Anzahl Submissionen berechnet. Ebenfalls seien im MAL-Datensatz „Erfolg“ und „Misserfolg“ nicht codiert (act. [...], Stellungnahme zum Antrag Rz. 71, 268 f.; Swiss Economics-Gutachten S. 12-15; Beschwerde Rz. 176 f.). Die Vorinstanz sei jedoch den Begehren nach einer Erläuterung dieser Erfolgsquote nicht gefolgt, da gemäss ihrer Ansicht die Erfolgsquote auf einfachen Additionen und Prozentrechnungen beruhe (vgl. Verfügung Rz. 834). Die Beschwerdeführerinnen hätten nochmals bei den Gutachtern rückgefragt. Diese hätten verneint, dass es sich hierbei um einfache Berechnungen handle. Ebenfalls sei die Einhaltungquote in Rz. 836 der Verfügung nicht nachvollziehbar (Beschwerde Rz. 176 f.).

**5.2** In der Verfügung führt die *Vorinstanz* aus, dass sie bereits im Verfügungsantrag sowie in den Akten (act. [...-...]) die Ergebnisse ihrer statistischen Analysen dargelegt habe. Diese Erläuterungen habe sie den Parteien zugestellt. Die WEKO habe sich den Ausführungen des Sekretariats im Antrag angeschlossen, weshalb sich weitere Ausführungen erübrigten (Verfügung Rz. 1107 f.), da die Erfolgsquote schlichtweg auf einfachen Additionen und Prozentrechnungen beruhe, welche man mit einem Blick in die DOP und in die kons. MAL nachvollziehen könne. Daher seien die Anträge, die Erfolgsquote sei weiter zu erläutern, abzuweisen (vgl. Verfügung Rz. 834). In ihrer Vernehmlassung präzisiert die Vorinstanz ihre Aussagen und legt dar, dass sich die (abgerundete) Erfolgsquote von 77 % aus der Division „149 dividiert durch 193“ ergebe (Vernehmlassung Rz. 46 Lemma 4 mit Hinweis auf Verfügung Rz 828, 830 f. und Tabelle 24). Ebenfalls greift die Vorinstanz die Umschreibungen der Erfolgsquote in Worten auf (vgl. dazu auch E. 11.4.3.5 ff.).

### 5.3

**5.3.1** Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen (Art. 35 Abs. 1 VwVG). Dabei ist nicht erforderlich, dass die Behörde sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Sie ist also nicht verpflichtet, sich mit jeder tatbestandlichen Behauptung, jedem rechtlichen Einwand und jedem Beweismittel auseinanderzusetzen. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (Art. 29 Abs. 2 BV; BGE 143 III 65 E. 5.2; 141 V 557 E. 3.2.1; 141 III 28 E. 3.2.4; Urteil B-807/2012 E. 5.3.2 *Erne* m.H.; IZUMI/KRIMMER, DIKE-KG, Art. 30 KG N 30). Die Begründungspflicht umfasst den Sachverhalt sowie die rechtliche und ökonomische Beurteilung (BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 30 KG N 84; IZUMI/KRIMMER, DIKE-KG, Art. 30 KG N 31). Allgemein gehaltene Erwägungen ohne Bezug zum Einzelfall genügen nicht (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 3.107 m.H.). Die Überlegungen, von denen sich die Behörde leiten liess, müssen daher zumindest im Kern nachvollzogen werden können (Urteile des BGer 1C\_474/2016 vom 1. Juni 2017 E. 2 und 1C\_39/2017 vom 13. November 2017 E. 2.1; KNEUBÜHLER/PEDRETTI, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2019, Art. 35 N 22). Keine Gehörsverletzung liegt vor, wenn die Begründung der Behörde nach Ansicht der Beschwerdeführer materiell fehlerhaft ist (Urteil 1C\_474/2016 E. 2).

**5.3.2** Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann (Urteile des BVer B-5194/2020 vom 10. November 2023 E. 7.6 *Verbrennungspreise Entsorgung Siedlungsabfall*, B-141/2012 E. 3.2.4.2 *Estée Lauder* und B-2597/2017 vom 19. Januar 2022 E. 4.14 *Vifor*). Unter dieser Voraussetzung kann darüber hinaus nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer

Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abgesehen werden (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; Urteil B-141/2012 E. 3.2.4.2 *Estée Lauder*).

## 5.4

**5.4.1** Die Beschwerdeführerinnen haben bereits im vorinstanzlichen Verfahren gerügt (act. [...], Stellungnahme zum Antrag Rz. 71, 268 f.; Swiss Economics-Gutachten S. 12-15), dass die Erfolgsquote und deren Codierung in der kons. MAL im Sinne des rechtlichen Gehörs genauer zu erläutern sei. Die Aussagen der Vorinstanz, dass sich diese den Ausführungen des Sekretariats angeschlossen habe (Verfügung Rz. 1107 f.) und dass die Erfolgsquote auf einfachen Additionen und Prozentrechnungen beruhe, welche man mit einem Blick in die DOP und die kons. MAL nachvollziehen könne (vgl. Verfügung Rz. 834), sind zu pauschal und weisen kaum Bezug zur konkreten Fragestellung auf. Wenn die Rechnungen so einfach gewesen wären, wie es die Vorinstanz hier darlegt, hätten die Gutachter von Swiss Economics keine Probleme gehabt, die beiden Erfolgsquoten von je 77% zu replizieren. Im Weiteren geht die Verfügung bloss darauf ein, dass das Parteigutachten andere Berechnungen verwendet habe als die Verfügung und es wird zusätzlich in Reaktion auf das Gutachten von Swiss Economics die Einhaltungquote aufgezeigt (Verfügung Rz. 835 ff. mit Fussnote 1011 [RPW-Version Fn. 1006]). Allerdings gehen diese Ausführungen nicht mehr auf die konkrete Fragestellung zur Erfolgsquote ein (E. 11.4.3.5 ff.).

**5.4.2** Demnach ist hier aufgrund der geschilderten mangelhaften Begründung der Verfügung von einer leichten Gehörsverletzung auszugehen. Da dem Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz in kartellrechtlichen Sanktionsverfahren eine vollständige Entscheidungsgewalt mit umfassender Prüfungszuständigkeit zukommt, kann ein leichter Verfahrensmangel – wie auch vorliegend – nach der erfolgten Möglichkeit zur Stellungnahme als geheilt gelten (vgl. E. 5.3.2 und Urteile B-5194/2020 E. 7.6 *Verbrennungspreise Entsorgung Siedlungsabfall* und B-2597/2017 E. 4.14 *Vifor*). Vorliegend hat sich die Vorinstanz aufgrund der Vorbringen der Beschwerdeführerinnen erneut zu diesem Aspekt geäußert (Vernehmlassung Rz. 46 Lemma 4), weshalb der Verfahrensmangel geheilt worden ist (E. 11.4.3.5 ff.).

**5.4.3** Was die Nachvollziehbarkeit der Einhaltungquote betrifft, so beruht diese zum grössten Teil auf der Erfolgsquote, weshalb diesbezüglich auf die obigen Ausführungen zu verweisen ist. Die zusätzlichen zwölf Projekte, welche das Kriterium der Einhaltung (dass sich die Unternehmen an die

ausgemachten Festlegungskriterien gehalten haben, unabhängig davon, ob ein anderes tiefer bietendes Unternehmen den Zuschlag erhalten hat), sind in Rz. 836 i.V.m. Fn. 1011 (RPW-Version Fn. 1006) der Verfügung aufgezeigt, weshalb die Beschwerdeführerinnen betreffend die Einhaltungquote selbst keine zusätzliche Gehörsverletzung geltend machen können.

**5.4.4** Im vorliegenden Zusammenhang ist die Vorinstanz aufzufordern, ihre Berechnungen, welche sich auf die ökonomischen Quellen stützen, in Zukunft klarer und nachvollziehbarer darzustellen und diese mit der Begründung in der Verfügung in Einklang zu bringen. Zudem sollte sie mehr Wert darauflegen, dass die Zahlen in den Tabellen mit dem Verfügungstext übereinstimmen und Berichtigungen der tabellarischen Zahlen nicht über Fussnoten erfolgen (z.B. die Zahl 202 in Tabelle 15 der Verfügung, welche in Fussnote 985 (RPW-Version Fn. 980) mit 193 berichtigt wurde). Ebenfalls ist die Vorinstanz aufzufordern, in Zukunft die verwendeten Begriffe genauer zu definieren (vgl. hierzu Verfügung Rz. 828 Fn. 1002 [RPW-Version Fn. 997]).

## **6. Unschuldsumvermutung, Beweislast, Beweismass und Beweiswürdigung**

### **6.1 Im Allgemeinen**

**6.1.1** Die *Beschwerdeführerinnen* rügen weiter eine tendenziöse und un-sorgfältige Beweiswürdigung betreffend die Gesamtabrede. Letztere habe der Vorinstanz als „Multifunktionswaffe“ gedient, um die Anforderungen an den Beweis – sie fordern den Vollbeweis – zu umgehen (Beschwerde Rz. 20 ff., 55, 67, 75). Darauf gestützt machen sie eine Verletzung der Unschuldsumvermutung geltend (Beschwerde Rz. 73, 76, 122, 185). Die Beschwerdeführerinnen ergänzen indes, dass Fragen betreffend die Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes im Interesse eines effizienten Beschwerdeverfahrens in den Hintergrund rückten, da ihnen eine genaue Prüfung der Beweismittel wichtiger sei (Beschwerde Rz. 56).

**6.1.2** Es erscheint indes angezeigt, vorweg in allgemeiner Weise auf die sich im Zusammenhang mit den Beweismitteln stehenden Grundsatzfragen einzugehen, weshalb der Untersuchungsgrundsatz, die Unschuldsumvermutung und die verschiedenen Stufen des Beweismasses zu beleuchten sind.

**6.1.3** Die *Vorinstanz* legt dar, dass im Kartellverwaltungsverfahren die Untersuchungsmaxime gelte, weshalb die Wettbewerbsbehörden die Beweisführungslast tragen würden. Die Parteien treffe eine Mitwirkungspflicht

(Verfügung Rz. 122, 135). Welche Anforderungen die Beweislage in sanktionsbewehrten Kartellverwaltungsverfahren erfüllen müsse, ohne in Konflikt mit den aus der EMRK fließenden Verfahrensgarantien zu geraten, sei höchstrichterlich geklärt worden. Denn auch bei sanktionsbedrohten Kartellrechtstatbeständen könne für diejenigen Sachumstände (z.B. ökonomische Erkenntnisse und hypothetischen Entwicklungen), deren Erstellung mittels strikten Beweises aufgrund der Natur der Sache nicht möglich sei, kein strikter Beweis verlangt werden (Verfügung Rz. 130 ff., 133 f. jeweils mit Hinweisen, 1184 f.). Zudem gelte im Kartellverfahren der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Demnach seien die Wettbewerbsbehörden nicht an starre Beweisregeln gebunden, sondern sie könnten sich auch auf Indizien, was keine Beweise minderen Grades seien, abstützen (Verfügung Rz. 123 ff.). Zudem habe sie die Beweismittel umfassend und sorgfältig geprüft. Wenn sie nicht immer den Einwänden der Beschwerdeführerinnen gefolgt sei, stelle dies keine tendenziöse Beweiswürdigung dar (Vernehmlassung Rz. 2 f., 16).

Im späteren Schriftenwechsel ergänzt die *Vorinstanz* mit Hinweis auf das Urteil B-829/2012 E. 7.4.3.5 i.V.m. 7.4.3.1, *Granella*, dass die Verfügung (Rz. 1185) betreffend den Konsens auf den Vollbeweis abstelle. Hierbei sei unbeachtlich, ob es sich um eine Einzelsubmissionsabrede oder um eine Gesamtabrede handle (Stellungnahme VI zur Gesamtabrede Rz. 17).

**6.1.4** Daraufhin präzisieren die *Beschwerdeführerinnen*, dass das Beweismass des Vollbeweises gar nicht bestritten sei. Da es sich um einen gewöhnlichen Lebenssachverhalt – und nicht um multikausale Wirtschaftsprozesse – handle, sei der Vollbeweis in Bezug auf sämtliche Tatbestandselemente der einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung samt Vorsatz zu prüfen. Die Beschwerdeführerinnen hätten zudem niemals einem umfassenden Zuteilungssystem zugestimmt (Stellungnahme I BF zur Gesamtabrede Rz. 11; Stellungnahme II BF zur Gesamtabrede Rz. 19 ff.).

### **6.1.5**

**6.1.5.1** Im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Untersuchungsgrundsatz, nach welchem die Rechtsanwendungsbehörde den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 VwVG; vgl. BGE 129 II 18 E. 7.1 *Buchpreisbindung I*; Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 E. 10.2 *Buchpreisbindung II*; Urteil B-807/2012 E. 6.3 *Erne*; STEFAN BILGER, *Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen*, 2002, S. 235, nachfolgend: BILGER, *Verwaltungsverfahren-Wettbewerbsbeschränkungen*; BSK KG- ZIRLICK/TAGMANN, Art. 30 KG

N 88a). Bei belastenden Verfügungen ist die Verwaltung beweisbelastet (BGE 130 II 482 E. 3.2; Urteil des BVGer vom 16. September 2016 B-581/2012 E. 5.5.1 *Nikon*). Soweit abweichende Rechtsauffassungen zwischen den Kartellbehörden und den jeweiligen Parteien eines Kartellverfahrensverfahrens bestehen, die im Hinblick auf den unterstellten Sachverhalt einen unterschiedlichen Umfang an sachlicher Abklärung erfordern, ergibt sich demzufolge nicht allein deshalb eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes, weil die Kartellbehörden keine Abklärungen über Tatsachen oder Erfahrungssätze vorgenommen haben, auf die eine Partei ihre abweichende Rechtsposition abstützt (Urteile des BVGer B-7756/2013 vom 16. August 2022 E. 5.1.3 m.H. *VPVW Stammtische/Projekt Repo* in fine [bestätigt durch Urteil des BGer 2C\_785/2022 vom 16. April 2024 *VPVW Stammtische/Projekt Repo*]; B-831/2011 vom 18. Dezember 2018 E. 202 *Six* und B-7633/2009 *ADSL II* E. 187).

**6.1.5.2** Auch wenn mit den Sanktionen nach Art. 49a KG das kartellrechtliche Verfahren strafrechtsähnlichen Charakter i.S. der EMRK aufweist, bleibt es ein Verwaltungsverfahren (BGE 148 II 182 E.3.3.3 *Galexis*; 145 II 259 E. 2.6.2 *VPVW Stammtische/Repo-Beschwerdelegitimation*; Urteile des BGer 2C\_64/2023 vom 26. November 2024 E. 10.3 *Abreden im Bereich Luftfracht* und 2C\_698/2021 E. 5.3 *Swisscom WAN-Anbindung*), in welchem die Unschuldsvermutung (vgl. BGE 139 I 72 E. 8.3.1 *Publigroupe*, Urteil des BGer 2C\_845/2018 vom 3. August 2020 E. 4.2 *Umbricht*; Urteil B-581/2012 E. 5.5.2 *Nikon* m.H) wie auch die Mitwirkungspflichten betreffend die Feststellung des Sachverhaltes nach Art. 13 VwVG i.V.m. Art. 40 KG gelten (BGE 129 II 18 E. 7.1 *Buchpreisbindung I*; Urteile 2C\_845/2018 E. 4.2 *Umbricht* und 2A.430/2006 E. 10.2 *Buchpreisbindung II*; Urteil B-807/2012 E. 8.4.1 *Erne*; BILGER, Verwaltungsverfahren-Wettbewerbsbeschränkungen, S. 236). Infolge des strafrechtsähnlichen Charakters des kartellrechtlichen Verfahrens gilt in diesem auch der in Art. 32 Abs. 1 BV und in Art. 6 Ziff. 2 EMRK verankerte Grundsatz der Unschuldsvermutung (in dubio pro reo). Jedoch gelten die Verfahrensgarantien der EMRK im Kartellverfahren nicht absolut (Urteil 2C\_1065/2014 E. 8.3 ff., nicht publiziert in BGE 142 II 268 *Nikon*; BGE 140 II 384 E. 3.3.5 *Spielbanken*; BGE 139 I 72 E. 2.2.2, 4.4 *Publigroupe*; Urteil B-807/2012 E. 6.3 *Erne*; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 30 KG N 89). Die Unschuldsvermutung hat Auswirkungen auf die Verteilung der Beweislast, auf die Beweiswürdigung (vgl. BGE 139 I 72 E. 8.3.1 *Publigroupe*; 120 Ia 31 E. 2c; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 30 KG N 89) und das Beweismass (Urteile B-807/2012 E. 6.3 *Erne*; B-581/2012 E. 5.5.1 *Nikon*; ESTHER TOPHINKE,

Art. 10 StPO N 79 m.H., in: Marcel Alexander Niggli [Hrsg.]; Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendprozessordnung, 3. Aufl. 2023; nachfolgend: BSK StPO-BEARBEITER).

**6.1.5.3** Als Beweislastregel besagt die Unschuldsvermutung, dass es Sache der Behörde ist, die Schuld zu beweisen und der Angeklagte nicht seine Unschuld nachweisen muss (BGE 127 I 38 E. 2a, Urteil 2C\_845/2018 E.4.2 *Umbricht*; Urteil B-807/2012 E. 6.3 *Erne*; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 30 KG N 89). So liegt es aber auch im Interesse der Beschwerdeführerinnen, Gründe oder Sachumstände aufzuzeigen, die es als überzeugend erscheinen lassen, dass sie in gewissen Fällen nicht an einer Abrede beteiligt waren (Urteil 2C\_845/2018 E. 4.2 in fine *Umbricht*). Die Unschuldsvermutung bezieht sich zudem auf die Tatsachenfeststellung und nicht auf die rechtliche Würdigung des Sachverhalts. So unterliegen allfällige Unschärfen bei den Rechtsbegriffen den Regeln der Gesetzesinterpretation (BGE 139 I 72 E. 8.3.1 *Publigroupe*; Urteil B-581/2012 E 5.5.1 *Nikon*; MICHAEL TSCHUDIN, Glauben, Wissen, Zweifeln – über das Beweismass im Kartellrecht AJP 10/2014 S. 1333 ff., 1339; BSK StPO - TOPHINKE, Art. 10 StPO N 76). Gesetzliche Regelungen, die unter bestimmten rechtlichen oder tatsächlichen Voraussetzungen eine Vermutung der Schuld begründen, sind mit Art. 6 Abs. 2 EMRK vereinbar (GRABENWARTER/PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl. 2021; S. 573 § 24 Rn. 141; nachfolgend: GRABENWARTER/PABEL, EMRK). Die Verwaltung kann von bekannten Tatsachen (Vermutungsbasis) auf unbekanntes (Vermutungsfolge) schliessen, wenn es sich um innere und schwierig zu beweisende Vorgänge handelt. Als Problem der Beweiswürdigung berührt die tatsächliche Vermutung weder die Beweislast noch die das Verwaltungsverfahren beherrschende Untersuchungsmaxime (BGE 130 II 482 E. 3.2).

**6.1.5.4** Für die Beweiswürdigung gilt, dass die Unschuldsvermutung dann verletzt wird, wenn sich der Richter von einem für den Beschuldigten ungünstigen Sachverhalt überzeugt erklärt, an dem er aufgrund der ihm vorgelegten Beweismittel objektiv hätte zweifeln müssen (BGE 144 II 246 E. 6.4.3 *Altimum* m.H.). Nach Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG findet auf das Beweisverfahren u.a. Art. 40 BZP Anwendung, wonach der Richter die Beweise nach freier Überzeugung, d.h. ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, umfassend würdigt (Urteil 2C\_845/2018 E. 4.1.1 *Umbricht* m.H.).

**6.1.5.5** Was das Beweismass betrifft, so qualifiziert die Praxis das Beweismass der vollen Überzeugung („Vollbeweis“ oder „Überzeugungsbeweis“)

als Regelbeweismass. Nach dem Regelbeweismass des „Überzeugungsbeweises“ gilt ein Beweis als erbracht, wenn ein Gericht oder eine Behörde nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Dabei wird allerdings keine absolute Gewissheit vorausgesetzt. Es reicht aus, wenn keine ernsthaften Zweifel mehr vorhanden sind oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (BGE 128 III 271 E. 2b/aa; Urteile B-807/2012 E. 8.4.4.1 *Erne*; B-829/2012 E. 7.4.3.1 *Granella*; B-7633/2009 E. 157 *Swisscom ADSL II* alle mit Hinweisen). In Einzelfällen sowie in bestimmten Bereichen des Verwaltungsrechts (u.a. im Sozialversicherungsrecht) wird der reduzierte Beweisgrad der „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ als genügend erachtet. Die Behörde folgt dabei jener Sachverhaltsdarstellung, welche als wahrscheinlichste aller Möglichkeiten erscheint. Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit wird als ausreichend betrachtet, wo ein strikter Beweis in der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar ist und insofern eine „Beweisnot“ besteht. Ausnahmen vom Regelbeweismass liegt die Überlegung zugrunde, dass die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten (vgl. BGE 140 III 610 E. 4.1; 132 III 715 E. 3.1 *Prospekthaftung*; 130 III 321 E. 3.2; 128 III 271 E. 2b/aa; Urteil B-807/2012 E. 8.4.4.2 *Erne*). Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt etwa für den Nachweis des natürlichen oder des hypothetischen Kausalzusammenhanges (vgl. BGE 132 III 715 E. 3.2.1 *Prospekthaftung*; 128 III 271 E. 2b/aa, m.w.H.; Urteile B-831/2011 E. 1218 *Six*; B-7633/2009 E. 159 *Swisscom ADSL II*).

Das erforderliche Beweismass kann nicht nur direkt, sondern auch indirekt gestützt auf *Indizien* erbracht werden. So kann der Richter seine Überzeugung bezüglich des Sachverhalts auf der Grundlage einer Reihe konvergierender Elemente oder Indizien bilden. Indizien sind Tatsachen, die einen Schluss auf eine andere, unmittelbar erhebliche Tatsache zulassen. Beim Indizienbeweis wird vermutet, dass eine nicht bewiesene Tatsache gegeben ist, weil sich diese Schlussfolgerung aus bewiesenen Tatsachen (Indizien) nach der Lebenserfahrung aufdrängt (BGE 144 II 246 E. 6.4.4 *Altimum* m.H.; Urteil B-807/2012 E. 8.4.4.6 *Erne*; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 30 KG N 99).

**6.1.5.6** Betreffend das Beweismass im Kartellrecht ist keine Differenzierung zwischen sanktionsbedrohten und anderen Tatbeständen vorzunehmen, weil sich das Beweismass an den Umständen der Beweiserhebung und nicht an den Rechtsfolgen auszurichten hat (Urteil B-7633/2009 E. 162

in fine *ADSL II*). Zur Frage, ob für Kartellverfahren der Überzeugungsbe-  
 weis als Regelbeweismass zu gelten hat, oder ob (auch) auf die überwie-  
 gende Wahrscheinlichkeit abzustellen ist, ist zu beachten, dass das Bun-  
 desgericht bei komplexen Marktverhältnissen auf den Wahrscheinlichkeits-  
 beweis abgestellt hat (BGE 139 I 72 E. 8.3.2 *Publigroupe*). Die Komplexität  
 wirtschaftlicher Sachverhalte samt den vielfach und verschlungenen Inter-  
 dependenzen, schliesst eine strikte Beweisführung vielmehr regelmässig  
 aus (Urteile B-807/2012 E. 8.4.4.4 f. *Erne*; B-829/2012 E. 7.4.3.4 f. *Gra-  
 nella*). Mit zunehmender Komplexität nimmt auch die Anzahl aller denkbaren  
 Varianten eines Geschehensablaufs um ein Vielfaches zu. Der Grad  
 und das Ausmass einer gerichtlichen Überzeugung verändern sich daher  
 notwendigerweise (Urteil B-7633/2009 E. 163 *Swisscom ADSL II*). Das-  
 selbe gilt für tatsächliche Auswirkungen einer Abrede, soweit multiple Wir-  
 kungszusammenhänge mit einer Wettbewerbskomplexität bestehen (vgl.  
 Urteile B-831/2011 E. 1219 *Six*; B-807/2012 E. 8.4.4.4 *Erne*; B-829/2012  
 E. 7.4.3.4 *Granella*; B-880/2012 E. 8.4.4.4 *Umbricht*; B-7633/2009, E. 80,  
 158 *Swisscom ADSL II*). So dürfen im Wettbewerbsrecht jedoch die Anfor-  
 derungen an die Beweise nicht zu hoch sein, wenn der Sachverhalt natur-  
 gemäss schwer nachzuweisen ist. Tatsächlich sind direkte Beweise für das  
 Vorliegen einer Wettbewerbsabrede in der Praxis äusserst selten (vgl. BGE  
 144 II 246 E. 6.4.4 *Altimum* mit Hinweis auf BGE 139 I 72 E. 8.3.2 *Pub-  
 ligroupe*).

**6.1.6** Auch wenn die Beweisanforderungen in Bezug auf die einzelnen kar-  
 tellrechtlichen Tatbestandsmerkmale zu prüfen sind (BGE 144 II 194  
 E. 4.4.2 in fine *BMW*; Urteil B-141/2011 E. 3.2.2.5 ff. *Estée Lauder*), ergibt  
 sich bereits aus E. 6.1.5.6, dass die Rüge der Beschwerdeführerinnen, wel-  
 che den Vollbeweis betreffend aller Tatbestandsmerkmale fordert, die kar-  
 tellrechtlichen Voraussetzungen überspannt, da je nach Umständen – ins-  
 besondere wenn es um die Beurteilung der Komplexität von Marktverhält-  
 nissen und wirtschaftlichen Sachverhalten geht – auch im Kartellrecht der  
 Wahrscheinlichkeitsbeweis genügt (vgl. statt vieler BGE 139 I 72 E. 8.3.2  
*Publigroupe*). Die Unschuldsvermutung ist im materiellen Kontext dort, wo  
 sie konkret gerügt wird, aufzugreifen. Was die Frage betreffend den Vor-  
 satz der kartellrechtlich bedenklichen Handlungen angeht, so ist auf  
 E. 8.2.6.5.2, 8.2.6.3, 11.3.2 zu verweisen.

In formeller Hinsicht ist die Vorinstanz schliesslich zutreffend davon ausge-  
 gangen, dass sie die Beweisführungslast trägt (vgl. E. 6.1.3). Da die Rüge  
 der Verletzung der Beweisführungslast einen engen Zusammenhang mit  
 der materiellrechtlichen Beurteilung aufweist, wird sie praxisgemäss dort

behandelt (vgl. Urteile des BVGer B-2050/2007 vom 24. Februar 2010 E. 1.1.2 *Swisscom Terminierungsgebühren*; B-771/2012 E. 5.3 *Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau Cellere*; B-645/2018 vom 14. August 2023 E. 6 *Engadin IV*).

## **6.2 Beweiswürdigung betreffend Sachverhalte vor 2002**

**6.2.1** Die Beschwerdeführerinnen bringen des Weiteren vor, dass sich die Verfügung auf Sachverhalte beziehen würde, welche sich vor Inkrafttreten des aktuellen Kartellgesetzes im Jahr 1995 abgespielt hätten. Zu diesem Zeitpunkt seien die beschriebenen Handlungen noch zulässig gewesen (Beschwerde Rz. 24-32, 233). Ebenfalls seien die Abklärungen in der Verfügung in Bezug auf die Handlungen vor 2002 bzw. 2004 nicht ausreichend fundiert, weshalb sie nicht als Beleg für Verhaltensweisen nach 2002 bzw. 2004 genutzt werden können (Beschwerde Rz. 48, 169-172). Auch seien diese älteren Geschehnisse nicht durch Fakten erhärtet (Beschwerde Rz. 34).

**6.2.2** Der Umstand, dass eine Wettbewerbsabrede vor dem Inkrafttreten des aktuell geltenden Rechts getroffen worden ist, hat nicht zur Folge, dass sie deswegen weiterhin dem alten Recht unterstehen würde, wenn sie noch andauert (BGE 124 III 495 E. 1; JENS IVAR DROLSHAMMER, Wettbewerbsrecht, Vom alten zum neuen Recht, 1997, S. 263, 265). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn es nicht um die Würdigung der älteren Kartellabsprachen selbst geht, sondern um die Frage, ob Aspekte derselben zur Beweiswürdigung und zum Verständnis späterer Handlungen herangezogen werden dürfen. Denn das Gericht würdigt die Beweise nach freier Überzeugung (vgl. E. 6.1.5.4). Dies gilt auch für die Gegebenheiten vor Inkrafttreten des aktuellen Kartellgesetzes von 1995 und die in der Verfügung beschriebenen älteren Geschehnisse vor 2002 (Rz. 122 ff.). Diese Tatbestände werden ohnehin nicht sanktioniert, da sie vor Inkrafttreten des Art. 49a KG (d.h. vor dem 1. April 2004) erfolgten (Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27. April 2010 E. 8.3.5 *Publigroupe*; PICT, Art. 4 SKGV N 2, in: Wettbewerbsrecht II). Demnach können die Beschwerdeführerinnen nichts zu ihren Gunsten aus dem Umstand ableiten, dass die Vorinstanz in ihrer Beweiswürdigung auch ältere Verhaltensweisen in ihre Begründung miteinbezog.

### 6.3 Parteiverhör vor der WEKO nach Art. 30 Abs. 2 KG

**6.3.1** Die *Beschwerdeführerinnen* rügen, dass die Art und Weise der Durchführung des Parteiverhörs ein weiterer Beleg dafür sei, dass die Vorinstanz die Beweise nicht objektiv und unvoreingenommen gewürdigt habe. Vielmehr habe die Vorinstanz bereits zuvor ihre Meinung gebildet und gezielt versucht, sie „aufs Glatteis“ zu führen (Beschwerde Rz. 50-54 mit Hinweis auf act. [...], S. 5 ff. und act. [...] S. 8 ff.). Die Beschwerdeführerinnen sind der Ansicht, dass die Vorinstanz nicht frei sei, welche Fragen sie stelle. Zudem sei hier das Täuschungsverbot nach Art. 140 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO, SR 312.0) anwendbar, welches analog für das Sanktionsverfahren gelte (Replik Rz. 28).

Die *Vorinstanz* entgegnet, dass die WEKO bei einer Anhörung nach Art. 30 Abs. 2 KG frei sei, welche Fragen sie stelle. Sei die WEKO – wie in casu – der Auffassung, dass eine Stellungnahme zum Antrag widersprüchlich sei, so könne sie die Partei hierzu befragen (Vernehmlassung Rz. 17)

#### 6.3.2

**6.3.2.1** Gemäss Art. 140 Abs. 1 StPO sind Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und Mittel, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können, bei der Beweiserhebung untersagt. Es geht um den Schutz der Willensfreiheit der von einer Strafverfolgung betroffenen Person (BSK StPO-GLESS, Art. 140 StPO N 1). Nach Art. 30 Abs. 2 KG kann die WEKO eine Anhörung beschliessen. Im Sanktionsverfahren stellt die Anhörung jedoch den Regelfall dar (BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 30 KG N 38, 47; IZUMI/KRIMMER, DIKE-KG, Art. 30 KG N 60).

**6.3.2.2** Zwar sind auch in kartellrechtlichen Untersuchungen Fragen zu vermeiden, durch welche einer beschuldigten Partei Sachverhaltsumstände vorgehalten werden, die erst durch ihre Aussagen festgestellt werden. Der Zweck, eine möglichst unvoreingenommene Darstellung zu erhalten, wird jedoch nicht beeinträchtigt, wenn die WEKO den Parteien anlässlich einer Anhörung unter Vorhalt bestehender Aussagen bzw. Beweismittel ergänzende Fragen stellt. Auch ist es zulässig, dass die WEKO bei Anhörungen nach eigenem Ermessen Schwerpunkte setzt und die Parteien nur dahingehend befragt, wo aus ihrer Sicht Klärungsbedarf besteht (Urteil B-807/2012 E. 6.4.3 *Erne*).

**6.3.2.3** Vorliegend wurde der Vertreter der Beschwerdeführerinnen zu Beginn der Anhörung darauf hingewiesen, dass sie nicht verpflichtet seien, eine Aussage zu machen und eine Aussage auch ohne Begründung verweigern dürften (act. [...] Rz. 45 ff., act. [...] Rz. 219 ff.). Zudem erhielten alle Untersuchungsadressatinnen vorab einen „Fahrplan“ betreffend die Anhörungen (act. [...]). Inhaltlich hat die WEKO den Beschwerdeführerinnen konkrete Fragen gestellt, wobei sie oft auf die Randziffern der jeweiligen Stellungnahmen zum Antrag (act. [...] f.) verwiesen hat. Daher war für die Beschwerdeführerinnen ersichtlich, auf welche Problemkreise sich die WEKO fokussierte. Ohnehin darf die WEKO in diesem Verfahrensstadium Schwerpunkte setzen. Zudem wurden die Protokolle der Anhörungen zusammen mit der jeweiligen Verfahrenspartei bereinigt (act. [...] S. 12; act. [...] S. 14). Dass die WEKO die Beteiligten „aufs Glatteis“ hätte führen wollen, ist unter diesen Umständen nicht ansatzweise ersichtlich. Demnach liegt offensichtlich auch keine Täuschung im Sinne von Art. 140 StPO vor.

#### **6.4 Beweiswert der Selbstanzeigen**

**6.4.1** Die *Beschwerdeführerinnen* rügen, ein zentrales Beweisproblem bestehe darin, dass keine der Untersuchungsadressatinnen die Theorie der Gesamtabrede bzw. ein Gesamtsystem bestätigt habe. Einzig die Aussagen der Implenja (erste Selbstanzeigerin) hätten auf eine gewisse Systematik des Verhaltens hingedeutet, aber diese Aussagen seien nicht objektiv, da die Implenja als erste Selbstanzeigerin von einem 100%-Bonus profitiert habe. Zudem seien ihre Aussagen widersprüchlich in Bezug auf die Aussagen der zweiten Selbstanzeigerin (Beschwerde Rz. 33-42, 43 ff.).

**6.4.2** In der Verfügung verweist die *Vorinstanz* auf den Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Eine Aussage eines Selbstanzeigers (bzw. eine Partei- oder Zeugenaussage) sei durch weitere Beweismittel zu ergänzen, was bedeute, dass (widerstreitende) Aussagen auf ihre Vereinbarkeit mit sonstigen Beweismitteln zu prüfen seien (äussere Glaubhaftigkeit einer Aussage). Dabei gelte: Je mehr eine Aussage bzw. eine Behauptung eines Selbstanzeigers mit anderen (objektiven) Beweismitteln (z.B. Augenscheinobjekten und Urkunden) im Einklang stehe, desto höher könne die beweismässige Überzeugungskraft sein. Mitunter seien im vorliegenden Fall Zeugen- oder Parteiaussagen bzw. Angaben von Selbstanzeigern nach Massgabe der modernen Aussagepsychologie auch für die innere Glaubhaftigkeit von Bedeutung. Es habe sich ein inhaltsorientierter Ansatz gegenüber einem verhaltensorientierten Ansatz durchgesetzt. Dabei sei

auch die logische Konsistenz und der Realitätsbezug zu beachten (vgl. Verfügung Rz. 125-128).

In der Vernehmlassung ergänzt die Vorinstanz, dass es zwar unbestritten sei, dass die Selbstanzeigerinnen den Begriff „Gesamtabrede“ nie verwendet hätten. Jedoch sei die Begriffsbezeichnung für eine Selbstanzeige nicht relevant. Vielmehr gehe es darum, wie das in den Selbstanzeigen beschriebene Verhalten – ob das MA- bzw. das EO-System auf die Zuteilung von Projekten gerichtet war – aus wettbewerbsrechtlicher Sicht zu würdigen sei (Vernehmlassung Rz. 31 insb. mit Hinweis auf Rz 604 ff., 929 ff.).

**6.4.3** In ihrer Replik vergleichen die *Beschwerdeführerinnen* die Selbstanzeigen der Implenia und der Walo. Die Walo habe sich in ihrer Selbstanzeige nur auf vereinzelte Projekte, nicht aber auf eine Gesamtabrede bezogen. Damit es bei einer Selbstanzeige zu einer Sanktionsreduktion komme, müsse eine Aussage umfassend sein. Daher habe die Walo lieber ein Projekt zu viel als eines zu wenig genannt. Wohl aus demselben Grund habe sich die Implenia auf eine Gesamtabrede und nicht auf konkrete Projekte bezogen. So sei sie nicht Gefahr gelaufen, ein Projekt zu vergessen und habe betreffend den Gesamtkontext eine Reduktion geltend machen können. Daher habe Implenia die Gesamtabrede auch nicht bestritten. Dies sei bei der Würdigung der Selbstanzeigen zu beachten (Replik Rz. 33).

#### **6.4.4**

**6.4.4.1** Im Sinne der freien Beweiswürdigung (siehe E. 6.1.5.4 hiervor) hat das Bundesverwaltungsgericht alle Beweismittel, unabhängig von wem sie stammen, objektiv zu prüfen. Einem bestimmten Beweismittel vorab und in allgemeiner Weise die Beweiseignung abzusprechen, ist nicht zulässig. Zudem besitzen alle tauglichen Beweismittel die gleiche Beweiskraft (Urteil 2C\_845/2018 E. 4.1.1 *Umbricht* m.H.).

Nach der strafrechtlichen Definition (Art. 110 Abs. 4 StGB) sind *Urkunden* Schriften, die bestimmt und geeignet sind, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen. Der Begriff der Urkunde (Art. 12 Bst. a VwVG) umfasst auch E-Mails (BGE 138 IV 209 E. 5.4; KRAUSKOPF/WYSSLING, in: WALDMANN/WEISSENBURGER (Hrsg.), VwVG - Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2023, Art. 12 VwVG N 93, nachfolgend: BEARBEITER, in: VwVG-Praxiskommentar; WIEDERKEHR/MEYER/ BÖHME, Orell Füssli Kommentar, VwVG, 2022, Art. 12 N 38; nachfolgend: OFK-VwVG). Urkunden kommt als unabhängiges Dokument grundsätzlich eine sehr

hohe Beweiskraft zu, sofern ihre Echtheit unstrittig ist (Urteil B-831/2011 E. 222 *Six*; WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME, OFK-VwVG, Art. 12 VwVG N 40).

**6.4.4.2** Bei Selbstanzeigen ist das Beweismass nicht aus prozessökonomischen Gründen herabzusetzen (Urteile B-807/2012; B-880/2012 jeweils E. 8.5.4.2 ff. *Erne* und *Umbricht*). Bei den Aussagen der Selbstanzeiger und der nicht kooperierenden Unternehmen handelt es sich um Parteiauskünfte im Sinne von Art. 12 Bst. b VwVG, die frei auf ihre Glaubhaftigkeit hin zu würdigen sind. Es gilt also die vorliegenden Beweismittel im Einzelfall anhand der konkreten Umstände zu prüfen (Urteile B-807/2012; B-880/2012 jeweils E. 8.5.5.4, *Erne* und *Umbricht*; genauer KRAUSKOPF/WYSSLING, in: VwVG-Praxiskommentar, Art. 12 VwVG N 113). In der psychologischen Wissenschaft hat sich ein inhaltsanalytischer gegenüber dem verhaltensanalytischen Ansatz durchgesetzt. Es ist schwieriger eine Falschaussage zu machen, als die Wahrheit zu sagen, da der Lügner ein komplexes Handlungsgeschehen erfinden und widerspruchsfrei bleiben muss. Die logische Konsistenz und ein quantitativer Detailreichtum werden dabei als ein Mindestmass für eine glaubhafte Aussage betrachtet (LUDEWIG/TAVOR/BAUMER, Wie können aussagepsychologische Erkenntnisse Richtern, Staatsanwälten und Anwälten helfen?, AJP 2011 S 1415 ff., 1423 f. mit Hinweis auf BGE 129 I 49 E. 5, 1426).

Urkunden – unabhängig davon, ob sie von Selbstanzeigern oder von nicht kooperierenden Unternehmen stammen – unterliegen dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Urteile B-807/2012; B-880/2012 jeweils E. 8.5.5.4 *Erne* und *Umbricht*). Reichen Selbstanzeiger übereinstimmende Informationen ein, ist darauf zu achten, dass sie unabhängig handeln. Das heisst, sie dürfen vor dem Antragsversand weder voneinander wissen noch denselben Rechtsvertreter haben (Urteile B-807/2012; B-880/2012 E. 8.5.5.9 Bst. c [zu den verschiedenen Konstellationen von Selbstanzeigen Bst. a-d] *Erne* und *Umbricht*).

**6.4.4.3** Selbstanzeiger unterliegen zwar nicht wie Zeugen den strafrechtlichen Konsequenzen von Art. 307 StGB. Allerdings gehen sie durch eine Falschaussage das Risiko eines Bonusverlustes ein, weshalb die Interessenlage von Selbstanzeigern und Zeugen vergleichbar ist. Im Gegensatz dazu haben Untersuchungsadressaten, welche nicht mit den Wettbewerbsbehörden kooperieren und nur falsche bzw. geschönte Angaben machen, keine solchen Nachteile zu befürchten. Demnach darf die Glaubhaftigkeit von Selbstanzeigern nicht leichthin infrage gestellt werden (Urteile B-807/2012; B-880/2012 jeweils E. 8.5.5.5 *Erne* und *Umbricht*). Zudem

vermag das fraglos egoistische Interesse eines einzelnen Selbstanzeigers, als einziger von einem Sanktionserlass bzw. einer -reduktion zu profitieren, keinen für sich begründeten Verdacht auf falsche Angaben bzw. falsche Beschuldigungen gegenüber Dritten hervorzurufen. Vielmehr ist dieses egoistische Interesse gerade gewollter Bestandteil des gesetzlich vorgesehenen Anreizsystems, mit welchem Kartelle von innen hinaus destabilisiert und wirksamer Wettbewerb wieder herbeigeführt werden soll (Urteile B-807/2012; B-880/2012 jeweils E. 8.5.5.7 *Erne* und *Umbricht*; vgl. Urteil 2C\_845/2018 E. 4.1.2 f. *Umbricht* m.H.). Zudem muss der Selbstanzeiger sein tatbestandsmässiges Verhalten zumindest implizit zugeben, blosser Vermutungen oder Möglichkeiten reichen diesbezüglich nicht aus (BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a KG N 131a m.H.). Allerdings muss der Selbstanzeiger keine rechtliche Würdigung seines Verhaltens vornehmen (PICHT, Art. 8 SKGV N 4, in: Wettbewerbsrecht II).

**6.4.5** Wenn die Beschwerdeführerinnen darlegen, dass nur die erste Selbstanzeigerin ein Gesamtsystem bestätigt habe und die anderen Verfahrensbeteiligten dies nicht getan hätten, so spielt dies nach dem soeben Ausgeführten keine Rolle. Denn es geht hier um die Beschreibung von Tatsachen betreffend das wettbewerbsrechtlich beanstandete Verhalten und nicht um dessen Würdigung (Begriff „Gesamtsystem“). Demnach ist es auch irrelevant, wie umfassend die Selbstanzeige in Bezug auf die Anzahl der ausgeschriebenen Projekte ist. Ebenfalls ist die Motivation der Selbstanzeigerin (Profitieren von einem Sanktionserlass) nicht von Relevanz. Denn das kartellrechtliche System will gerade den Selbstanzeiger motivieren, aus dem kartellrechtlich bedenklichen Handeln auszubrechen, auch wenn dies gegenüber den anderen Kartellanten „unkollegial“ erscheint (vgl. E. 6.4.4.3). Daneben ist zu beachten, dass Selbstanzeiger bei einer Falschaussage – im Gegensatz zu den übrigen Untersuchungsadressaten – das Risiko eingehen, ihren Bonus zu verlieren.

Zwar war die erste Selbstanzeigerin jeweils bei den Einvernahmen der anderen Verfahrensparteien durch das Sekretariat anwesend; nicht aber bei der Befragung der anderen Selbstanzeigerin (vgl. Verfügung Rz. 67 f. m.H.). Es ist anzumerken, dass alle Verfahrensparteien die Möglichkeit gehabt hätten, an diesen Einvernahmen teilzunehmen (act. [...–...]). Die Selbstanzeiger konnten – wie auch die anderen Verfahrensparteien – erst nach Zustellung des Verfügungsantrages vor Ort in die Akten der (anderen) Selbstanzeigerin Einsicht nehmen (vgl. Verfügung Rz. 75 m.H.), weshalb die Unabhängigkeit der Aussagen zwischen den beiden Selbstanzeigern aus institutioneller Sicht gewahrt ist. Im Übrigen ist das Prüfkriterium der

inhaltlichen Konsistenz unter den Parteien unbestritten. Die Aussagen der Selbstanzeigerinnen werden daher im Rahmen der materiellen Prüfung bei Bedarf auf die inhaltliche Konsistenz zu prüfen sein.

## **Materielle Rechtslage**

### **7. Bezug zur EMRK und zum EU-Recht**

#### **7.1**

**7.1.1** Die *Beschwerdeführerinnen* führen aus, die Rechtsfigur der einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung (Gesamtabrede) entstamme dem EU-Recht. Die Entscheide der EU-Kommission und EU-Gerichte würden – im Gegensatz zur Schweiz – nicht der Gerichtsbarkeit des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte („EGMR“) und der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 („EMRK“, SR 0.101) sowie der in Art. 6 Abs. 2 EMRK genannten Unschuldsvermutung unterliegen, weshalb die Übernahme der Rechtsfigur der Gesamtabrede in das Schweizer Recht der EMRK nicht standhalte (Beschwerde Rz. 68 ff. i.V.m. 73 [m.H. auf Urteil B-7633/2009 E. 108 *Swisscom ADSL II*], 75). Ohnehin hätten im Verfahren zum Tessiner Submissionskartell (vgl. Urteil des BVGer B-420/2008 vom 1. Juni 2010 *Strassenbeläge Tessin*) die EMRK-Garantien nicht gegolten, da keine Sanktionen ausgefällt worden seien (Beschwerde Rz. 98).

**7.1.2** Mit Gutachten 2/13 vom 18. Dezember 2014 sprach sich der EuGH gegen den Beitritt der EU zur EMRK aus (CHRISTOPH GRABENWARTER, in: Grabenwarter (Hrsg.), *Europäischer Grundrechtsschutz*, 2. Aufl. 2022, § 1 Rz. 90; nachfolgend: BEARBEITER, in: *Grundrechtsschutz*; GRABENWARTER/PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention*, ein Studienbuch, 7. Aufl. 2021; S. 30 § 4 Rn. 15; nachfolgend: GRABENWARTER/PABEL, EMRK). Nach Art. 6 Abs. 3 der konsolidierten Fassung des Vertrags über die Europäische Union vom 7. Juni 2016 (EUV, Abl. C 202/13 ff.) gelten die Grundrechte der EMRK ebenfalls als Grundsätze des Unionsrechts. Die Kohärenz zwischen der EMRK und der „Charta der Grundrechte der Europäischen Union“ vom 26. Oktober 2012 (GRC, Abl. C 326/391) wird mit Art. 52 Abs. 3 GRC gewahrt. Sofern die GRC Rechte enthält (Art. 53 GRC), die den EMRK-Rechten entsprechen, haben diese die gleiche Bedeutung und Tragweite (CHRISTOPH GRABENWARTER, in: *Grundrechtsschutz* § 1 Rn. 2; vgl. GRABENWARTER/PABEL, EMRK S. 28 § 4 N 8 ff.), was auch für Art. 48 Abs. 1 GRC gilt, da dieser Art. 6 Abs. 2 EMRK entspricht (KATHARINA PABEL, in: *Grundrechtsschutz* § 26 Rn. 1).

**7.1.3** Wie es die Beschwerdeführerinnen richtig ausführen, unterstehen die Rechtsstreitigkeiten der europäischen Gerichte zwar nicht der Gerichtsbarkeit des EGMR. Das heisst jedoch nicht, wie gerade oben aufgeführt, dass sich die Gerichte der EU deswegen nicht an die Grundsätze der EMRK (Art. 6 Abs. 3 EUV, Art. 52 Abs. 3 GRC und Art. 53 GRC), wie insb. die Unschuldsvermutung (Art. 48 GRC), halten müssen und schon alleine deshalb die aus der EU stammenden Rechtsfigur der einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung (Gesamtabrede) per se von der Hand zu weisen ist. In Bezug auf die Kriterien zur Unschuldsvermutung ist vorliegend auf E. 6, insb. 6.1.5.2 ff. zu verweisen.

**7.2** Zusätzlich ist in materieller Hinsicht auf die allgemeinen Grundsätze des Zusammenwirkens des Schweizer und des EU-Kartellrechts hinzuweisen (BGE 146 II 217 E. 4.3 *Swisscom ADSL II*; 143 II 297 E. 6.2.3 *Gaba*; Urteil 2C\_596/2019 E. 6.3 *Six*; Urteil B-141/2012 E. 6.3.5.1 *Estée Lauder*). Dies gilt auch – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. Beschwerde Rz. 68 ff.) – für die Gesamtabrede, da kürzlich das Bundesverwaltungsgericht diese Rechtsfigur in das Schweizer Recht übernommen hat (Urteile des BVGer *Engadin I* vom 28. November 2023: B-3096/2018 E. 43 ff., 78 f. *Foffa*; B-3097/2018 E. 53 ff., 60 f. *Koch*; B-3290/2018 E. 47 ff., 123 f. *Lazzarini*). Liegen gleiche Sachlagen in Bezug auf das EU-Recht vor, so kann *primär* davon ausgegangen werden, dass sie gleich beurteilt werden (BGE 146 II 217 E. 4.3 *Swisscom ADSL II*).

### 7.3

**7.3.1** Was den Bezug der Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 11/01 vom 14. Januar 2011 (nachfolgend: Horizontalleitlinien 2011) betrifft, so ist anzumerken, dass am 21. Juli 2023 die revidierten Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 259/01 vom 21. Juli 2023 (nachfolgend: Horizontalleitlinien 2023) in Kraft getreten sind. Die Rechtmässigkeit eines Verwaltungsaktes ist grundsätzlich nach der materiellen Rechtslage zur Zeit seines Erlasses zu beurteilen (MOSER/BEUSCH/ KNEUBÜHLER/KAYSER, Rz. 2.202 m.H.). Daher können die Horizontalleitlinien 2011, welche in Kraft waren, als die Verfügung im Jahr 2016 erlassen wurde, bei Bedarf herbeigezogen werden, da sie gewisse Aspekte eines Informationsaustausches konkretisieren.

**7.3.2** Die Horizontalleitlinien 2011 orientieren sich allerdings an Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV, konsolidierte Fassung, ABl. C 202/01) vom 7. Juni 2016 und können nicht tel-quel auf das Schweizer Kartellrecht übertragen werden (Urteil B-141/2012 E. 4.3.1 ff, 6.3.5.1 ff. *Estée Lauder*), sondern müssen sich an dessen Tatbeständen (Art. 4 Abs. 1 KG und Art. 5 KG) sowie Tatbestandsmerkmalen bzw. Definitionsmerkmalen ausrichten (E. 8.4.1.2 m.H.).

## **8. Art. 4 Abs. 1 KG**

Nach Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.

Vorliegend ist zu prüfen, ob die mit dem MA- und EO-System bzw. mit dem diesbezüglichen Informationsaustausch einhergehenden Handlungen betreffend die Vergabe von Projekten im Strassen- und Tiefbau im Untersuchungsgebiet unter Art. 4 Abs. 1 KG (Gesamtabrede) zu subsumieren sind (vgl. auch E. 8.2.3), was von den Beschwerdeführerinnen bestritten wird.

Zuerst ist auf den Beurteilungszeitraum (E. 8.1) einzugehen. In E. 8.2 ist zu prüfen, ob das MA- und/oder EO-System bzw. der damit verbundene Informationsaustausch als Vereinbarung oder als abgestimmte Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren sind und ob diesem Verhalten ein Gesamtkonsens (Gesamtabrede) zugrunde liegt. Der Bezug zu Wettbewerbsparametern auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG wird in E. 8.3 geprüft. In E. 8.4 wird eruiert, ob das besagte Verhalten eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Da die Beschwerdeführerinnen ebenfalls die Marktabgrenzung in Bezug auf den Abredeumfang rügen (Beschwerde Rz. 193 ff.; Replik Rz. 8), wird die Marktabgrenzung vorliegend im Kontext mit Art. 4 Abs. 1 KG geprüft (vgl. E. 8.5).

### **8.1 Beurteilungszeitraum/untersuchungsrelevanter Zeitraum**

Was das sanktionsbewehrte Kartellrecht angeht, so werden Handlungen, die vor Inkrafttreten des Art. 49a KG (d.h. vor dem 1. April 2004) erfolgten (Urteil B-2977/2007 E. 8.3.5 *Publigroupe*; PICT, Art. 4 SKGV N 2, in: Wettbewerbsrecht II), ohnehin nicht sanktioniert. In Bezug auf die Beweiswürdigung der Sachverhalte vor 2002 ist auf E. 6.2 zu verweisen, wonach ältere Sachverhalte auch im Sinne der freien richterlichen Beweiswürdigung

herangezogen werden können. Diese unterliegen jedoch nicht der Sanktionierung. Was den Endzeitpunkt der beanstandeten Handlungen angeht, der allerdings bestritten ist (vgl. dazu E. 10 ff. und insb. E. 10.10 ff.), so ist auf den 11. Juni 2009 (das Datum der mutmasslich letzten MA-Sitzung), wo die acht Unternehmer nach Feststellungen der Vorinstanz den Beschluss fassten, auseinanderzugehen (Verfügung Rz. 330 ff, 362), abzustellen.

## **8.2 Vereinbarung bzw. Gesamtkonsens nach Art. 4 Abs. 1 KG**

Damit geprüft werden kann, ob das MA- und EO-System bzw. die mit dem diesbezüglichen Informationsaustausch einhergehenden Handlungen die Kriterien der in Art. 4 Abs.1 KG genannten Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise, also einen Gesamtkonsens bzw. eine Gesamtabrede, erfüllen, werden zuerst in E. 8.2.1 die sachverhaltlichen Aspekte (E. 8.2.1.1 [MA- und EO-System insgesamt]; E. 8.2.1.2 [MA-System], E. 8.2.1.3 [Hagedorn-Listen]; E. 8.2.1.4 [konsolidierte Marktabklärungsliste]; E. 8.2.1.5 [Datensatz Offertöffnungsprotokolle, DOP]; E. 8.2.1.6 [EO- System]) näher beleuchtet. Sofern die sachverhaltlichen Gesichtspunkte weiter als das MA- und EO-System gefasst sind, hängt dies damit zusammen, dass diese bei der Beweiswürdigung herbeizuziehen sind.

Anschliessend werden in E. 8.2.2 die theoretischen Grundlagen zum Gesamtkonsens bzw. der Gesamtabrede erläutert. In E. 8.2.3 werden die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen aufgezeigt und in E. 8.2.4 die Standpunkte der Vorinstanz. In E. 8.2.5 wird auf die Rügen eingegangen, welche das Konzept der Gesamtabrede insgesamt infrage stellen. In E. 8.2.6 wird geprüft, ob ein Gesamtkonsens zu bejahen ist.

### **8.2.1 Sachverhaltliche Aspekte**

#### **8.2.1.1 Zum MA- und EO-System insgesamt (vgl. auch Bst. A.j.a ff.)**

**8.2.1.1.1** Die Verfügung zeigt auf, dass sich die acht Unternehmen *von Mai 2004 bis Mitte Juni 2009* (vgl. zum Beurteilungszeitraum E. 8.1) alle zwei bis vier Wochen zur Besprechung der Marktabklärungslisten (nachfolgend: MA-Listen oder MAL) und ggf. der Eigenoffertlisten (nachfolgend: EO-Listen oder EOL) getroffen haben (Verfügung Rz. 289 ff., 309 f., Tabelle 1; Abbildung 1). In dieser Zeit hatten rund 80 MA-Sitzungen stattgefunden (Verfügung Rz. 310, 362, 1069). Es liegen nach Feststellung der Vorinstanz ca. 90 MA-Listen und über 80 EO-Listen vor (Verfügung Rz. 760, 873). Was die Planung dieser MA-Sitzungen angeht, so koordinierte die De Zanet,

was unbestritten ist, die Sitzungsplanung (Verfügung Rz. 311 f.). Der Versand der EO-Listen, der durch die Implemia organisiert war, war auf die MA-Sitzungen terminiert (Verfügung Rz. 873, 920; E. 8.2.1.6.2). Bis zur MA 2006\_4 sind nach Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts auch in den MA-Listen vereinzelt Projekte mit EO- oder KV-Bezeichnung erschienen.

<b>Abbildung 1 (entspricht Tabelle 1 der Verfügung)</b>				
Allfällige Quellen sind der angefochtenen Verfügung zu entnehmen, da die vorliegende <b>Abbildung 1</b> der Tabelle 1 der angefochtenen Verfügung tel-quel entspricht.				
<b>Datum der Einladungs-/ Absage-E-Mail</b>	<b>Datum der Sitzung</b>	<b>Ort</b>	<b>Anhang der E-Mail: MA-Liste und ggf. MA-Programm</b>	<b>EO-Liste</b>
<i>Vor 2004</i>				
	unbekannt	unbekannt	Submissionsprogramm 2002 26.6.02	
25.11	26.11.2003	unbekannt/fällt aus		
	10.12.2003	unbekannt	Submissionsprogramm 2003 10.12.03	
<i>2004</i>				
			2004 (1)	
			2004 (2)	EO 30.3.04 mit Buchstaben
			2004 (3)	EO 2004_18 mit Ziffern
			MA 2004_20	EO 2004_20
25.05	26.05.2004	Eschenbach	MA 2004_22	EO 2004_22
				EO 2004_24
22.06	23.06.2004	Gommiswald	MA 2004_26	EO 2004_26
06.07	07.07.2004	Eschenbach	MA 2004_28	EO 2004_28
17.08	18.08.2004	Siebnen	MA 2004_34	EO 2004_34
31.08	01.09.2004	Kaltbrunn	MA 2004_36	
14.09	15.09.2004	Gommiswald	MA 2004_38	
28.09	29.09.2004	Siebnen	MA 2004_40	
12.10	13.10.2004	fällt aus	MA 2004_42	
26.10	27.10.2004	Eschenbach	MA 2004_44	
30.11	01.12.2004	Pfäffikon	MA 2004_49	
14.12	15.12.2004	Kaltbrunn (gemeinsames Essen organisiert durch [Vertreter der Toller])	MA 2004_51	EO 2004_51
<i>2005</i>				

<b>Abbildung 1 (entspricht Tabelle 1 der Verfügung)</b>				
Allfällige Quellen sind der angefochtenen Verfügung zu entnehmen, da die vorliegende <b>Abbildung 1</b> der Tabelle 1 der angefochtenen Verfügung tel-quel entspricht.				
<b>Datum der Einladungs-/ Absage-E-Mail</b>	<b>Datum der Sitzung</b>	<b>Ort</b>	<b>Anhang der E-Mail: MA-Liste und ggf. MA-Programm</b>	<b>EO-Liste</b>
	Januar 2005		MA 2005_2	
				EO 2005_4
09.03	10.03.2005	Freienbach SZ	MA 2005_10	
22.03	23.03.2005	Eschenbach	MA 2005_12	
06.04	07.04.2005	Gommiswald	MA 2005_14	EO 2005_14
20.04	21.04.2005	Kaltbrunn	MA 2005_16	
03.05	03.05.2005	Pfäffikon	MA 2005_18	
18.05	19.05.2005	Neuhaus (blauer Container)	MA 2005_20	
01.06	02.06.2005	Siebnen	MA 2005_22	
15.06	16.06.2005	Eschenbach WB	MA 2005_24	
29.06	30.06.2005	Freienbach	MA 2005_26	
11.07	13.07.2005	Eschenbach	MA 2005_28	
10.08	11.08.2005	Gommiswald	MA 2005_32	
24.08	25.08.2005	Kaltbrunn	MA 2005_34	
07.09	08.09.2005	fällt aus («allfällige Wünsche können bilateral abgesprochen werden»)		
21.09	22.09.2005	fällt aus		
20.10	20.10.2005	Neuhaus (blauer Container)	MA 2005_42	
02.11	03.11.2005	Freienbach	MA 2005_44	
16.11	17.11.2005	Eschenbach	MA 2005_46	
30.11	01.12.2005	Siebnen	MA 2005_48	
14.12	15.12.2005	Eschenbach (5)	MA 2005_50	EO 2005_50
<b>2006</b>				
17.01	18.01.2006	Kaltbrunn	MA 2006_3	
23.01			E-Mail betr. MA-Programm 2006	
15.02	16.02.2006	Pfäffikon	MA 2006_7 (beschriftet als 2006_3)	
24.02	24.02.2006	Pfäffikon	MA 2006_8 (beschriftet als 2006_4)	
07.03	09.03.2006	Freienbach	MA 2006_10	EO 2006_10
22.03	23.03.2006	Siebnen	MA 2006_12	EO 2006_12
05.04	06.04.2006	Eschenbach	MA 2006_14	EO 2006_14

<b>Abbildung 1 (entspricht Tabelle 1 der Verfügung)</b>				
Allfällige Quellen sind der angefochtenen Verfügung zu entnehmen, da die vorliegende <b>Abbildung 1</b> der Tabelle 1 der angefochtenen Verfügung tel-quel entspricht.				
<b>Datum der Einladungs-/ Absage-E-Mail</b>	<b>Datum der Sitzung</b>	<b>Ort</b>	<b>Anhang der E-Mail: MA-Liste und ggf. MA-Programm</b>	<b>EO-Liste</b>
19.04	20.04.2006	Goldingen	MA 2006_16	EO 2006_16
03.05	04.05.2006	Eschenbach	MA 2006_18	EO 2006_18
17.05	18.05.2006	fällt aus		EO 2006_20
07.06	08.06.2006	Kaltbrunn	MA 2006_23	EO 2006_23
28.06	29.06.2006	Eschenbach	MA 2006_26	EO 2006_26
18.07	20.07.2006	fällt aus		EO 2006_29
16.08	17.08.2006	Eschenbach [...]	MA 2006_33	EO 2006_33
05.09	07.09.2006	fällt aus		EO 2006_36
12.09	13.09.2006	Eschenbach ([...]) Werkhof	MA 2006_37	EO 2006_37
27.08 [recte 27.09]	28.09.2006	Gommiswald	MA 2006_39	EO 2006_39
10.10	12.10.2006	fällt aus		EO 2006_41
25.10	26.10.2006	Pfäffikon ([...])	MA 2006_43	EO 2006_43
08.11	09.11.2006	Reichenburg ([...])	MA 2006_45	EO 2006_45
22.11	23.11.2006	Siebnen	MA 2006_47	EO 2006_47
06.12	07.12.2006	fällt aus	MA-Programm 2007	EO 2006_49
<b>2007</b>				
17.01	18.01.2007	Eschenbach ([...])	MA 2007_3	
12.02	13.02.2007	Freienbach	MA 2007_7	EO 2007_7
27.02	02.03.2007	fällt aus		EO 2007_9
14.03.	15.03.2007	Eschenbach	MA 2007_11	EO 2007_11
28.03	29.03.2007	Kaltbrunn	MA 2007_13	
19.04	19.04.2007	fällt aus	MA 2007_16	
02.05	03.05.2007	Eschenbach ([...])	MA 2007_18	EO 2007_18
23.05	24.05.2007	Neuhaus ([...])	MA 2007_21	EO 2007_21
06.06	07.06.2007	fällt aus		EO 2007_23
27.06	28.06.2007	Eschenbach ([...])	MA 2007_26	EO 2007_26
11.07	12.07.2007	Freienbach ([...])	MA 2007_28	EO 2007_28
15.08	16.08.2007	Eschenbach ([...])	MA 2007_33	EO 2007_33
29.08	30.08.2007	Gommiswald ([...])	MA 2007_35	EO 2007_35
12.09	12.09.2007	fällt aus	MA 2007_37	EO 2007_37
26.09	27.09.2007	Siebnen ([...])	MA 2007_39	EO 2007_39
10.10	11.10.2007	fällt aus		EO 2007_41

<b>Abbildung 1 (entspricht Tabelle 1 der Verfügung)</b>				
Allfällige Quellen sind der angefochtenen Verfügung zu entnehmen, da die vorliegende <b>Abbildung 1</b> der Tabelle 1 der angefochtenen Verfügung tel-quel entspricht.				
<b>Datum der Einladungs-/ Absage-E-Mail</b>	<b>Datum der Sitzung</b>	<b>Ort</b>	<b>Anhang der E-Mail: MA-Liste und ggf. MA-Programm</b>	<b>EO-Liste</b>
24.10	25.10.2007	Neuhaus ([...])	MA 2007_43	EO 2007_43
07.11	08.11.2007	Siebnen - fällt aus (kzfr.)	MA 2007_45	EO 2007_45
21.11	22.11.2007	Kaltbrunn statt Jona ([...])	MA 2007_47	EO 2007_47
12.12	13.12.2007	Freienbach ([...])	MA 2007_50 und MA-Programm 2008	EO 2007_50
<b>2008</b>				
16.01	17.01.2008	fällt aus		EO 2008_3
19.02	21.02.2008	fällt aus		EO 2008_8
05.03	06.03.2008	Kaltbrunn	MA 2008_10	EO 2008_10
19.03	20.03.2008	Reichenburg (Schwaderau)	MA 2008_12	EO 2008_12
02.04	03.04.2008	Siebnen	MA 2008_14	EO 2008_14
16.04	17.04.2008	Neuhaus	MA 2008_16	EO 2008_16
07.05	08.05.2008	Eschenbach	MA 2008_19	EO 2008_19
21.05	21.05.2008	Freienbach	MA 2008_21	EO 2008_21
04.06	05.06.2008	Eschenbach Toller AG	MA 2008_23	EO 2008_23
17.06	19.06.2008	Gommiswald	MA 2008_25	EO 2008_25
02.07	03.07.2008	Kaltbrunn (anschliessend Restaurant)	MA 2008_27	EO 2008_27
16.07	17.07.2008	Reichenburg (Hagedorn AG)	MA 2008_29	EO 2008_29
13.08	14.08.2008	Neuhaus	MA 2008_33	EO 2008_33
22.08	04.09.2008	fällt aus		
17.09	18.09.2008	Kaltbrunn	MA 2008_38	EO 2008_38
01.10	02.10.2008	Freienbach	MA 2008_40	EO 2008_40
14.10	16.10.2008	Eschenbach (Toller AG)	MA 2008_42	EO 2008_42
05.11	06.11.2008	Gommiswald	MA 2008_45	EO 2008_45
19.11	20.11.2008	Kaltbrunn	MA 2008_47 mit Entwurf MA-Programm 2009	EO 2008_47
10.12	11.12.2008	Reichenburg	MA 2008_50 mit MA-Programm 2009	EO 2008_50
12.12			E-Mail betr. MA-Programm 2009 mit Hinweis: «wie gestern bereinigt»	
<b>2009</b>				

<b>Abbildung 1 (entspricht Tabelle 1 der Verfügung)</b>				
Allfällige Quellen sind der angefochtenen Verfügung zu entnehmen, da die vorliegende <b>Abbildung 1</b> der Tabelle 1 der angefochtenen Verfügung tel-quel entspricht.				
<b>Datum der Einladungs-/ Absage-E-Mail</b>	<b>Datum der Sitzung</b>	<b>Ort</b>	<b>Anhang der E-Mail: MA-Liste und ggf. MA-Programm</b>	<b>EO-Liste</b>
21.01	22.01.2009	Neuhaus	MA 2009_4	
25.02	26.02.2009	Siebnen	MA 2009_9	
	05.03.2009			
11.03	12.03.2009	Freienbach	MA 2009_11	EO 2009_11
01.04	02.04.2009	fällt aus	MA 2009_14	EO 2009_14
15.04	16.04.2009	Gommiswald	MA 2009_16	EO 2009_16
06.05	07.05.2009	Kaltbrunn	MA 2009_19	
27.05	28.05.2009	fällt aus (mangels Ausschreibungen)	MA 2009_22	EO 2009_22
Anmerkung des BVGer 27.05 (act. [...] S.446)	11.06.2009			EO 2009_24
	25.06.2009			
	09.07.2009			
	13.08.2009			
	03.09.2009			
	17.09.2009			
	01.10.2009			
	15.10.2009			
	05.11.2009			
	19.11.2009			
	10.12.2009			

**8.2.1.1.2** Zum besseren Verständnis der nachfolgend erwähnten Beweismittel ist darauf hinzuweisen, dass die acht Unternehmen in den MA-Listen, den EO-Listen sowie in den Terminlisten zu den MA-Sitzungen (nachfolgend: MA-Programm), ab 2004 (noch nicht kontinuierlich) nicht mehr mit den Unternehmenskürzeln (DZ, HA, OB, IM, WB, RE, TO, BB) und -Logos, sondern mit den *Kennziffern 1-8* zu ihrer Identifizierung erschienen (Verfügung Rz. 285 ff., 871 ff.; Abbildung 24; vgl. Abbildung 2 zur Aufschlüsselung der Kennziffern). Bei den MA-Listen sind nach Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts ab der MA 2004\_20 (kein Versandmail vorhanden, aber die EO 2004\_20 wurde am 11. Mai 2004 versendet; die Kartellanktionen nach Art. 49a KG wurden am 1. April 2004 eingeführt) bis zur MA

2005\_16 die Kennziffern erschienen. Auf den MA 2005\_18 bis MA\_2005\_34 erfolgte sodann ein „Rückfall“ zu den Unternehmenslogos. Die MA 2005\_42 bis MA 2005\_46 wiesen wieder Kennziffern auf. Der letzte „Rückfall“ zu den Unternehmenslogos erfolgte in den MA 2005\_48 und MA 2005\_50 (zum EO-System und den Kennziffern vgl. E. 8.2.1.6.5 unten). Die Walo legte dar, dass man aus Angst, die Listen könnten in falsche Hände geraten, Kennziffern eingeführt habe (Verfügung Rz. 285 ff., 550).

<b>Abbildung 2- (vgl. Rz. 286 der Verfügung)</b>	
<b>Kenn- ziffern</b>	<b>Zugeordnetes Unternehmen</b>
<b>1</b>	De Zanet (Kaltbrunn)
<b>2</b>	Hagedorn (Pfäffikon/Reichenburg)
<b>3</b>	Oberholzer (Neuhaus)
<b>4</b>	Implenia bzw. ihre Rechtsvorgängerin Batigroup (Siebnen)
<b>5</b>	Walo (Eschenbach/Jona)
<b>6</b>	Reichmuth (Freienbach)
<b>7</b>	Toller (Eschenbach)
<b>8</b>	Bernet Bau (Gommiswald)

**8.2.1.1.3** Einmal pro Jahr hat die De Zanet eine *Terminliste zu den MA-Sitzungen*, welche auch Informationen über die Sitzungsorte beinhaltete, per Mail versendet (für die Jahre 2006: act. [...], S. 468, 470 [Selbstanzeiger-Akten]; 2007: act. [...] S. 350, 355 [Selbstanzeiger-Akten]; 2008 [Entwurf der Terminliste]: act. [...] S.235, 259 [Selbstanzeiger-Akten]; 2009 [1. Entwurf der Terminliste 2009 mit Mail vom 19. November 2008]: act. [...] S. 2471, 2477 [Selbstanzeiger-Akten]; 2009 [2. Entwurf der Terminliste 2009 mit Mail vom 10. Dezember 2008]: act. [...] S. 2457, 2470 [Selbstanzeiger-Akten]; 2009 [definitive Terminliste 2009 mit Mail vom 12. Dezember 2008]: act. [...] S. 450 f.). Als Beispiel ist die Terminliste des Jahres 2009 unten in Abbildung 3 (vgl. ebenso Verfügung Rz. 298, Abbildung 25) dargestellt. Die Sitzungsorte waren anhand der Kennziffern (vgl. Abbildung 2 oben) der gastgebenden Unternehmen erkenntlich (vgl. Verfügung Rz. 285 ff. i.V.m. 296 ff.). Die Beschwerdeführerinnen stellen die Planungsliste des Jahres 2009 und ihre Teilnahme an diesen Sitzungen infrage (Beschwerde Rz. 117 ff., 123 f.; vgl. dazu E. 10.10 ff.)

**Abbildung 3- (entspricht Abbildung 25 der Verfügung)**

Marktabklärung			
Januar – Dezember 2009			
Abgabetag:	Datum:	D-006_11	
19.01.2009	22.01.2009	17.00 Uhr	3
24.02.2009 (Fasnachtsdienstag)	26.02.2009	17.00 Uhr	4
02.03.2009	<del>05.03.2009</del>	<del>15.00 Uhr</del>	<del>5</del>
<del>03.03.2009</del>	<del>12.03.2009</del>	<del>17.00 Uhr</del>	<del>6</del>
30.03.2009	02.04.2009	17.00 Uhr	7
14.04.2009	16.04.2009	17.00 Uhr	8
04.05.2009	07.05.2009	17.00 Uhr	1
25.05.2009	28.05.2009	17.00 Uhr	2
08.06.2009	11.06.2009	17.00 Uhr	3

**8.2.1.1.4** Aus Abbildung 1 oben bzw. aus Tabelle 1 der Verfügung (Rz. 310) ist ersichtlich, dass die De Zanet die entsprechenden MA-Listen in der Regel einen Tag vor der Sitzung per Mail an alle acht Unternehmen versendet hat (Verfügung Rz. 310, 312). Die Eigenoffertlisten hat die Implenja bzw. ihre Rechtsvorgängerin die Batigroup (und nicht die De Zanet) in etwa gleichzeitig wie die MAL versendet. Die Mails der De Zanet (MAL) oder der Implenja (EOL) waren jeweils an *alle acht Unternehmen* gerichtet (Verfügung Rz. 300 f., 864 ff, 912 ff.). So haben die Beschwerdeführerinnen bis zur [mutmasslich] letzten Sitzung am 11. Juni 2009 die MA-Listen (vgl. act. [...] S. 446) und EO-Listen (act. [...] S. 374) zugestellt erhalten. Solche Einladungsmails waren insb. in den Akten der Toller (act. [...] und [...]), der De Zanet (act. [...]) und der Implenja (act. [...] [Selbstanzeiger-Akten]) zu finden. Angesichts der Zustellung dieser Mails zu den Sitzungseinladungen mitsamt MA-Listen und EO-Listen können die Beschwerdeführerinnen nicht argumentieren (Beschwerde Rz. 76, 78), dass sie keine Kenntnis von einem Masterplan hatten (siehe dazu genauer E.8.2.6.5.1 ff.; 11.3.2 m.H.).

**8.2.1.1.5** Die Bezeichnungen in den MA-Listen und EO-Listen sind stets nach demselben System erfolgt: „Marktabklärung oder Eigenofferte <Jahreszahl> Nr. <Kalenderwoche>“ bzw. „MA\_2009\_16“ (z.B. MA-Liste der 16. Kalenderwoche im Jahr 2009; Verfügung Rz. 547) oder „EO\_2009\_24“ (z.B. EO-Liste der 24. Kalenderwoche im Jahr 2009; Rz. 873).

### **8.2.1.2 Die Marktabklärungslisten (MA-Listen oder MAL)**

**8.2.1.2.1** Da dem Bundesverwaltungsgericht fast alle *MA-Listen* von Mitte 2004 bis Mitte 2009 vorliegen (ca. 90 MA-Listen [Verfügung Rz. 760]), ist erstellt, dass diese tabellarisch aufgebaute und ständig aktualisierte („dynamische“) Listen waren, welche die Strassen- und Tiefbauprojekte im Untersuchungsgebiet (Bezirke See-Gaster, March und Höfe) aufführten. Mehrheitlich waren auf den MA-Listen öffentliche Bauprojekte aufgeführt. Es kam aber auch vor, dass (grössere) von privaten Stellen ausgeschriebene Projekte genannt waren (siehe auch Verfügung Rz. 856, 1071). Vor dem Versand der MA-Listen an die anderen Unternehmen wurden diese durch die de Zanet jeweils aktualisiert. Bekundete ein Unternehmen in einer MA-Sitzung bezüglich eines Projekts ein Interesse, so war dies auf der vor dem nächsten Treffen versendeten aktualisierten MA-Liste in der jeweiligen Unternehmensspalte mittels Sterne (vgl. E. 8.2.1.2.2) vermerkt. Nicht vermerkt waren Interessenbekundungen, wenn diese gerade erst vor Eingabedatum an einer MA-Sitzung geltend gemacht wurden, und die Eingabefrist des betreffenden Projekts an der nachfolgenden Sitzung (mitsamt nachfolgender MA-Liste) bereits abgelaufen war (Verfügung Rz. 350, 857).

**8.2.1.2.2** In der Spalte links einer MA-Liste waren die Ortschaft bzw. der Ort der Durchführung (z.B. „Gemeinde [Altendorf]“) alphabetisch aufgeführt, wobei jedem zu vergebendem Projekt („Objekt“; z.B. „Sanierung [X-Strasse]“ in Altendorf) jeweils auf der entsprechenden MA-Liste eine Nummer zugeführt wurde. Diese Nummern waren dynamisch, da sie sich änderten, wenn einerseits neue Projekte auf die nachfolgende Liste hinzukamen und andererseits ältere Projekte – wenn insb. die Vergabe erfolgt war – von der Liste gestrichen wurden (vgl. insb. Verfügung Rz. 541, 761, 794, 856). Daher hatte ein Bauprojekt nicht immer „statisch“ dieselbe Nummer. So ist zum Beispiel nach Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts das unterste Projekt in [Ortschaft] („[Ψ]“-Strasse) auf der MA 2009\_19 mit 22 (MA 2009\_19 Nr. 22) nummeriert, wobei dasselbe Projekt auf der MA 2009\_22 die Nummer 21 (MA 2009\_22 Nr. 21) trägt (siehe auch Abbildung 4 unten, wo es um eine fiktive Darstellung der Nummerierungen auf den MA-Listen geht). Ebenfalls war der „Bauherr“ (Name einer politischen Gemeinde oder des Kantons, welcher für die Ausschreibung verantwortlich war), genannt. Zudem waren der geschätzte Wert eines Projektes, das Ausschreibungsjahr sowie – sofern schon bekannt – die Eingabefrist auf den MA-Listen ersichtlich. Der siebten und achten Spalte, welche mit „öffentlich“ und „Einladung“ bezeichnet sind, waren die jeweilige Vergabeart zu entnehmen (Verfügung Rz. 548 f.).

Die Spalten 9-16 waren mit den Kennziffern 1-8 (siehe oben Abbildung 2) der acht Unternehmen versehen (Verfügung Rz. 286 ff. i.V.m. 550). Dabei war ein besonders grosses Interesse an dem Projekt mit *zwei Sternen* oder in den älteren Listen mit einem „A\*“ vermerkt. Nur *ein Stern* oder ein „A“ bzw. „B“ (in den älteren Listen) zeigten ein kleineres Interesse der Unternehmen (Verfügung Rz. 550, 575 f). Im *Gegensatz* zu den „Submissionsprogrammen“ (Verfügung Rz. 231 Abbildung 13 mit einem Beispiel aus dem Jahr 1990; vgl. zur Beweismwürdigung zu Sachverhalten vor 2002 E. 6.2) waren auf den Marktabklärungslisten im Untersuchungszeitraum *nicht* mehr die *schutznehmenden* Unternehmen vermerkt. Sogenannte „Submissionsprogramme“ waren die Vorgängerversionen der Marktabklärungslisten.

Die Beschwerdeführerinnen rügen, dass die Sterneinträge spekulativ gewesen seien, da unklar sei, ob die Vergabestellen das Projekt effektiv ausschreiben und welche Anbieter in der Tat eine Offerte anbieten würden; es sei nur darum gegangen, eine Übersicht zu haben, ob ein Unternehmen aufgrund der Nähe zur Baustelle oder speziellem Know-How die besten Chancen auf einen Zuschlag haben könnte (Beschwerde Rz. 135). Dagegen ist einzuwenden, dass bereits diese Argumente der Beschwerdeführerinnen wettbewerbsrechtlich bedenkliche Fragen auslösen könnten, da sich Wettbewerber im freien Wettbewerb nicht darüber austauschen, wer die besten Chancen im Wettbewerb hat und es ohnehin keine Rolle spielt, was sich die Beschwerdeführerinnen bei der Sternsetzung dachten (zum Bezwecken vgl. E. 8.4.1.4, 8.4.4.6). Ob nun Chancen oder Interessen die Motivation hinter den Sternen sind, vermag daher deren Bedeutung nicht infrage zu stellen. Zudem stellen diese Rügen die Umsetzung in Frage, was jedoch kein erforderliches Kriterium für einen Gesamtkonsens darstellt (vgl. E. 8.2.2.4, 8.2.5.1.2 f., 8.2.6.5.2, 9.4.3.4.3.1, 9.7.1).

**8.2.1.2.3** In der letzten Spalte der Marktabklärungslisten war die Kennziffer von einem der acht Unternehmen (1–8) aufgeführt. Es ging in dieser Spalte um das Unternehmen, welches das jeweilige Projekt der De Zanet für die MAL gemeldet hat (Verfügung Rz. 551), wie es die Beschwerdeführerinnen korrekt in Rz. 35 ihrer Beschwerde darlegen. Die acht Unternehmen haben entsprechend einer *Zuteilungsliste* (vgl. Verfügung Rz. 554 ff., 556 m.H. auf Zuteilungslisten der verschiedenen Jahre [siehe für das Jahr 2009, Verfügung Rz. 556, Abb. 34]), welche die De Zanet ihnen ebenfalls zustellte, bei verschiedenen öffentlichen Stellen (Kantone und Gemeinden), Ingeni-

eurbüros etc. innerhalb des ihnen geographisch zugeteilten Gebiets abgeklärt, ob dort geplant war, Projekte auszuschreiben. War dies der Fall, meldeten sie die Projekte der De Zanet für die MAL (Verfügung Rz. 560).

Die Beschwerdeführerinnen sind allerdings der Ansicht, dass die Zuteilungsliste aus dem Jahr 2009 (vgl. Verfügung, Abbildung 34) nicht korrekt sei, da sie dort noch immer mit „Nummer 3“ aufgeführt seien, obwohl sie nur bis 2006 Projekte gemeldet hätten (Beschwerde Rz. 124). In der Tat ist es unbestritten, dass die Beschwerdeführerinnen nur bis 2006 Projekte gemeldet haben (Verfügung Rz. 436, 561). Allerdings entgegnete die Vorinstanz bereits im vorinstanzlichen Verfahren, dass den MA-Listen zu entnehmen ist, dass z. B. die De Zanet, die Implenja, die Walo und die Bernet Bau im Zuständigkeitsbereich der Oberholzer ebenso Projekte meldeten (Verfügung Rz. 562). Demnach können die Beschwerdeführerinnen, wenn andere Unternehmen „ihre Arbeit“ übernommen hatten, nicht die Zuteilungslisten oder auch ihre Beteiligung am MA-System infrage stellen, da sie bis zum Schluss am gemeinsamen Verhalten beteiligt waren (vgl. dazu E. 8.2.6.5.2; 10.6 f., 10.10 bis 10.14).

Abbildung 4- (fiktives Beispiel einer Marktabklärungsliste)																
Ort	Objekt (fiktiv) /Projekt	Bauherr	Summe (CHF)	Ausschreibung		Öffentlich	Einladung	1	2	3	4	5	6	7	8	
1 Altendorf	Sanierung X-Strasse	Bezirk March	90'000	2009			x				**		*		*	5
2 Altendorf	Z-Strasse	Kanton SZ	1 Mio.	2009	Mai	x			**				*		*	2
3 Benken	A-Strasse; Ausbesserungen	Polit. Gemeinde	50'000	2009			.			**			*			1
Weitere Ortschaften alphabetisch																

Anmerkung:  
**1. Variante:** Wird z.B. das Projekt der „Z-Strasse in Altendorf“ vergeben, dann wird es von der MA-Liste genommen. Auf der darauffolgenden Marktabklärungsliste würde die „A-Strasse in Benken“ die Nummer 2 erhalten.  
**2. Variante:** Würde das Projekt der „Z-Strasse in Altendorf“ auf der Liste verbleiben und es käme zusätzlich ein neues Projekt auf die Liste „Z-Bushaltestelle in Altendorf“, dann würde das Projekt der „A-Strasse in Benken“ auf Positionsnummer 4 rücken.

**8.2.1.2.4** In der fünftletzten Zeile der MA-Listen fand sich nach Feststellungen der Vorinstanz jeweils eine Zeile zum „Total-A-Interesse“. Die „Total-A-Interessen“ wurden nach dem kleinen Interesse („\*“) und dem grossen Interesse („\*\*“) pro Unternehmen in Mio. Fr. (nach der ersten Stelle gerundet) vermerkt. Der Gesamtwert der „Total A-Interessen“ (berechnet durch ein Excel-Programm) konnte jedoch höher sein als der Gesamtwert der im laufenden Jahr ausgeschriebenen Projekte, da oft mehrere Unternehmen für dasselbe Projekt Interessen geltend machten (Verfügung Rz. 544 mit Abbildung 32, 584 ff. mit Abbildung 35). Mit der Funktion „Total-A-Interessen“ hätten die Unternehmen – gemäss Aussagen der ersten Selbstanzeigerin – eine „faire“ Verteilung der einzelnen Bauprojekte angestrebt. Die Selbstanzeigerin hatte diesem Mechanismus nicht allzu grosse Bedeutung beigemessen, da dieses System auf die Verteilung der Interessen zielte

und effektiv jedoch insofern für die Unternehmen von Relevanz war, wer wieviel Schutz erhalten hatte (Verfügung Rz. 587 m.H.).

**8.2.1.2.5** Sofern an den MA-Sitzungen Interessenkonflikte betreffend ein Projekt aufgetreten sind und sich die Unternehmen nicht für eine „Freigabe“ geeinigt haben, haben die acht Unternehmen nach Feststellungen der Vorinstanz das Unternehmen, das den „Lead“ für eine Koordination ausserhalb der MA-Sitzungen übernehmen sollte, bestimmt, um im Nachhinein separat Schutz zu organisieren (Verfügung Rz. 606, 610, 652 f., 672).

### **8.2.1.3 Die Hagedorn-Listen (HA-Listen oder HAL)**

#### **8.2.1.3.1 Die Umschreibung der Hagedorn-Listen**

**8.2.1.3.1.1** Neben den MA-Listen liegen dem Bundesverwaltungsgericht die Listen der Hagedorn (HA-Listen bzw. HAL) vor (vgl. act. [...] S. 17 ff.), auf welchen die Hagedorn über alle Projekte, für welche sie selbst eine Offerte eingereicht hatte, „Buch führte“. Die HA-Listen geben – im Gegensatz zu den MA-Listen – auch Auskunft über Schutzzuteilungen „S“ (ab 2009 wurde „I“ für Schutz verwendet) und Teilschutzzuteilungen „TS“ (ab 2009 wurde „TI“ für Teilschutz verwendet). Aus den HAL ergibt sich also, welches Unternehmen Schutz oder Teilschutz von der Hagedorn erhalten hat (z.B. „S Implenia“). Hat die Hagedorn selbst Schutz oder Teilschutz von einem anderen Unternehmen erhalten, so war dies auch auf der Liste deklariert („S Hagedorn“ oder „TS Hagedorn“). Bei den Teilschutzzuteilungen ist es darum gegangen, ein Unternehmen mittels Stützofferten zu schützen, obwohl man gewusst hat, dass ein drittes Unternehmen (ggf. ausserhalb der acht Unternehmen) ebenfalls eine Offerte einreichen würde. Zudem zeigen die HA-Listen auf, wieviel die Hagedorn jeweils für ein Projekt geboten hat. Ebenfalls hat die Hagedorn vermerkt, welches Unternehmen ein Projekt zugeteilt erhielt. Für eine „Freigabe“ wurde ab Anfang 2009 das Wort „OFFEN“ auf den HA-Listen verwendet. Bei diesen Projektkategorien ging es nach Feststellungen der Vorinstanz um den *„Entscheid sich Wettbewerb zu machen“*, ohne dass eine abgesprochene Zuteilung erfolgen sollte (Verfügung Rz. 661, 681 ff.). Ebenfalls hat die Hagedorn EO-Projekte auf ihren HA-Listen vermerkt (vgl. act. [...] S. 1 ff.).

**8.2.1.3.1.2** Die Vorinstanz zählte insgesamt 201 MA-Projekte mit einem Eintrag auf den HA-Listen. Davon waren 114 Projekte gemäss Feststellungen der Vorinstanz mit „Schutz“ und 87 Projekte mit „Freigabe“ markiert (Verfügung Rz. 797, Tabelle 15). An den HA-Listen sieht man, dass alle

acht Unternehmen – mit Ausnahme der Toller im Jahr 2009 – im untersuchungsrelevanten Zeitraum gelegentlich die Rolle des schutznehmenden Unternehmens einnahmen (Verfügung Rz. 685). Nach Feststellungen der Vorinstanz wurden Projekte mit grossem Auftragswert tendenziell als „Freigabe“ eingestuft, da sich bei diesen eine Schutzfestlegung schwieriger gestaltete (Verfügung Rz. 688). Auf der MA 2009\_16 (vgl. die MA 2009\_16 Nr. 98 [Projekt F in E. 9.7.3.2] mit der Handeintragung „Freigabe“ durch einen Vertreter der Hagedorn (abgebildet in Verfügung Rz. 345 Abbildung 27; E. 9.7.3.2, Projekt F) ist ersichtlich, dass der Begriff „Freigabe“ auch an den MA-Sitzungen verwendet wurde, wenn ein Projekt, dem „Wettbewerb preiszugeben“ war. Die HA-Listen-Projekte (vgl. act. [...] S. 17 ff.) waren nach der Jahreszahl und einer über die Jahre aufsteigenden Projektnummer beziffert.

#### **8.2.1.3.2 Zur Beweisqualität der Hagedorn-Listen**

**8.2.1.3.2.1** Die Beschwerdeführerinnen bestreiten insbesondere den Informationswert der Hagedorn-Listen, da diese ihrer Ansicht nach eine unternehmensspezifische Marktabklärungsliste sei, wo die Hagedorn ihre Einschätzungen festgehalten habe, bei welchem Projekt man grosse Chancen habe oder man mit starkem Wettbewerb (Freigaben) rechnen müsse. Ebenfalls sei unklar, was „S“ bedeute (Beschwerde Rz. 139; Replik Rz. 39). Allerdings vermögen die Beschwerdeführerinnen mit ihren Rügen nicht zu überzeugen. Betrachtet man die Abbildung 11 der Verfügung (Rz. 230), so ist dort eine Hagedorn-Liste aus dem Jahr 1981 aufgeführt, auf welcher von Hand ausgeschrieben wurde, welches Unternehmen Schutz erhielt (z.B. „Firma X geschützt“). Auch wenn es sich hierbei um eine Liste vor dem untersuchungsrelevanten Zeitraum handelt, so ist doch klar, dass das „S“ auf den neuen HA-Listen im Zusammenhang mit „Schutz“ stehen muss (zum Umgang mit Sachverhalten vor 2002, vgl. E. 6.2). Ebenfalls hat die Vorinstanz bei der De Zanet eine Liste aus dem Jahr 2001 mit konkret bezeichneten „Schutzgaben“ und „Schutznahmen“ gefunden (Verfügung Rz. 226 ff., Abb. 10), was die gemachten Ausführungen unterstreicht. Zudem weisen die Listen der Bernet Bau (BB-Listen bzw. BBL), welche für die Jahre 2004 und 2005 vorliegen, dasselbe Muster wie die HA-Listen auf (Verfügung Rz. 681, act. [...] S. 1 ff.). Auch wenn die soeben beschriebenen Listen teilweise aus der Zeit vor 2002 stammen, so ist doch offensichtlich, dass der Ursprung des Konstrukts der Hagedorn-Listen im gemeinsamen Verhalten und nicht in einer Eigeneinschätzung der Chancen im Wettbewerb lag.

### **8.2.1.3.2.2**

**8.2.1.3.2.2.1** Soweit die Beschwerdeführerinnen gewisse Projekt-Einträge auf den HA-Listen bemängeln (Beschwerde Rz. 168 i.V.m. Rz. 140 ff.), um die Qualität der HA-Listen und damit das nachfolgend zu prüfende Konstrukt der Gesamtabrede bzw. des Gesamtkonsenses (vgl. E. 8.2.6) und auch von Einzelabreden infrage zu stellen, drängt sich eine Prima-Facie-Beurteilung betreffend die gerügten Projekte auf (Beschwerde Rz. 140 ff.), welche sich auf den Tabellen 4-9 der Verfügung (Rz. 701 ff.) befinden und bei denen ein Bezug zu den HA-Listen besteht. Es geht hierbei aber nicht um die Prüfung, ob die von der Vorinstanz in den Tabellen 4-9 aufgezeigten Projekte tatsächlich einvernehmlich zugeteilt wurden, denn für einen Gesamtkonsens ist nicht eine Vielzahl von „Einzel-“ bzw. „Umsetzungsabreden“ je separat nach Art. 4 Abs. 1. KG zu prüfen (Urteil B-3096/2018 E. 49, 67 *Foffa*), was in E. 8.2.5.1.2 genauer aufgegriffen wird. Vielmehr geht es darum, ob die diesbezüglichen Rügen, welche sich konkret auf die HA-Listen beziehen (vgl. Beschwerde Rz. 140-166; Rügen mit HAL-Bezug), insoweit Bestand haben, als dass sie die Qualität der HA-Listen insgesamt bemängeln können. Denn die HA-Listen befinden sich nicht wie die MA- und EO-Listen im Besitze aller acht Unternehmen, sondern sind einzig im Besitze der Hagedorn. Es geht darum, ob es den Beschwerdeführerinnen gelingt, den HA-Listen die Eignung als Beweismittel abzuspochen. Denn die HA-Listen sind dazu dienlich, gewisse Aspekte des MA- und EO-Systems zu belegen.

**8.2.1.3.2.2.2** Die Beschwerdeführerinnen dringen allerdings mit diesen Rügen mehrheitlich nicht durch, was im Folgenden aufzuzeigen ist:

**8.2.1.3.2.2.3** In Bezug auf die in den Rügen Rz. 148, 151, 153 und 161 genannten Projekte existieren auch Angaben der Walo in ihrer Ergänzung zur Bonusmeldung vom 30. Oktober 2013 (act. [...] Anlagen A und B [Selbstanzeiger-Akten]), in welchen diese Hinweise auf Schutznahmen gemacht hat, die mit den HA-Listen übereinstimmen (vgl. auch Verfügung Rz. 696). Es geht hier also um eine doppelte Beweislage (vgl. E. 6.4.4.2 und Urteile B-807/2012; B-880/2012 E. 8.5.5.9 Bst. b *Erne* und *Umbricht*; bestätigt durch das Urteil 2C\_845/2018 E. 5.2.2 *Umbricht*), weshalb man nicht auf eine Nachlässigkeit in Bezug auf die entsprechenden Einträge auf den HA-Listen schliessen kann:

- „[Vorprojekt C-Strasse im Jahr 2006]“ (MA 2006\_16 Nr. 80 [einzige MA-Nennung ohne Sterne]; MA WEKO 426; DOP Nr. 101; S Hagedorn, HAL 06-7893; act. [...] Anlage B Nr. 15 [Selbstanzeiger-Akten]; Verfügung Tabelle 6; Beschwerde Rz. 148, E. 9.7.3.2 Projekt C, 9.7.4.3.2):

Für dieses Projekt erhielt die Hagedorn im Jahr 2006 Schutz „S“ (HAL 06-7893), was die Walo in ihrer Ergänzung zur Bonusmeldung vom 30. Oktober 2013 (act. [...] Anlage B Nr. 15 [Selbstanzeiger-Akten]) bestätigt hat. Sofern die Beschwerdeführerinnen darlegen (Beschwerde Rz. 148), dass sie dieses Projekt in ARGE mit der Hagedorn ausgeführt hätten, weswegen die HA-Liste fehlerhaft sei, verwechseln sie dies mit dem „Nachfolgeprojekt“ aus dem Jahr 2009 „C-Strasse“ (DOP Nr. 219, MA WEKO Nr. 454; MA 2009\_16 Nr. 55; HAL 09-10556, act. [...] S. 77; vgl. E. 9.7.3.2 Projekt C; 9.7.4.3; 9.7.4.3.2), das in der Tat die Beschwerdeführerinnen zusammen mit der Hagedorn ausgeführt haben. Im Offertöffnungsprotokoll des Kantons [...] (act. [...] S. 247 i.V.m. 293) ist ersichtlich, dass die Hagedorn das „Vorgängerprojekt“ der [C-Strasse] im Jahr 2006 alleine ausgeführt hat, weshalb der HA-Listen-Eintrag korrekt ist.

- „[Φ-Strasse]“ (act. [...] Anlage B Nr. 10 [Selbstanzeiger-Akten]; S Walo, HAL: 06-8114; vgl. Verfügung Tabelle 6 m.H.; Beschwerde Rz. 151):

In der HA-Liste (06-8114) ist der Name der Walo mit „S“ (WB S) aufgeführt und ebenfalls, dass Letztere das Projekt ausgeführt hat. Dies bestätigt die Walo in ihrer Ergänzung zur Bonusmeldung vom 30. Oktober 2013 act. [...] Anlage B Nr. 10. Zudem steht dort auch, dass die Walo Schutz von den Beschwerdeführerinnen erhalten hat. Die Beschwerdeführerinnen behaupten allerdings, dass „WB“ nicht unbedingt für die Walo stehe, sondern damit auch das [Dritt-]Unternehmen „W\_\_\_\_\_AG“ gemeint sein könnte, weshalb die HA-Liste unklar sei (Beschwerde Rz. 151). Aufgrund der doppelten Beweislage (HA-Liste und Ergänzung zur Bonusmeldung der Walo) ist ersichtlich, dass diese Rüge keinen Bestand hat. Die Beschwerdeführerinnen vermögen daher die HA-Listen nicht infrage zu stellen.

- „[J-Strasse]“; act. [...] Anlage B Nr. 8 [Selbstanzeiger-Akten]; S De Zanet, HAL 07-8882; Verfügung Tabelle 7 m.H.; Beschwerde Rz. 153):

Beim besagten Projekt ist in der HA-Liste (07-8882) „S“ zugunsten der De Zanet vermerkt, welche das Projekt auch zugesprochen erhielt. Ebenfalls existieren konkrete Angaben in den Akten der De Zanet (act. [...] S. 220 ff.), wo diese den verschiedenen Unternehmen kundtut, wie hoch sie zu bieten haben,

weshalb die Angaben in der HA-Liste nicht infrage zu stellen sind. Zudem belegt die Walo in ihrer Ergänzung zur Bonusmeldung vom 30. Oktober 2013 act. [...] Anlage B Nr. 8, dass sie bei diesem Projekt Schutz geboten habe. Soweit die Beschwerdeführerinnen beanstanden, dass sie nicht an einer Zuteilung beteiligt gewesen seien (Beschwerde Rz. 153), kann dies vorliegend offen bleiben, da es um die Qualität der HA-Listen und nicht um die Vereinbarung selbst geht. Dass die De Zanet hier wirklich Schutz erhalten hat, ist offensichtlich.

- „[K-Strasse]“, DOP Nr. 175, Verfügung Tabelle 8, S Walo, HAL 08-9758; act. [...] S. 171; act. [...] Anlage A Nr. 3 und S. 26 f. vgl. Beschwerde 161):

Soweit die Beschwerdeführerinnen beanstanden (Beschwerde Rz. 161), dass die De Zanet und nicht die Walo das Projekt ausgeführt habe und deshalb der Eintrag auf der HA-Liste falsch sei, vermögen sie dies nicht weiter zu substantisieren. Ausserdem legen die Hagedornlisten (HAL 08-9758) und die Ergänzung der Selbstanzeige der Walo vom 30. Oktober 2013 (act. [...], Anlage A Nr. 3) übereinstimmend dar, dass die Walo Schutz (S) zu diesem Projekt erhalten hat. Die Walo und nicht die De Zanet erhielt das Projekt in der Tat zugesprochen (act. [...] S. 138 i.V.m. 171).

**8.2.1.3.2.3** Soweit die Beschwerdeführerinnen in Bezug auf die im Folgenden aufgezeigten Projekte bemängeln, dass die entsprechenden Einträge auf den HA-Listen die einzigen Anhaltspunkte für eine Abrede seien, wäre diese Rüge von Relevanz (vgl. E. 6.4.4.2 und Urteile B-807/2012; B-880/2012 E. 8.5.5.9 Bst. b *Erne* und *Umbricht*; bestätigt durch das Urteil 2C\_845/2018 E. 5.2.2 *Umbricht*), wenn es um die Prüfung von Einzelabreden ginge. Allerdings sind für einen Gesamtkonsens nicht eine Vielzahl von „Einzel-“ bzw. „Umsetzungsabreden“ je separat nach Art. 4 Abs. 1 KG zu prüfen (Urteil B-3096/2018 E. 49, 67 *Foffa*; E. 8.2.5.1.2), weshalb sich die doppelte Beweisführung pro Projekt erübrigt. Existieren jedoch zusätzliche Beweise, können diese herbeigezogen werden. Vorliegend ist somit nur zu prüfen, ob die Einträge in den HA-Listen richtig bzw. glaubhaft sind:

- „[L-Strasse]“ (S Oberholzer, HAL 04-6571; Verfügung Tabelle 4, Beschwerde Rz. 140; Vernehmlassung Rz. 40 Lemma 4; Replik Rz. 41 d):

Bei diesem Projekt erhielten die Beschwerdeführerinnen gemäss den Angaben in der HAL Schutz sowie auch das Projekt zugesprochen. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten aber, Schutz organisiert zu haben und meinen, dass

es sich hierbei um einen Fehler auf der HAL gehandelt haben müsse (Beschwerde Rz. 140). Die Vorinstanz räumt zwar ein, dass wegen Fehlen eines Offertöffnungsprotokolls nicht klar sei, wer eine Stützofferte eingereicht habe (Vernehmlassung Rz. 40 Lemma 4). Nach Ansicht der Beschwerdeführerinnen sei in dubio daher davon auszugehen, dass es keine Stützofferten gegeben hätte (Replik Rz. 41 d). Dies kann hier allerdings offen gelassen werden, da das Fehlen eines doppelten Beweises betreffend das oben genannte Projekt nicht erforderlich ist und auch nicht die ganze HAL infrage zu stellen vermag.

- „[M-Strasse]“, TS Oberholzer, HAL 07-9301; MA WEKO Nr. 229; MA 2007\_39; Verfügung Tabelle 7):

Beim besagten Projekt ist den Beschwerdeführerinnen auf der HA-Liste 07-9301 „TS“ zugeschrieben. Sofern Letztere rügen (Beschwerde Rz. 155), dass zu diesem Projekt einzig Anhaltspunkte aus der HAL bestehen, weshalb dieser Eintrag nicht nachvollziehbar sei, übersehen sie, dass sich die Verfügung auch auf die MA 2007\_39 bezieht, welche das Projekt als einzige MA-Liste ohne Interessen nennt. Die entsprechende MA-Sitzung hatte am 27. September 2007 stattgefunden; der HA-Eintrag war am 1. Oktober 2007, weshalb der Eintrag so wenige Tage nach der MA-Sitzung nachvollziehbar scheint. Zusätzlich haben die vier Unternehmen (darunter auch die Beschwerdeführerinnen), welche die Walo in der Ergänzung ihrer Selbstanzeige vom 30. Oktober 2013 (act. [...], Anlage A Nr. 3) als mutmasslich schutzgebend bezeichnet, in der Tat höhere Angebote als die Walo eingereicht (vgl. act. [...] S. 171).

**8.2.1.3.2.4** Auf die folgenden Projekte wird in E. 10.11 ff. näher eingegangen. Es ist bereits hier vorwegzunehmen, dass die Rügen in Bezug auf diese Projekte betreffend die Qualität der HAL nicht verfangen:

- „[N-Trottoir]“ (Bezeichnung in kons. MAL: „[N-Fussgängerschutz]“; MA WEKO Nr. 71; DOP Nr. 189; act. [...] S. 176; Verfügung Tabelle 8, S Hagedorn, HAL 08-9963; Beschwerde Rz. 158, genauer vgl. E. 10.12.1):

Die Schutzeintragung zugunsten der Hagedorn war auf der HA-Liste mit dem 26. Juni 2008 – also wenige Tage vor dem Eingabetermin am 30. Juni 2008 – vermerkt, weshalb der HAL-Eintrag nicht nachvollziehbar scheint, da Letztere auch das Projekt erhalten hat (act. [...] S. 176 i.V.m. 138). Die Rüge, dass ein

Privater die Ausschreibung beeinflusst habe, weshalb eine Submissionsabrede untauglich gewesen wäre (Beschwerde Rz. 158), wird in E. 10.12.1 aufgegriffen. Ohnehin vermag diese Rüge nicht den HA-Eintrag infrage zu stellen.

- „[O-Hydrantenleitung]“ (MA WEKO Nr. 168, DOP 569; act. [...] S. 83 f.; TS Walo, HAL 08-10096; Verfügung Tabelle 8, Beschwerde 162; vgl. E. 10.11.3).

Soweit die Beschwerdeführerinnen rügen, (Beschwerde Rz. 162), dass der Eintrag „TS“ zugunsten der Walo auf der HAL (08-10096) nicht korrekt sei, da die Westrag und nicht die Walo das Projekt ausgeführt habe, verkennen sie, dass beim „TS“ weitere Unternehmen ausserhalb des Schutznehmer- und -Geberkeises mitbieten. In dieser Konstellation kann es durchaus sein, dass ein drittes Unternehmen den Zuschlag gewinnt. Der HAL kann daher die Glaubhaftigkeit nicht allein deshalb abgesprochen werden, weil die Westrag den Zuschlag gewonnen hat (vgl. auch Vernehmlassung Rz. 40 Lemma 1).

#### **8.2.1.3.2.5** Im Folgenden sind drei weitere einzelne Projekte mit *unterschiedlichen* Arten von Rügen aufzugreifen:

- „[Q-Strasse]“ (S Oberholzer, HA 04-6768; DOP 548 [im DOP fehlt der Verweis zur HAL], act. [...] S. 68, Beschwerde Rz. 141):

Die Beschwerdeführerinnen beanstanden, dass sie dieses Projekt nicht ausgeführt haben. In den HA-Listen ist zugunsten der Beschwerdeführerinnen „S“ sowie der Hinweis „OB Auftrag erhalten“ vermerkt. Den Unterlagen der Gemeinde [...] (act. [...] S. 68 ff.) ist zu entnehmen (vgl. auch Tabelle 4 Verfügung), dass ein drittes Unternehmen ([Z\_\_\_\_\_AG] ausserhalb der acht Unternehmen) den Zuschlag erhalten hat, was jedoch nicht heisst, dass das Projekt nicht ausgeführt wurde (Vernehmlassung Rz. 40 Lemma 2). Allerdings ist deshalb nicht schon der ganze Projekteintrag auf der HA-Liste infrage zu stellen. Der in der HA-Liste vermerkte Offertbetrag der Hagedorn entspricht dem Betrag des höchstbietenden Unternehmens (act. [...] S. 68), woraus zu schliessen ist, dass der HA-Listeneintrag nicht vollkommen illusorisch ist. Bei diesem Projekt ist somit in der Tat eine gewisse Ungereimtheit auf der HA-Liste einzuräumen. Allerdings lassen die soeben gemachten Ausführungen darauf schliessen, dass es sich nicht um einen vollkommen falschen Eintrag handelt. Ausserdem wäre es an den Beschwerdeführerinnen gelegen, genauer zu substantzieren, dass sie das Projekt nicht ausgeführt haben.

- „[Projekt R]“ (S Oberholzer, HAL 06-8046; act. [...] S. 247 i.V.m. 298; Verfügung Tabelle 6; Beschwerde Rz. 150):

Die Beschwerdeführerinnen bemängeln hier den „S“-Eintrag zu ihren Gunsten auf der HAL. So fehle es an einem Offertöffnungsprotokoll, weshalb man nicht wisse, ob zu diesem Projekt noch ein Zuschlagsentscheid getroffen worden sei. Entgegen der Auffassungen der Beschwerdeführerinnen und der Vorinstanz (Vernehmlassung Rz. 40 Lemma 2, 4) ist das Projekt im Offertöffnungsprotokoll des Kantons [...] (act. [...] S. 247 i.V.m. 298) zu finden. Dort ist zu sehen, dass die Beschwerdeführerinnen den Zuschlag erhalten haben. Zudem stimmt der Betrag des Angebots der Hagedorn (act. [...] S. 298) mit dem HA-Eintrag zum entsprechenden Projekt überein. Demnach ist der entsprechende HA-Listeneintrag nicht infrage zu stellen.

- „[S-Strasse]“ (S Hagedorn, HAL 04-6538, MA 2004\_34; act. [...] S. 405; Verfügung Tabelle 4; Beschwerde Rz. 143):

Was dieses Projekt angeht, so ist im Offertöffnungsprotokoll des Kantons [...] (act. [...] S. 405) ersichtlich, dass die Hagedorn und Bernet Bau das Projekt als ARGE ausführten, weshalb das doppelte Interesse der Bernet Bau in der MA 2004\_34 nicht im Widerspruch zum „S“ zugunsten der Hagedorn steht. Zudem waren die beiden Unternehmen zu diesem Zeitpunkt noch im Sinne eines Konzerns verbunden, was auch die Beschwerdeführerinnen richtig darlegen (Beschwerde Rz. 143 m.H. auf Verfügung Rz. 1164 ff.). Soweit die Beschwerdeführerinnen ihre in Tabelle 4 der Verfügung vermerkte Schutzgabe zu diesem Projekt beanstanden, ist darauf nicht weiter einzugehen, da dies nicht im Zusammenhang mit der Glaubwürdigkeit der Einträge auf den HA-Listen steht.

**8.2.1.3.3** Demnach ist ersichtlich, dass kaum eine Rüge der Beschwerdeführerinnen Bestand hat. Einzig beim Projekt „Q-Strasse“ (HAL 04-6768; DOP 548, act. [...] S. 68, Beschwerde Rz. 141), ist den Beschwerdeführerinnen zuzugestehen, dass in der HAL: 04-6768 „TS Oberholzer“ (anstatt „S Oberholzer) der korrekte Eintrag gewesen wäre, da eine Drittfirma und nicht die Beschwerdeführerinnen das Projekt zugesprochen erhalten hat. Allerdings stimmen weitere Angaben beim HAL 04-6768-Eintrag mit den faktischen Gegebenheiten überein, weshalb diese Eintragung nicht als eine vollkommene Falscheintragung zu werten ist. Hieran vermag auch die in den E. 9.7.3.3 aufgezeigte Ungereimtheit zum Projekt „[G]“ ([...], Handeintragung auf der MA 2009\_16; einziger [Hand-]Eintrag auf einer MA-

Liste; kein Eintrag auf der MA\_WEKO; act. [...] S. 2, 25, 87 f.; HAL 09-10588; DOP Nr. 571) nichts ändern.

**8.2.1.3.4** Zusammenfassend kann aufgrund der aufgezeigten Ungereimtheiten die Beweisqualität der HA-Listen nicht insgesamt infrage gestellt werden. Die HA-Listen können daher als Beweis verwendet werden. Nur wenn eine substantiierte berechtigte Rüge betreffend einen Eintrag besteht, ist dieser kritisch zu würdigen.

#### **8.2.1.4** *Die konsolidierte Marktabklärungsliste (kons. MAL)*

**8.2.1.4.1** Da den Wettbewerbsbehörden eine Vielzahl von Informationen betreffend die ausgeschriebenen Projekte im Strassen- und Tiefbau im Untersuchungsgebiet sowie zur Zusammenarbeit der acht Unternehmen im Rahmen des MA-Systems (nicht nur die MA-Listen [E. 8.2.1.2, Hagedorn-Listen [E. 8.2.1.3] sondern auch die Offertöffnungsprotokolle [E. 8.2.1.5]) vorlagen, haben sie die Daten in einer *statistischen Analyse* zusammengeführt (Verfügung Rz. 751 ff.). Die EO-Projekte (vgl. E. 8.2.1.6) sind nicht Gegenstand dieser statistischen Analyse.

**8.2.1.4.2** Da die MA-Listen „dynamische“ bzw. alle zwei bis vier Wochen aktualisierte Listen waren (Verfügung Rz 539 ff.; vgl. E. 8.2.1.2.1 f.), gab es in den rund 90 MA-Listen zahlreiche Projekte, die mehrfach aufgeführt waren. Um diesem Problem Abhilfe zu schaffen, erstellte das Sekretariat den Datensatz der kons. MAL (konsolidierten Marktabklärungsliste), auf welchem jedes Projekt nur noch einmal aufgeführt war. Dieser Datensatz erfasste insgesamt 750 Projekte (Verfügung Rz. 760 ff., 763 ff.). Den vorinstanzlichen Verfahrensparteien liegt die kons. MAL als Excel-Format vor (vgl. act. [...] i.V.m. act. [...]). Diejenigen Projekte, bei welchen der Vorinstanz eine Identifikation bzw. Zuordnung anhand der Offertöffnungsprotokolle bzw. dem DOP (Datensatz Offertöffnungsprotokolle [E. 8.2.1.5 unten]), den Hagedorn-Listen (E. 8.2.1.3) oder anhand weiterer Informationen (z.B. Fragebogen) gelungen ist, hat die Vorinstanz im Excel-Blatt „*Berücksichtigte\_Projekte*“ in der konsolidierten MAL aufgeführt (Verfügung Rz. 763 ff., 771). Jede Zeile in der kons. MAL entspricht einem Projekt. Die Vorinstanz schloss auf 392 berücksichtigte bzw. identifizierte Projekte im Wert von 198 Mio. Franken (Verfügung Rz. 797 ff. Tabelle 15 mit Fn. 985 [RPW-Version Fn. 980]).

**8.2.1.4.3** Diejenigen Projekte der kons. MAL, die von der Vorinstanz nicht zugeordnet bzw. nicht identifiziert werden konnten, wurden in das zweite

Excel-Blatt der konsolidierten MAL mit dem Titel „*Nicht\_berücksichtigte\_Projekte*“ verschoben. Dies galt auch für Projekte mit widersprüchlichen Informationen (vgl. Verfügung Rz. 763, 772 f.). Die Vorinstanz schloss auf 358 „*nicht berücksichtigte*“ Projekte (Verfügung Rz. 797 Tabelle 15). Jedem Projekt – sei es „berücksichtigt“ oder „nicht berücksichtigt“ – wurde eine fortlaufende Identifikationsnummer zugewiesen (MA\_WEKO\_Nr.). Die zahlenmässigen Angaben in Bezug auf die Projekte sind nicht bestritten. Bestritten ist allerdings die Erfolgsquote und welche Zahlen derselben zugrunde liegen (Beschwerde Rz. 176 ff., Gutachten von Swiss Economics S. 12 ff.), was allerdings erst im Kontext mit der Sanktionierung (E. 11.4.3.5 m.H. auf E. 5.4.2) aufzugreifen ist.

**8.2.1.4.4** Auf der kons. MAL sind weitere Informationen – wie etwa die letzte MA-Liste, auf welcher ein Projekt genannt ist, die letzte Interessenslage mittels Sterne, der Projektort, welches Unternehmen das Projekt für die MAL gemeldet hat, Gewinner, Verfahrensart, Eingabesumme sowie die DOP-Nummer (zum DOP vgl. E. 8.2.1.5 gerade unten) – zu finden (Verfügung Rz. 771). Wenn ein Projekt auf der kons. MAL auch auf der HA-Liste zu finden war, war auch die HAL-Projektnummer mit „S“, „TS“ und dem Unternehmensnamen (bzw. „Freigabe“ oder „OFFEN“) vermerkt (E. 8.2.1.3.1.1).

#### **8.2.1.5** *Der Datensatz Offertöffnungsprotokolle (DOP)*

**8.2.1.5.1** Das Sekretariat der Vorinstanz hat weiter den „Datensatz Offertöffnungsprotokolle“ (nachfolgend: DOP) aus den ihm vorliegenden strassen- und/oder tiefbaubezogenen Offertöffnungsprotokollen und Vergabeentscheiden der Kantone St. Gallen und Schwyz sowie der Gemeinden im Untersuchungsgebiet der Jahre 2004-2013 erstellt (vgl. Verfügung Rz. 60 ff., 754 ff.; vgl. Bst. A.d hiavor). Den Untersuchungsadressaten liegt der DOP als Excel-Format (act. [...] i.V.m. act. [...]) sowie der dazugehörige SAS-Code in PDF und txt (act. [...] i.V.m. [...]) vor. Der DOP gibt einen Überblick über die öffentliche Nachfrage nach Strassen- und/oder Tiefbauleistungen (Verfügung Rz. 46, 757). Private Projekte im Strassen- und Tiefbau sind nicht vom DOP erfasst (Verfügung Rz. 780).

**8.2.1.5.2** Die Vorinstanz hat festgestellt, dass der DOP im untersuchungsrelevanten Zeitraum 362 Projekte im Gesamtwert von Fr.138.5 Mio. erfasste (Verfügung Rz. 777 Tabelle 11). Der DOP verweist auch je Projekt auf die Projektnummer in der kons. MAL (MA WEKO Nr.) und das jeweilige HA-Projekt samt Nummer mit Bezeichnung (S, TS, Freigabe etc.).

### **8.2.1.6 Die Eigenoffert-Listen (EO-Listen oder EOL)**

**8.2.1.6.1** Unter einer *Eigenofferte* (EO) wird eine Offerte verstanden, bei der der Offerent im Vorfeld der Auftragsvergabe im Strassen- und/oder Tiefbaubereich die Masse und Flächen aufnimmt, das *Leistungsverzeichnis* unentgeltlich erstellt, obwohl dies mit einem beträchtlichen Aufwand verbunden ist, und einen Preisvorschlag für die Ausführung des Projekts einreicht. EO werden vor allem durch private Bauherren verlangt (z.B. eine private Zufahrtsstrasse, Garagenvorplatz, etc.), um die Kosten des Auftrages abzuschätzen. Wenn private Bauherren grössere Strassen- und/oder Tiefbauprojekte ausführen, wird meistens ein Ingenieurbüro für die Ausschreibung beauftragt. In diesem Fall erstellt das Ingenieurbüro das Leistungsverzeichnis selbst. Bei Vergaben im offenen Verfahren wird das Leistungsverzeichnis vom öffentlichen Bauherrn zur Verfügung gestellt, damit die Vergleichbarkeit der Offerten gewährleistet ist (Verfügung Rz. 44, 866 ff., 870). Nach Feststellungen der Vorinstanz holen Bauherren gestützt auf eine Eigenofferte häufig (aber nicht immer) weitere Eigenofferten von anderen Unternehmen (Konkurrenzofferten) ein. Das Projekt, für welches eine Eigenofferte erstellt ist, wird oft erst später oder auch gar nie ausgeführt (Verfügung Rz. 870).

**8.2.1.6.2** Die *EO-Listen* sind, wie die MA-Listen, tabellarische Listen, auf welchen die acht Unternehmen festhielten, dass sie eine Eigenofferte (EO) für ein Projekt eingereicht haben (Verfügung Rz. 871 ff.). Die Meldungen der Eigenofferten erfolgten an die Implenia auf den in den MA-Programmen festgelegten „Abgabetermin“ bzw. mündlich an den MA-Sitzungen (Verfügung Rz. 920). Die jeweils aktualisierte EO-Liste hat die Implenia dann vor den MA-Sitzungen an die übrigen sieben Unternehmen versendet (Verfügung Rz. 864 ff., 912; E. 8.2.6.2.5). Den Wettbewerbsbehörden liegen über 80 EO-Listen aus der Zeit zwischen 2002 und Mitte 2009 sowie die diesbezüglichen Versand-E-Mails vor (Verfügung Rz. 873). Ebenfalls waren EO-Projekte auf den HA-Listen vermerkt (act. [...] S. 17 ff.). Entgegen den Feststellungen der Vorinstanz, wonach nicht mehr geklärt werden könne, ob die Implenia nach dem 11. Juni 2009 noch EO-Listen erstellt und versandt habe (Rz. 914 in fine), ist in den Akten der Hagedorn eine EO 2009\_26 (act. [...] S. 182 ff.; E. 10.10.1) zu finden, woraus zu schliessen ist, dass die Implenia diese EO-Liste den Unternehmen noch zustellte, da sich sonst die EO 2009\_26 nicht in den Akten der Hagedorn hätte befinden können.

Nach Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts ist in Abbildung 1, welche der Tabelle 1 der Verfügung entspricht, ersichtlich, dass dort die EO-Listen erst durchgängig ab der EO 2006\_10 aufgelistet sind. Zuvor waren nur vereinzelte EO-Listen in Abbildung 1/Tabelle 1 zu finden. So existierte nicht zu jeder MA-Liste eine parallele EO-Liste. Beispielsweise sind für das Jahr 2005 nur drei EO-Listen in Abbildung 1 aufgelistet (EO 2005\_04, EO 2005\_14 und EO 2005\_50). Bis zur MA 2006\_4 waren nach Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts auch in den MA-Listen vereinzelte Projektinteressen neben dem einen oder den beiden Sternen mit der EO- oder KV-Bezeichnung versehen. Erst ab der MA 2006\_10 bzw. EO 2006\_10 wurden dann die beiden Listensysteme durchwegs getrennt geführt.

**8.2.1.6.3** Was den tabellarischen Aufbau der EOL betrifft, gilt die erste Spalte „NR.“ der Nummerierung des Projektes (nachfolgend: EO Nr.). Vor dem 27. Februar 2007 erfolgte die Nummerierung der EO-Projekte wie beim MA-System (dynamisch), d. h. die Implenia hat die Eigenofferten pro EO-Liste nach Projektort (z. B. „Altendorf“, „Benken“, etc.) eingeordnet und durchnummeriert. Wurden EO-Projekte neu auf eine Liste aufgenommen oder gestrichen, so bekamen die bereits zuvor auf einer EO-Liste stehenden Eigenofferten eine neue Nummer zugeteilt, was zu Verschiebungen führte (Verfügung Rz. 871, 875; siehe dazu bei den MA-Listen E. 8.2.1.2.2 f. und oben Abbildung 4- (fiktives Beispiel einer Marktabklärungsliste). So ist bereits in der Mail zur EO 2007\_7 vom 12. Februar 2007 der Hinweis zu finden, dass neu die Nummern der EO-Projekte von nun an bestehen bleiben und nicht mehr wechseln würden. Das heisst die Nummerierungen der Projekte seit der EO\_2007\_07 (act. [...] S. 1257 ff. [Selbstanzeiger-Akten]) waren in „Stein gemeisselt“. Die Projekte erhielten ab dann eine feste und unabänderliche Nummer bzw. Kennzahl, weshalb in der darauffolgenden EO 2007\_09 am 27. Februar 2007 das neue Nummerierungssystem erstmals ersichtlich war (Verfügung Rz. 87, 896). Bis im Juni 2009 trugen die EO-Projekte nach Feststellungen der Vorinstanz eine Projektnummer von 1760 und höher. Der Aufbau der Listen blieb ansonsten derselbe (Verfügung Rz. 875, 889 f. mit Tabelle 26). Neu erfasste Eigenofferten wurden auf den EOL sowohl im alten wie auch im neuen System jeweils mit Fettschrift erfasst (Verfügung Rz. 911, Abbildungen 55.f; Ergänzung der Bonusmeldung der Implenia vom 23. Mai 2013, act. [...] S. 7 [Selbstanzeiger-Akten]). Anzumerken ist, dass beim MA-System im Gegensatz zum EO-System nie ein Wechsel zu einer festen Projekt Nummerierung erfolgt ist, weshalb die Vorinstanz in der von ihr erstellten kons.

MAL (E. 8.2.1.4) zwecks eindeutiger Identifizierung der MA-Projekte eine eigene Nummerierung (MA WEKO Nr.) einführt.

**8.2.1.6.4** Die zweite Spalte „Offertdatum“ bezieht sich jeweils auf das Datum, an welchem die Offerte angefragt oder eingereicht wurde. Die Spalten drei bis fünf („Standort“, „Projekt“ und „Bauherr“) dienen der Identifikation der Projekte. Die Vorinstanz legt dar, dass es sich um (fast) die gleichen Gemeinden der Bezirke See-Gaster, March und Höfe wie bei den MA-Listen handle. Die Spalten sechs und sieben sind gemäss Feststellungen der Vorinstanz mit „KV“ (Kostenvoranschlag) und „EO“ überschrieben. Mittels der Eintragung eines „x“ in den beiden Spalten konnte also pro Offerte vermerkt werden, ob das offerteinreichende Unternehmen einen Kostenvoranschlag (grober Überblick über die zu erbringenden Leistungen und den entsprechenden Preis) und/oder (später) ein eigenes detailliertes Leistungsverzeichnis (Eigenofferte) erstellt hat (Verfügung Rz. 876 ff.).

**8.2.1.6.5** Die letzte Spalte „KZ“ steht nach Feststellung der Vorinstanz für „Kurzzeichen“, wo das die EO meldende Unternehmen vermerkt war. Bis zum 30. März 2004, also zwei Tage vor dem Inkrafttreten des sanktionsbewehrten Kartellgesetzes, waren die EO-Listen mit den Kürzeln der Unternehmen (DZ, HA, OB, IM, WB, RE, TO, BB) versehen; ab dem Versand der darauffolgenden EO-Liste (EO 2004\_18) am 27. April 2004 (act. [...] S. 1750) waren sodann die EO-Listen mit den jeweiligen Kennziffern 1-8 der Unternehmen (vgl. E. 8.2.1.1.2, Abbildung 2) beschriftet. Die erstmals versendete Excel-EO-Datei trägt den Namen „Neue Struktur“ (Verfügung Rz. 879 m.H. auf act. [...] S. 1750, 975 [Selbstanzeiger-Akten]). Es ist auch die erste Liste, welche mit der Kalenderwoche bezeichnet ist (siehe Verfügung Rz. 310 Tabelle 1).

**8.2.1.6.6** Nach Feststellungen der Vorinstanz hat sich aus den über 80 sichergestellten EO-Listen aus der Zeit zwischen 2002 und Mitte 2009 ergeben, dass *alle acht* Unternehmen in diesem Zeitraum ihre erstellten Eigenofferten für die EO-Listen der Implenia bis zum Abgabedatum im MA-Programm gemeldet haben (Verfügung Rz. 881). Ebenfalls meldeten die Unternehmen der Implenia, welche EO-Aufträge sie erhalten haben oder welche anderweitig vergeben wurden. Diese Projekte wurden dann von der nachfolgenden EO-Liste entfernt (Verfügung Rz. 887, Abbildung 54).

Dieses Vorgehen ist ebenfalls vor Bundesverwaltungsgericht erstellt: Die Implenia hat am 26. Mai 2009 um 10.55 Uhr die EO 2009\_22 verschickt (act. [...] S. 360 ff.). Bereits um 11.44 Uhr wurde innerhalb der Hagedorn

die EO 2009\_22 mit „Bitte um Erledigung“ per Mail versandt. Eine Liste betreffend unternehmensinterne Rückmeldungen war dieser Mail auch angehängt (act. [...] S. 211). In den Akten der Hagedorn ist diese Liste von Hand ausgefüllt zu finden. Dort steht, dass die EO-Projekte [Nr. 1685] und [Nr. 1679] an die Hagedorn vergeben wurden und das Projekt [Nr. 1648] anderweitig vergeben wurde (act. [...] S. 212). Am 5. Juni 2009 hat die Hagedorn diese drei Projektnummern sowie die neuen EO-Projekt-Meldungen an die Implenia gefaxt (act. [...] S. 226). In der Tat waren die anderweitig vergebenen Projekte sowie die an die Hagedorn vergebenen Projekte nicht mehr auf der EO 2009\_24 ersichtlich und die Neumeldungen waren alle auf der EO 2009\_24 (act. [...] S. 374 ff.) zu finden.

Die Vorinstanz konnte für die EO-Projekte nicht ermitteln, wer den Zuschlag erhalten hat. Zwar waren die Bauherren auch auf den EO-Listen ersichtlich, aber im Gegensatz zu den MA-Listen liessen sich über diese keine weiteren Informationen aus den Offertöffnungsprotokollen bzw. aus dem DOP ziehen. Zum anderen erachtete es die Vorinstanz als nicht realisierbar, alle in den EO-Listen aufgeführten Bauherren hinsichtlich der EO-Projekte zu befragen (Verfügung Rz 893). Eine (geschätzte) Summe für das Bauobjekt oder dessen Wert ist weder in den EO-Meldungen noch in den EO-Listen angegeben (vgl. Verfügung Rz. 886 mit Abbildung 54).

**8.2.1.6.7** Mit der Einreichung einer Eigenofferte wollten sich die acht Unternehmen nach Feststellungen der Vorinstanz jeweils das designierte Projekt vor dem Zugriff der anderen sieben Unternehmen schützen. Denn wenn ein Projekt bereits vergeben war oder ein Bauherr ohnehin keine Konkurrenzofferte einholen wollte, wäre die Meldung einer EO sinnlos gewesen (Verfügung Rz. 886, 903).

## **8.2.2 Grundlagen**

**8.2.2.1** Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG gelten als Wettbewerbsabreden rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. In Bezug auf die Begriffe der Vereinbarungen und der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen stimmt Art. 4 Abs. 1 KG mit Art. 101 Abs. 1 AEUV überein (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.1 *Pfizer II* m.H.; Urteil B-4024/2021 vom 6. Oktober 2025 E. 12.1.1 *Automobilleasing Ford Credit*). Der in Art. 4 Abs. 1 KG enthaltene *Abrededebegriff* ist sehr weit gefasst. Es ist nicht von Relevanz, in welcher Form die Verhaltenskoordination stattgefunden hat. Vom Begriff der Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG werden

auch rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen (sog. Gentlemen's Agreements oder Frühstückskartelle) erfasst (Urteile des BVGer B-4024/2021 vom E. 12.1.2 *Automobilleasing Ford Credit*, B-4596/2019 vom 5. Juni 2023 E. 5.2.1.1 ff. *CA Auto Finance Suisse SA* [vormals: *FCA Capital Suisse SA*] und B-141/2012 E. 4.2.1 *Estée Lauder*; BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 1 KG N 48; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 28). Abreden laufen dem Selbständigkeitspostulat zuwider und sind deshalb geeignet, zwischen den beteiligten Unternehmen die Ungewissheit über ihr zukünftiges Verhalten im Wettbewerb auszuschliessen. Die Verhaltenskoordination lässt somit die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten (BGE 147 II 72 E. 3.2 *Pfizer II*; Urteile B-4024/2021 E. 12.1.2 *Automobilleasing Ford Credit* und B-4596/2019 E. 5.2.1.1 *CA Auto Finance*). Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen sind alternativ zu verstehen. Liegt eine Vereinbarung vor, muss eine abgestimmte Verhaltensweise nicht mehr geprüft werden (BGE 144 II 246 E. 6.4.1 *Altimum*; Urteil B-141/2012 E. 4.2.1 in fine *Estée Lauder*).

**8.2.2.2** Das Vorliegen einer horizontalen wie auch vertikalen Wettbewerbsabrede setzt ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken voraus. Für die Feststellung, ob eine Vereinbarung vorliegt, können die allgemeinen Regeln von Art. 1 ff. OR angewendet werden. Der gegenseitige und übereinstimmende Willen der Parteien ist festzustellen, wobei dieser ausdrücklich oder stillschweigend geäußert werden kann (vgl. Art. 1 Abs. 2 OR). Willenserklärungen und Willensbekundungen zwischen den Vertragsparteien sind nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (Art. 18 OR), ohne Beachtung der von den Parteien verwendeten Ausdrucksweise. Stillschweigende Willensbekundungen sind insbesondere konkludente Handlungen, das heisst solche, deren Erfüllung einen bestimmten Willen voraussetzt, der sich auf das Verhältnis der Parteien bezieht (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.4.1 *Altimum* m.H.; Urteile B-4024/2021 E. 12.1.5 *Automobilleasing Ford Credit* und B-141/2012 E. 7.1.3.4.2 *Estée Lauder*). Ein stillschweigender Konsens ist die Resultante der von den Parteien abgegeben und wechselhaften Erklärungen. Er bezeichnet den Grundsatz oder Inhalt der Einigung der Parteien. So ist die stillschweigende bzw. konkludente Willensäußerung, d.h. die schlüssige aus allen Umständen erlaubende Willensäußerung, der expliziten Willensäußerung gleichgestellt (CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT, in: Widmer Lüchinger/Oser, Basler Kommentar, Obligationenrecht, 7. Aufl. 2020, Art. 1 OR N 8, 17; nachfolgend: BSK OR – BEARBEITER). Zudem ist der Indizienbeweis zulässig (E. 6.1.5.5 m.H.).

Demnach muss sich ein stillschweigender Konsens nicht explizit gestalten, was auch für einen Gesamtkonsens bzw. eine Gesamtabrede gilt.

**8.2.2.3** Die gegenseitig übereinstimmenden Willenserklärungen (vgl. Art. 1 OR) bestehen letztlich aus nichts anderem als Informationen. Informationen sind demnach nicht nur die Basis von – einseitigen – Entscheidungen, sondern auch von Vereinbarungen. Der Informationsaustausch ist damit auch die Grundlage von Kooperation. Durch Kooperation lässt sich Wettbewerb einschränken (ANDREAS BLATTMANN, Der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern, Diss. Zürich 2012, S. 267, nachfolgend: BLATTMANN).

**8.2.2.4** Eine Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG kann als Gesamtabrede beurteilt werden, wenn ihr ein *Gesamtkonsens* (Willensübereinstimmung) zugrunde liegt. Es geht um die (vorgängige) Abrede über die einzelnen Projekte hinaus auf Grundlage eines Konsenses zur projektübergreifenden Koordination (vgl. Urteile B-3096/2018 E. 44, 47 *Foffa* und B-3290/2018 E. 48, 51 *Lazzarini*). Sodann erfordert eine Gesamtabrede nicht, dass eine Vielzahl von „Einzel-“ bzw. „Umsetzungsabreden“ oder „Umsetzungshandlungen“ einer einzelfallweisen und eigenständigen Qualifikation als Verstoss gegen Art. 4 f. KG zu unterziehen gewesen wären. Für das Vorliegen einer Gesamtabrede ist vielmehr ausschlaggebend, dass die Behörde einen unter Art. 4 Abs. 1 KG zu subsumierenden Gesamtkonsens überzeugend nachzuweisen vermag. Erst recht sind nicht fortwährende systematische Absprachen erforderlich (Urteile B-3096/2018 E. 49, 67 *Foffa* und B-3290/2018 E. 53 *Lazzarini*).

**8.2.2.5** In der unionsrechtlichen Praxis ist betreffend einheitlichen und (dauernden oder) fortgesetzten Zuwiderhandlungen bzw. „Gesamtkartellen“ der Nachweis zu führen, dass das Unternehmen einerseits durch sein eigenes Verhalten zur Erreichung der von allen Beteiligten verfolgten gemeinsamen Ziele beitragen wollte und andererseits von dem von anderen Unternehmen in Verfolgung dieser Ziele beabsichtigten oder an den Tag gelegten rechtswidrigen Verhalten wusste oder es vernünftigerweise vorhersehen konnte oder bereit war, die daraus erwachsende Gefahr auf sich zu nehmen (vgl. Urteile B-3096/2018 E. 47 *Foffa* und B-3290/2018 E. 51 *Lazzarini*; Urteil des EuGH vom 26. September 2018, Rs. C-99/17 *Infineon Technologies*, Rz.172 m.H.). Demnach genügt die blosse Tatsache grundsätzlich nicht, dass eine Vereinbarung, an der sich das Unternehmen beteiligt hat, und ein Gesamtkartell den gleichen Gegenstand haben, um die-

sem Unternehmen die Beteiligung am Gesamtkartell zur Last zu legen (Urteile B-3096/2018 E. 47 *Foffa* und B-3290/2018 E. 51 *Lazzarini* m.H. auf das Urteil des EuG vom 12. Juli 2019, Rs. T-763/15 *Sony Optiarc*, Rz. 178 m.H.). Zudem weist die europäische Rechtsprechung in Bezug auf Art. 81 des Vertrags über die Europäische Union (EGV, Amtsblatt Nr. C 191/01) vom 29. Juli 1992 bzw. Art. 101 AEUV darauf hin, dass es gekünstelt wäre, das durch ein einziges Ziel gekennzeichnete kontinuierliche Verhalten zu zerlegen und darin mehrere selbständige Zuwiderhandlungen zu sehen (vgl. Urteil B-3096/2018 E. 48 *Foffa* m.H. auf Urteil des EuGH vom 8. Juli 1999, Rs. C-49/92 P *Anic Partecipazioni*, Rz. 82).

### **8.2.3 Vorbringen der Beschwerdeführerinnen**

**8.2.3.1** Die Beschwerdeführerinnen sind mit der vorinstanzlichen Beurteilung betreffend Gesamtabrede nicht einverstanden. Sie weisen das Konzept der Gesamtabrede im Schweizer Recht per se von der Hand (Beschwerde Rz. 75 ff., 100 ff.). Eine Gesamtabrede entspreche einer unzulässigen Praxisänderung (Beschwerde Rz. 92 ff., 97 ff.). So fehle es vorliegend an einem Masterplan (Beschwerde Rz. 103 ff.), da die infrage gestellten Handlungen auch nicht einer Konvention bzw. einem Rotationskartell, wie im Fall der *Strassenbeläge Tessin* (Urteil B-420/2008) gleichkämen (Beschwerde Rz. 66, 98, 102, 174).

**8.2.3.2** Die Vorinstanz werfe den Unternehmen vor, dass diese einen zukünftigen gemeinsamen Plan gehabt hätten, Projekte abzusprechen (Beschwerde Rz. 79 ff.). Die beschriebenen Handlungen seien aber weder im Rahmen von Art. 260<sup>bis</sup> StGB (Vorbereitungshandlungen) angesiedelt, noch sei ein Versuch nach Art. 105 Abs. 2 StGB im Rahmen des Schweizer Kartellrechts sanktionierbar. Der Begriff der einheitlichen und fortgesetzten Zuwiderhandlung gehe auf den Begriff der „conspiracy“ des Common Laws zurück (Beschwerde Rz. 80 ff.; Stellungnahme I zur Gesamtabrede Rz. 20). Ohnehin setze Art. 4 Abs. 1 KG einen übereinstimmenden Willen zu einer Wettbewerbsbeschränkung voraus. Erst das Resultat eines Gespräches könne eine Wettbewerbsbeschränkung sein, welche mangels konkreter Zuteilung von Projekten (Freigaben, Projekt-Zuteilungen ausserhalb den MA-Sitzungen, Nichtausführung oder Nichtausschreibung von Projekten) nicht vorliege. Die Vereinbarung, „*dass man miteinander spricht*“, sei keine Vereinbarung im Rechtssinne. Der Versuch bzw. die Vorbereitungshandlung, eine Abrede zu schliessen, sei von Art. 4 Abs. 1 KG nicht erfasst (Beschwerde Rz. 81; 108 ff., Replik Rz. 13 f., 35, 46, 48). Ohnehin könnten aus den statistischen Screenings von Offertöffnungsproto-

kolliden oder weiteren statistischen Untersuchungen nicht auf eine Gesamt-  
abrede geschlossen werden (vgl. insb. Beschwerde Rz. 1, 183 ff.; Stellung-  
nahme I zur Gesamtabrede Rz. 33 ff.).

**8.2.3.3** Die Beschwerdeführerinnen rügen weiter, dass man im Gegensatz  
zum Marktabklärungssystem bei einem Rotationskartell nur ausgeschrie-  
bene Projekte auf die Liste genommen habe. Diese Projekte wären nach  
dem Vergabeentscheid auf der Liste verblieben, um den Umsatz des ge-  
schützten Anbieters zu ermitteln, was vorliegend nicht der Fall gewesen sei  
(Beschwerde Rz. 106). Die Beschwerdeführerinnen seien weder an einer  
umfassenden Zuteilung beteiligt gewesen noch hätten sie sich von einem  
umfassenden Zuteilungssystem abhängig gemacht (Beschwerde Rz. 116).  
Die Vorinstanz gehe ohnehin fehl, wenn sie meine, dass ein Rotationssys-  
tem nicht zwingend mit einem Kontrollsystem einhergehe (Verfügung  
Rz. 635), sondern Letzteres nur ein nachgelagertes Überwachungssystem  
darstelle (Beschwerde Rz. 113).

**8.2.3.4** Zudem müsse ein Unternehmen im Kontext mit der Gesamtabrede  
zumindest an einem signifikanten Anteil der Einzelabreden bzw. an sämtli-  
chen Abreden teilnehmen (Beschwerde Rz. 76, 78, 103 ff., 107). Hier seien  
Einzelabreden jedoch ausserhalb der MA-Sitzungen bilateral getroffen  
worden (Beschwerde Rz. 107). Eine Gesamtabrede über sämtliche Pro-  
jekte könne nicht anhand einer Auswahl von relativ wenigen Projekten  
nachgewiesen werden (Beschwerde Rz. 167). Die Vorinstanz verkehre hier  
die Beweislast, wenn sie das Gegenteil behauptete (Beschwerde Rz. 76).

**8.2.3.5** Die Beschwerdeführerinnen bemängeln des Weiteren, die Vor-  
instanz hätte Einzelabreden im Sinne der Urteile des Bundesverwaltungs-  
gerichtes zu den Aargauer Submissionsabsprachen vom 25. Juni 2018  
prüfen müssen. So sei bereits anhand dieser Urteile (B-807/2012 E. 8.1.13  
*Erne*; B-771/2012 E. 6.1.12 *Cellere*; B-829/2012 E. 7.1.12 *Granella*;  
B-880/2012 E. 8.1.10 *Umbricht*) ersichtlich, dass das von der Vorinstanz  
angenommene „Dach“ in den Aargauer Fällen nicht als Gesamtabrede be-  
wertet worden sei, da das Bundesverwaltungsgericht dort kein klares Mus-  
ter habe erkennen können (Stellungnahme I zur Gesamtabrede Rz. 7 ff.,  
9). In beiden Fällen habe man den Unternehmen vorgeworfen, sich über  
einzelne Projekte auszutauschen (Stellungnahme I zur Gesamtabrede  
Rz. 13). Sofern man in den MA-Listen ein verbindendes Element zwischen  
den einzelnen (nicht geprüften und nachgewiesenen) Einzelsubmissions-  
abreden erkennen wolle, wäre dieses „Dach“ qualitativ nicht von der im

Aargauer Fall festgehaltenen Rahmenabrede zu unterscheiden (Stellungnahme I zur Gesamtabrede Rz. 15). Denn ohne Prüfung von Einzelabreden könne man logischerweise auch kein klares Muster zwischen diesen erkennen (Stellungnahme I zur Gesamtabrede Rz. 12, 21 f.). Auch würden allfällige Stützofferten nicht einen Zusammenhang zu einem anderen Projekt herstellen (Beschwerde Rz. 95 f.).

**8.2.3.6** Die Vorinstanz habe vorliegend nicht einmal selbst gewusst, ob eine Vereinbarung über das „Wie“ der Zuteilung getroffen worden sei. Sie sei lediglich „davon ausgegangen“ (Beschwerde Rz. 66 m.H auf Verfügung Rz. 1198; Stellungnahme I zur Gesamtabrede Rz. 12). Der Fall sei nicht derart komplex, dass die Vorinstanz die Projektzuteilung nicht hätte beweisen können (Replik Rz 49).

#### **8.2.4 Standpunkte der Vorinstanz**

**8.2.4.1** Vorliegend kam die *Vorinstanz* zum Schluss, dass die zwischen den acht Unternehmen getroffene Vereinbarung über die Zuteilung von Strassen- und/oder Tiefbauprojekten in den Bezirken See-Gaster, March und Höfe im Rahmen des MA-Systems sowie des EO-Systems als eine Gesamtabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren sei (Verfügung Rz. 1451). Der Vereinbarungsbegriff nach Art. 4 Abs. 1 KG sei weit zu verstehen. Er bedürfe keiner formellen vertraglichen Grundlage (z.B. Vertragsdokument). Er erfasse auch rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen (Gentlemen's Agreement). Die Vorinstanz stützt sich bei der Beurteilung des Konsenses auf Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 OR (Verfügung Rz. 1190-1192). In casu habe es sich bei den acht Unternehmen um Unternehmen auf gleicher Marktstufe gehandelt, da sie alle acht als Anbieter von Strassen- und Tiefbauleistungen fungierten (Verfügung Rz. 1189).

**8.2.4.2** Die acht Unternehmen hätten sich hinsichtlich der in den Gebieten der Bezirke See-Gaster, March und Höfe zu vergebenden Strassen- und/oder Tiefbauprojekte koordiniert. Diese Koordination habe sich sowohl auf von der öffentlichen Hand zu vergebende Projekte (MA-System) als auch auf von einem privaten Bauherrn zu vergebende Projekte bezogen (EO-System; Verfügung Rz. 1068).

Das *MA-System* habe zum Ziel gehabt, Interessensabklärungen zu ermöglichen, um einvernehmlich den Zuschlaggewinner (schutznehmendes Unternehmen) und die Stützoffertsummen vor Ablauf der Eingabefrist festzulegen. Dies entspreche einer (*konkludenten*) Einigung (ohne ausdrückliche Rahmenvereinbarung oder Vertragsdokumente) über die *Art und Weise*

der Zusammenarbeit sowie über deren Ziel (Verfügung Rz. 1194 f.). Mit Hilfe der EO-Listen hätten die acht Unternehmen gewährleistet, dass dasjenige Unternehmen, welches als Erstes auf Anfrage eines privaten Bauherrn eine EO erstellte, auch den Zuschlag für das Projekt erhalten habe, da dieses Unternehmen auf den EO-Listen vermerkt gewesen sei. Deshalb hätten die anderen Unternehmen bei einer Anfrage zum selben Projekt ihre Offerte höher ausgestalten können. Die Vorinstanz bewertete auch das EO-System als (*konkludente*) Einigung über die Zusammenarbeit (Verfügung Rz. 1196).

**8.2.4.3** Nach Ansicht der Vorinstanz ist es nicht erforderlich, dass ein Unternehmen nachweislich an allen Bestandteilen der Gesamtabrede unmittelbar mitgewirkt hat und dass die Dauerabrede immer umgesetzt wird. Eine *Umsetzung* des Konsenses sei zwar dann gegeben, wenn sich mindestens zwei der acht Unternehmen im Untersuchungsgebiet hinsichtlich eines Strassen- und/oder Tiefbauprojekts vor Eingabefrist über Zuschlag und Eingabesummen abgesprochen hätten (Einzelsubmissionsabrede). Jedoch sei eine isolierte kartellrechtliche Würdigung von Einzelsubmissionsabreden nicht erforderlich, da diese als „Umsetzungsabreden“ der Gesamtabrede von Letzterer miteingefasst seien und ein einheitlicher und fort-dauernder Zweck von Relevanz sei (Verfügung Rz. 1199 ff. m.H.). Die Vorinstanz prüfe die Umsetzung des Konsenses erst im Rahmen der Widerlegung der Vermutung sowie der Sanktionierung (Verfügung Rz. 1190).

**8.2.4.4** In Bezug auf die Urteile zu den Aargauer Submissionsabsprachen (vgl. B-807/2012 E. 8.1.13 *Erne*; B-771/2012 E. 6.1.12 *Cellere*; B-829/2012 E. 7.1.12 *Granella*; B-880/2012 E. 8.1.10 *Umbricht*) ergänzt die Vorinstanz, dass sich durch die blosser Kumulation mehrerer einzelsubmissionsrechtlicher Konsense deren Inhalt nicht zu einem umfassenden Konsens wandle. Einzelabreden könnten zwar als Indiz für eine Gesamtabrede gesehen werden. Sie seien allerdings nicht unabdingbar für eine Gesamtabrede, welche schriftlich oder konkludent (ohne fixe Zuteilung, wie z.B. eine Rotation nach Quoten) erfolge (Stellungnahme VI zur Gesamtabrede Rz. 13). Die in den Aargauer Fällen kurz erwähnte „Rahmenvereinbarung“ sei dort sachverhältnissmässig in Bezug auf einen Konsens nicht ernsthaft abgeklärt worden (Stellungnahme VI zur Gesamtabrede Rz. 22 m.H. auf die Verfügung vom 16. Dezember 2011, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im *Kanton Aargau*, RPW 2012/2 S. 270 ff., Rz. 67, 956, 959).

**8.2.4.5** Unter Berufung auf das EU-Wettbewerbsrecht und frühere Verfügungen schloss die Vorinstanz auf einen Dauerversstoss bzw. auf eine Gesamtabrede (Verfügung Rz. 1200 ff. m.H.). Nach Beurteilung der Vorinstanz sei der Konsens zwischen den acht Unternehmen derart zu beschreiben, dass diese sich möglichst viele der insgesamt im Untersuchungsgebiet vergebenen Strassen- und/oder Tiefbauprojekte im Rahmen des MA-Systems und des EO-Systems einvernehmlich hätten zuteilen wollen. Dabei *sei davon auszugehen*, dass diese Gesamtabrede auch eine Übereinkunft über das „Wie“ der Zuteilung enthalte. Diese sei in dem geschilderten Konsens über die Funktionsweise und den Zweck des MA- und EO-Systems zu erblicken (Verfügung Rz. 1198).

In der Duplik präzisiert die Vorinstanz den Konsens dahingehend, dass es sich nicht um eine Vereinbarung, „*dass man miteinander spricht*“, sondern um einen *Konsens unter den acht Unternehmen, sich im Untersuchungsgebiet vergebene Strassen- und Tiefbauprojekte, wenn möglich im Rahmen des MA- und EO-Systems zuzuteilen*, handle (Duplik Rz. 15).

### **8.2.5 Würdigung der Rügen zur Gesamtabrede insgesamt**

In den E. 8.2.5.1 - 8.2.5.5 wird auf die Rügen eingegangen, welche das Konzept der Gesamtabrede insgesamt infrage stellen. In den E. 8.2.6 ff. wird geprüft, ob dem MA- und EO-System ein Gesamtkonsens inhärent ist.

#### **8.2.5.1**

**8.2.5.1.1** Zunächst gehen die Beschwerdeführerinnen fehl, wenn sie wie in den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichtes zu den Aargauer Submissionsabsprachen vom 25. Juni 2018 (B-807/2012 E. 8.1.13 *Erne*; B-771/2012 E. 6.1.12 *Cellere*; B-829/2012 E. 7.1.12 *Granella*; B 880/2012 E. 8.1.10 *Umbricht*) Einzelabreden geprüft haben wollen (Stellungnahme I zur Gesamtabrede Rz. 7 ff., 121 ff.). Auch wenn das Bundesverwaltungsgericht in den Aargauer Fällen argumentierte, dass es dort kein hinreichend klares Muster erkennen konnte, welches über das von der Vorinstanz angenommene Dach als verbindendes Element zwischen den einzelnen abgesprochenen Projekten hinausging (Stellungnahme I zur Gesamtabrede Rz. 15), ist der vorliegende Sachverhalt anders gelagert. So können die Beschwerdeführerinnen nicht aus dem Nichtvorhandensein von Beweisen betreffend ein übergeordnetes verbindendes Element oder Muster in den Aargauer Fällen auf das Nichtvorhandensein von solchen Beweisen im vorliegenden Fall schliessen. Ausserdem weisen die Urteile zu den Aargauer Submissionsabsprachen das Konzept der Gesamtabrede nicht per se von der Hand, sondern sie halten nur fest, dass eine Gesamtabrede bzw. eine

Rahmenabsprache im Rahmen des Aargauer Kontextes nicht habe nachgewiesen werden können.

Sodann ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesverwaltungsgericht zwischenzeitlich in den Urteilen Engadin I (vgl. B-3096/2018 E. 42 ff. *Foffa*; B-3097/2018 E. 52 ff. *Koch*; B-3290/2018 E. 46 ff. *Lazzarini*) das in der angefochtenen Verfügung vertretene Konzept der Gesamtabrede übernommen hat.

**8.2.5.1.2** Zudem verkennen die Beschwerdeführerinnen (vgl. Beschwerde Rz. 76, 103 ff., 107), dass nicht eine Vielzahl von „Einzel-“ bzw. „Umsetzungsabreden“ je separat nach Art. 4 Abs. 1 KG zu prüfen ist, da es auf die Umsetzung der Abrede nicht ankommt (BGE 143 II 297 E. 5.4.2 *Gaba*; Urteil B-3096/2018 E. 49, 67 *Foffa*; siehe auch dazu E. 8.3.4.1). Die projektübergreifende Koordination reicht für einen Gesamtkonsens aus (Urteil B-3096/2018 E. 50, 71 *Foffa*). Demnach können die Beschwerdeführerinnen auch nicht aus dem Umstand, dass es an den MA-Sitzungen selbst nicht zu Einzelabreden gekommen ist (Beschwerde Rz. 107, 110), einen Gesamtplan im Sinne des MA- und EO-Systems negieren. Ebenso wenig braucht es aus diesem Grund eine signifikante Anzahl von Abreden. Daher dringen die Beschwerdeführerinnen auch mit der Rüge nicht durch, dass die Vorinstanz die Umsetzung des EO-Systems kaum geprüft habe (Beschwerde Rz. 182). Dasselbe gilt auch, soweit die Beschwerdeführerinnen eine konkrete Projektzuteilung verlangen (Replik Rz. 13 f., 35, 46, 48). Nicht stichhaltig ist auch das Argument der Beschwerdeführerinnen, die beanstandeten Handlungen (Art. 4 Abs. 1. KG) seien nicht von Art. 260<sup>bis</sup> StGB (strafbare Vorbereitungshandlungen) erfasst oder unter Art. 105 Abs. 2 StGB zu subsumieren (Beschwerde Rz. 80 f.; vgl. auch Urteil B-581/2012 E. 7.2.1 m.H. *Nikon*).

**8.2.5.1.3** Soweit die Beschwerdeführerinnen rügen, dass die Vorinstanz gar keinen Zusammenhang zwischen der Gesamtabrede bzw. den MA-Sitzungen und den einzelnen Submissionsabreden bzw. zwischen der Zuteilung von einzelnen Projekten abgeklärt habe (Beschwerde Rz. 68, 78, Stellungnahme I zur Gesamtabrede Rz. 12 ff., 15), verkennen sie, dass sowohl das MA-System als auch das EO-System die einzelnen Projekte dokumentierten, weshalb der Bezug diesbezüglich erstellt ist. Zudem reicht bei der Gesamtabrede ein übergeordnetes System aus. Der Zusammenhang zwischen den einzelnen Projekten ist nicht zu prüfen. Dem können die Beschwerdeführerinnen auch nicht entgegenhalten, dass der Fall nicht derart

komplex sei, so dass es möglich gewesen wäre, die Einzelabreden zu beweisen (vgl. Replik Rz. 49).

**8.2.5.2** Weiter vertreten die Beschwerdeführerinnen, dass das MA- und EO-System nicht einer Konvention bzw. einem Rotationskartell, wie im Fall der *Strassenbeläge Tessin* gleichkomme (Beschwerde Rz. 66, 98, 102, 174), weshalb es an einem *Masterplan* fehle (Beschwerde Rz. 103, 104 ff.). Gegenstand der Tessiner Konvention waren sämtliche Aufträge der öffentlichen Vergabestellen mit einer Auftragshöhe von über Fr. 20'000.– sowie andere mit dem Strassenbau zusammenhängende Leistungen für Dritte. Für die Zuteilung der Aufträge sah die Konvention verschiedene Kriterien vor: Die Arbeitsbelastung galt grundsätzlich als wichtigstes Kriterium, gefolgt von Ortsbezogenheit, Spezialisierung, bereits angefertigten Offerten und Vereinbarungen zwischen den Sitzungsteilnehmern. Die Auftragssummen der vergebenen Arbeiten wurden vor der Zuteilung bestimmten Kontingenten zugeteilt und mit einem Faktor multipliziert, der je nach Unternehmen unterschiedlich war (Urteil B-420/2008 E. 6 *Strassenbeläge Tessin*).

**8.2.5.3** Die Beschwerdeführerinnen verkennen, dass sich die *Beurteilung des bewussten und gewollten Zusammenwirkens* auf die Regeln des Obligationenrechts stützt. In diesem Sinne kann ein Wille ausdrücklich oder stillschweigend bzw. konkludent (vgl. Art. 1 Abs. 2 OR) geäußert werden (vgl. BGE 144 II 246 E. 6.4.1 *Altimum*; B-4024/2021 E. 12.1.5 *Automobilleasing Ford Credit*; E. 8.2.2.2 f.), was auch für einen Informationsaustausch gilt (BLATTMANN, S. 267). Demnach kommt die in der „Tessiner Konvention“ geregelte Projektzuteilung und Rotation einer „expliziten Willensäußerung“ näher. Allerdings kann, wie bereits mehrfach erwähnt, auch die konkludente Willensäußerung (vgl. Art. 1 Abs. 2 OR) bzw. ein konkludenter Konsens Gegenstand von Art. 4 Abs. 1 KG sein. Da vom Begriff der Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG auch rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarungen (sog. Gentlemen's Agreements oder Frühstückskartelle) erfasst werden (Urteile B-4024/2021 E. 12.1.2 *Automobilleasing Ford Credit*; B-4596/2019 E. 5.2.1.1 *CA Auto Finance Suisse SA*; B-141/2012 E. 4.2.1, 4.4.3.7.3 *Estée Lauder*; vgl. E. 8.2.2.1), ist den Beschwerdeführerinnen nicht zu folgen, wenn sie geltend machen, ein fehlendes oder sogar umfassendes Kontroll- oder Überwachungssystem (z.B. betreffend Umsätzen; Beschwerde Rz. 106, 113) könne das Vorliegen eines Konsenses bzw. Gesamtkonsenses entkräften. Daher erweisen sich die soeben beurteilten Rügen der Beschwerdeführerinnen als unbegründet. Dasselbe

gilt betreffend die Rügen, dass die Beschwerdeführerinnen sich niemals in ein Abhängigkeitsverhältnis begeben hätten (Beschwerde Rz. 116).

**8.2.5.4** Soweit die Rügen die Umsetzungs- bzw. Erfolgsquote betreffen (Beschwerde Rz. 176 ff.; Swiss Economics-Gutachten S. 13 ff.), sind sie im Rahmen der Sanktionierung (vgl. E. 11.4.3.5 ff. m.H. auf E. 5.4, 5.4.2) zu prüfen. Dies gilt auch für die Rügen, welche eine umfassende Zuteilung bzw. einen signifikanten Anteil an Einzelabreden verlangen (Beschwerde Rz. 76, 78, 103 ff., 116). Die in Tabelle 4-9 der Verfügung erwähnten Projekte mit Abredehandlungen (vgl. Beschwerde Rz. 140-165) müssen nur insoweit auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG aufgegriffen werden, als dass sie die Beweisqualität der HA-Listen infrage stellen (vgl. dazu E. 8.2.1.3.2.2.1 ff. oben). Soweit in den E. 10.11 ff. auf Einzelprojekte eingegangen wird, geht es darum aufzuzeigen, dass das Verhalten nicht verjährt ist. Eventualiter zeigt E. 9.7 auf, dass die acht Unternehmen die Handnotizen auf der MA 2009\_16 ohnehin umgesetzt haben, weshalb auch in diesem Kontext Einzelprojekte zu thematisieren sind.

**8.2.5.5** Soweit die Beschwerdeführerinnen wegen der Bejahung einer Gesamtabrede eine Ausweitung von zivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen befürchten (im Sinne, dass sie z.B. zivilrechtlich für ein Projekt in Höfe verantwortlich gemacht werden könnten, obwohl sie kaum dort tätig waren; vgl. Beschwerde Rz. 77), sind sie darauf hinzuweisen, dass diese Rügen ausserhalb des Streitgegenstandes liegen. Die aufgeworfenen Fragen unterliegen der Zivilgerichtsbarkeit, weshalb hier nicht näher darauf einzugehen ist.

## **8.2.6 Vorliegen eines sachlichen Gesamtkonsenses**

**8.2.6.1** Unstrittig ist, dass es sich vorliegend um Unternehmen auf gleicher Marktstufe handelt. Näher zu prüfen bleibt, ob dem MA- und EO-System sowie dem damit verbundenen Informationsaustausch ein Gesamtkonsens zugrunde liegt.

### **8.2.6.2**

**8.2.6.2.1** Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die EOL und MAL seien unabhängig voneinander zu beurteilen, da sie nicht von denselben Unternehmen geführt worden seien; deshalb könne man auch nicht Rückschlüsse von einem Listentyp auf den anderen ziehen (Beschwerde Rz. 125).

Diese Sichtweise trifft indes nicht zu, wie sich aus den folgenden Erwägungen ergibt:

**8.2.6.2.2** Obwohl der Versand der MA- und EO-Listen durch zwei verschiedene Unternehmen erfolgte (De Zanet und Implenia), liegt diesen beiden Listentypen ein Gesamtsystem im übergeordneten Sinne zugrunde. So ist offensichtlich, dass die Listen nach ihrer jeweiligen Bezeichnung mit „Marktabklärung (MA)“ oder „Eigenofferte (EO)“ <Jahreszahl> Nr. <Kalenderwoche>“ nach derselben Systematik bezeichnet wurden (z.B. „MA 2009\_16“ = MA-Liste der 16. Kalenderwoche im Jahr 2009; „EO 2009\_24“ = EO-Liste der 24. Kalenderwoche im Jahr 2009; Verfügung Rz. 547, 873; vgl. E. 8.2.1.1.5).

**8.2.6.2.3** Weiter wechselten beide Listentypen ab dem Jahr 2004 (EO 2004\_18; MA 2004\_20), also mit der Einführung der Kartellsanktionen, erstmals die Unternehmensbezeichnungen von Kürzeln (DZ, HA, OB, IM, WB, RE, TO, BB) zu den Kennzahlen 1-8 (Verfügung Rz 286 ff., Rz. 879, 975; E. 8.2.1.1.2., 8.2.1.6.5). Zwar gab es im Jahr 2005 bei einigen MA-Listen wieder eine Rückkehr zur Bezeichnung mit Kürzeln. Aber der Wechsel von Unternehmenskürzeln zu Kennzahlen einhergehend mit der Einführung der Kartellsanktionen erfolgte bei beiden Listentypen in gleicher Weise.

Wenn auch die ersten EO-Listen gemäss Abbildung 1, welche der Tabelle 1 der Verfügung entspricht, im Jahr 2004 erschienen sind, sind die EO-Listen erst durchgängig ab der EO 2006\_10 in Abbildung 1 aufgelistet (vgl. dazu E. 8.2.1.6.2). Zuvor war bei vereinzelt MA-Projekten, welche mit einem oder zwei Sternen versehen waren, zusätzlich die Bezeichnung „EO“ oder „KV“ versehen. Daraus ergibt sich, dass das EO-System aus dem MA-System gewachsen ist.

**8.2.6.2.4** Zudem weisen beide Listentypen Angaben zu Projekt, Projektort und Bauherr samt Nummerierung auf, wobei allerdings anzumerken ist, dass die EO-Listen im Jahr 2007 – im Gegensatz zu den MA-Listen – ihr dynamisches Nummerierungssystem in ein fixes Nummerierungssystem wechselten (Verfügung Rz. 540 f., 875; E. 8.2.1.6.3). Dies hat jedoch vor allem Auswirkungen auf die Projektspezifizierung und weniger auf das Gesamtsystem, weshalb dadurch die Parallelität der beiden Systeme nicht in Frage gestellt wird.

**8.2.6.2.5** Ebenfalls sprechen die alphabetisch nach Ortschaften geordneten Listen beider Typen (MA- sowie EO-Listen) für ein Gesamtkonstrukt. Demnach vermag die Unterscheidung in der Kundgabe eines Projektinteresses mittels Sterne in den MAL bzw. mittels der Deklaration einer EO bzw. eines Kostenvoranschlags auf den EOL die Gemeinsamkeiten der beiden Systeme nicht zu entkräften. Zudem ging der Versand der EO-Listen mit den MA-Listen einher und war auf den jeweils folgenden MA-Sitzungszeitpunkt terminiert (E. 8.2.1.1.1, 8.2.1.6.2; Verfügung Rz. 920).

**8.2.6.2.6** Zusammenfassend ergibt sich, dass die MA-Listen und die EO-Listen nicht isoliert zu betrachten sind und die Vorinstanz deshalb auch Rückschlüsse zwischen den beiden Listentypen ziehen durfte. Trotz spezifischer Besonderheiten der beiden Listentypen gingen das MA- und EO-System „Hand in Hand“ einher und es ist ersichtlich, dass das EO-System aus dem MA-System gewachsen ist.

**8.2.6.3** Was die Voraussetzungen für einen Gesamtkonsens angeht, wurde bereits in E. 8.2.5.3 aufgezeigt, dass Art. 1 Abs. 2 OR neben der ausdrücklichen Willensäußerung (z.B. eine Konvention) auch die stillschweigende bzw. konkludente Willensäußerung erfasst und die Form der Willensäußerung nicht von Relevanz ist (vgl. E. 8.2.2.1 ff. m.H.). Zudem ist der Indizienbeweis zulässig (E. 6.1.5.5 m.H.). Demnach ist ein schriftlich verfasstes Dokument mit einem Vereinbarungstext oder eine Konvention über eine geregelte bzw. umfassende Projektzuteilung, wie es die Beschwerdeführerinnen verlangen, nicht erforderlich. Vorliegend sind die Echtheit der Mails, denen Urkundenqualität zukommt (E. 6.4.4.1 m.H.) und der den Mails angehängten MA- sowie EO-Listen nicht bestritten. Bestritten wird jedoch insb. die Zuteilung von Projekten im Einzelnen, die individuelle Teilhabe der Beschwerdeführerin am MA -und EO-System, die Teilnahme an den Sitzungen und ob die De Zanet die Listen unabhängig weiterführte (Beschwerde Rz. 124, 130, 235). Was die individuelle Teilhabe der Beschwerdeführerinnen am Gesamtsystem betrifft, so haben sich die Beschwerdeführerinnen diese – wie im Folgenden noch aufgezeigt wird – bis zum Abschluss der Handlungen anrechnen zu lassen (vgl. genauer E. 8.2.6.5.2 m.H. auf E. 10.10 ff.) und sie können hierfür nicht die De Zanet, welche die Listen versandte, alleine verantwortlich machen. Es ist auch nicht ersichtlich, dass sich die Beschwerdeführerinnen gegen sogenannte „Falscheinträge“ zum Zeitpunkt des Listenversandes oder der Ausführung von Projekten zur Wehr setzten, was die Rügen diesbezüglich entkräftet. Demnach sind die Mails des MA- und EO-Systems sowie deren Anhänge

wie auch die HA-Listen (vgl. E. 8.2.1.3.2, 8.2.1.3.4) dem Beweis betreffend den Gesamtkonsens zugänglich.

Der Gesamtkonsens umfasste verschiedene Aspekte:

**8.2.6.3.1** *Erstens* zeigen die MA- und EO-Listen, dass es um die *Informationsbeschaffung* betreffend die Projekte ging (E. 8.2.1.2.3). Dies ist umso mehr aufgrund der Anzahl der dem MA- und EO-System zugeführten Projekte ersichtlich. Nach Feststellungen der Vorinstanz ging es um 750 MA-Projekte auf rund 90 MA-Listen, wovon die Vorinstanz 392 Projekte identifizieren konnte und 189 der identifizierten MA-Projekte einen oder zwei Sterne auf den MAL aufgewiesen hatten (Verfügung Rz. 763 ff., 797 ff. mit Tabelle 15; vgl. E. 8.2.1.4.2). Zudem handelte es sich um rund je 500 in den Jahren 2007 sowie 2008 gemeldete EO-Projekte und 290 Neumeldungen in der ersten Hälfte des Jahres 2009 (Verfügung Rz. 797 ff. mit Tabelle 27). Demnach bildeten das MA- und EO-System ein Gerüst zur Informationsbeschaffung („*Informationsteppich*“) von einer nicht unbedeutlichen Zahl von öffentlichen und privaten Projekten. Dieser „*Informationsteppich*“ war nur den acht Unternehmen und nicht weiteren Bauunternehmen zugänglich.

Dem MA-System lag ein Projektmeldemechanismus über die in der Region ausstehenden Projekte zugrunde. Die Teilnahme daran ist auch den Beschwerdeführerinnen nach 2006 zuzurechnen (E. 8.2.1.2.3 i.V.m. E. 8.2.6.5.2). Was das EO-System betrifft, so existierte im Gegensatz zum MA-System kein separater Projektmeldemechanismus. Aber dasjenige der acht Unternehmen, das eine EO oder einen Kostenvoranschlag (KV) einreichte, meldete das Projekt auch für die EO-Listen (Verfügung Rz. 886), weshalb sich im EO-System der Projektmeldemechanismus aus faktischen Gegebenheiten ergab.

Daher erfasste der *erste Aspekt* des Konsenses die Schaffung des „*Informationsteppichs*“, indem die acht Unternehmen MA- und EO-Projekte mit verschiedenen Mechanismen auf die entsprechenden Listen setzten.

**8.2.6.3.2** *Zweitens* ging es um die Ermittlung von Interessen. Die Ermittlung der Interessen betreffend MA- oder EO-Projekte gestaltete sich unterschiedlich. Beim MA-System bekundeten die acht Unternehmen ihre Interessen mittels einem oder zwei Sternen (Verfügung Rz. 550, 575 f.; E. 8.2.1.2.2). Beim EO-System war das Interesse des Ersteinreichenden einer Eigenofferte oder des KV durch die Projektmeldung ersichtlich. Nach

Feststellungen der Vorinstanz haben alle acht Unternehmen im beurteilungsrelevanten Zeitraum auch regelmässig die EO-Listen mit Projekten „bewirtschaftet“ (Verfügung Rz. 886, 889, Tabelle 26; E. 8.2.6.3.1). In diesem Sinne ist auch auf die älteren MA-Listen der Jahre 2004, 2005 und zu Beginn des Jahres 2006 zu verweisen, da in diesen Listen bei vereinzelt Interessenkundgaben mittels Sterne zusätzlich die Bezeichnung „EO“ oder „KV“ vermerkt war. Je nach System hatte man sich also auf eine gemeinsame „Sprache“ betreffend das Interesse an einem Projekt geeinigt.

**8.2.6.3.3** *Drittens* ging es bei beiden Systemen um ein Sichtbarmachen von Interessenskonflikten. Beim MA-System waren die gleich und unterschiedlich gewichteten Interessen mittels einem oder zwei Sternen ersichtlich. Falls bei mehr als einem Unternehmen ein Stern vermerkt war, lag offensichtlich ein Konflikt vor. Zudem gab es jeweils am Ende der Listen die „Total-A-Interessen“ (Verfügung Rz. 584 ff.), welche die Summen der geltend gemachten Interessen aufzeigten (E. 8.2.1.2.4). Der Mechanismus der „Total-A-Interessen“ ist einerseits eine Hilfestellung zur „fairen“ Interessenverteilung. Andererseits indiziert er ein Gesamtkonstrukt. Beim EO-System waren die Interessen durch das meldende Unternehmen „markiert“. Hätte ein anderes Unternehmen zum gleichen Projekt ebenfalls eine EO-Meldung erstattet, wäre ebenfalls ein Interessenskonflikt ersichtlich gewesen. Vor der MA 2006\_10 tauchte auch bei vereinzelt Projekten in den MA-Listen die Bezeichnung „EO“ oder „KV“ neben den Sternen auf.

**8.2.6.3.4** *Viertens* ging es sodann um die Schaffung einer einvernehmlichen Lösung der Interessenkonflikte. In Bezug auf das EO-System war der Interessenkonflikt durch die Erstmeldung der EO, da in der Regel der Erstofferierende das Projekt auch zugesprochen erhielt, „gelöst“. Was die MA-Projekte betrifft, bildeten die MA-Sitzungen die Grundlage für die Planung weiterer Verhandlungen zwischen den schutzgebenden und schutznehmenden Unternehmen. Hier beschlossen die acht Unternehmen, wer den „Lead“ in den bilateralen Verhandlungen übernehmen sollte (Verfügung Rz. 606, 652 f., 672; E. 8.2.1.2.5).

Dies zeigen insb. die HA-Listen auf (zu den Rügen, welche die Beweisqualität der HA-Listen infrage stellen, vgl. E. 8.2.1.3.2), welche festhalten, welches Unternehmen Schutz oder Teilschutz erhielt. So war zudem auf den HA-Listen (und teilweise je nach Gemeinde oder Kanton auch auf den Offertöffnungsprotokollen) ersichtlich, wer das Projekt in der Tat zugeteilt erhielt. Daneben war an den MA-Sitzungen Thema, ob nicht ein MA-Projekt

bei grossem Auftragswert (Verfügung Rz. 688) oder zu vielen Interessenten „dem Wettbewerb preiszugeben“ bzw. „freizugeben“ war (vgl. dazu die MA 2009\_16 Nr. 98, Projekt F [in E. 9.7.3.2] mit der Handeintragung „Freigabe“ durch einen Vertreter der Hagedorn, abgebildet in Verfügung Rz. 344 f. Abbildung 27, 661 Abbildung 37, siehe dazu auch die MA 2009\_16 mit Handnotizen [Sterne von Hand und Umkreisungen] in E. 9.7.3.2). In diesem Sinne erschien auch in den HA-Listen der Begriff „Freigabe“ oder ab 2009 „OFFEN“.

**8.2.6.4** Daher liegen in casu insgesamt vier Aspekte bezüglich eines (tatsächlichen) Gesamtkonsenses vor. Zusammenfassend hat das MA- und EO-System als *Fundament zur einvernehmlichen Projektzuteilung* gedient.

Bevor der Gesamtkonsens insgesamt bejaht werden kann, müssen aber noch *weitere Rügen*, welche diesen infrage stellen, aufgegriffen werden.

#### **8.2.6.5**

**8.2.6.5.1** Die Beschwerdeführerinnen stellen ihre *individuelle Beteiligung* und *Kenntnis* an einem Masterplan infrage. Die Vorinstanz kehre hier die Beweislast um, weil sie nicht sagen könne, was von der sogenannten Gesamtabrede abgedeckt gewesen sein soll (Beschwerde Rz. 76 i.V.m. 78, 167). Das subjektive Element hätte für jede Untersuchungsadressatin für die Dauer der angeblichen Koordination nachgewiesen werden müssen (Stellungnahme I zur Gesamtabrede Rz. 19). Zudem habe die Implenia in ihrer Selbstanzeige nur sechs und nicht acht Unternehmen (ohne die Beschwerdeführerinnen und Toller) genannt (Beschwerde Rz. 34 m.H. auf act. [...]). Auch stellen die Beschwerdeführerinnen die Teilnahme an den Marktabklärungssitzungen, das Geltendmachen von Interessen und die Beteiligung an der Zuteilung von Projekten in Abrede (Beschwerde Rz. 116 f. m.H. auf die Rz. 118 ff., 129 ff., 136 ff.).

**8.2.6.5.2** Soweit die Beschwerdeführerinnen ihre *individuelle Beteiligung* über die ganze Dauer, ihre *Kenntnis* an einem Masterplan bzw. das subjektive Element am MA- bzw. EO-System in Abrede stellen (Beschwerde Rz. 76; 116, Stellungnahme I zur Gesamtabrede Rz. 19), ist festzuhalten, dass *alle acht* Unternehmen (so auch die Beschwerdeführerinnen) bis zur [mutmasslich] letzten Sitzung am 11. Juni 2009 die MA-Listen (vgl. act. [...] S. 446) und EO-Listen (act. [...] S. 374) per Mail (zur Urkundenqualität von Mails vgl. E. 6.4.4.1 f. m.H.) zugestellt erhalten haben (vgl. E. 8.2.1.1.4). In diesem Sinne argumentiert auch die Vorinstanz (vgl. Verfügung Rz. 322 ff.,

[in Rz. 379 ff. werden alle acht Unternehmen in Bezug auf die Sitzungsteilnahme geprüft]), weshalb keine Umkehr der Beweislast (genauer E. 10.7) vorliegt. Auf den MA- und EO-Listen waren zudem die Beschwerdeführerinnen bis zuletzt unter der „Kennziffer 3“ aufgeführt. Dasselbe gilt auch für die Terminlisten der MA-Sitzungen, wo die Beschwerdeführerinnen turnusmässig über die Jahre an den MA-Sitzungen als Gastgeber eingeplant waren (Verfügung Rz. 314; E. 8.2.1.1.3 mit Abbildung 3 [entspricht Verfügung Rz. 298 Abbildung 25]). Selbst noch im Jahr 2009 haben die Beschwerdeführerinnen MA-Sitzungen in ihrem Unternehmen durchgeführt (genauer E. 10.10 ff.). Ausserdem geht es bei der Beurteilung des vorliegenden Gesamtkonsenses nicht nur um die Sitzungen sowie um die Teilnahme daran, sondern um das Gesamtkonstrukt der einvernehmlichen Projektzuteilungen. Hiervon sind neben den E-Mails samt Listen auch die sogenannten „Lead“-Besprechungen betroffen (Bst. A.j.b, E. 8.2.1.2.5, 8.2.6.3.4). Was die Rügen betreffend das Geltendmachen von Interessen und die Beteiligung an Zuteilung von Projekten (Beschwerde Rz. 116 f. m.H. auf Rz. 118 ff., 129 ff., 136 ff.) betrifft, so ist auf die E. 10.11 bis 10.14 zu verweisen (Aspekte 2-4).

Das subjektive Element betreffend jede Einzelabrede ist nicht erforderlich, da es bei einem Gesamtkonsens nicht auf die Einzel- oder Umsetzungsabreden ankommt (Urteil B-3096/2018 E. 49 *Foffa*), was auch für die Rüge, dass die De Zanet die MA-Listen unabhängig geführt habe (z.B. Beschwerde Rz. 123), und die Listeneinträge nicht unbedingt mit den MA-Sitzungen übereinstimmen, gilt. Mit dem Argument, dass die Beschwerdeführerinnen nur bis 2006 Projekte gemeldet haben (erster Aspekt), können diese nichts zu ihren Gunsten ableiten (vgl. E. 8.2.1.2.3; 10.6 f., 10.10 bis 10.14).

**8.2.6.5.3** Die von den Beschwerdeführerinnen zitierten Aussagen der Selbstanzeigerin (Beschwerde Rz. 34), in welchen sich diese nur auf sechs und nicht auf acht Unternehmen bezieht (ohne Beschwerdeführerinnen und ohne Toller), stammen aus der Anfangsphase des Verfahrens (Selbstanzeige der Implenia vom 16. April 2013, act. [...] S. 4 sowie deren Ergänzungen vom 7. Mai 2013 [act. ... S. 6/act. ... S. 5]), weshalb die Beschwerdeführerinnen dazu keine Gesamtaussagen herleiten können.

**8.2.6.6** Zwar bemängeln die Beschwerdeführerinnen richtigerweise die Ausdrucksweise der Vorinstanz, wonach die Letztere „davon ausgegangen sei“, dass eine Vereinbarung über das „Wie“ der Zuteilung getroffen worden sei (Beschwerde Rz. 66 m.H auf Verfügung Rz. 1198). Jedoch hat die Vor-

instanz in ihrer Duplik ihre Formulierung präzisiert. Es habe sich hier nicht um eine Vereinbarung, wie es die Beschwerdeführerinnen in ihrer Replik (Rz. 48) meinen, „*dass man miteinander spricht*“, sondern *um einen Konsens unter den acht Unternehmen, sich im Untersuchungsgebiet vergebene Strassen- und Tiefbauprojekte, wenn möglich im Rahmen des MA- und EO-Systems zuzuteilen*, gehandelt (Duplik Rz. 15). Diese korrigierte Formulierung ist betreffend die Aspekte 1-4 des Gesamtkonsenses nicht zu beanstanden.

**8.2.6.7** Zusammenfassend ist ersichtlich, dass der vorliegende Konsens in konkludenter Weise als Resultante der von den Parteien abgegebenen und wechselhaften Erklärungen zu verstehen ist (BSK OR – CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT; Art. 1 OR N 8, 17), indem die acht Unternehmen, so auch die Beschwerdeführerinnen, in beiden Systemen – wenn auch auf verschiedene Arten – einen „Informationsteppich“ betreffend private oder öffentliche Projekte schufen, das Sichtbarmachen von Interessen bzw. -konflikten ermöglichten und damit einvernehmlich eine Lösung der Projektzuteilung arrangierten, weshalb das *MA- und EO-System als Fundament zur einvernehmlichen Projektzuteilung diene* (Aspekte 1-4 des Gesamtkonsenses).

**8.2.6.8** In casu liegt folglich ein konkludenter Gesamtkonsens von Unternehmen auf gleicher Marktstufe und somit eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

Wie aufgezeigt waren diesbezüglich keine statistischen Screenings von Offertöffnungsprotokollen oder sonstige statistische Angaben erforderlich, weshalb auf die Rügen der Beschwerdeführerinnen (vgl. insb. Beschwerde Rz. 1, 183 ff.; Stellungnahme I zur Gesamtabrede Rz. 33 ff.), die Vorbringen, dass sich solche Angaben nicht zum Beweis einer Gesamtabrede eignen, nicht näher einzugehen ist. Inwiefern das Verhalten auch als eine abgestimmte Verhaltensweise zu werten ist, kann offengelassen werden, weshalb auch auf die Rügen zur abgestimmten Verhaltensweise (vgl. insb. Beschwerde Rz. 84, Replik Rz. 45) nicht näher einzugehen ist.

**8.2.6.9** Ob es sich bei der soeben erwähnten Vereinbarung um eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG handelt, lässt sich jedoch erst dann feststellen, wenn diese sich auf im Zusammenhang mit Art. 4 Abs. 1 KG relevante Wettbewerbsparameter bezieht (vgl. E. 8.3) und damit eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt wird (E. 8.4).

### 8.3 Wettbewerbsparameter auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG

#### 8.3.1 Grundlagen

**8.3.1.1** Eine Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 4 Abs. 1 KG liegt insbesondere dann vor, wenn durch eine Abrede die Handlungsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer hinsichtlich einzelner Wettbewerbsparameter (im Wesentlichen: Preis, Menge und Qualität, Service, Beratung, Werbung, Geschäftskonditionen, Marketing, Forschung und Entwicklung, Bezugsquellen, Absatzmärkte, Absatz- bzw. Vertriebskanäle) eingeschränkt bzw. die Festlegung der Wettbewerbsparameter gelenkt wird (vgl. BGE 147 II 72 E. 3.5 *Pfizer II*; Urteil B-4024/2021 *Automobilleasing Ford Credit* E. 12.3.2; MARBACH/DUCREY/WILD, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2017, S. 324, N 1460 f.; nachfolgend: MARBACH/DUCREY/WILD; BLATTMANN, S. 289).

Die Frage der Einschränkung der Handlungsfreiheit erfordert keinen weiteren Prüfungsschritt auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG (Urteil B-141/2012 E. 4.7.4.3 m.H. *Estée Lauder*). Denn formale Einschränkungen der Handlungsfreiheit sind von Abreden nach Art. 4 Abs. 1 KG miterfasst, wenn sie sich auf *Wettbewerbsparameter* beziehen (ZÄCH/HEIZMANN, Schweizerisches Kartellrecht, 3. Aufl. 2023, Rz. 399) oder Rückschlüsse auf diese zulassen (Urteil B-141/2012 E. 4.5.3.1, 4.5.3.3 *Estée Lauder*; BLATTMANN, S. 289).

**8.3.1.2** Das Kartellgesetz zählt die *Wettbewerbsparameter* nicht abschliessend auf (Urteil B-141/2012 E. 4.5.3.2 m.H. *Estée Lauder*; MARBACH/DUCREY/WILD, S. 323 Rz. 1459). Bei einem Wettbewerbsparameter geht es um Faktoren, denen die Marktgegenseite für den Geschäftsabschluss Bedeutung zumisst (Urteile B-4024/2021 E. 12.3.2 *Automobilleasing Ford Credit*, B-4596/2019 E. 5.2.2.11 *CA Auto Finance* und B-141/2012 E. 4.5.3.1 *Estée Lauder*; BLATTMANN, S. 289). Die vertiefte Auseinandersetzung mit den Wettbewerbsparametern ist nicht Gegenstand der Beurteilung von Art. 4 Abs. 1 KG, sondern der Prüfung der kartellrechtlichen Unzulässigkeit nach Art. 5 KG (Urteile B-4024/2021 E. 12.3.5 *Automobilleasing Ford Credit* und B-141/2012 E. 4.5.3.2 *Estée Lauder* m.H.). Eine Wettbewerbsabrede bzw. ein Informationsaustausch sollte auf der Prüfungsstufe von Art. 4 Abs. 1 KG *in einem Zusammenhang* zu einem Wettbewerbsparameter stehen oder Rückschlüsse auf diese (z.B. der Austausch wettbewerbssensibler Informationen) zulassen (Urteile B-4024/2021 E. 12.3.4 ff. *Automobilleasing Ford Credit* und B-141/2012 E. 4.5.3.1,

4.5.3.3 *Estée Lauder*, BLATTMANN, S. 289). Informationen über Nicht-Wettbewerbsparameter lassen sich oftmals auf ebensolche zurückführen, weil eine Wechselwirkung besteht (Urteil B-4596/2019 E. 5.2.2.11 *CA Auto Finance*; BLATTMANN S. 289). Das Gesagte gilt auch für die Beurteilung der Kriterien zu den Wettbewerbsparametern in den Horizontalleitlinien 2011 (vgl. insb. Rz. 75 ff., 86 ff.; vgl. E. 7.3.2). Wettbewerbssensible Information umfassen firmenspezifische oder strategische Informationen (Urteil B-141/2012 E. 4.5.3.3 *Estée Lauder*, BLATTMANN, S. 289; Horizontalleitlinien 2011 Rz.86). Strategische Daten sind Daten, welche die strategische Ungewissheit auf dem Markt verringern (Horizontalleitlinien 2011 Rz. 86).

**8.3.1.3** In Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG nennt das Kartellgesetz die Aufteilung von *Märkten* nach Gebieten oder Geschäftspartnern. Absatzmärkte oder Absatzkanäle sind Wettbewerbsparameter (MARBACH/DUCREY/WILD, Rz. 1460). Normalerweise machen sich die Konkurrenten solche Märkte streitig (STOFFEL, in: Ducrey/Zimmerli [Hrsg.], SIWR V/2, Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2023, S. 157 Rz. 305; nachfolgend: BEARBEITER, in: SIWR V/2).

### **8.3.2 Vorbringen der Beschwerdeführerinnen**

Die *Beschwerdeführerinnen* rügen, dass eine Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG den bewussten und konkret vereinbarten Verzicht oder die Einschränkung der wirtschaftlichen Entscheidungsautonomie in Bezug auf einen (konkreten) Wettbewerbsparameter voraussetze (Replik Rz. 12, 14). Dass die Beschwerdeführerinnen nicht in ihrer Handlungsfreiheit eingeschränkt gewesen seien, merke man auch daran, dass ein Unternehmen „sanktionslos“ habe sagen können, wenn es sich nicht an einer Zuteilung habe beteiligen wollen (Stellungnahme II BF zur Gesamtabrede Rz. 13). Vorliegend hätten sich die Unternehmen nicht verpflichtet, sich abzustimmen. Ohne Konkretisierungsgrad oder Verpflichtung zur Übereinstimmung könne nicht von einem vereinbarten Verzicht oder der Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit gesprochen werden. So sei es bei vielen Projekten gar nicht zu einer Zuweisung an den Geschäftspartner gekommen (z.B. Freigaben, Nichtausführung oder Nichtausschreibung von Projekten), weshalb keine Verpflichtung zur Übereinstimmung bestehe (Replik Rz. 13 f., 41 Bst. b). Die eigentliche Koordination habe ausserhalb der MA-Sitzungen stattgefunden. An den MA-Sitzungen sei nur das „Lead“-Unternehmen in Bezug auf den Koordinationsprozess definiert worden (Beschwerde Rz. 38), weshalb sich eine Abrede gar nicht auf einen Wettbewerbsparameter und somit auf einen konkreten Markt beziehen können (Replik Rz. 41 Bst. b). Die Vereinbarung „*dass man miteinander spricht*“ beziehe

sich nicht auf Wettbewerbsparameter, da sie keine konkrete Zuteilung von Geschäftspartnern und mithin von Projekten zum Gegenstand gehabt habe (Replik Rz. 46 i.V.m. 48).

### **8.3.3 Standpunkte der Vorinstanz**

**8.3.3.1** Nach Ansicht der Vorinstanz hat es sich vorliegend – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen – nicht um eine Vereinbarung „*dass man miteinander spricht*“ ohne Bezug zu Wettbewerbsparametern, sondern um einen Konsens, sich gegenseitig im MA- und EO-System die Projekte wenn möglich zuzuteilen, gehandelt. Es habe sich direkt aus der Abrede ergeben, welche Kunden in welchem Gebiet von dieser Abrede betroffen gewesen seien. Zwingende Folge dieser Abrede seien die Einzelsubmissionsabreden gewesen, welche Geschäftspartnerzuweisungen und Preise ins Visier gefasst hätten (Duplik Rz. 15).

**8.3.3.2** Das MA-System sei darauf gerichtet gewesen, den Abschluss von Einzelabreden hinsichtlich Strassen- und/oder Tiefbauprojekte (z. B. Asphaltieren der Kantonsstrasse xy) über den Zuschlagsempfänger sowie über die Höhe der Eingabesummen zu ermöglichen (Verfügung Rz. 1209).

### **8.3.4 Würdigung**

**8.3.4.1** Die Beschwerdeführerinnen halten dafür, dass ohne Konkretisierungsgrad einer Wettbewerbsabrede der Wettbewerbsparameterbezug fehle (Replik Rz. 14, 46). Dabei setzen sie einen bewussten und konkret vereinbarten Verzicht oder die Einschränkung der wirtschaftlichen Entscheidungsautonomie in Bezug auf einen Wettbewerbsparameter voraus (Replik Rz. 12).

Was den Konkretisierungsgrad einer Abrede betrifft, ist auf E. 8.2.2.4, 8.2.5.1.2 zu verweisen (im Kontext mit der Gesamtabrede ist es nicht notwendig, eine Vielzahl von „Einzel-“ bzw. „Umsetzungsabreden“ je separat nach Art. 4 Abs. 1. KG zu prüfen [Urteil B-3096/2018 E. 49 *Foffa*]). Da das Kartellgesetz keine Umsetzung einer Abrede auf der Stufe von Art. 5 KG, wo es um die Unzulässigkeitsprüfung geht, verlangt, kann das Kartellgesetz auch nicht im Zusammenhang mit der Prüfung von Art. 4 Abs. 1 KG, der mit seiner Legaldefinition Fundament von Art. 5 KG bildet (vgl. BGE 143 II 297 E. 5.4.2 *Gaba*), mehr als bei der Prüfung von Art. 5 KG verlangen. Demnach ist nicht alleine schon wegen Freigaben oder Nichtausführung bzw. Nichtausschreibung von Projekten der Bezug zu Wettbewerbsparametern zu verneinen (vgl. Replik Rz. 13 f., 41b). Dasselbe gilt für die Aussage der Beschwerdeführerinnen, welche sich auf die Implenia

beziehen (Beschwerde Rz. 38), wonach die eigentliche Koordinierung ausserhalb der MA-Sitzungen erfolgt sei und man nur das „Lead“-Unternehmen innerhalb der MA-Sitzungen gewählt habe. Auch die Bestimmung des „Lead“-Unternehmens ist Teil der Koordinierung und eine weitere Konkretisierung ist nicht notwendig.

Soweit die Beschwerdeführerinnen eine (tatsächliche) Einschränkung der Handlungsfreiheit als vorausgesetzt erachten (Replik Rz. 12 f.), ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzestext von Art. 4 Abs. 1 KG auch nicht erzwingbare Vereinbarungen nennt: Vertraut wird auf die freiwillige Einhaltung der Vereinbarung (auch „Gentlemen’s Agreement“ oder „Frühstückskartelle“; BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 37 f.). Würde der Argumentation der Beschwerdeführerinnen gefolgt, müssten alle nicht erzwingbaren Vereinbarungen, welche auf einer sogenannten freiwilligen Einhaltung (vgl. Urteil B-141/2012 E. 4.4.3.7.3 *Estée Lauder*) beruhen, als kartellrechtlich unbedenklich betrachtet werden. Dies wäre mit dem Gesetzeswortlaut nicht vereinbar, geht es doch bei rechtlich erzwingbaren oder nicht erzwingbaren Vereinbarungen um alternative Formen der Abrede (vgl. BGE 144 II 246, E. 6.4.1 *Altimum*). Zudem übersehen die Beschwerdeführerinnen, dass wenn sich die Abrede auf Wettbewerbsparameter bezieht, die Einschränkung der Handlungsfreiheit nicht Prüfungsgegenstand von Art. 4 Abs. 1 KG ist (Urteil B-141/2012 E. 4.7.4.3 m.H. *Estée Lauder*). Die Rüge, dass dem MA- und EO-System keine Sanktionen inhärent gewesen seien (Stellungnahme II BF zur Gesamtabrede Rz. 13), vermag daher nicht zu überzeugen.

**8.3.4.2** Durch das MA- und EO-System haben die acht Unternehmen ein Fundament geschaffen, das ihnen die einvernehmliche Zuteilung von Projekten und mithin von Bauherren (Geschäftspartnern) ermöglichte. Durch die Aufteilung des Marktes im Strassen- und/oder Tiefbau (vgl. zur Markt-abgrenzung E. 8.5 unten) und den Austausch strategisch relevanter Informationen (vgl. Horizontalleitlinien 2011 Rz. 86) wurde die Ungewissheit auf dem Markt verringert. Wenn der Wettbewerb nicht oder nur eingeschränkt spielt, hat dies zudem auch Auswirkungen auf einen weiteren relevanten Parameter, den Preis, da ein geschütztes Unternehmen höhere Preise verlangen kann.

**8.3.4.3** Mit dem MA- und EO-System konnten die acht Unternehmen auch ihre Kapazitäten – ebenfalls strategisch relevante Informationen im Sinne der Rz. 86 der Horizontalleitlinien 2011 – optimal auslasten, ermöglichte

ihnen doch der Informationsaustausch das Mass der Arbeitsauslastung ihrer „Kollegen“ in Erfahrung zu bringen.

**8.3.4.4** Das MA- und EO-System bzw. die damit verbundene Verhaltenskoordination weisen somit einen Bezug zu verschiedenen Wettbewerbsparametern auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG auf.

## **8.4 Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung**

Art. 4 Abs. 1 KG erfordert neben einer auf Wettbewerbsparameter gerichteten Verhaltenskoordination (Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise) zwischen Unternehmen der gleichen oder verschiedener Marktstufen, dass diese eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt.

### **8.4.1 Grundlagen**

**8.4.1.1** Nach Art. 4 Abs. 1 KG muss die Wettbewerbsbeschränkung *bezweckt* oder (*alternativ*) *bewirkt* sein (BGE 147 II 72 E. 3.6 *Pfizer II*; Urteil B-4024/2021 E. 13.2.2.3 *Automobilleasing Ford Credit*). Als Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gilt grundsätzlich jeder Eingriff in das freie Spiel von Angebot und Nachfrage (Urteile B-4024/2021 E. 13.2.2.1 *Automobilleasing Ford Credit* und B-4596/2019 E. 5.3.1.1 m.H. *CA Auto Finance*). In der Regel wird mit der Prüfung des Bezweckens begonnen, weshalb ein Bewirken nur zu prüfen ist, wenn das Bezwecken zu verneinen ist (Urteile B-4024/2021 E. 13.2.2.3 *Automobilleasing Ford Credit* und B-4596/2019 E. 5.3.1.3 m.H. *CA Auto Finance*).

**8.4.1.2** Das „Bezwecken“ oder „Bewirken“ ist nach EU-Wettbewerbsrecht (Art. 101 Abs. 1 AEUV) auf *Tatbestandsebene* zu verstehen, da dem „Bezwecken“ oder dem „Bewirken“ Aussagen über die Unzulässigkeit einer kartellrechtlichen Handlung zu entnehmen sind, was auch für die Kriterien des *Bezweckens* (Horizontalleitlinien 2011 Rz. 59 und Rz. 72-74) und *Bewirkens* (Horizontalleitlinien 2011 Rz. 58 und Rz. 75-94) in den Horizontalleitlinien 2011 gilt. Im Unterschied dazu wird die Unzulässigkeit einer kartellrechtlichen Handlung im Schweizer Recht erst auf der Stufe von Art. 5 KG geprüft (BGE 147 II 72 E. 3.1 i.V.m. 3.5 in fine *Pfizer II*; Urteile B-4024/2021 E. 13.2.2.2 *Automobilleasing Ford Credit* und B-141/2012 E. 4.6.1 *Estée Lauder*). Demnach ist im Schweizer Kartellrecht das „Bezwecken“ oder „Bewirken“ auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG nur auf *Definitionsebene* bzw. auf Begriffsebene einer Wettbewerbsabrede zu verstehen (Urteil B-141/2012 E. 4.6.1 *Estée Lauder* m.H.; ANDREAS HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen,

in: Jusletter 29. Juni 2015, Rz. 4, 6). Dies gilt auch für die Kriterien des Bezweckens und Bewirkens in den Horizontalleitlinien 2011, wenn diese zur Prüfung von Art. 4 Abs. 1 KG herangezogen werden (E. 7.3.2).

**8.4.1.3** Eine Abrede *bezweckt* eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen die Ausschaltung, Beeinträchtigung oder Lenkung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben. Der Gegenstand der Verhaltenskoordination, d.h. der Regelungsinhalt der Abrede, besteht in einer Einschränkung des Wettbewerbs. Damit wohnt der wettbewerbsbeschränkende Zweck der Verhaltenskoordination inne (BGE 147 II 72 E. 3.6 *Pfizer II*; Urteile B-4024/2021 E. 13.2.2.5 *Automobilleasing Ford Credit*, B-4596/2019 E. 5.3.1.5 *CA Auto Finance* und B-3096/2018 E. 46 *Foffa*). Eine einvernehmliche Strategie zur projektübergreifenden Koordination des Marktverhaltens ist als ein Bezwecken nach Art. 4 Abs. 1 KG zu werten (Urteil B-3096/2018 E. 44-46 *Foffa*).

**8.4.1.4** Aufgrund der Legaldefinition in Art. 4 Abs. 1 KG wird klargestellt, dass auch der potentielle Wettbewerb geschützt wird, weshalb es bereits ausreichend ist, dass eine Verhaltenskoordination den Wettbewerb möglicherweise beeinträchtigen kann (BGE 143 II 297 E. 5.4.2 *Gaba*; Urteile des BVGer vom 12. Dezember 2023 *in Sachen Baubeschläge* B-5919/2017 E. 271 *Koch II und B-5918/2017 E. 122 Siegenia II*). Tatsächliche Auswirkungen der Abrede sind demnach nicht notwendig. Ein Potential bzw. eine Gefährdung des Wettbewerbs reicht aus (BGE 147 II 72 E. 3.6 *Pfizer II*; 143 II 297 E. 5.4.2 m.H. *Gaba*; Urteile B-4024/2021 E. 13.2.2.7, 13.2.2.21, 13.2.2.23 *Automobilleasing Ford Credit*, B-4596/2019 E. 5.3.3.3 m.H. *CA Auto Finance* und B-141/2012 E. 4.6.4.3 f. *Estée Lauder*). Dabei muss die Abrede objektiv geeignet sein, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Beeinträchtigung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die schwer feststellbaren subjektiven Absichten brauchen nicht nachgewiesen zu werden (sog. „objektivierter Zweckbegriff“; vgl. BGE 147 II 72 E. 3.6 *Pfizer II*; Urteile B-4024/2021 E. 13.2.2.13 ff. *Automobilleasing Ford Credit* und B-141/2012 E. 4.6.4.2 m.H. *Estée Lauder*). Indessen kann die Absicht berücksichtigt werden, auch wenn sie kein notwendiges Element ist, um festzustellen, ob eine Vereinbarung wettbewerbsbeschränkenden Charakter hat (Urteile B-4024/2021 E. 13.2.2.19 *Automobilleasing Ford Credit* und B-4596/2019 E. 5.3.3.6 m.H. *CA Auto Finance*; B-141/2012 E. 4.6.4.2 m.H. *Estée Lauder*). Unerheblich ist, von welcher Abredepartei die Initiative zur Aufnahme des unternehmerischen Zusammenwirkens ausging (BGE 147 II 72 E. 3.6 *Pfizer II*; Urteil B-4024/2021 E. 13.2.2.13 *Automobilleasing Ford Credit*).

**8.4.1.5** Was den Informationsaustausch betrifft, sind Informationen über *zukünftiges* Verhalten nach EU-Wettbewerbsrecht als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung zu betrachten, was auch für das Schweizer Kartellrecht gilt (Urteile B-4024/2021 E. 13.2.2.9 ff., 13.2.2.11 *Automobilleasing Ford Credit*; B-141/2012 E. 4.6.4.4 *Estée Lauder*; Urteil des EuGH vom 29. Juli 2024 C-298/22, Banco BPN/BIC Português, Rn. 80; BANGER-TER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 155 f.; vgl. Horizontalleitlinien 2011 Rz. 73 f.). Ebenfalls ist bei einem Informationsaustausch, wenn derselbe den Mechanismus eines *Monitorings* aufweist, von einem Bezwecken auszugehen (Urteile B-4024/2021 E. 13.2.2.27 *Automobilleasing Ford Credit* und B-141/2012 E. 4.6.4.4 *Estée Lauder* insb. m.H. auf WAGNER-VON PAPP, Information Exchanges in the Draft Horizontal Cooperation Guidelines, Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht, KSzW I 2011, S. 87 ff., 90). Entscheidend für die verlangte Gefährdung ist die strategische Relevanz der ausgetauschten Daten (Urteile B-4024/2021 E. 13.2.2.28 *Automobilleasing Ford Credit* und B-141/2012 E. 4.6.4.4 m.H. *Estée Lauder*; Horizontalleitlinien 2011 Rz. 86).

**8.4.1.6** Tendenziell sind echte öffentliche Informationen – solche liegen vor, wenn alle Wettbewerber einen nicht kostspieligen Zugang haben – eher wettbewerbsrechtlich unbedenklich (Urteile B-4024/2021 E. 13.1.1.15 *Automobilleasing Ford Credit*, B-4596/2019 E. 5.2.2.38 *CA Auto Finance* und B-141/2012 E. 6.4.1.4.4 *Estée Lauder*; ULRICH EDELMANN, Informationsaustausch im Kartellrecht, 2015, S. 116; vgl. BLATTMANN, S. 298; Horizontalleitlinien 2011 Rz. 92). Bei Bieterwettbewerben, bei denen der Teilnehmerkreis anderenfalls mit Unsicherheiten behaftet bliebe und die Kenntnis der Identität der Teilnehmer Rückschlüsse auf die Konditionen ihrer Angebote zulässt, ist nach WAGNER-VON PAPP schon die organisierte Mitteilung der Identität der Teilnehmer als wettbewerbsbeschränkend anzusehen (FLORIAN WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren: Grenzen der Information im Wettbewerb, 2004, S. 233 f. m.H.).

**8.4.1.7** Ein *Bewirken* nach Art. 4 Abs. 1 KG würde dagegen erfordern, dass die Abrede aufgrund ihrer Anwendung in der konkreten Sachverhaltskonstellation zu einer Ausschaltung oder Begrenzung eines oder mehrerer relevanter Wettbewerbsparameter führt, obwohl ihr Regelungsinhalt nicht darauf ausgerichtet ist (Urteile B-4024/2021 E. 13.2.2.24 *Automobilleasing Ford Credit*, B-5919/2017 E. 272 *Koch II* und B-5918/2017 E. 123 *Siegenia II beide in Sachen Baubeschläge* je m.H.)

#### **8.4.2 Vorbringen der Beschwerdeführerinnen**

Die *Beschwerdeführerinnen* rügen, dass es Zweck der MAL gewesen sei, zu erfahren, „was der Markt hergibt“ oder was in den nächsten Jahren auf den Markt kommt. Man habe mit einer Marktanalyse kompetitive Angebote machen wollen (Beschwerde Rz. 106 i.V.m. 37, 58 ff., 111, 118; Stellungnahme I zur Gesamtabrede Rz. 32). Die Ausschreibungsplattform SIMAP habe es im Untersuchungszeitraum noch nicht gegeben (Beschwerde Rz. 59, 233). Demnach sei dieser Informationsaustausch erforderlich gewesen, weil ohne diesen eine sinnvolle Kapazitätsplanung für die Unternehmen aufgrund der intransparenten Vergabepraxis unmöglich gewesen wäre. Zwei der acht Unternehmen hätten Vertreter gehabt, welche politische Ämter innegehabt hätten (Beschwerde Rz. 58 ff. m.H.). Aufgrund der gemeinsamen Begehungen vor Ausschreibungen hätte ohnehin ein Risiko für Wettbewerbsabsprachen bestanden, da die Teilnehmer dadurch vor Ablauf der Eingabefrist von ihren Interessen wussten (Beschwerde Rz. 61 ff.). Die Beschwerdeführerinnen hätten weder eine Zuteilung von Projekten gewollt noch einer solchen zugestimmt (Beschwerde Rz. 116).

#### **8.4.3 Standpunkte der Vorinstanz**

**8.4.3.1** Die *Vorinstanz* ging beim Bezwecken in Art. 4 Abs. 1 KG von einem objektivierten Zweckbegriff aus. Ein Bezwecken verlange nicht, dass eine Wettbewerbsabrede bereits umgesetzt worden sei und sich Wirkungen auf dem Markt entfaltet hätten (Verfügung Rz. 1207 f. m.H.). Die vorliegende Gesamtabrede sei darauf gerichtet gewesen, *Einzelsubmissionsabreden* hinsichtlich konkreter Strassen- und/oder Tiefbauprojekte (z. B. Asphaltieren der Kantonsstrasse xy) zu treffen, welche auf den Zuschlagsempfänger sowie die Höhe der Eingabesummen gerichtet seien. Diesen hätte der Zweck innegewohnt, den Wettbewerb zwischen den offerteinreichenden Unternehmen auszuschliessen. Da die Vorinstanz bereits in früheren Entscheidungen betreffend Einzelsubmissionsabreden ein Bezwecken bejahte, schloss sie nun auch bei einer Systemvereinbarung zur einvernehmlichen Aufteilung von Submissionen auf ein Bezwecken und alternativ auf ein Bewirken (Verfügung Rz. 1209 f.).

**8.4.3.2** Im Sachverhaltsteil der angefochtenen Verfügung hat die Vorinstanz die Zweckaussagen der Implenia und der anderen Unternehmen aufgezeigt (Verfügung Rz. 604-619) und einander gegenübergestellt (Verfügung Rz. 621-648). Zusammenfassend legt sie betreffend die Zweckerargumentation der Implenia dar, *dass die MA-Listen und Sitzungen dazu gedient hätten, die Zuteilung von Bauprojekten erfolgreich zu koordinieren* (Verfügung Rz. 620 m.H. auf Rz. 604). In Bezug auf alle acht Unternehmen

hält die Vorinstanz bezüglich des Zweckes fest, dass es um die einvernehmliche Zuteilung der aufgelisteten Projekte sowie um den Versuch der Festlegung des Zuschlaggewinners und der Höhe der Gewinnerofferten und der Stützofferten gegangen sei (Verfügung Rz. 647).

**8.4.3.3** Was den Zweck des EO-Systems betrifft, sollte dieses sicherstellen, dass private Bauherren, welche bereits von einem der acht Unternehmen eine Eigenofferte verlangt haben, keine Chance auf eine echte Konkurrenzofferte erhielten (Verfügung Rz. 1211).

#### **8.4.4 Würdigung**

**8.4.4.1** Gemäss Praxis des Bundesverwaltungsgerichts ist eine einvernehmliche Strategie zur projektübergreifenden Koordination des Marktverhaltens als ein Bezwecken nach Art. 4 Abs. 1 KG zu werten (Urteil B-3096/2018 E. 44-46 *Foffa*).

**8.4.4.2** Allerdings rügen die Beschwerdeführerinnen, dass sie diesen Informationsaustausch mit dem Zweck einer sinnvollen Kapazitätsplanung durchgeführt hätten, um zu wissen, „was der Markt hergibt“, da sich oftmals die Vergabepaxis nicht transparent gestaltet hätte. Denn SIMAP habe im untersuchungsrelevanten Zeitpunkt noch nicht existiert (Beschwerde Rz. 106 i.V.m. 37, 58 ff., 111, 233).

#### **8.4.4.3**

**8.4.4.3.1** In der Tat ist die Argumentation, dass es im untersuchungsrelevanten Zeitraum SIMAP noch nicht gegeben hat, nicht von der Hand zu weisen. Im Gegensatz zu SIMAP war das MA-System jedoch nicht eine im Internet *öffentlich* zugängliche Plattform; es war nur den *acht Unternehmen* zugänglich (vgl. auch Horizontalleitlinien 2011 Rz. 92). Daran vermag auch das Argument der Beschwerdeführerinnen, zwei Vertreter der acht Unternehmen hätten politische Ämter innegehabt (vgl. Beschwerde Rz. 58), was gegen die intransparente Vergabepaxis hilfreich gewesen sei, nichts zu ändern. Anders als bei SIMAP wurden mit den ebenfalls nur den acht Unternehmen zugänglichen EO-Listen zudem nicht nur öffentliche, sondern auch private Bauprojekte erfasst.

**8.4.4.3.2** Sowohl das MA-System als auch das EO-System erfassen anders als das SIMAP auch eine Sammlung und Kundgabe von Interessen bzw. Interessenskonflikten, einen „Konfliktlösungsmechanismus“ betreffend Interessen von mehreren Unternehmen und ein gemeinsames Sitzungssystem samt Sitzungsplanungen (Aspekte 2-4 des Gesamtkonsens).

Das MA-System und auch das EO-System entsprechen somit einem „Mechanismus des *Monitorings*“ betreffend *künftig* (ausgeschriebene) Projekte samt Interessen und Konfliktlösungsmechanismus (vgl. zum Monitoring und zur strategischen Relevanz der ausgetauschten Daten E. 8.4.1.5 f.).

**8.4.4.3.3** Auch wenn die Beschwerdeführerinnen vertreten, dass sie oftmals bei gemeinsamen Begehungen bei öffentlichen Projektausschreibungen vor Ablauf der Eingabefrist die Möglichkeit gehabt hätten, in Erfahrung zu bringen, wer am Projekt Interesse gehabt hätte (vgl. Beschwerde Rz. 61 ff.), geht das MA-System doch insgesamt über eine Begehung, welche wohl auch bei einem „SIMAP-Projekt“ hätte stattfinden können, hinaus. Normalerweise teilt man bei einer Begehung dem Konkurrenten nicht seine Interessen mit, da man doch für sich selbst das Projekt „an Land ziehen“ möchte. Zudem hat die Vergabestelle ein Interesse an echtem Wettbewerb und würde nicht ein System fördern, bei welchem sie für ein Projekt eine höhere Leistung zu zahlen hätte. Wie es die Vorinstanz zutreffend in ihrer Vernehmlassung (Rz. 18 ff.) darlegt, ist das „Procedere des MA-Systems“ auch nicht bereits an einer Begehung erfolgt. Zudem waren die MA-Sitzungen mit ihren zwei bis vierwöchentlichen Rhythmus viel engmaschiger gestaltet. Sie umfassten auch Projekte, welche nicht einer Begehung zugänglich waren.

**8.4.4.4** Vorliegend ist ersichtlich, dass dem MA- und dem EO-System der Zweck der organisierten Zuteilung von künftigen Strassen- und/oder Tiefbauprojekten und mithin von Bauherren (Geschäftsherren) an die acht beteiligten Unternehmen inhärent ist (Strategie zur projektübergreifenden Koordination, Urteil B-3096/2018 E. 44-46 *Foffa*, vgl. E. 8.4.1.3 oben). Die einvernehmliche Strategie war somit auf die Zuteilung von Submissionsmärkten bzw. eine Aufteilung des Marktes im Strassen- und/oder Tiefbau (vgl. zur Marktabgrenzung E. 8.5 unten) gerichtet. Die Listen hatten, da den Bauherren keine effektive Auswahl unter den Anbietern verblieb, auch den Zweck, „*sich keinen oder nur so wenig Wettbewerb wie nötig*“ zu machen, um sich die Auslastung der Kapazitäten („was der Markt hergibt“), gegenseitig zu sichern (zur Wettbewerbsparameterqualität E. 8.3.4.2 - 8.3.4.4; vgl. ebenso Horizontalleitlinien 2011 Rz. 86). Teilschutz oder Freigaben entkräften die Funktion des Zuordnungssystems insgesamt nicht. Zudem hatte das EO-System den Zweck, dass sich der Erstofferent das Projekt vor dem Zugriff der sieben anderen Unternehmen sichern konnte.

**8.4.4.5** Das MA- und das EO-System waren daher objektiv geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu bezwecken.

**8.4.4.6** Daran vermögen auch die Rügen der Beschwerdeführerinnen, Art. 4 Abs. 1 KG setze einen übereinstimmenden Willen zu einer Wettbewerbsbeschränkung voraus (Replik Rz. 48) bzw. sie hätten eine solche Zuteilung weder gewollt noch ihr zugestimmt (Beschwerde Rz. 116) nichts zu ändern. Die Voraussetzungen des Bezweckens in Art. 4 Abs. 1 KG sind objektiv zu verstehen (vgl. E. 8.4.1.4; BGE 147 II 72 E. 3.5 *Pfizer II*; Urteil B-4596/2019 E. 5.3.1.5 m.H. *CA Auto Finance*). Dasselbe gilt auch insoweit die Beschwerdeführerinnen geltend machen, die Sterneinträge seien spekulativ gewesen, es sei nur darum gegangen, welches Unternehmen die besten Chancen auf einen Zuschlag gehabt hätte (Beschwerde Rz 135; vgl. E. 8.2.1.2.2 in fine). Irrelevant ist auch, dass die Beschwerdeführerinnen angeben, es sei darum gegangen, dass „man sich in Ruhe lässt“.

## **8.5 Marktabgrenzung**

**8.5.1** Bevor Art. 4 Abs. 1 KG insgesamt zu bejahen ist, ist noch auf die Marktabgrenzung einzugehen, da die Beschwerdeführerinnen dieselbe in Bezug auf den Abredeumfang und ihre Stellung als Konkurrentinnen bzw. als Abredeteilnehmerinnen bestreiten (Beschwerde Rz. 193 ff., 212, Replik Rz. 8).

Die Beschwerdeführerinnen rügen, dass von singulären Märkten pro Submission und nicht von einem auf der Gesamtabrede beruhenden Markt im Strassen- und/oder Tiefbau auszugehen sei. So habe die Vorinstanz ausser Acht gelassen, dass die Unternehmen zwischen den einzelnen Ausschreibungen nicht zueinander in Konkurrenz stünden (Beschwerde Rz. 195, 212). Die Beschwerdeführerinnen machen damit sinngemäss geltend, dass sie sich nur in Einzelsubmissionsmärkten und nicht darüber hinaus im Bereich der Gesamtabrede als Konkurrenten bzw. Abredeteilnehmer gegenüberstünden.

**8.5.2** Auch im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts *CA Auto Finance* wurde geltend gemacht, dass eine horizontale Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG nur unter aktuellen oder wenigstens potentiellen Wettbewerbern möglich sei. Da sich das Wettbewerbsverhältnis in Bezug auf einen sachlich und räumlich relevanten Markt bestimmt (BANGERTER/ZIRLICK, DIKE-KG, Art. 4 Abs. 1 KG N 84), hat das Bundesverwaltungsgericht

den relevanten Markt in diesem Urteil bereits auf der Ebene von Art. 4 Abs. 1 KG geprüft (Urteil B-4596/2019 E. 5.4.1.5 *CA Auto Finance*; vgl. nun auch Urteil B-4024/2021 E. 13.3.1.1 ff., 13.3.1.6 *Automobilleasing Ford Credit*). Anzumerken ist, dass das Bundesgericht im Urteil *Pfizer II* die Prüfung der Marktabgrenzung auf der Stufe von Art. 4 Abs. 1 KG nicht für notwendig erachtete. Jedoch war dort im Gegensatz zum vorliegenden Fall die Marktabgrenzung auch nicht strittig (BGE 147 II 72 E. 3.1, 5.1.1 *Pfizer II*). Da vorliegend die Marktabgrenzung auf den Abredeumfang und die Position als Abredeteilnehmerinnen bzw. Konkurrentinnen bestritten ist, ist die Marktabgrenzung nachfolgend bereits im Kontext mit Art. 4 Abs. 1 KG zu prüfen.

**8.5.3** Was die Beweisanforderungen in Bezug auf die Marktabgrenzung angeht, so ist die Analyse der Marktverhältnisse und die Datenlage oft unvollständig und die Erhebung ergänzender Daten schwierig. Die Bestimmung der massgeblichen Güter sowie die Einschätzung des Ausmasses der Substituierbarkeit ist kaum je exakt möglich, sondern beruht zwangsläufig auf gewissen ökonomischen Annahmen. Die Anforderungen an den Nachweis solcher Zusammenhänge dürfen nicht übertrieben werden (BGE 139 I 72 E. 8.3.2 *Publigroupe*; Urteil des BGer 2C\_113/2017 vom 12. Februar 2020 E. 5.2.6 *Hallenstadion-Ticketcorner*; vgl. auch E. 6.1.5.6, 6.1.6).

#### **8.5.4 Sachlich relevanter Markt**

##### **8.5.4.1**

**8.5.4.1.1** Die *Vorinstanz* stellt in ihrer Verfügung auf einen Gesamtmarkt im Strassen- und/oder Tiefbau ab (Verfügung Rz. 1240). Der *Strassenbau* umfasse den Entwurf, die Herstellung und den Erhalt von Strassen und Wegen für den Fahrzeug- und Fussgängerverkehr. Dazu gehören insbesondere Belagsarbeiten (Pflasterung und Asphaltarbeiten) sowie der Bau von Entwässerungsanlagen und Böschungsbefestigungen. Der *Tiefbau* befasse sich demgegenüber mit dem Entwurf, der Herstellung und dem Erhalt von Bauwerken, die an oder unter der Erdoberfläche bzw. unter Verkehrswegen liegen würden, wie zum Beispiel die Kanalisation, Kabel- und/oder Rohrverlegung (Verfügung Rz. 37, 567).

**8.5.4.1.2** Die *Vorinstanz* geht unter Berufung auf Fallkonstellationen mit Dauer-/Gesamt-/Systemabreden (Urteil B-420/2008 E. 9.1.1 *Strassenbeläge Tessin*; WEKO-Verfügung RPW 2015/2, 226 Rz 201 ff., 208 *Tunnelreinigung*) davon aus, dass der sachlich relevante Markt alle Strassen- und Tiefbauleistungen, welche von den (öffentlichen und privaten) Bauherren

im Untersuchungsgebiet im Untersuchungszeitraum nachgefragt worden sind, umfasse. Wenn die acht Unternehmen keine Abrede getroffen hätten, wären sich diese zumindest potentiell projektübergreifend im Wettbewerb gegenübergestanden (Verfügung 1234 f.; Vernehmlassung Rz. 77). Die WEKO weist zudem auf ihre Praxis hin, dass sie sich bei Fällen mit *Einzelsubmissionsabreden* jeweils auf eine projektspezifische Marktabgrenzung stütze (Verfügung Rz. 1236 m.H.).

**8.5.4.1.3** Des Weiteren geht die Vorinstanz der Frage nach, ob sich nicht eine Separierung des Gesamtmarktes in die Teilmärkte des Strassen- und/oder Tiefbaus aufdränge. Diesbezüglich legt sie dar, anhand der statistischen Analysen des DOP sei ersichtlich, dass die Umsatzanteile der acht Unternehmen je nach Teilmarkt divergieren würden (reine „Strassenbau-Projekte“: 76%; gemischte Projekte mit „Strassen- und Tiefbau“-Arbeiten: 58%; reine „Tiefbau“-Projekte: 41% [Verfügung Rz. 1238; statistischer Bericht der Vorinstanz, act. [...], Tabellen 12-14]). Ähnliches hätten die Befragungen der Unternehmen aufgezeigt (Verfügung 1238 m.H auf Rz. 1061 [m.H. auf Fragebogen II Frage 4; act. [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...]). Aus der statistischen Analyse der Vorinstanz gehe hervor, dass ein auf Tiefbau spezialisiertes Unternehmen offenbar nicht ohne Weiteres Strassenbauleistungen anbieten könne. Hingegen schienen die betrachteten Strassenbauunternehmen in der Lage zu sein, auch Tiefbauleistungen anzubieten und entsprechende Arbeiten auszuführen (Verfügung Rz. 787, 1238). Soweit dies betreffend die Bauprojekte auf den MA-Listen überhaupt festgestellt werden könne, seien auf den MA-Listen sowohl reine Strassenbauprojekte als auch Projekte, bei denen nebst Strassenbau auch Tiefbauarbeiten zu erledigen waren, aufgeführt (z. B. Erneuerung der Kanalisation unter einer Strasse). Im Einzelfall würden die MA-Listen auch reine Tiefbauprojekte enthalten (Verfügung Rz. 567). Dies ist vorliegend nicht bestritten.

**8.5.4.1.4** Allerdings spricht sich die Vorinstanz gegen eine Separierung in Teilmärkte aus. Tiefbauunternehmen würden im Einzelfall auch Strassenbauleistungen erbringen können, da sie entweder Maschinen mieten, mit Strassenbauunternehmen in einer ARGE arbeiten oder diese als Subunternehmer beschäftigen würden. Daher könnten auch Tiefbauunternehmen Strassenbauunternehmen konkurrenzieren. Zudem habe die Gesamtabrede alle drei Sparten – wenn auch nicht unbedingt gleich ausgeprägt – betroffen (Verfügung Rz. 1238 f., 1290; Vernehmlassung Rz. 79). Daher lässt die Vorinstanz offen, ob eine Teilung des Marktes angebracht sei und stützt

sich auf den sachlichen Markt im Strassen- und/oder Tiefbau (Verfügung Rz. 1240).

**8.5.4.1.5** In der Vernehmlassung präzisiert die Vorinstanz, dass der relevante Markt durch den Inhalt der festgestellten Wettbewerbsabrede bedingt sei. Ausgangspunkt seien dabei diejenigen Nachfrager, welche konkret von der festgestellten Wettbewerbsabrede betroffen seien und die Leistungen, welche sie in Anspruch hätten nehmen wollen (Vernehmlassung Rz. 78). Insgesamt hält die Vorinstanz in der Vernehmlassung an ihrer Marktabgrenzung fest.

**8.5.4.2** Entgegen der Vorinstanz gehen die *Beschwerdeführerinnen* nicht von einem Gesamtmarkt im Strassen- und/oder Tiefbau aus. Sie erachten eine Marktabgrenzung pro Projekt als sachgerecht, da der Nachfrager (die Vergabestelle), die Marktgegenseite ausmache. So schaffe die Vergabestelle mit jeder Ausschreibung einen eigenen Markt, da ein Bauwerk eine Einzelanfertigung sei (Beschwerde Rz. 195; Replik Rz. 58). Der Projektanbieter (also das Bauunternehmen) müsse sich bei jedem Angebot neu entscheiden, ob er ein Angebot einreichen wolle (Beschwerde Rz. 212). Auch könne die Vorinstanz den Markt nicht von der Gesamtabrede herleiten (Beschwerde Rz. 200). Dies sei weder vom Kartellrecht „gedeckt“ (Replik Rz. 8), noch habe die Vorinstanz dies begründet. Auch fehle eine Begründung, weshalb nicht mehrere Teilmärkte nebeneinander existieren könnten (Beschwerde Rz. 209).

Zudem sei es nicht sachgerecht, den Markt von der Seite des Anbieters aus zu definieren (Beschwerde Rz. 197). Einerseits müsse unter den Bauunternehmen ein Tauschhandel zwischen Projekten bestehen, was an den spezifizierten Gerätschaften misslingen würde. Daher scheitere auch eine umsatzbasierte Aufteilung über die Grenzen von Strassen- und Tiefbau. Das Swiss Economics-Gutachten belege auch die unterschiedlichen Wettbewerbsverhältnisse in den Teilmärkten durch die verschiedenen Arbeitstypen bzw. Vergabeverfahren (offenes Verfahren, Einladungsverfahren, freihändiges Verfahren, Beschwerde Rz. 204 ff.; Replik Rz. 62). Daher sei der vorliegende Fall viel heterogener als der Fall *Strassenbeläge Tessin* (Urteil B-420/2008 E. 9.1.1), weshalb auch nicht auf einen Dauermarkt geschlossen werden könne (Beschwerde Rz. 210 f.).

### 8.5.4.3 Grundlagen

**8.5.4.3.1** Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU umfasst der sachlich relevante Markt alle Waren und Dienstleistungen, die von der *Marktgegenseite* hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Entscheidend ist die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der *Marktgegenseite* (BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1 *Publigroupe*; Urteil 2C\_113/2017 E. 5.2.1 *Hallenstadion-Ticketcorner*; Urteil B-141/2012 E. 5.3.1.3 *Estée Lauder*).

**8.5.4.3.2** Die Beurteilung des Marktes hängt vom Untersuchungsgegenstand, also von der konkreten Abrede, wie auch von den Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite ab (BGE 139 I 72 E. 9.2.3.1 *Publigroupe*). Folglich kann sich die Marktabgrenzung naturgemäss nicht losgelöst (d.h. generell abstrakt im Voraus) von einem bestimmten Sachverhalt konkretisieren (Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468 ff., S. 554; ZIRLICK/BLATTER/BANGERTER, Jusletter vom 11. September 2017, Äpfel mit Birnen vergleichen, Rz. 16; nachfolgend: ZIRLICK/BLATTER/BANGERTER, Äpfel mit Birnen vergleichen).

**8.5.4.3.3** Was den Untersuchungsgegenstand „*Submissionsabreden*“ betrifft, so lassen sich in der Praxis zwei Herangehensweisen unterscheiden. Eine Gesamtabrede unterscheidet sich von ihrer Natur her grundsätzlich von einer auf ein spezifisches Projekt bezogenen Einzelabrede: Sowohl der Handlungsunwert (Vorsatz, „kriminelle Energie“) als auch der Erfolgswert (Anzahl Geschädigte, betroffenes Marktvolumen, Kartellrenten) sind völlig unterschiedlich ausgeprägt. Bei einer *Gesamtabrede* haben die Abredeteilnehmer das Ziel, mittels eines Systems über einen längeren Zeitraum hinweg möglichst viele Submissionen zu ihren Gunsten zu verfälschen (Wirkung der Abrede erga omnes). (Potentielle) Geschädigte und damit Marktgegenseite sind *alle* Nachfrager entsprechender Leistungen im betroffenen Gebiet. Von einer solchen Abrede sind potentiell alle gegenwärtigen und zukünftigen Bauprojekte in der Region betroffen (auch wenn die Ausführung der einzelnen Projekte aus Sicht der jeweiligen Bauherren selbstverständlich unter sich nicht austauschbar ist). Sie bilden in ihrer Gesamtheit den relevanten Markt. Im Falle einer *Einzelabrede*, wird lediglich eine einzelne Submission verfälscht, weshalb es auch „nur“ *einen* Geschädigten gibt (Wirkung ad personam). In diesem Fall sind die von der Abrede *nicht* direkt betroffenen Projekte für die Marktabgrenzung nicht von Relevanz. Für die Feststellung, welche Abrede (Einzel- oder Gesamtabrede)

vorliegt, ist auf das *Beweisergebnis* abzustellen (vgl. ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 78 ff.; vgl. ZIRLICK/BLATTER/BANGERTER, Äpfel mit Birnen vergleichen, Rz. 44 ff.).

#### **8.5.4.4 Würdigung**

**8.5.4.4.1** Vorliegend hat das Gericht in E. 8.2.6 den Gesamtkonsens nachgewiesen, wonach das MA- und EO-System *als Fundament zur einvernehmlichen Projektzuteilung* gedient hat (E. 8.2.6.4). Ebenfalls hat das Bundesverwaltungsgericht die individuelle Beteiligung (Vorsatz) der acht Unternehmen am MA- und EO-System aufgezeigt. So haben *alle acht* Unternehmen bis zur [mutmasslich] letzten Sitzung am 11. Juni 2009 die MA-Listen (vgl. act. [...] S. 446) und EO-Listen (act. [...] S. 374) zugestellt erhalten und bis zu diesem Zeitpunkt auch an den Sitzungen teilgenommen (E. 8.2.6.5.2; genauer E. 10.10 ff.).

**8.5.4.4.2** Alleine schon die MA- und EO-Listen, ihre Gesamtorganisation wie auch die zahlreich von diesen Listen erfassten Projekte weisen auf ein System hin, das zwar einzelne Submissionen (Projekte) aufgreift, aber weit über diese hinausgeht (Strategie der projektübergreifenden Koordination). Die einzelnen Submissionen und Projekte sind also im Kontext mit dem MA- und EO-System und nicht losgelöst davon (d.h. nicht generell abstrakt im Voraus [mit Fokus auf das Thema der „einzelnen Submission“]) zu sehen (vgl. insb. Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468 ff., S. 554). Gestützt auf die Ausführungen in der Botschaft (der relevante Markt lässt sich naturgemäss nicht losgelöst von einem bestimmten Sachverhalt konkretisieren), dringen die Beschwerdeführerinnen nicht mit der Rüge (Replik Rz. 8) durch, dass die Herangehensweise (den Markt von der Gesamtabrede ableiten) nicht vom Kartellrecht „gedeckt“ sei. Daher können die Beschwerdeführerinnen auch nicht eine spezifische Marktabgrenzung pro Projekt, wie bei Einzelabreden, verlangen. Auch wenn die Konkurrenzsituation in den drei Teilmärkten nicht dieselbe ist (siehe auch Verfügung Rz. 1238; act. [...] Tabellen 12-14), haben doch die Unternehmen angegeben, dass sie sich mehrheitlich untereinander in den Teilmärkten – wenn auch unterschiedlich ausgeprägt – als Konkurrenten sehen (Verfügung Rz. 1061 [m.H. auf Fragebogen II Frage 4; act. [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...]). Zudem haben die MA-Listen Projekte in allen drei Teilmärkten aufgelistet (Verfügung Rz. 567). Die Möglichkeit Arbeitsgemeinschaften (ARGE) zu bilden, Subunternehmer zu beauftragen oder auftragspezifische Gerätschaften zu mieten (Verfügung Rz. 1238), weist erst recht auf die Durchlässigkeit der drei Teilmärkte in Bezug auf den Gesamtmarkt im Strassen-

/und oder Tiefbau hin (siehe dazu auch das Urteil B-3097/2018 E. 50 *Koch*, welches darlegt, dass eine Frist von zwei bis drei Jahren zur Erbringung einer Bauleistung ausreiche, um zumindest die Qualifikation als potentieller Wettbewerber zu erhalten). Auch wenn die Vergabestellen (MA-System) oder die Bauherren von EO-Projekten, welche unbestrittenermassen die Marktgegenseite sind, konkrete Leistungen in Bezug auf ein bestimmtes Projekt nachfragen, zielt die Nachfrage der Bauherren insgesamt auf Leistungen in allen drei Teilmärkten, also auf Leistungen innerhalb des Gesamtmarktes, ab. Denn alle drei Teilmärkte sind von den MA-Listen erfasst. Daher können die Beschwerdeführerinnen auch nicht geltend machen, dass unterschiedliche Wettbewerbsverhältnisse in den Teilmärkten geherrscht hätten (Beschwerde Rz. 205).

**8.5.4.4.3** Freigaben oder auch allfällige EO-Projekte, in welchen letztlich nicht der Erstofferent den Auftrag erhalten hat, vermögen die Funktionalität des MA- und EO-Systems nicht so weit zu entkräften, als dass auf Einzelsubmissionen und Märkte pro Submission abzustellen wäre. Das Interesse an den MA- und EO-Projekten wurde von den acht Unternehmen laufend thematisiert. Die acht Unternehmen waren auch auf beiden Listentypen mit den Ziffern 1-8 vermerkt und haben entschieden, „ob man sich bei einem Projekt Wettbewerb machen will/muss oder auch nicht“. Demnach haben das MA- und das EO-System eine „erga omnes-Wirkung“ betreffend die Projekte, welche diese Listen „durchlaufen“, da diese Projekte zumindest Gegenstand manipulierter Angebote sein konnten.

**8.5.4.4.4** Die sachliche Marktabgrenzung der Vorinstanz zugunsten eines Gesamtmarktes im Strassen- und/oder Tiefbau ist somit nicht zu beanstanden.

**8.5.4.4.5** Entgegen den Beschwerdeführerinnen ist schliesslich auch nicht davon auszugehen, dass die Vorinstanz nicht ausreichend begründete, weshalb sie den Markt vom Inhalt der Gesamtabrede her abgeleitet und sich auf einen Gesamtmarkt – anstatt auf Teilmärkte – abgestützt habe (Beschwerde Rz. 209). Die Vorinstanz berief sich auf die Rechtsprechung zu Dauer- Gesamt- bzw. Systemabreden (Urteil B-420/2008 E. 9.1.1 *Strassenbeläge Tessin* und die WEKO-Verfügung RPW 2015/2, 226 Rz 201 ff., 208 *Tunnelreinigung*) (Verfügung Rz. 1235 ff.). Sie hat ausgeführt, auch in Bezug auf die Sanktionierung sei der Abredeinhalt von Relevanz (Verfügung Rz. 1229, 1247). In Bezug darauf, dass alle Teilmärkte vom beanstandeten Handeln betroffen sind, hat sich die Vorinstanz auf die MA-Lis-

ten, den Fragebogen II und auf ihre statistischen Analysen bezogen (Verfügung Rz. 567 f., 1061 m.H., 1237 ff.). Eine Verletzung der Begründungspflicht ist somit hier nicht zu erkennen.

### **8.5.5 Räumlich relevanter Markt**

**8.5.5.1** Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU; BGE 139 I 72 E. 9.2.1 *Publigroupe*; Urteile B-4596/2019 *CA Auto Finance* E. 5.4.3.4 und B-141/2012 E. 5.4 *Estée Lauder*; ZIRLICK/BLATTER/BANGERTER, Äpfel mit Birnen vergleichen, Rz. 26). Es ist möglich, dass Ketten von Produkten oder Gebieten (Substitutionsketten) einen kombinierten relevanten Markt bilden (RETO HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, 2005, S. 142).

**8.5.5.2** Die *Beschwerdeführerinnen* halten dafür, den räumlich relevanten Markt in die einzelnen Bezirke See-Gaster, March und Höfe aufzuteilen. Zur Begründung verweisen sie darauf, dass ein Projekt im Bezirk See Gaster für sie aufgrund der kurzen Distanz viel attraktiver sei, weshalb sie in den Bezirken March und Höfe kaum Umsatz gemacht hätten (Beschwerde Rz. 207, 211).

**8.5.5.3** Zwar ist den Beschwerdeführerinnen zuzugestehen, dass es in der Baubranche aufgrund des Transportes der schweren Materialien und Gerätschaften einen „Distanzschutz“ (vgl. Verfügung Rz. 1046 ff.) gibt. Faktisch gesehen heisst dies, dass zwar die Beschwerdeführerinnen lieber im Bezirk See-Gaster als im Bezirk March oder Höfe eine Bauleistung anbieten und wohl auch umgekehrt die Bauherren beispielsweise aus dem Gebiet See-Gaster lieber bei einem örtlich ansässigen Unternehmen eine Leistung nachfragen. Wie beim sachlich relevanten Markt bezieht sich aber auch der örtlich relevante Markt auf den Untersuchungsgegenstand (vgl. E. 8.5.4.3.2; 8.5.5.1). So haben die MA- und EO-Listen Projekte aller drei Bezirke erfasst, was auch für die Orte der MA-Sitzungen gilt. Zu erwähnen ist, dass der Seedamm den Bezirk See-Gaster mit dem Bezirk Höfe und annähernd auch mit dem Bezirk March verbindet, weshalb auch verkehrstechnisch nicht allzu grosse Hindernisse im Wege stehen. Durch das MA- und EO-System ist ersichtlich, dass zwischen den einzelnen Bezirken nicht eine eiserne Grenze bestanden hatte, da sich ansonsten die Teilnahme an beiden Systemen als obsolet erwiesen hätte. Zu beachten ist, dass es auch Bauprojekte an Bezirksgrenzen gibt, welche auch für Leistungserbringer

im Nachbarsbezirk von Interesse sein dürften. Daher ist auch die Nachfrage über die Bezirksgrenze von Relevanz (Substitutionsketten, vgl. dazu E. 8.5.5.1), weshalb es nicht sachgerecht ist, die Märkte pro Bezirk abzugrenzen.

**8.5.5.4** Dazu kommt, dass die örtliche Marktabgrenzung in Bezug auf alle drei Bezirke ohnehin keine grosse Rolle spielt, da die Beschwerdeführerinnen in den Bezirken March und Höfe kaum tätig sind und demnach dort keine grossen Umsätze machen (Beschwerde Rz. 207, 211).

**8.5.5.5** Demnach ist die örtlich relevante Marktabgrenzung der Vorinstanz hinsichtlich der Bezirke See-Gaster, March und Höfe (Verfügung Rz. 1248) nicht zu beanstanden.

#### **8.5.6 *Zeitlich relevanter Markt***

Was den zeitlich relevanten Markt betrifft, so ist auf den Beurteilungszeitraum des vorliegenden Verfahrens (vgl. E. 8.1) und nicht auf den Zeitraum pro Ausschreibung (vgl. Verfügung Rz. 1249) abzustellen.

#### **8.5.7 *Zwischenfazit zur Marktabgrenzung***

Für die vorliegende Gesamtabrede ist der Markt zur Erbringung von Strassen- und/oder Tiefbauleistungen in den Bezirken See-Gaster, March und Höfe im Beurteilungszeitraum (E. 8.1) relevant.

#### **8.6 *Fazit zu Art. 4 Abs. 1 KG***

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich somit, dass die mit dem MA- und EO-System bzw. dem diesbezüglichen Informationsaustausch einhergehenden Handlungen der Beschwerdeführerinnen betreffend die Vergabe von Projekten im Strassen- und Tiefbau im Untersuchungsgebiet unter eine bezweckte Vereinbarung nach Art. 4 Abs. 1 KG (Gesamtabrede) zu subsumieren sind.

Ob das Verhalten der Beschwerdeführerinnen auch als abgestimmte Verhaltensweise qualifiziert werden muss, kann deshalb offenbleiben (E. 8.2.2.1 in fine).

## 9. Unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 KG

**9.1** Unzulässig sind nach Art. 5 Abs. 1 KG Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen. In der zweiten Konstellation ist eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ausgeschlossen (BGE 147 II 72 E. 6.1 *Pfizer II*; 143 II 297 E. 4.1 *Gaba*; 129 II 18 E. 3 *Buchpreisbindung*; Urteil des BGer 2C\_39/2020 vom 3. August 2022 E. 8.1 *Diffulivre*, nicht publiziert in BGE 148 II 521).

**9.2** Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG erfüllen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich das Kriterium der *Erheblichkeit* nach Art. 5 Abs. 1 KG (BGE 147 II 72 E. 6.5 *Pfizer II*, 144 II 194 E. 4.3.1 *BMW*; 143 II 297 E. 5.6 *Gaba*; Urteil des BGer 2C\_785/2022 E. 5.6.2.1 f. *VPVW Stammtische/Projekt Repo*; Urteile B-4024/2021 E. 15.1.6 *Automobileasing Ford Credit* und B-4596/2019 E. 6.1.6 *CA Auto Finance*). Die Frage, ob ein Vermutungstatbestand (Art. 5 Abs. 3 bzw. Abs. 4 KG) vorliegt, ist damit nicht nur für die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, sondern auch für die Frage, ob eine Abrede den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen *erheblich* beeinträchtigt, wichtig (BGE 147 II 72 E. 6.1 *Pfizer II*; Urteile B-4024/2021 E. 15.1.6 *Automobileasing Ford Credit* und B-4596/2019 E. 6.1.6 *CA Auto Finance*).

**9.3** Vorliegend hat die Vorinstanz offen gelassen, ob die Vermutung zur Wettbewerbsbeseitigung gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG aufgrund von genügendem Aussenwettbewerb widerlegt werden könne, da ohnehin eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bestehe (Verfügung Rz. 1262, 1265). Daher sind die Beschwerdeführerinnen auch nicht auf die Frage der Widerlegbarkeit der Vermutung eingegangen. Bestritten ist allerdings, ob die Vorinstanz das MA- und EO-System zu Recht unter Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG subsumiert hat.

### 9.4 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

**9.4.1** Das Kartellgesetz lässt in Art. 5 KG eine dreistufige Abgrenzung zwischen unerheblichen, erheblichen und wettbewerbsbeseitigenden Beeinträchtigungen des Wettbewerbs erkennen (JUHANI KOSTKA, *Harte Kartelle*, 2010, Rz. 810; nachfolgend: KOSTKA).

Führt die Abrede zu *keiner* Beseitigung wirksamen Wettbewerbs, so ist zu prüfen, ob sie den Wettbewerb auf dem relevanten Markt nach Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt und gegebenenfalls durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann (BGE 147 II 72 E. 6.1, 6.5 *Pfizer II*; 143 II 297 E. 5.1.2 f., 5.16 *Gaba*; Urteil 2C\_39/2020 E. 8.2 *Diffulivre*, nicht publiziert in BGE 148 II 521; Urteile B-4024/2021 E. 15.1.5 *Automobilleasing Ford Credit* und B-4596/2019 E. 6.1.5 *CA Auto Finance*). Bei einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs handelt es sich praxisgemäss um eine teilweise Aufhebung des Wettbewerbes, weshalb sie der Prüfung der Rechtfertigungsgründe (Art. 5 Abs. 2 KG) zugänglich ist (vgl. Urteil B-5919/2017 E. 311 *Baubeschläge – Koch II*).

Nicht jede geringfügige Beeinträchtigung des Wettbewerbs wird vom Tatbestandsmerkmal der Erheblichkeit erfasst. Mit Bagatellen sollen sich die Wettbewerbsbehörden nicht beschäftigen müssen (BGE 143 II 297 E. 5.1.2 *Gaba*; Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468 ff., S. 554). Die Erheblichkeit stellt eine Bagatellklausel dar und bildet ein Aufgreifkriterium, das bei Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG in Konsequenz der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jedoch regelmässig erfüllt ist (vgl. BGE 147 II 72 E. 6.5 *Pfizer II*, 144 II 194 E. 4.3.1 *BMW*; 143 II 297 E. 5.1.2, 5.1.6 *Gaba*; Urteile 2C\_785/2022 E. 5.6.2.1 f. *VPVW Stammtische/Projekt Repo* und 2C\_113/2017 E. 7.3.1 *Hallenstadion-Ticketcorner*).

**9.4.2** Wie bereits in E. 9.2 f. aufgeführt, ist Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG im Kontext mit der erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung zu prüfen (E. 9.4.3). In diesem Kontext sind auch die Rügen zum Bestimmtheitsgebot aufzugreifen (E. 9.4.4). Hernach wird auf die Rügen, welche die direkte Anwendung von Art. 5 Abs. 1 KG verlangen, eingegangen (E. 9.4.5). Allfällige Rechtfertigungsgründe werden in E. 9.5 thematisiert. Sodann wird in der Eventualerwägung 9.7 dargelegt, dass die Handanmerkungen auf der MA 2009\_16 an der MA-Sitzung vom 16. April 2009 grösstenteils umgesetzt wurden (E. 9.7.3). Zudem wird in E. 9.7.4 geprüft, ob alle acht Unternehmen an dieser Sitzung anwesend waren.

### **9.4.3 Qualitative Kriterien der Erheblichkeit - Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m Abs. 1 KG**

#### **9.4.3.1 Vorbringen der Beschwerdeführerinnen**

**9.4.3.1.1** Die Beschwerdeführerinnen berufen sich auf die *Gaba*-Rechtsprechung (BGE 143 II 297) und verlangen eine formbasierte Auslegung

von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG, weshalb sie eine direkte, tatsächliche und konkrete Zuteilung der Märkte an Geschäftspartner (nach dem Wortlaut) fordern. Eine geplante oder indirekte Geschäftspartnerabrede über den Plan zur Schliessung von zukünftigen Einzelabreden, bei denen das Mittel, mit welchem diese erreicht werde, keine Rolle spiele, sei von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG nicht erfasst (Beschwerde Rz. 85 ff., 101; Replik Rz. 11, 15, 53 f.). Bei einer indirekten Geschäftspartnerabrede müsse zudem die Wahl des Geschäftspartners unmittelbar kausal sein (Beschwerde Rz. 89). Eigentlich hätten sich die Unternehmen nur darüber unterhalten, ob man die Zuteilung eines Projektes wolle oder nicht. Eine (angebliche) Absichtserklärung, wonach man versuche, einzelne Projekte zuzuteilen oder nicht, sei keine Abrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG (Replik Rz. 16). In diesem Sinne könne die Vorinstanz nicht eine Gesamtabrede, welche zu einer Einzelabrede führen könnte, nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG beurteilen, ohne Einzelabreden nachzuweisen (Beschwerde Rz. 90).

**9.4.3.1.2** Ausserdem setzen die Beschwerdeführerinnen die Zuteilung sämtlicher Projekte oder den Beweis diesbezüglich voraus (Beschwerde Rz. 63, 74, 76, 78, 99, 115, 135, 167, 179, 182, 244; Replik Rz. 16, 35; Stellungnahme I zur Gesamtabrede Rz. 17 ff., 29 f.; Stellungnahme II BF zur Gesamtabrede Rz. 20 ff.). Des Weiteren verlangen die Beschwerdeführerinnen eine auswirkungsbasierte Prüfung, was genauer in E. 9.4.3.4.3.3 thematisiert wird.

#### **9.4.3.2** *Standpunkte der Vorinstanz*

**9.4.3.2.1** Die Vorinstanz hat die Erheblichkeitsprüfung nach neuer und auch nach alter Praxis durchgeführt, da zum Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung, die schriftliche Urteilsbegründung des Urteils *Gaba* (BGE 143 II 297) noch nicht vorlag. Sowohl nach alter – hier hat die Vorinstanz noch die quantitativen Kriterien geprüft – wie auch nach neuer Praxis bejahte die Vorinstanz die Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG i.V.m. Abs. 1 KG (Verfügung Rz. 1267 ff., 1269 mit Fn. 1381 [RPW-Version Fn. 1376], 1271 ff., 1304).

**9.4.3.2.2** Die Vorinstanz hat die qualitativen Elemente der Erheblichkeit bejaht (Verfügung Rz. 1221, 1270, 1277). Sie ist von einer weiten Auslegung von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG ausgegangen, da dieser nicht nur die *direkte*, sondern auch *indirekte* Zuteilungen von Märkten erfasse. Der vorliegenden Gesamtabrede sei zwar nicht zu entnehmen, welcher Geschäftspartner welchem Unternehmen zuzuordnen sei. Da die Gesamtabrede allerdings

auf eine Aufteilung der Leistungen der acht Unternehmen zielte, habe sie zu einer Vielzahl von Zuteilungen von Projekten oder Geschäftspartnern geführt. Es gehe um den Mechanismus der Zuteilung von Geschäftspartnern. Daher habe die Gesamtabrede wie eine Geschäftspartnerabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG gewirkt (Verfügung Rz. 1219 f.). Sie sei auch auf den Abschluss von Einzelsubmissionsabreden gerichtet gewesen (Verfügung Rz. 1275), welche aber keiner isolierten kartellrechtlichen Würdigung unterzogen werden müssten (Verfügung Rz. 1221).

**9.4.3.2.3** Auch habe die soeben beschriebene Gesamtabrede bei ihrer Umsetzung zwangsläufig Preisabreden zur Folge, weshalb sie als volkswirtschaftlich schädlich zu qualifizieren sei, da sie es erlaube, unrentable Kapazitäten zu erhalten. Dies führe – jedenfalls mittel- bis langfristig – zu ineffizienten Branchenstrukturen (Verfügung Rz. 1276 f.).

**9.4.3.2.4** In ihrer Vernehmlassung hält die Vorinstanz an ihren Ausführungen fest (Vernehmlassung Rz. 58 ff., 63 ff.). Sie präzisiert, auch wenn die Zuteilungsentscheidung nicht im Rahmen der MA-Sitzungen erfolgt sei, vermöge dies an der Würdigung von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG nichts zu ändern. Es komme auf den Inhalt der Wettbewerbsabrede an, welcher durch das MA- und EO System erfüllt sei (Vernehmlassung Rz. 65 ff.). Zudem sei nicht ersichtlich, warum eine Übereinkunft zwischen Konkurrenten, sich künftig ausgeschriebene Projekte eines bestimmten Wirtschaftsbereichs untereinander aufzuteilen, im Hinblick auf die Volkswirtschaft ein geringeres Schädigungspotential haben sollte als die projektbezogene Einzelsubmissionabrede (Vernehmlassung Rz. 67 m.H. auf Rz 1378 der Verfügung).

### **9.4.3.3 Grundlagen**

**9.4.3.3.1** Nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs bei Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen.

**9.4.3.3.2** Wie schon in E. 9.2 erwähnt, erfüllen Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich aufgrund ihres Gegenstandes das (qualitative) Erheblichkeitsmerkmal nach Art. 5 Abs. 1 KG (BGE 147 II 72 E. 6.5 *Pfizer II*; 144 II 194 E. 4.3.1 *BMW*; 143 II 297 E. 5.2.4 f. *Gaba*, Urteile B-4024/2021 E. 15.1.6 *Automobileasing Ford Credit* und B-4596/2019 E. 6.1.6, 6.4.2 *CA Auto Finance*). Die Prüfung des quantitativen Elements ist bei den oben

genannten Abredetypen in der Regel nicht mehr erforderlich (vgl. BGE 144 II 194 E. 4.3.1 *BMW*; 143 II 297 E. 5.2.2, 5.2.5. *Gaba*; Urteil 2C\_785/2022 E. 4, 5.6.2.1 *VPVW Stammtische/Projekt Repo*). Eine potentielle Beeinträchtigung des Wettbewerbs reicht aus. Tatsächliche Auswirkungen oder eine erfolgte Umsetzung sind nicht erforderlich (vgl. BGE 144 II 194 E. 4.3.2 *BMW*; 143 II 297 E. 5.4.2 *Gaba*; Urteile 2C\_785/2022 E. 5.6.2.2 *VPVW Stammtische/Projekt Repo* und B-4024/2021 E. 15.4.4 *Automobil-leasing Ford Credit*).

**9.4.3.3.3** Was Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG betrifft, nennt die Botschaft Vereinbarungen, die darauf *abzielen*, einen Markt gebietsmässig oder nach Geschäftspartnern aufzuteilen. Es geht in beiden Fällen um eine Segmentierung der möglichen Kundschaft bzw. der Lieferanten (Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468 ff., S. 568). Unter Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG sind auch Submissionskartelle zu subsumieren (ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 449; STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 157 f. Rz. 305; vgl. auch KOSTKA, Rz. 1547 ff.). Dies gilt für *Einzelsubmissionsabreden* (vgl. dazu insb. die Urteile des BVGer B-5172/2019 vom 26. Oktober 2023 E. 7.3.1.2 ff. *Engadin II*; B-645/2018 E. 11.2.2 ff., 11.2.5 *Engadin IV*; B-807/2012 E. 10.2.1 f. *Erne*; B-771/2012 E. 8.2.1. f. *Cellere*; B-829/2012 E. 9.2.1. ff. *Granella*; B-880/2012 E. 10.2.1. f. *Umbricht* [bestätigt durch Urteil 2C\_845/2018 *Umbricht*] und für *Gesamt-, Rahmen- oder Systemabreden* („*single and continuous infringement*“); vgl. dazu die Urteile B-3096/2018 E. 82 f. *Foffa*; B-3097/2018 E. 64 *Koch*; B-3290/2018 E. 127 f. *Lazzarini* und B-420/2008 E. 8 *Strassenbeläge Tessin*).

**9.4.3.3.4** Bei einer *Einzelsubmissionsabrede* sprechen sich die Anbieter (hier die Bauunternehmen) bezüglich ihrer Kunden (Marktgegenseite bzw. Bauherren von öffentlichen und privaten Projekten) ab, indem sie die einzelnen Submissionen zuweisen (ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 452). Faktisch geht der Mechanismus der Zuteilung der Geschäftspartner mit einer Preisabrede einher. Konkret wird vereinbart, welches der beteiligten Unternehmen die Ausschreibung gewinnen soll (*Schutznehmer*). Damit das vorbestimmte Siegerunternehmen auch wirklich gewinnen kann, ist es notwendig, dass die Abredeteiligen (*Schutzgeber*) die Höhe ihrer Preisofferten so koordinieren (Stützofferten oder Scheinofferten), dass der ausgewählte Sieger die tiefste Offerte einreicht. Eine Stützofferte wird somit nur „zum Schein“ eingereicht und bezweckt die Steuerung des Zuschlags zugunsten des geschützten Unternehmens. Eine Schutznahme ist erfolgreich, wenn die designierte Schutznehmerin den Zuschlag tatsächlich erhält (vgl. Urteile 2C\_845/2018 Sachverhalt Bst. A *Umbricht* und

B-645/2018 E.5 *Engadin IV*; ZIRLICK/BANGERTER, DIKE-KG, Art. 5 KG N 407). Submissionsabsprachen haben somit zum Inhalt, dass die zu vergebenden Arbeiten – und damit die ausschreibenden Stellen als potentielle Geschäftspartner – einem der Abredeteiligen zugewiesen werden, was eindeutig als Abrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG zu qualifizieren ist (Urteil B-807/2012 E. 10.2.2. *Erne*).

#### **9.4.3.3.5**

**9.4.3.3.5.1** Bei *Gesamt-, Rahmen- bzw. Systemabreden* (zum Charakter dieser Abredetypen vgl. E. 8.5.4.3.3) geht es um Submissionskartelle, die auf längere Zeit angelegt und oft mit einer aufwendigen Organisation verbunden sind (CHRISTOPH HEITZ, *Die Sanktionierung von Submissionsabsprachen*, 2008, S. 39; nachfolgend: HEITZ). In diesem Fall verliert der Wettbewerb seine dynamischen Funktionen und notwendige Kapazitäts- und Strukturanpassungen bleiben aus (BENEDICT F. CHRIST, *Die Submissionsabsprache*, 1999, Rz. 415).

**9.4.3.3.5.2** Im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts *Strassenbeläge Tessin*, haben die dort zu beurteilende Konvention und die regelmässig stattgefundenen Sitzungen die charakteristischen Merkmale einer Submissionsabsprache, bei welcher es um den Mechanismus der Auftragszuteilung nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG ging, aufgewiesen (Urteil B-420/2008 E. 7 *Strassenbeläge Tessin*). Das Bundesverwaltungsgericht hat sodann im Jahr 2023 mit den Urteilen *Engadin I* die projektübergreifende Koordination zwecks Ressourcenauslastung und Geschäftspartnerzuteilung ebenfalls unter Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG subsumiert. Diese Abredekonstellation ist demnach geeignet, die projektbezogene Zuteilung der Geschäftspartner zu erreichen, worunter auch die *indirekte* Zuteilung von Geschäftspartnern fällt. Dieser Qualifikation steht nicht entgegen, dass die Geschäftspartner nicht bereits zu Beginn der Gesamtabrede „direkt“ zugeteilt werden, sondern erst anlässlich der Umsetzungshandlungen. Die Anforderung der direkten Zuteilung wäre unmöglich zu erfüllen, da die zukünftigen (Einzel-) Projekte bzw. die dazugehörigen Geschäftspartner zu Beginn der Gesamtabrede noch gar nicht bekannt sind. Ansonsten würde dem „Institut“ der Gesamtabrede seine Effektivität abgesprochen, da alle Konstellationen, bei denen der Geschäftspartner zu Beginn der Gesamtabrede noch nicht bekannt sei, bereits von vornherein nicht sanktionierbar wären (Urteile *Engadin I*: B-3096/2018 E. 82 f. *Foffa* und B-3290/2018 E. 127 f. *Lazzarini*).

**9.4.3.3.5.3** Unter Bezugnahme auf das Urteil *Nikon* des Bundesverwaltungsgerichts legen zwei der drei Urteile *Engadin I* dar, dass Art. 5

Abs. 4 KG jede Form der Gebietszuteilung erfasst, was auch im Grundsatz für Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG gilt (B-3096/2018 E. 82 *Foffa*; B-3290/2018 E. 127 *Lazzarini* m.H. auf B-581/2012 E. 7.3.2 *Nikon*). Das Urteil *Nikon* begründet dies damit, dass Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zwar die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen nennt. Dagegen fehlt eine entsprechende Erwähnung indirekter Gebietszuweisungen in Art. 5 Abs. 3 Bst. c oder Art. 5 Abs. 4 KG. Der Vergleich zu Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG lässt angesichts der besonderen praktischen Bedeutung indirekter Preisangleichungsinstrumente (Rabatte, Skonti, Margen, Provisionen, Empfehlungen, Bandbreitenvorgaben) jedoch nur begrenzt Rückschlüsse auf den Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 Bst. c bzw. Abs. 4 KG zu (Urteil B-581/2012 E. 7.3.2 *Nikon*).

#### **9.4.3.4 Würdigung**

**9.4.3.4.1** Mit den Urteilen *Engadin I* (B-3096/2018 E. 82 f. *Foffa*; B-3290/2018 E. 127 f. *Lazzarini* [beide m.H. auf Urteil B-581/2012 E. 7.3.2 *Nikon*]) hat das Bundesverwaltungsgericht klargestellt, dass Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG auch die indirekte Geschäftspartnerzuteilung erfasst, wenn die Abredekonstellation zur projektübergreifenden Koordination geeignet ist, weshalb nicht auf Einzelabreden abzustellen ist (E. 9.4.3.3.5.2 f.). Zudem nennt die Botschaft in Bezug auf Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG „Vereinbarungen, die darauf *abzielen*, einen Markt aufzuteilen“. Dies gilt auch für Abreden über die *Aufteilung von Geschäftspartnern* (Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468 ff., S. 568). Das Wort „*abzielen*“ in der Botschaft weist ebenfalls darauf hin, dass der Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG weit gefasst ist und über die *direkte* Geschäftspartnerzuteilung hinausgeht und auch die *indirekte* Geschäftspartnerzuteilung erfasst. Daher können die Beschwerdeführerinnen nicht auf der Stufe von Art. 5 KG den Nachweis von Einzelabreden oder eine unmittelbare Kausalität betreffend die Wahl des Geschäftspartners fordern. In diesem Sinne ist auch dem Argument der Vorinstanz (Vernehmlassung Rz. 67m.H. auf Rz. 1378 der Verfügung), wonach das Schädigungspotential bei Gesamtabreden viel grösser als bei einer projektbezogenen Übereinkunft (vgl. dazu auch E. 8.5.4.3.3) sei, zu folgen.

#### **9.4.3.4.2**

**9.4.3.4.2.1** Im vorliegenden Kontext mit dem MA- und EO-System sind die *vier Aspekte* des Gesamtkonsenses zu betrachten (vgl. oben E. 8.2.6.3.1 ff.): Den beiden Systemen waren (1) die Informationsbeschaffung („Informationsteppich“), (2) die Interessensermittlung, (3) das Sichtbarmachen von Interessenskonflikten und (4) die Schaffung eines einvernehmlichen Mechanismus hinsichtlich der Lösung von Interessenkonflikten

inhärent. Diese vier Aspekte machten im Kontext mit dem MA- und EO-System *das Fundament der einvernehmlichen (E. 8.2.6.4) und auch fortgesetzten Projekt- und Geschäftspartnerzuteilung* und mithin der *projektübergreifenden Koordination* aus.

**9.4.3.4.2.2** Die systematische Auflistung der Projekte auf den MA- und EO-Listen, welche die De Zanet und die Implenia den anderen Unternehmen regelmässig per Mail zustellten (E. 8.2.1.1.4), ermöglichte den acht Unternehmen ausserdem den Überblick über die Situation auf dem relevanten Markt (E. 8.5) zu behalten. So waren die Unternehmen dank des MA- und EO-Systems stets im Bilde, an welchen zukünftigen Aufträgen von welchen Bauherren ihre Konkurrenten ein Interesse hatten (Planung der Kapazitätsauslastung), was die *Markttransparenz* (auch ohne Zuteilung sämtlicher Projekte [vgl. dazu E. 9.4.3.4.3 sowie gerade unten]) erhöhte (vgl. Horizontalleitlinien Rz. 76). Die Markttransparenz ist als Summe der zur Verfügung stehenden Marktinformationen zu verstehen (Urteil B-141/2012 E. 6.5.3.3.2 *Estée Lauder*; HANS-JÜRGEN STUHR, Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Marktinformationsverfahren, 1975, S. 7). Auch aus den Hagedorn-Listen ist ersichtlich, dass es sich um eine Zuteilung von Projekten und Geschäftspartnern handelte.

**9.4.3.4.2.3** Was die informationsaustauschspezifischen Aspekte angeht (vgl. Urteile B-141/2012 E. 6.4.1 *Estée Lauder* zur Prüfung von Art. 5 Abs. 1 KG und B-4024/2021 E. 13.1.1.14 ff. *Automobilleasing Ford Credit* sowie B-4596/2019 E. 5.2.2.6 ff. *CA Auto Finance*), so erfüllen das MA- und EO-System das Kriterium der *Häufigkeit* (Urteile B-4024/2021 E. 13.1.1.15 *Automobilleasing Ford Credit*, B-4596/2019 E. 5.2.2.34 *CA Auto Finance* und B-141/2012 E. 6.4.1.1.1 *Estée Lauder*; Horizontalleitlinien Rz. 91), da man sich die MA- und EO-Listen im untersuchungsrelevanten Zeitraum alle zwei bis vier Wochen zusandte. Die auf den MAL eingetragenen Sterne und die auf den EO-Listen eingereichten Eigenofferten waren jeweils aktuell oder auf die Zukunft gerichtet (zum Kriterium der Aktualität bzw. Historizität der ausgetauschten Daten: Urteile B-4024/2021 E. 13.1.1.15 *Automobilleasing Ford Credit*, B-4596/2019 E. 5.2.2.23 f. *CA Auto Finance* und B-141/2012 E. 6.4.1.2.1 *Estée Lauder*; Horizontalleitlinien Rz. 90). Sie umfassten nicht historische Daten oder Projekte der Vergangenheit. Zudem waren die Angaben nicht aggregiert (zum Kriterium der Aggregiertheit: Urteile B-4024/2021 E. 13.1.1.15 *Automobilleasing Ford Credit*, B-4596/2019 *CA Auto Finance* E. 5.2.2.20 f. und B-141/2012 E. 6.4.1.3.1 *Estée Lauder*; Horizontalleitlinien Rz. 89), da den Unternehmen bekannt war, von welchem Unternehmen die Sterne auf den MAL oder

die Eigenofferten auf den EOL stammten. Denn die acht Unternehmen waren über die Zuordnung der acht Unternehmen zu den Ziffern 1-8 (vgl. E. 8.2.1.1.2, 8.2.1.6.5 und Abbildung 2) im Bilde, da diese insbesondere die logische Konsequenz der Unternehmenskürzel und -logos auf den früheren MA-Listen bzw. der ersten EO-Listen waren. Die MA- und EO-Listen waren zudem nur den acht Unternehmen und nicht der Öffentlichkeit zugänglich (E. 8.4.1.6; zum Kriterium der Öffentlichkeit von ausgetauschten Informationen: Urteile B-4024/2021 E. 13.1.1.15 *Automobilleasing Ford Credit*, B-4596/2019 E. 5.2.2.38, 5.2.2.46 f. *CA Auto Finance* und B-141/2012 E. 6.4.1.4.4 *Estée Lauder*; Horizontalleitlinien Rz. 92).

**9.4.3.4.2.4** Zusammenfassend ergibt sich, dass die offene Auslegung von Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 KG durch die Vorinstanz zu bestätigen und die Wettbewerbsparameterqualität zu bejahen ist. Allerdings ist im Folgenden noch auf weitere diesbezüglich erhobene Rügen einzugehen.

#### **9.4.3.4.3**

**9.4.3.4.3.1** Vorliegend wollten die beteiligten Unternehmen „*sich keinen oder nur so wenig Wettbewerb wie nötig*“ machen (E. 8.4.4.4), weshalb es auch entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (Replik Rz. 16) keine Rolle spielt, dass nicht alle Projekte (aufgrund von Freigaben und/oder dem Umstand, dass Dritte diese gewonnen haben) zugeteilt wurden. Ohnehin ist für eine *erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung* entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen (vgl. die Rügen dazu in E. 9.4.3.1.2) nicht die Zuteilung sämtlicher Projekte erforderlich. Denn bereits mit der Vereinbarung einer Wettbewerbsabrede und nicht erst mit ihrer praktischen Umsetzung wird – in qualitativer Hinsicht – ein Klima der Wettbewerbsfeindlichkeit geschaffen (vgl. BGE 144 II 194 E. 4.3.2 *BMW*; 143 II 297 E. 5.4.2 *Gaba*; Urteil 2C\_785/2022 E. 5.6.2.2, 5.6.3 *VPVW Stammtische/Projekt Repo*). Demnach erweisen sich auch die Rügen zu den quantitativen Aspekten der Erheblichkeit in Bezug auf die Freigaben, die Erfolgs- oder Einhaltungquote als unbegründet (Beschwerde Rz. 176 ff.).

**9.4.3.4.3.2** Im beschriebenen Kontext ist zusätzlich zu erwähnen, dass anhand der Anzahl der 392 identifizierten MA-Projekte beziehungsweise der 193 MA-Projekte mit Schutz und/oder Sternen (vgl. Verfügung Rz. 797 Tabelle 15 mit Fn. 985 [RPW-Version Fn. 980]), der 1382 von den Jahren 2007 bis Mitte 2009 gemeldeten EO-Projekte (Verfügung Rz. 897 Tabelle 27) sowie der rund 90 MA- und 80 EO-Listen (E. 8.2.1.4.2, 8.2.1.6.2; Verfügung Rz. 539, 873) es geradezu offensichtlich ist, dass es sich hierbei *nicht um eine Bagatelle* handeln kann.

**9.4.3.4.3.3** Mit dem Urteil *Gaba* hat das Bundesgericht zusätzlich klargestellt, dass Auswirkungen bei harten Kartellabsprachen kein Prüfungserfordernis sind (BGE 143 II 297 E. 5.4.2 *Gaba*). Es genügt, dass Abreden den Wettbewerb potentiell beeinträchtigen können. Auf den tatsächlichen Eintritt einer Beeinträchtigung kommt es nicht an (BGE 143 II 297 E. 5.4.2 *Gaba*; BGE 144 II 194 E. 4.3.2 *BMW*; Urteil 2C\_785/2022 E. 5.6.2.2. *VPVW Stammtische/Projekt Repo*; Urteil B-141/2012 E. 6.3.3.4 *Estée Lauder*). Demnach dringen die Beschwerdeführerinnen nicht mit den Rügen durch, dass die Vorinstanz weder die Effekte des beanstandeten Verhaltens noch die Auswirkungen von Freigaben oder Projekten, welche Dritte gewonnen haben, abgeklärt habe (Beschwerde Rz. 88, 188 ff.). Soweit die Beschwerdeführerinnen hierzu die statistische Analyse der Vorinstanz infrage stellen (Beschwerde Rz. 175 ff.), erweisen sich die Rügen aus den dargelegten Gründen als unbegründet, was auch für die Umsetzung gilt. Auch können sich die Beschwerdeführerinnen nicht auf eine Aussage des Bauchefs von Rapperswil-Jona berufen, welcher gesagt habe, der finanzielle Schaden für die Stadt Rapperswil Jona sei sowieso gering (Beschwerde Rz. 191). Ohnehin sagt dieses Zitat lediglich etwas über die Situation in Rapperswil-Jona und damit auch nur über einen Bruchteil des vom MA- und EO-System betroffenen Marktes (die Bezirke See-Gaster, March und Höfe) aus (zum räumlich relevanten Markt E. 8.5.5, insb. 8.5.5.5). Demnach gehen die Beschwerdeführerinnen auch fehl, wenn sie behaupten, die Vorinstanz widerspreche sich selbst, wenn sie nur mit hypothetischen Effekten argumentiere, ohne die wirtschaftlich negativen Effekte abgeklärt zu haben.

**9.4.3.5** Soweit sich die Beschwerdeführerinnen auf den *Schlussbericht zur Vorabklärung zum Meldesystem des Baumeisterverbandes* (RPW 2014/2 S. 373 ff., 378 f. Rz. 41 f.) berufen, und darlegen, dass bereits das Sekretariat der Vorinstanz ausgeführt habe, ein solches System sei nicht mit Art. 5 Abs. 3 KG gleichzusetzen (Beschwerde Rz. 61), verkennen sie, dass die Ausführungen zum „*Meldesystem*“ im Rahmen einer Vorabklärung und nicht anlässlich einer Untersuchung der Vorinstanz ergangen sind. Des Weiteren führt das Sekretariat an der von den Beschwerdeführerinnen zitierten Stelle (RPW 2014/2 S. 373 ff., 378 f. Rz. 41 f.) aus, dass eine vertiefte Prüfung im Rahmen einer allfälligen Untersuchung zum „*Meldesystem des Baumeisterverbandes*“ weitere Beweismittel zu Tage fördern könnte, was die Qualifikation von Art. 5 Abs. 3 KG zur Folge haben könnte; dies wurde jedoch im Rahmen der Vorabklärung offengelassen. Demnach dringen die Beschwerdeführerinnen auch mit dieser Rüge nicht durch.

Zusammenfassend ist die vorinstanzliche Beurteilung gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 KG nicht zu beanstanden.

#### **9.4.4 Rüge der Verletzung des Bestimmtheitsgebots**

**9.4.4.1** Die Beschwerdeführerinnen rügen, dass die Vorinstanz aufgrund ihrer weiten Auslegung von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG das *Bestimmtheitsgebot* verletzt habe, da Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG nur die effektive und direkte Zuweisung von Geschäftspartnern erfasse (Beschwerde Rz. 85 f.; siehe dazu auch die Rügen in E. 9.4.3.1.1 ff.).

**9.4.4.2** In Bezug auf das Bestimmtheitsgebot ist auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu verweisen, wonach sich der Grad der erforderlichen Bestimmtheit nicht abstrakt festlegen lässt (BGE 146 II 217 E. 8.2 *Swisscom ADSL II*; 143 II 297 E.9.3 *Gaba*; 139 I 72 E. 8.2.1 *Publigroupe* m.H.). Aufgrund der vielfältigen Problemstellungen und Komplexität der Sachverhalte im Kartellrecht, müssen im Kartellrecht wie auch im Straf- und Wirtschaftsstrafrecht offene Normen verwendet werden. Eine Auslegung der Norm und deren Konkretisierungen durch Gerichte sind zulässig (BGE 146 II 217 E. 8.3.1 *Swisscom ADSL II*; 139 I 72 E. 8.2.3 *Publigroupe*). Daher dringen die Beschwerdeführerinnen nicht mit ihren Rügen durch, wenn sie eine engere Auslegung der Norm und mithin auch unter dem Aspekt des Bestimmtheitsgebotes die direkte Zuteilung an Geschäftspartner verlangen. Es ist diesbezüglich auf die Ausführungen in E. 9.4.3.4.1 ff. zu verweisen.

#### **9.4.5 Keine direkte Anwendung von Art. 5 Abs. 1 KG**

**9.4.5.1** Die Beschwerdeführerinnen sind der Auffassung, dass es sich vorliegend – wenn überhaupt – um ein „weiches“ (bestrittenes) Kartell nach Art. 5 Abs. 1 KG gehandelt habe (Beschwerde Rz. 91). In den Aargauer Fällen (Urteile B-829/2012 E. 9.2.3 *Granella* und B-807/2018 E. 10.2.3 *Erne*) habe es auch einen Informationsaustausch (Fall 35) gegeben, den das Bundesverwaltungsgericht als Abrede nach Art. 5 Abs. 1 KG beurteilt habe (Stellungnahme I zur Gesamtabrede Rz. 31). Im Fall 35 habe es weder auf eine Preisabrede noch eine Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern (Art. 5 Abs. 3 Bst. a oder Bst. c KG) geschlossen.

**9.4.5.2** Allerdings qualifizierte das Bundesverwaltungsgericht in den Urteilen *Automobilleasing Ford Credit* und *CA Auto Finance* – trotz einer ähnlichen Rüge in Bezug auf Fall 35 – einen Informationsaustausch, der das Potential hatte, eine Preisfestsetzung herbeizuführen, als Art. 5 Abs. 3

Bst. a KG (Urteile B-4024/2021 E. 15.2.3.15 ff. *Automobilleasing Ford Credit*; B-4596/2019 *CA Auto Finance* E. 6.2.3.12 ff., 6.2.3.16; vgl. auch B-5919/2017 E. 286 *Koch II*). Gemäss Bundesverwaltungsgericht handelte es sich beim Fall 35 in den Aargauer Fällen um eine Einzelfallkonstellation. Dagegen ging es in den Fällen *Automobilleasing Ford Credit* und *CA Auto Finance* um ein komplexes Informationsaustauschsystem mit dem Mechanismus eines Monitorings.

**9.4.5.3** Dem vorliegenden Fall ist mit dem MA- und EO-System ebenfalls ein komplexes über Jahre andauerndes Informationsaustauschsystem inhärent. Dass es sich in casu um keine Einzelfallkonstellation (Einzelsubmissionsabrede) handelt, wurde bereits mehrfach thematisiert. Demnach besteht kein Grund, die beinahe gleiche Rüge zu Fall 35 anders als in den Urteilen *Automobilleasing Ford Credit* und *CA Auto Finance* zu behandeln. Da das vorliegende Informationsaustauschsystem aber nicht Preise, sondern eine Projekt- und Geschäftsherrenzuteilung zum Inhalt hatte, geht es vorliegend um Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 KG.

## **9.5 Rechtfertigungsgründe (Art. 5 Abs. 2 KG)**

**9.5.1** Nach Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen, nur dann unzulässig, wenn sie sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen (BGE 147 II 72 E. 7.2 *Pfizer II*).

Gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a und Bst. b KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie (1) notwendig sind, (2) um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen und (3) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Grundsätzlich ist eine Abrede dann gerechtfertigt, wenn das Resultat effizienter ist als ohne die Abrede und der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt wird. Das Ziel der Effizienzprüfung ist, die „positiven“ Abreden von solchen zu unterscheiden, die hauptsächlich der Erzielung einer Kartellrente dienen. Damit eine Abrede gestützt auf Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist, müssen die drei in Art. 5 Abs. 2 KG genannten Voraussetzungen *kumulativ* erfüllt sein. Der Effizienzbegriff des schweizerischen Kartellgesetzes ist volkswirtschaftlich zu verstehen. Zur Rechtfertigung genügt, wenn lediglich einer der Effizienzgründe (oben Ziff. [2]) gegeben ist (vgl. BGE 147 II 72

E. 7.2 *Pfizer II*; 143 II 297 E. 7.1 *Gaba*; Urteil 2C\_785/2022 E. 5.7.1 *VPVW Stammtische/Projekt Repo*). Rechtfertigungsgründen liegen Sachverhalte zugrunde, welche *volkswirtschaftlich* wünschenswerte Ergebnisse (wie Kostensenkungen oder Innovationssteigerungen) zulassen, welche nur durch Kooperation und nicht durch autonomes Verhalten der Wettbewerber entstehen können. Es reicht nicht aus, wenn sie nur aus *betriebswirtschaftlicher Sicht* eines *einzelnen Unternehmens* effizient sind (Urteil B-141/2012 E. 6.6.1.2.4 m.H. *Estée Lauder*).

**9.5.2** Obwohl die Untersuchungsmaxime, wonach die Behörde die Beweisführungslast trägt, zur Anwendung kommt, geht diese mit einer Mitwirkungspflicht der Parteien einher (BGE 144 II 246 E. 13.4.2 *Altimum*; 129 II 18 E. 7.1 *Buchpreisbindung I*; Urteil 2A.430/2006 E. 10.2 *Buchpreisbindung II*; Urteil B-141/2012 E. 9.7.2.2 *Estée Lauder*). Erforderlich ist diesbezüglich die Begründung einer Aussage der Parteien zu den Rechtfertigungsgründen (BGE 144 II 246 E. 13.4.2 *Altimum*). Die Wettbewerbsbehörde muss nicht das Nichtvorhandensein von Effizienzgründen beweisen. Sind solche Effizienzgründe – durch die Wettbewerbsbehörde oder die Parteien – nicht erstellt, bleibt es dabei, dass eine den Markt erheblich beeinträchtigende und damit grundsätzlich unzulässige Wettbewerbsabrede vorliegt. Insoweit wirkt sich eine diesbezügliche Beweislosigkeit zum Nachteil der Beschwerdeführer aus, die damit die objektive Beweislast tragen (Urteil 2A.430/2006 E. 10.3 *Buchpreisbindung II*; Urteil B-141/2012 E. 9.7.2.2 m.H. *Estée Lauder*).

**9.5.3** Vorliegend bringen die Beschwerdeführerinnen – wie schon im vorinstanzlichen Verfahren – nicht konkret vor, dass Rechtfertigungsgründe nach Art. 5 Abs. 2 KG vorliegen. In der Verfügung legte die Vorinstanz dar, dass die Parteien grösstenteils das Bestehen von Abreden bestritten hätten und es demnach nicht nachvollziehbar gewesen wäre, wenn diese dann Effizienzgründe geltend gemacht hätten (Verfügung Rz. 1309). Daraus ergibt sich bereits aufgrund der fehlenden Rügen zu den Effizienzgründen, dass hier keine Rechtfertigungsgründe für das MA- oder EO-System ersichtlich sind.

## **9.6 Fazit zu Art. 5 KG**

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich somit, dass die mit dem MA- und EO-System verbundenen Handlungen der Beschwerdeführerinnen auch den Tatbestand von Art.5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 KG erfüllen.

## **9.7 Nutzung der Informationen aus dem MA-System – veranschaulicht am Beispiel der MA 2009\_16 (Sitzung von 16. April 2009)**

**9.7.1** Wenn auch eine potentielle Beeinträchtigung des Wettbewerbs ausreicht, um eine Wettbewerbsbeeinträchtigung nachzuweisen und tatsächliche Auswirkungen oder eine erfolgte Umsetzung hierzu nicht erforderlich sind (vgl. BGE 144 II 194 E. 4.3.2 *BMW*; 143 II 297 E. 5.4.2 *Gaba*; Urteil 2C\_785/2022 E. 5.6.2.2 *VPVW Stammtische/Projekt Repo* und B-4024/2021 E. 15.4.4 *Automobileasing Ford Credit*), ist es vorliegend möglich, anhand von konkreten Umsetzungshandlungen aufzuzeigen, wie das MA-System zur Umsetzung von Einzelsubmissionsabreden benutzt wurde.

**9.7.2** Anlässlich der Hausdurchsuchung wurde bei Hagedorn eine Version der MA 2009\_16 mit handschriftlichen Notizen sichergestellt (vgl. Verfügung Rz. 344 f. mit den Abbildungen 26 f.). Diese Handnotizen hat ein Mitarbeiter der Hagedorn während der MA-Sitzung vom 16. April 2009 verfasst. Einerseits kann man aus diesen Handnotizen Schlüsse ziehen, was an dieser Sitzung besprochen wurde. Andererseits kann man auch eruieren, wie das Besprochene umgesetzt wurde (E. 9.7.3). Ausserdem lassen die Handnotizen auch Hinweise auf die Sitzungsteilnahme zu (E. 9.7.4).

### **9.7.3 Umsetzungshandlungen im Einklang mit den Handnotizen auf der MA 2009\_16**

**9.7.3.1** Auf der MA 2009\_16 hat der Mitarbeiter von Hagedorn *neun* Projekte mit Handmarkierungen versehen. Bei sechs dieser Projekte ist es noch während des Untersuchungs-/Beurteilungszeitraums (das heisst vor dem 11. Juni 2009, vgl. E. 8.1) zu einem Zuschlag gekommen, der mit den während der Sitzung vom 16. April 2009 notierten Interessenbekundungen und Handanmerkungen im Einklang steht. Da das Sitzungsdatum (16. April 2009) kurz vor Abschluss des Beurteilungszeitraums angesetzt war, gab es auch zwei Projekte mit Handanmerkungen, bei denen die effektive Vergabe erst nach dem 11. Juni 2009 stattgefunden hat (E. 9.7.3.4). Das Projekt „G“ [...] (DOP Nr. 571, MA 2009\_16 [Handeintragung ohne Nummer]; act. [...] S. 2, 25, 87 f.; HA-09-10588; kein MA-WEKO-Eintrag) nimmt eine Sonderrolle ein (vgl. dazu E. 9.7.3.3).

<b>Abbildung 5- Umsetzung der Handanmerkungen auf der MA 2009_16</b>
<b>Sechs erfolgreiche Umsetzungen im Untersuchungszeitraum – Projekte A-F</b> (E. 9.7.3.2)
[...] <b>Projekt G – Sonderbetrachtung (E. 9.7.3.3)</b>
<b>Zwei Umsetzungen nach dem Untersuchungszeitraum – Projekte H und I</b> (E. 9.7.3.4)
<b>Insgesamt neun Projekte mit Handnotizen auf der MA 2009_16</b>

**Abbildung 6- Umsetzung der Handanmerkungen auf der MA 2009\_16**

Auszug aus act.°[...], S. 169 ff.

### 9.7.3.2 Sechs Umsetzungshandlungen der Handnotizen im Beurteilungszeitraum

- Projekt A) „[A-Strasse]“ (Bauherrin politische Gemeinde; MA 2009\_16 Nr. 3; MA 2009\_9 bis MA 2009\_16 ohne vorgedruckte Sterne; MA WEKO 15; DOP Nr. 914; I Hagedorn, HAL 09-10464, act. [...] S. 118 f., Meldung durch die Hagedorn):

Dieses Projekt hat der Mitarbeiter der Hagedorn an der Sitzung vom 16. April 2009 von Hand durchgestrichen. Die Hagedorn hat bereits am 3. April 2009 den Zuschlag erhalten (act. [...] S. 118 f.). Auf dem Eintrag der HA-Liste (09-10464) ist Schutz (I) zugunsten der Hagedorn ersichtlich. Da die Sitzung der MA 2009\_16 am 16. April 2009 stattgefunden hat und die Projektzuteilung bereits am 3. April 2009 erfolgt ist, entspricht die Durchstreichung den Fakten,

da das Projekt nicht mehr aktuell war. Dass das Projekt weiterhin auf der MA 2009\_16 bestehen blieb, dürfte damit zusammenhängen, dass es sich hierbei gemäss dem Offertöffnungsprotokoll um ein *Einladungsverfahren* handelte. Die De Zanet, welche die MA-Listen führte, war nicht eingeladen, weshalb sie auch nicht in Kenntnis des Zuschlages gelangen konnte, zumal die vorherige MA-Sitzung am 2. April 2009 (MA 2009\_14) ausgefallen war (act. [...] S. 18 f.).

- Projekt B) „[...]“ (Bauherrin Privat; MA 2009\_16 Nr. 23; MA WEKO 100 [unberücksichtigt], kein DOP-Eintrag, kein HAL-Eintrag; Meldung durch Walo auf Fragebogen II, Frage 21, act. [...]):

Auf den MA 2009\_09 bis MA 2009\_22 ist bei der De Zanet und bei der Bernet Bau je ein vorgedruckter Stern zu diesem Projekt vermerkt. Auf der bei Hagedorn sichergestellten MA 2009\_16 Nr. 23 sind von Hand zwei eingekreiste Sterne zugunsten der Walo vermerkt. Im Fragebogen II, Frage 21 (act. [...]) legt die Walo dar, dass sie das besagte Projekt zusammen mit der Toller als ARGE in den Monaten Mai/Juni 2009 ausgeführt habe und es sich hierbei um dasselbe Projekt, wie die „BB-Strasse“ (MA WEKO Nr. 99, unberücksichtigt) gehandelt habe, welches nur auf der MA 2009\_22 (ohne vorgedruckte Sterne) zu finden ist. Die Walo gibt an (Fragebogen II, Frage 21 [act...]), dass sie keine weiteren Belege zu diesem „Projektpaar“ habe. Ebenfalls lassen sich in den Verfahrensakten keine weiteren Dokumente finden (vgl. E. 6.4.4.2 f.). Gemäss Angaben der Walo im Fragebogen II hat diese das Projekt zusammen mit der Toller zusammen als ARGE ausgeführt. Allerdings steht die Handumkreisung mit zwei Sternen zugunsten der Walo im Einklang mit dem Ausgang der späteren Projektvergabe zumindest an die Walo (vgl. das Parallelurteil des BVGer vom 24. November 2025 B-6849/2016 E. 9.7.3.2 *Toller*).

- Projekt C) „C-Strasse“ (Bauherrin Kanton [...], MA WEKO Nr. 454; nur auf der MA 2009\_16 Nr. 55; DOP Nr. 219; TI Hagedorn, HAL 09-10556, act. [...] S. 64, 77):

Bei diesem Projekt sind die Sterneinträge auf der MA-Liste 2009\_16 (Nr. 55) von Hand durch den Mitarbeiter der Hagedorn vermerkt, wobei bei der Hagedorn zwei umkreiste Sterne eingetragen sind (vgl. auch Verfügung Rz. 416 f. mit Abbildung 29). Alle weiteren Unternehmen (ausser die Reichmuth und die Bernet Bau) haben eine Markierung von nur einem Stern. In der HA-Liste (09-10556) ist dokumentiert, dass die Hagedorn Teilschutz (TI) am 24. April 2009 erhalten hat, was mit dem Offertöffnungsprotokoll übereinstimmt, da ein externes Unternehmen (die W\_\_\_\_\_AG) ein tieferes Angebot eingereicht

hat. Die Hagedorn erhielt das Projekt trotzdem mit den Beschwerdeführerinnen als ARGE zugesprochen (act. [...] S. 64, 77), weshalb der Handeintrag mit zwei Sternen zugunsten der Hagedorn mit dem Ausgang des mittels Einzelsubmissionsabsprache beeinflussten Vergabeverfahrens übereinstimmt. Die Vergabe an die ARGE HA/OB als zweitgünstigstes Gebot hängt vermutlich auch damit zusammen, dass die Hagedorn bereits im Jahr 2006 das „Vorgängerprojekt“ bzw. das „2006-er-Projekt“ [der „C-Strasse“], (MA 2006\_16, Nr. 80; MA WEKO 426 berücksichtigt, DOP Nr. 101; [„S“ HA 06-7893]; vgl. E. 8.2.1.3.2.2.3) ausgeführt hat. Die Offertöffnung zum „2009-er-Projekt“ erfolgte am 28. April 2009 (act. [...] S. 77). Auf das Projekt und die diesbezüglichen Rügen wird vertieft in E. 9.7.4.3.1 f. eingegangen.

- Projekt D) „D-Strasse“ (Bauherrin politische Gemeinde; MA 2009\_16 Nr. 61; MA 2009\_09 bis MA 2009\_22 ohne Sterne; WEKO Nr. 445; DOP Nr. 494; I Implenja, HAL 09-10610; act. [...] S. 130 ff.):

Der Mitarbeiter der Hagedorn hatte das besagte Projekt auf der MA 2009\_16 Nr. 61 (Sitzung vom 16. April 2009) mit einem Eintrag von Hand mit einem Stern (zu Gunsten der Walo) versehen. Diesen Stern hat er dann wieder von Hand durchgestrichen. Ansonsten hat es keine Sterneinträge auf den MA-Listen zu diesem Projekt gegeben. Dieser Vorgang stimmt mit den Fakten überein. Auf der HA-Liste (09-10610) ist mit Datum vom 7. Mai 2009 Schutz („I“) für die Implenja vermerkt. Die Offertöffnung war am 18. Mai 2009. Am 11. Juni 2009 hat die Implenja den Auftrag zugesprochen erhalten (vgl. act. [...] S. 130 ff.).

- Projekt E) [...] (Bauherrin Kanton [...]; MA 2009\_16 Nr. 78; das Projekt war unter dem Namen „Projekt EE“ bereits auf den MA 2003\_50 bis MA 2009\_14 vermerkt; es ist auch unter dem Namen „Projekt EE“ auf der kons. MAL (MA WEKO Nr. 514 [berücksichtigt]) mit dem Hinweis auf die MA 2009\_16 zu finden, obwohl es auf der MA 2009\_16, auf der HAL sowie im Offertöffnungsprotokoll [DOP 221; act. [...] S. 65, 117] den Namen „Projekt E“ trägt; [I De Zanet, HAL 09-10592]).

Beim besagten Projekt hat der Mitarbeiter der Hagedorn zwei vorgedruckte Sterne zugunsten der De Zanet von Hand auf der MA 2009\_16 eingekreist. Bei der Hagedorn, Implenja und Walo war jeweils nur ein Stern von Hand vermerkt. Am Eintrag „I“ auf der HA-Liste 09-10592 ist ersichtlich, dass die De Zanet erfolgreichen Schutz erhalten hat. Auch im Offertöffnungsprotokoll (act. [...] S. 65, 117) sieht man, dass die De Zanet am 5. Mai 2009 (Offertöff-

nung war am 7. Mai 2009 um 10 Uhr morgens) das günstigste Angebot eingereicht und auch das Projekt zugesprochen erhalten hat. Die Hagedorn, Implenlia und Walo haben höhere Angebote am 4. oder 5. Mai 2009 gemacht.

- Projekt F) „[...]“ (Bauherrin Kanton [...]; MA 2009 16 Nr. 98; MA WEKO Nr. 810 berücksichtigt, kein DOP-Verweis auf der MA WEKO; es existiert jedoch der DOP-Eintrag Nr. 717, bei dem ebenfalls ein Verweis zur MA WEKO fehlt; das Projekt ist im Offertöffnungsprotokoll des Kantons [...], act. [...] S. 65 f. zu finden; es ging um ein offenes Verfahren mit Ausschreibung vom 3. April 2009 im Amtsblatt Nr. 14; kein HAL-Eintrag).

Ursprünglich hat der Mitarbeiter der Hagedorn bei diesem Projekt zugunsten der De Zanet, der Hagedorn, der Implenlia und der Walo je einen Stern von Hand vermerkt. Bei der Reichmuth waren es zwei Sterne. Über diese von Hand eingetragenen Sterne war dann das Wort „Freigabe“ geschrieben. Die Reichmuth gab in ihrer konsolidierten Projektliste (act. [...]) selbst an, dass sie das Projekt nicht erhalten habe. Im Offertöffnungsprotokoll ist ersichtlich, dass die Hagedorn keine Eingabe gemacht hat, weshalb es auch keinen Eintrag auf den HA-Listen gibt. Die De Zanet hat eine „leere Eingabe“ gemacht. Daneben haben die Walo, Reichmuth, Implenlia aus dem Kreis der acht Unternehmen und vier externe Unternehmen alle am 30. April 2009 sehr unterschiedliche Eingaben gemacht. Die Implenlia hat auch ein deutlich tieferes Angebot als die Reichmuth eingegeben, was umso mehr zeigt, dass man sich nicht mehr an ursprünglich doppelt eingetragenen Schutz zugunsten der Reichmuth gehalten hat, und nun die darüber geschriebene „Freigabe“ dominierte. Da es sich um ein offenes Verfahren handelte, war der Konkurrenzdruck von externen Unternehmen gross, weshalb der Mitarbeiter der Hagedorn die von Hand eingetragenen Sterne mit „Freigabe“ überschrieben hat. Dies dokumentiert, dass man bei diesem Projekt eine Einzelsubmissionsabsprache erst ins Auge gefasst hat, dies dann aber nicht als erfolgsversprechend betrachtete. Demnach hat man das Projekt entsprechend des Handeintrages als „Freigabe“ umgesetzt.

### 9.7.3.3 Projekt G) „[...]“

**9.7.3.3.1** Was das Projekt G „[...]“ (Handeintragung auf der MA 2009\_16; einziger Eintrag auf einer MA-Liste (zum Sterneintrag siehe gerade unten); kein Eintrag auf der MA\_WEKO; act. [...] S. 2, 25, 87 f.; TS Oberholzer, HAL 09-10588; DOP Nr. 571) betrifft, so nimmt dieses Projekt, wie bereits ausgeführt, eine Sonderstellung ein:

**9.7.3.3.2** Das Projekt „[G]“ hat der Mitarbeiter der Hagedorn an der MA-Sitzung vom 16. April 2009 von Hand eingetragen. In vorgedruckter Version existierte es nie auf den MA-Listen. Daneben steht ein von Hand eingetragener Stern zugunsten der Walo. Da jedoch auf der HA-Liste (HAL 09-10588) Teilschutz für die Oberholzer (die Beschwerdeführerinnen) – und nicht zugunsten der Walo – vermerkt ist, war im vorinstanzlichen Verfahren dieses Projekt bestritten. In der Verfügung (Rz. 704) hat die Vorinstanz dann gegenüber dem Verfügungsantrag korrigiert, dass sich der von Hand eingetragene Stern zugunsten der Walo auf das Projekt „[Σ]“ (MA 2009\_16 Nr. 31; MA 2009\_09 bis MA 2009\_22 ohne Sterne; MA WEKO Nr. 142 berücksichtigt; DOP Nr. 539, kein HAL-Eintrag; act. [...] S. 9, 46 f.), und nicht auf das Projekt „[G]“, beziehe.

**9.7.3.3.3** Bei genauer Betrachtung der MA 2009\_16 ist zwar der Vorinstanz zu folgen, da der Sterneintrag zugunsten der Walo in der Tat rein „geometrisch“ auf derselben Linie wie das Projekt „[Σ]“ liegt. Beachtet man, dass die Walo den Zuschlag zum Projekt „[Σ]“ erst am 4. August 2009 (act. [...] S. 46 f.) erhalten hat, so fällt auf, dass dieser Zuschlag beinahe vier Monate nach dem Handeintrag vom 16. April 2009 und rund zwei Monate nach Abschluss des Beurteilungszeitraumes (11. Juni 2009) erfolgt ist. Wenn der Mitarbeiter der Hagedorn schon von Hand das Projekt „[G]“ auf der MA 2009\_16 eingetragen hat, macht es keinen Sinn, dass er zu diesem Projekt gar keinen Stern vermerkt, zumal dieses Projekt einzig auf der MA 2009\_16 genannt ist. Das Projekt „[G]“ wurde erst am 14. April 2009 (also zwei Tage vor der MA-Sitzung zur MA 2009\_16) beim Gemeinderat vom zuständigen Ingenieurbüro zur Genehmigung eingereicht (act. [...] S. 87 f.), weshalb es gar nicht auf einer früheren MA-Liste stehen konnte. Ebenfalls konnte das Projekt „[G]“ gar nicht mehr Gegenstand der darauffolgenden MA-Sitzung vom 7. Mai 2009 (MA 2009\_19) sein, da die Offertöffnung bereits am 4. Mai 2009 erfolgt ist (act. [...] S. 25, 87 f.). So hat die Vorinstanz festgestellt, dass bezüglich aktueller Projekte, deren Eingabefrist vor dem nächsten Treffen ablief, in der Regel eine Besprechung der Interessenslage an derjenigen MA-Sitzung erfolgte, welche unmittelbar vor Ablauf der Eingabefrist stattfand (Verfügung Rz. 350; siehe auch E. 8.2.1.2.1). Beim Projekt „[G]“, das zwar nicht auf einer früheren Liste stehen konnte, ist das Gesagte insoweit ersichtlich, als dass die Besprechung der Interessenslage mit einem Stern von Hand vermerkt ist. Demzufolge gehört der Stern – entgegen der Ausführungen der Vorinstanz in Rz. 704 der Verfügung – zum Projekt „[G]“ und nicht zum Projekt „[Σ]“.

Die soeben gemachten Ausführungen lassen die bestrittene Widersprüchlichkeit des Handeintrages des Sternes für Walo und des Teilschutzes (TI) zugunsten den Beschwerdeführerinnen in der HA-Liste (HA-09-10588) beim Projekt „[G]“ wieder aufleben:

**9.7.3.3.4** Was die *Teilschutz*eintragung zugunsten der Beschwerdeführerinnen in den HA-Listen (HAL 09-10588) betrifft, so hat die *Awestra* (und nicht die Oberholzer oder die Walo) den Zuschlag erhalten (act. [...] S. 25, 87 f.). Die Bezeichnung „Teilschutz“ (TI) auf der HA-Liste, ohne auf den Namen der „Oberholzer“ zu achten, steht daher insoweit mit den Fakten im Einklang, da ein drittes Unternehmen den Zuschlag erhalten hat. Fest steht, dass neben der *Awestra* die Walo, die Oberholzer, die Toller und die Hagedorn (in aufsteigender Höhe) ein Angebot eingereicht haben (act. [...] S. 25, 87 f.). Von der Höhe der Gebote ist zu folgern, dass die Walo nach der *Awestra* das niedrigste Angebot gemacht hat, und dass der von Hand eingetragene Stern zugunsten der Walo in der MA 2009\_16 als Teilschutz umgesetzt wurde. Die Walo gab später als zweite Selbstanzeigerin zum Projekt „[G]“ an, dass die Abrede folgenlos geblieben sei, da die *Awestra* nicht an dieser Submissionsabrede beteiligt gewesen sei (act. [...] Rz. 38). Demzufolge ist der Hagedorn beim Führen ihrer eigenen Liste ein Fehler unterlaufen, da sie die Oberholzer und nicht die Walo beim Teilschutz (HAL 09-10588) vermerkt hat. Allerdings lassen der Sterneintrag zugunsten der Walo und der Teilschutz-Eintrag zugunsten der Beschwerdeführerinnen doch die Schlussfolgerung zu, dass man sich beim besagten Projekt abgesprochen und (erfolglosen) Teilschutz gewährt hat. Demnach ist der Rüge, es habe hier keine Koordinierung gegeben (Beschwerde Rz. 165) nicht zu folgen. Ebenso wenig dringen die Beschwerdeführerinnen mit der Argumentation durch, wonach genügend Aussenwettbewerb geherrscht habe; zumal der Aussenwettbewerb ein Kriterium zur Widerlegung der Vermutung zur Beseitigung des Wettbewerbs ist (BGE 143 II 297 E. 4.1 f, *Gaba*). Die Vorinstanz hat ohnehin offengelassen, ob die Vermutung zur Wettbewerbsbeseitigung gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG aufgrund von genügendem Aussenwettbewerb widerlegt werden konnte, da bereits eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bestehe (Verfügung Rz. 1262, 1265). Naheliegenderweise haben die Beschwerdeführerinnen die Widerlegbarkeit der Vermutung auch nicht bestritten (vgl. E. 9.3).

**9.7.3.3.5** Diese Ungereimtheit auf der HA-Liste (TI zugunsten der Beschwerdeführerinnen [HAL 09-10588] und nicht zugunsten der Walo) lässt weder die Handeintragungen auf der MA 2009\_16 noch das Beweismittel der HA-Liste infrage stellen. Hieran vermag auch die in den E. 8.2.1.3.2.5,

8.2.1.3.3 aufgezeigte Ungereimtheit zum Projekt „[Q-Strasse]“ (HAL 04-6768; DOP 548 [im DOP fehlt der Verweis zur HAL], act. [...] S. 68) nichts zu ändern. Die Umsetzung beim Projekt „[G]“ erfolgte aufgrund des von Hand eingetragenen Sterns zugunsten der Walo, da diese teilgeschützt wurde, was auch an der Höhe der Eingaben im Offertöffnungsprotokoll (act. [...] S.25, 87 f.) ersichtlich ist.

#### **9.7.3.4 Zwei Umsetzungshandlungen der Handnotizen nach dem Untersuchungszeitraum**

Die verbindliche Offerteingabe für die folgenden zwei Projekte erfolgte erst *nach* dem untersuchungsrelevanten Zeitraum, also *nach dem 11. Juni 2009*. Es ist nur insoweit auf diese beiden Projekte einzugehen, um aufzuzeigen, dass deren Umsetzung nach dem 11. Juni 2009 erfolgt ist.

- Projekt H) „[...]“ (Handeintragung auf der MA 2009\_16; vorgedruckte Eintragung auf der MA 2009\_22 Nr. 30, Projekt „[H W]“; MA WEKO Nr. 169“ unberücksichtigt“, welche auf die MA 2009\_22 Bezug nimmt; kein DOP- und kein HAL-Eintrag).

Das Projekt „[H]“ hat der Mitarbeiter der Hagedorn von Hand selbst auf der MA 2009\_16 eingetragen und mit einem einfachen von Hand eingetragenen Stern zugunsten der Walo versehen. Die Walo hat als zweite Selbstanzeigerin in ihrer Stellungnahme vom 26. April 2016 (act. [...]; Rz. 40-42) zu diesem Projekt (Handeintrag auf der MA 2009\_16) ergänzend angegeben, dass es sich hierbei um ein privates Projekt, für welches die Walo am 30. Juni 2009 eine Offerte eingereicht hatte, gehandelt habe. Die Sitzung vom 16. April 2009 (MA 2009\_16) habe allerdings lange vor dem Eingabetermin stattgefunden. Es ist nun auf den Gesamtkontext zum Projekt einzugehen. Auf der folgenden MA 2009\_19 ist das Projekt nicht mehr ersichtlich. Allerdings erscheint dann auf der letzten MA 2009\_22 Nr. 30 ein Projekt mit dem Namen Projekt „[H W]“ (Meldung durch die Walo; Bauherr „HÜ. \_\_\_\_\_“ [privat], ohne Sternangaben; datiert mit „Sommer 2009“; MA WEKO Nr. 169 „unberücksichtigt“). In ihrer konsolidierten Liste (act. [...]) hat die Walo zudem ein Projekt mit dem Namen Projekt „[H SWG]“ aufgegriffen. Dies wirft die Frage auf, ob es sich bei der *Trilogie von Varianten* um den Projektnamen „[H]“ um dasselbe Projekt handelt.

Das Projekt „[H SWG]“ weist, wie das Projekt „[H W]“ auf der MA 2009\_22 Nr. 30, auf denselben privaten Bauherren „[HÜ. \_\_\_\_\_]“ hin und trägt, wie es zum von Hand vermerkten Projekt „[H]“ in der Stellungnahme der Walo als

zweite Selbstanzeigerin vermerkt war, das Datum des 30. Juni 2009. Ergänzend ist anzumerken, dass die Toller zwar in ihrer konsolidierten Liste (act. [...]) zum Projekt „[H SWG]“ nur den Namen des Architekten HH. \_\_\_\_\_ angegeben hat und keinen Bezug zum privaten Bauherrn HÜ. \_\_\_\_\_ hergestellt hat. Jedoch ist anhand der konsolidierten Liste der De Zanet (act. [...]) S. 6) ersichtlich, dass HH. \_\_\_\_\_ zwar die Bauleitung innehatte, wobei HÜ. \_\_\_\_\_ als Bauherr fungierte. Die De Zanet hat das Projekt mit dem 1. Juli 2009 datiert. Dass diese ihre Eingabe erst einen Tag nach der Walo gemacht hat, ist gut möglich. Des Weiteren hat die De Zanet in ihrer konsolidierten Liste (act. [...]) S. 6) die Angabe gemacht, dass das Projekt vermutlich an die Awestra gegangen sei, was wiederum mit den Aussagen der Walo als zweite Selbstanzeigerin (act. [...]; Rz. 41 f.) übereinstimmt, da diese darlegte, dass auch die Awestra eingegeben hatte.

Aus dem Gesamtgefüge der Umstände ist ersichtlich, dass es sich bei der *Trilogie* von *Varianten* der Projektbezeichnungen „[H]“, „[H SWG]“ und „[H W]“ um dasselbe Projekt handelt. Die Projekteingabe vom 30. Juni/1. Juli 2009 erfolgte allerdings erst *nach Abschluss des Untersuchungszeitraums*. Demnach können aus dem Projekt keine Schlussfolgerungen hinsichtlich der Umsetzung der Handeinträge auf der MA 2009\_16 gezogen werden.

- Projekt I) „[I-Strasse]“ (MA 2009\_16 Nr. 59, MA 2009\_09 bis MA 2009\_22 [keine vorgedruckten Sterne]; MA WEKO Nr. 448 berücksichtigt; Bauherrin [politische Gemeinde]; DOP Nr. 492; kein HAL-Eintrag).

Beim besagten Projekt wurde der Handeintrag zugunsten der Walo wieder von Hand durchgestrichen. Mit Beschluss vom 19. April 2010 hat die Bau- und Umweltkommission [der zuständigen Gemeinde] das Projekt der Implanzia zugesprochen. Die Offertöffnung erfolgte am 31. März 2010 (act. [...]) S. 117-123), weshalb die Projektzuteilung im Sinne der Handdurchstreichung zwar nicht an die Walo – aber erst *nach* dem untersuchungsrelevanten Zeitraum – erfolgte. Demnach sind auch diesem Projekt keine Aussagen zur Umsetzung der Handanmerkungen in der MA 2009\_16 zu entnehmen.

### **9.7.3.5 Zusammenfassendes Zwischenfazit**

**9.7.3.5.1** Aus den obigen Ausführungen in E. 9.7.3.2 ff. ergibt sich, dass den Handnotizen des Mitarbeiters der Hagedorn anlässlich der MA-Sitzung von 16. April 2009 effektiv Umsetzungshandlungen gefolgt sind und es bei *sechs* Projekten zu einer Vergabe im Sinne der Handnotizen gekommen ist.

**9.7.3.5.2** Was das siebte Projekt „G [...]“ betrifft (E. 9.7.3.3), so erfolgte zwar die Umsetzungshandlung im Sinne der Sternsetzung zugunsten der Walo insoweit, als dass die Walo teilgeschützt wurde, da sie die zweittiefste Eingabe machte und die Awestra mit dem niedrigsten Angebot den Zuschlag erhielt (act. [...] S. 25, 87 f.). Ohnehin gab die Walo als zweite Selbstanzeigerin gerade zum besagten Projekt an, dass eine Abrede folgenlos geblieben sei, da die Awestra an der Submissionsabrede beteiligt gewesen sei (act. [...] Rz. 38). Die Angabe Teilschutz in der HA-Liste 09-10588 gibt daher die faktischen Umstände insoweit wieder. Allerdings ist auch aus den aufgezeigten Umständen ersichtlich, dass der HA-Eintrag 09-10588 nicht den Beschwerdeführerinnen, sondern der Walo gegenüber hätte gelten sollen. Dieser Fehler stellt jedoch weder die Beweisqualität der Handeinträge auf der MA 2009\_16 noch die der HA-Listen infrage. Daran vermag auch das Projekt „[Q-Strasse]“ (HAL 04-6768; DOP 548, act. [...] S. 68) nichts zu ändern (E. 9.7.3.3.5; 8.2.1.3.2.5, 8.2.1.3.3). Die Handnotiz mit der Sterneintragung zugunsten der Walo nimmt die späteren faktischen Gegebenheiten vorweg.

**9.7.3.5.3** Was die beiden in E. 9.7.3.4 beschriebenen Projekte („[H]“ und „[I]“) angeht, so erfolgte deren Offerteingabe erst *nach* dem untersuchungsrelevanten Zeitraum, also *nach* dem 11. Juni 2009, weshalb aus diesen Projekten keine Schlussfolgerungen zur Umsetzung der Handnotizen auf der MA 2009\_16 zu ziehen sind.

**9.7.3.5.4** Insgesamt handelt es sich demnach um *sieben* und nicht um neun Projekte, welche in Bezug auf die Umsetzung der Handeinträge des Mitarbeiters der Hagedorn im Beurteilungszeitraum relevant waren. Bei *sechs* Projekten ist eine komplette Umsetzung im Sinne der Handnotizen auf der MA 2009\_16 erfolgt, beim *siebten* Projekt „[G]“ (E. 9.7.3.3) ist auch auf eine erfolgreiche Umsetzung der Sternsetzung zugunsten der Walo zu schliessen, wenn auch der diesbezügliche Eintrag auf der HA-Liste mit einem Fehler (TI Oberholzer anstatt TI Walo) behaftet war. Dies lässt die Schlussfolgerung zu, dass die acht Unternehmen sich die Projekte mehrheitlich so, wie sie es besprochen hatten, zuteilten. Dies geschah auch noch bis kurz vor dem 11. Juni 2009.

**9.7.3.5.5** Im Allgemeinen ist anzumerken, dass die Vorinstanz mit der kons. MAL (act. [...]; E. 8.2.1.4) und mit dem DOP (act. [...]; E. 8.2.1.5) einen sehr wertvollen Beitrag zur Gliederung und Übersicht der Projekte geliefert hat. Leider sind im DOP die Aktenstücke, welche die einzelnen Offertöff-

nungen und weitere Informationen zu den Projekten enthalten, nicht genannt. Das Bundesverwaltungsgericht musste daher diese Quellen selbst in aufwändiger Kleinarbeit zusammensuchen, um die Einträge der Vorinstanz, welche für die vorliegende Prüfung relevant waren, überprüfen zu können. Ebenfalls gibt die kons. MAL nur Aufschluss über die letzte MA-Liste, wo ein Projekt genannt ist. Sie enthält dagegen keine Informationen, wann ein Projekt auf die MA-Liste gekommen ist (siehe dazu auch E. 1.2).

#### **9.7.4 Sitzungsteilnahme der acht Unternehmen am 16. April 2009 zur MA 2009\_16**

Im Folgenden kann gestützt auf die Handnotizen des Mitarbeiters der Hagedorn auf der MA 2009\_16 weiter aufgezeigt werden, welches von den acht Unternehmen an der MA-Sitzung vom 16. April 2009 anwesend war:

**9.7.4.1** Was die *De Zanet* (Ziffer 1) angeht, so hat diese selbst das Projekt „[...]“ (E. 9.7.3.2 Projekt E), bei welchem zwei vorgedruckte Sterne auf der MA 2009\_16 zugunsten der De Zanet von Hand eingekreist waren, zugesprochen erhalten. Die Hagedorn hat zu diesem Projekt den Schutz der De Zanet (I) auf der HAL 09-10592 vermerkt. Ebenfalls sind zugunsten der De Zanet bei den Projekten „[...]“ (E. 9.7.3.2 Projekt C) und „[...]“ (E. 9.7.3.2 Projekt F) einfache Sterneinträge von Hand versehen, wobei der Mitarbeiter der Hagedorn die Sterneinträge beim zweiten Projekt dann mit „*Freigabe*“ überschrieben hat. Das Projekt „[C]“ hat die ARGE Hagedorn/Oberholzer zugesprochen erhalten (TI zugunsten der Hagedorn auf der HAL 09-10556). Die De Zanet und die Toller haben als ARGE höher geboten (act. [...] S. 77). Die Einladungsmail der De Zanet vom 15. April zur Sitzung am 16. April 2009 liegt ebenfalls vor (act. [...] S. 457 [ohne GG]). Dies lässt insgesamt die Schlussfolgerung zu, dass die De Zanet an der Sitzung vom 16. April 2009 teilgenommen hat (vgl. Verfügung Rz. 394 f.).

**9.7.4.2** Was die *Hagedorn* (Ziffer 2) betrifft, so war es ihr Mitarbeiter, der die Handnotizen auf der MA 2009\_16 erstellt hat. Die beschriebene Liste der MA 2009\_16 wurde auch in einem roten Ordner in den Räumlichkeiten der Hagedorn gefunden (vgl. Verfügung Rz. 416 f.). Schon alleine aufgrund der Handnotizen des Mitarbeiters der Hagedorn ist auf die Teilnahme der Hagedorn an der MA-Sitzung vom 16. April 2009 zu schliessen.

#### **9.7.4.3**

**9.7.4.3.1** Was die *Beschwerdeführerinnen*, also die *Oberholzer* (Ziffer 3), anbelangt, so haben diese zusammen mit der Hagedorn als ARGE das

Projekt „[C-Strasse]“ zugesprochen erhalten (E. 9.7.3.2 Projekt C; vgl. auch Verfügung Rz.436 f.).

**9.7.4.3.2** In Bezug auf das Projekt „[C-Strasse]“ gehen die Beschwerdeführerinnen aufgrund des vom Mitarbeiter der Hagedorn in der MA 2009\_16 handschriftlich gesetzten Sterns davon aus, dass dieser diesen ohne ihr Wissen aufgrund der attraktiven Lage (Nähe der Baustelle) gesetzt habe (Beschwerde Rz. 130, 164), weshalb die Beschwerdeführerinnen geltend machen, dass sie bei der Zuteilung dieses Projekts nicht anwesend gewesen seien. Ansonsten hätte der Stern schon vorher auf der Liste stehen müssen. Diese Rüge vermag nicht zu überzeugen. Das besagte Projekt ist erstmals auf der MA-Liste 2009\_16 genannt. Denn an der vorgängigen Sitzung (MA 2009\_14) konnte es noch gar nicht besprochen worden sein, da diese ohnehin ausgefallen war. Deshalb waren auch vorgedruckte Sterne zu diesem Projekt auf der MA 2009\_16 nicht möglich. Das besagte Projekt auf der MA 2009\_16 war mit dem 24. April 2009 datiert (Eingabetermin und Poststempel, vgl. act. [...] S. 77). Daher ist es auch nicht erstaunlich, dass das Projekt auf der darauffolgenden MA 2009\_19 (Sitzung vom 7. Mai 2009) nicht mehr aufgelistet war (Verfügung Rz. 351). Des Weiteren gab es im Jahr 2006 ein „Vorgängerprojekt“, welches die andere Hälfte der [Strasse zum Projekt „C“] abdeckte („[Vorprojekt C-Strasse im Jahr 2006]“; DOP Nr. 101; MA WEKO Nr. 426 berücksichtigt; MA 2006\_16, Nr. 80 [einzige MA-Nennung ohne Sterne]; vgl. E. 8.2.1.3.2.2.3). Für dieses Projekt erhielt die Hagedorn im Jahr 2006 erfolgreichen Schutz „S“ (HAL 06-7893; act. [...] S. 247 i.V.m. 293). Ausserdem hat die Walo in ihrer Ergänzung zur Bonusmeldung vom 20. Oktober 2013 (act. [...] Anlage B Nr. 15 [Selbstanzeiger-Akten]) angegeben, dass vermutlich auch die Beschwerdeführerinnen beim „2006-er Projekt“ schutzgebendes Unternehmen gegenüber der Hagedorn waren, weshalb die Beschwerdeführerinnen nicht vollkommen unwissend sein können. Zudem führte die Hagedorn das „2009-er Projekt“ auf der MA 2009\_16 mit der Oberholzer in einer ARGE aus, weshalb es im Kontext mit dem MA-System auch „sachgerecht“ erscheint, wenn der Mitarbeiter der Hagedorn als „Haupt-ARGE-Gesellschaft“ die Sterne zuerst einmal für sich setzt. Das „2009-er Projekt“ war im Gegensatz zum Vorprojekt aus dem Jahr 2006 (Einladungsverfahren) öffentlich ausgeschrieben. Die Hagedorn holte die nahe gelegene Oberholzer vermutlich erst an der Sitzung selbst „an Bord“, nachdem der Mitarbeiter der Hagedorn schon die Sterne für die Hagedorn als Haupt-ARGE-Partner gesetzt hatte. So bestand Sach- und Ortskunde. Das Verhalten erwies sich als effektiv. Die ARGE HA/OB erhielt trotz der tiefer bietenden W\_\_\_\_\_AG [Drittunternehmen] den Auftrag. Anzumerken ist, dass die Verfügung aber in Bezug

auf dieses Projekt in Rz. 441 eine ARGE der Walo und Oberholzer [recte: Hagedorn und Oberholzer] nennt.

**9.7.4.3.3** Ohnehin haben die Beschwerdeführerinnen vom MA- und EO-System insgesamt Kenntnis gehabt, da sie bis zuletzt die Einladungsmails zu den Sitzungen sowie die MA- und EO-Listen (act. [...] S. 446; act. [...] S. 374) zugestellt erhalten haben (E. 8.2.6.5.2).

Dies indiziert umso mehr ihre Anwesenheit an dieser Sitzung. Zudem ist auch auf die E. 10.10 zur Sitzungsteilnahme der Beschwerdeführerinnen im Allgemeinen zu verweisen.

**9.7.4.4** Was die *Implenia* (Ziffer 4) angeht, so hat diese beim Projekt „D-Strasse“ (E. 9.7.3.2 Projekt D) erfolgreichen Schutz erhalten, was auch auf der HAL (09-10610) am 7. Mai 2009 vermerkt ist. Der Mitarbeiter der Hagedorn hatte dieses Projekt auf der MA 2009\_16 Nr. 61 (Sitzung vom 16. April 2009) zuerst von Hand mit einem einfachen Stern (zugunsten der Walo) versehen, den er dann wieder durchgestrichen hat. Zudem war ein einfacher Sterneintrag von Hand zugunsten der Implenia bei den Projekten „C-Strasse“ (E. 9.7.3.2 Projekt C; 9.7.4.3.1 f.) und „[...]“ (E.9.7.3.2 Projekt E) vorhanden. Beim Projekt „[E]“ reichte die Implenia am 5. Mai 2009, also zwei Tage vor der Sitzung zur MA 2009\_19, ihre Offerte ein, weshalb ersichtlich ist, dass das Verhalten der Implenia nur auf den Inhalten der Sitzung zur MA 2009\_16 und nicht auf denjenigen der MA 2009\_19 vom 7. Mai 2009 beruhen kann. Die Offerte der Implenia war höher als die der De Zanet, bei welcher doppelte Sterneinträge von Hand eingekreist waren, und zugunsten derer Schutz (I) auf der HA-Liste 09-10592 vermerkt war. Insgesamt ist ersichtlich, dass die Implenia an der Sitzung zur MA 2009\_16 war.

**9.7.4.5** In Bezug auf die *Walo* (Ziffer 5) sind bei dieser – abgesehen vom Projekt „[A-Strasse]“ (E. 9.7.3.2 Projekt A), das komplett von Hand durchgestrichen wurde, da die Projektzuteilung bereits am 3. April 2009 erfolgt war – bei allen acht weiteren von Hand markierten Projekten auf der MA 2009\_16 Sterneintragungen oder Durchstreichungen eingetragen. Der Walo wurde als ARGE mit der Toller das Projekt „[...]“ (Projekt B) zugesprochen (Fragebogen II, Frage 21, act. [...]; doppelte Sterneinkreisung von Hand zugunsten der Walo auf der MA 2009\_16). Insgesamt ist schon aufgrund der vielen Handeinträge die Teilnahme der Walo an der MA-Sitzung vom 16. April 2009 erstellt (E. 9.7.3.2 ff.).

**9.7.4.6** Bei der *Reichmuth (Ziffer 6)* war ursprünglich das Projekt „[...]“ (E. 9.7.3.2 Projekt F) mit zwei Sternen markiert, bevor der Mitarbeiter der Hagedorn das Projekt mit „*Freigabe*“ überschrieben hat. Das ursprünglich doppelte Interesse der Reichmuth hängt damit zusammen, dass der Projektstandort nicht allzu weit vom Unternehmensstandort entfernt ist. Zudem gab die De Zanet zu Protokoll, dass sie nicht vermute, zwei Sterne jeweils in Abwesenheit oder ohne Kenntnisse des betroffenen Unternehmens eingetragen zu haben (Parteieinvernahme vom 2. April 2015, act. [...] Rz. 118 [ohne GG]). Der Umstand, dass das Projekt doch noch aufgrund des grossen externen Konkurrenzdrucks freigegeben wurde (vgl. E. 9.7.3.2 Projekt F), vermag daran nichts zu ändern. Die Teilnahme der Reichmuth an der MA-Sitzung 2009\_16 ist hierdurch bewiesen (vgl. auch Verfügung Rz. 470).

**9.7.4.7** Bezüglich der Teilnahme der *Toller (Ziffer 7)* an der Sitzung zur MA 2009\_16 ist einerseits auf die Ausführungen zur Walo zum Projekt „[...]“ (Projekt B) gerade oben in E. 9.7.4.5 zu verweisen, da die Toller das Projekt zusammen mit der Walo als ARGE zugesprochen erhalten hat (Fragebogen II, Frage 21 act. [...]; (E. 6.4.4.2 f., 9.7.3.2). Andererseits hat die Toller beim Projekt „G [...]“ das zweithöchste Angebot gemacht. Die Walo hat dort entsprechend dem Handeintrag des Mitarbeiters der Hagedorn von einem Stern Teilschutz erhalten, was am Offertöffnungsprotokoll (act. [...] S. 25, 87 f.) ersichtlich ist, wenn sich auch der Eintrag in der HA-Liste (09-10588) mit TI auf die Oberholzer bezieht (vgl. dazu E. 9.7.3.3). Ausserdem ist bei der Toller beim Projekt „C-Strasse“ ([...]) ein Stern von Hand vermerkt. Die Toller hat hier eine Eingabe zusammen mit der De Zanet als ARGE gemacht, welche höher als die der zuschlagsempfangenden ARGE Hagedorn/Oberholzer war. Zugunsten der Hagedorn ist bei diesem Projekt auf der HA-Liste (09-10556) Teilschutz (TI) dokumentiert, was mit dem Offertöffnungsprotokoll übereinstimmt, da ein drittes Unternehmen (die W\_\_\_\_\_AG) ein tieferes Angebot eingereicht hat (E. 9.7.3.2 Projekt C). Auch hat die Toller beim Projekt „D-Strasse“ (E. 9.7.3.2 [...]) eine höhere Eingabe als die auf den HA-Liste (09-10610) geschützte Implenja gemacht. Ursprünglich hatte der Mitarbeiter der Hagedorn bei diesem Projekt einen Stern zugunsten der Walo gesetzt, den er aber wieder durchgestrichen hat. Das Gesamtgefüge von Indizien spricht eher für eine Teilnahme der Toller an der Sitzung zur MA 2009\_16, was hier jedoch offen gelassen werden kann (siehe zur Sitzungsteilnahme der Toller Parallelurteil B-6849/2016 E. 9.7.4.4 *Toller*).

**9.7.4.8** Was die *Bernet Bau (Ziffer 8)* angeht, so hat die Vorinstanz in der Verfügung dargelegt, dass die De Zanet am 15. April 2009 alle acht Unternehmen zur Sitzung am 16. April 2009 in den Räumlichkeiten der Bernet eingeladen hat (Verfügung Rz. 524 ff.). Zwar gibt es keine Handeinträge des Mitarbeiters der Hagedorn auf der MA 2009\_16, welche die Bernet betreffen. Da wie soeben aufgezeigt, zumindest sechs, wenn nicht sieben Unternehmen an dieser Sitzung teilgenommen haben und es keine Hinweise gibt, dass die Bernet ihre Rolle als Gastgeberin nicht wahrgenommen hätte, fungierte diese als Gastgeberin an dieser Sitzung. Hinzu kommt die Tatsache, dass in den Akten der Hagedorn ein Sitzungsplan für das Jahr 2009 mit Handanmerkungen eines Mitarbeiters der Hagedorn gefunden wurden. Hier ist beim Sitzungsdatum des 16. April 2009 die Ziff. 8 zusätzlich von Hand eingekreist (act. [...] S. 195 [ohne GG]), was erst recht bedeutet, dass der Sitzungsort bei der Bernet nicht „toter Buchstabe“ war.

### **9.7.5 Fazit**

**9.7.5.1** Auch wenn nicht – wie in E. 9.7.1 dargelegt – auf Auswirkungen oder Umsetzungshandlungen abzustellen ist, ist ersichtlich, dass die Handeintragungen von neun Projekten auf der MA 2009\_16 bei *sechs* Projekten umgesetzt wurden und bei der *siebten* Handeintragung („Projekt „G““) – abgesehen von einem Fehler in der HA-Liste – dasselbe zu sagen ist. Zwei Projekte „H“ ([...]) und „I-Strasse“ (Projekt I; E. 9.7.3.4) konnten nicht in die Analyse miteinbezogen werden, da deren Zuteilung erst *nach* dem untersuchungsrelevanten Zeitraum erfolgte. Zudem ist erstellt, dass zumindest sieben der acht Unternehmen an der Sitzung von 16. April 2009 anwesend waren, wobei die Frage der Teilnahme der Toller offen gelassen werden kann (vgl. 9.7.4.7 in fine).

**9.7.5.2** Zusammenfassend ergibt sich, dass auch unter Berücksichtigung der Umsetzungshandlungen im Einklang mit den Handnotizen auf der MA 2009\_16 sowie der Teilnahme der beteiligten Unternehmen an der Sitzung vom 16. April 2009 der Schluss der Vorinstanz, wonach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG i.V.m. Art 5 Abs. 1 KG erfüllt ist, nicht zu beanstanden ist.

## **10. Verwirkung und Verjährung**

**10.1** Die Beschwerdeführerinnen machen weiter eine Verfolgungsverjährung geltend. Sie berufen sich alternativ auf die Fristen in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG, Art. 11 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR, SR 313.0) i.V.m. Art. 333 Abs. 6 Bst. b StGB

sowie auf Art. 97 Abs.1 Bst. d StGB. So seien, unabhängig davon, ob eine Verjährungsfrist vier, fünf oder sieben Jahren daure, die Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen zum Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheides vom 8. Juli 2016 (vgl. Art. 97 Ziff. 3 StGB) verjährt. Denn die Vorinstanz sei davon ausgegangen, dass die Gesamtabrede bis im Juni 2009 gedauert habe, was eine Zeitspanne von mehr als sieben Jahre bis zum erstinstanzlichen Entscheid im Juli 2016 ergeben habe (Beschwerde Rz. 225-229, 240 ff.; Replik Rz. 73).

Die Beschwerdeführerinnen machen ausserdem geltend, dass die letzten kartellrechtlich bedenklichen Handlungen mehr als fünf Jahre seit der Untersuchungseröffnung (15. April 2013) zurück liegen und die fünfjährige Frist in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG verstrichen sei. Denn die Beschwerdeführerinnen meinen, dass ihnen nach dem 15. April 2008 keine einzige *Einzelsubmissionsabrede* mehr nachgewiesen werden könne (Beschwerde Rz. 221, 239), womit sie den von der Vorinstanz festgestellten Abschluss des kartellrechtlich bedenklichen Handelns am 11. Juni 2009 infrage stellen. Sämtliche Sachverhalte vor dem 15. April 2008 seien verjährt (Beschwerde Rz. 221, 239). Auch könne aus den Aussagen der Implenia als Selbstanzeigerin nicht gefolgt werden, dass das Verhalten wirklich bis 2009 stattgefunden habe (Beschwerde Rz. 36). Da es zwischen anderen Unternehmen zu Einzelabreden gekommen sei, hätten die Beschwerdeführerinnen die Marktabklärungen lange Zeit vor der Untersuchung eingestellt (Beschwerde Rz. 60). Dies belege auch ein Streit betreffend ein „Mega-Projekt“ aus dem Jahr 2008, welcher die Zusammenarbeit der Unternehmen beendet habe (Beschwerde Rz. 234, 237 f.). Des Weiteren hätten die Beschwerdeführerinnen das letzte Projekt für die MA-Listen im Jahr 2006 gemeldet. Ab dem Jahr 2007 hätten sie sich passiv verhalten. Eine Zuteilung von Projekten wäre ab dann realitätsfremd gewesen (Beschwerde Rz. 120 f., 124, 130, 236 ff., 239). Wenn die Vorinstanz mit den aktualisierten MA-Listen aus den Jahren 2008 und 2009 argumentiere, gehe sie fehl, da die Listenführerin (De Zanet) die MA-Listen selbstständig geführt habe (Beschwerde Rz. 124, 130, 235). Ob die Beschwerdeführerinnen in den Jahren 2008/2009 noch an Sitzungen teilgenommen hätten, könne nicht mehr erstellt werden (Beschwerde Rz. 237 m.H. auf Rz. 118 ff.). Wenn die Vorinstanz einen Austrittsbeweis bzw. eine Distanzierung verlange, verkehre sie die Unschuldsvermutung (Beschwerde Rz. 76, 122). Zudem hätten die Beschwerdeführerinnen ab 2008 keine Interessen mehr mit Sternen geltend gemacht (Beschwerde Rz. 238 m.H. auf Rz. 129 ff.).

**10.2** Die Vorinstanz argumentiert, dass das Kartellgesetz keine Verfolgungsverjährungsfrist kenne und keinen Raum für Verjährungsbestimmungen anderer Rechtsgebiete aufweise. So gelte ausschliesslich der Beschleunigungsgrundsatz (Verfügung Rz. 1425 ff., insb. 1431 ff.; Vernehmlassung Rz. 86 ff., 91 ff., 113 Lemma 4). Auch sei bewiesen, dass die Tathandlungen bis Mitte 2009 andauerten (Vernehmlassung Rz. 84 m.H.).

**10.3** Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stützt sich die Anwendbarkeit der strafrechtsähnlichen Grundsätze im Kartellrecht direkt auf die EMRK und nicht auf das VStrR oder das StGB. In diesem Sinne geht die spezialgesetzliche Regelung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG zur zeitlichen Dimension der Sanktionierung kartellrechtlicher Tatbestände den Fristregelungen des VStrR und des StGB vor, weshalb auch nicht die anders gelagerten Fristen in Art. 54 ff. KG (Strafsanktionen) zur Anwendung kommen (Urteile 2C\_698/2021 E. 5.3 *Swisscom WAN-Anbindung* und 2C\_596/2019 E. 6.4 *Six*; vgl. Urteil B-771/2012 E. 9.2.4 in fine *Cellere*). Verwaltungssanktionen verwirken, wenn die Untersuchung nicht innerhalb der Frist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG eröffnet wird. Ab Eröffnung der Untersuchung gilt das Beschleunigungsgebot (Urteil 2C\_596/2019 E. 6.3 *Six*).

**10.4** Soweit die Beschwerdeführerinnen Verfolgungsverjährungsfristen aus dem StGB und dem VStrR geltend machen, zielen diese Rügen offensichtlich an der Sache vorbei und sind zwischenzeitlich durch die neuere bundesgerichtliche Praxis überholt. Dasselbe gilt, wenn die Beschwerdeführerinnen aus Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG oder aus Art. 54 ff. KG eine Verfolgungsverjährungsfrist herleiten wollen (vgl. E. 10.3). Dass die Vorinstanz den Beschleunigungsgrundsatz verletzt haben soll, ist weder gerügt noch aus den Akten ersichtlich. Die Beschwerdeführerinnen rügen bloss, dass der Beschleunigungsgrundsatz nicht ein ausreichendes Beurteilungskriterium sei (Replik Rz. 68 f.).

**10.5** Des Weiteren ist die fünfjährige Frist in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG *tatbezogen* und nicht unternehmensbezogen zu verstehen (Urteile B-5119/2019 E. 5, insb. E. 5.6 *Centorame* und B-5130/2019 E. 5, insb. E. 5.7 *Schlub*; BSK KG – TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a KG N 242a m.w.H.). Die Vorinstanz hat vorliegend die Untersuchung am 15. April 2013 eröffnet, weshalb die Fünfjahresfrist ab dem 16. April 2008 zu laufen begann. Demnach ist für die Berechnung der Frist von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG im Zusammenhang mit dem vorliegenden Dauerverstoss zu prüfen, ob die Beschwerdeführerinnen zwischen dem 16. April 2008 und 11. Juni 2009, dem Datum der [mutmasslich] letzten Sitzung (vgl. Verfügung insb. Rz. 330,

362) noch an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG beteiligt waren.

**10.6** In Bezug auf das Fortdauern oder die Beendigung eines Gesamtkonsenses stellt eine fehlende Distanzierung nur einen Gesichtspunkt neben anderen dar (Urteil B-3096/2018 E. 36 *Foffa*; Urteil des EuGH vom 17. September 2015, Rs. C-634/13 P *Total Marketing Services*, Rz. 22 f. m. H.; ALEXANDER HARRER, Die Beendigung der Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot des Art. 101 Abs.1 AEUV, 2019, S. 167, nachfolgend: HARRER). In Bezug auf den Gesamtkonsens würdigt das Bundesverwaltungsgericht sämtliche Indizien (Urteil B-3096/2018 E. 36, 44 *Foffa*), wie insb. den konkludent geäußerten Verpflichtungswillen (Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14. November 2017 E. 4.3 f. *Türbeschläge*). Dementsprechend ist eine Gesamtbewertung vorzunehmen (HARRER, S. 185; vgl. zur Thematik der aktiven Distanzierung auch Urteil 2C\_81/2023 [E. 8.3.3, 8.4.1, 8.5] [*Name einer Fluggesellschaft*] - *Luftfracht* m.H. auf Urteil B-787/2014 E. 11.4.2).

**10.7** Eine aktive Distanzierung der beanstandeten Handlungen durch die Beschwerdeführerinnen ist vorliegend nicht ersichtlich (siehe auch Verfügung Rz. 434). Der Rüge der Beschwerdeführerinnen, dass die Vorinstanz die Unschuldsvermutung verletzt oder die Beweislast verdreht hätte, weil diese aufgrund einer fehlenden Distanzierung auf eine Teilnahme am Masterplan bzw. eine Sitzungsteilnahme geschlossen hätte (Beschwerde Rz. 76, 122), kann nicht gefolgt werden. In der Verfügung legt die Vorinstanz konkret dar (indem sie sich auch mit den Einladungs- und Absagemails auseinandergesetzt sowie die MA-Listen in Bezug auf die Sternsetzungen analysiert hat), dass die Beschwerdeführerinnen am beanstandeten Verhalten im Untersuchungszeitraum teilgenommen haben (vgl. Rz. 310 Tabelle 1 [Sitzungsplanung], 423 ff., 430-446). Demnach ist ersichtlich, dass sich die Vorinstanz in ihrer Argumentation nicht einzig auf eine fehlende Austrittserklärung stützt. In Bezug auf die Unschuldsvermutung begründet die Vorinstanz, dass sie den Beweis aufgrund positiver Umstände geführt habe (Verfügung Rz. 446), was nicht von der Hand zu weisen ist (zur Unschuldsvermutung im Allgemeinen vgl. E. 6, insb. E. 6.1.5.2 f.) Ohnehin können die Beschwerdeführerinnen nicht zu hohe Anforderungen stellen, da sie auch einer Mitwirkungspflicht unterliegen (Art. 13 VwVG i.V.m. Art. 40 KG; vgl. E. 6.1.5.2). So liegt es aber auch im Interesse der Beschwerdeführerinnen, Gründe oder Sachumstände aufzuzeigen, die es als überzeugend erscheinen lassen, dass sie in gewissen Fällen nicht an einer Abrede beteiligt waren (Urteil 2C\_845/2018 E. 4.2 in

fine *Umbricht*). Zudem wäre es in ihrem Interesse gewesen, einen solchen Beweis (Austrittserklärung) vorzulegen, sofern sie über einen solchen verfügt hätten. Ohnehin zeigen die Erwägungen 10.10 bis 10.14 auf, dass die Beschwerdeführerinnen auch nach Mitte April 2008 am inkriminierten Verhalten teilgenommen haben. Ebenfalls hat die Vorinstanz nachvollziehbar darlegt (Verfügung Rz. 434), dass es in den Akten keine Hinweise gegeben habe, dass niemand zu der am 22. Januar 2009 bei den Beschwerdeführerinnen geplanten Sitzung erschienen sei oder Hinweise vorgelegen hätten, dass sich die Räumlichkeiten des Sitzungsortes gewechselt hätten.

**10.8** Soweit sich die Beschwerdeführerinnen auf ihre individuelle bzw. passive Rolle berufen, ist dies nicht Gegenstand der Verwirkung bzw. Verjährung, sondern der Sanktionsbemessung (E. 11.4.5.6). Insofern die Beschwerdeführerinnen versuchen aus der Nichtmeldung von Projekten ab dem Jahr 2006 bzw. 2007 den Umkehrschluss herzuleiten, dass ihnen ebenfalls keine Projekte zugeteilt worden sind (Beschwerde Rz. 124, 130, 236 f., 239), ist auf die Erwägungen 10.10 bis 10.14 zu verweisen, wo aufgezeigt wird, dass die Beschwerdeführerinnen auch noch nach Mitte 2008 am inkriminierten Verhalten teilgenommen haben.

**10.9** Im Folgenden wird an einer nicht abschliessenden Auswahl an Projekten aufgezeigt, dass noch Umsetzungshandlungen betreffend die Teilnahme durch die Beschwerdeführerinnen am MA- und EO-System ab dem 16. April 2008 erfolgt sind (zu den Teilnahmen an den MA-Sitzungen [E. 10.10]; zu den Schutznahmen [E. 10.11]; zu den Schutzgaben [E. 10.12], zum Geldendmachen von Interessen vgl. [E. 10.13]; zum EO-System [E. 10.14]). Die „*effektive Umsetzung*“ selbst ist ebenfalls Gegenstand der Sanktionsbemessung (vgl. E 11.4.3.5 ff.).

Mit Hinweis auf die nachfolgend beschriebenen Projekte ist anzumerken, dass die Sitzungsteilnehmer jeweils am Sitzungsdatum (z.B. am 16. April 2008 [Kalenderwoche 16 im Jahr 2008]) die entsprechenden MA- und EO-Listen (MA 2008\_16 bzw. EO 2008\_16) besprochen haben. Das, was beispielsweise an der Sitzung vom 16. April 2008 entschieden wurde, erschien dann in der folgenden MA- bzw. EO-Liste (d.h. MA 2008\_19 bzw. EO 2008\_19; vgl. Verfügung Rz. 346).

## 10.10 Sitzungsplanung/Teilnahme Sitzungen

Was die Sitzungsplanung und -teilnahme im Allgemeinen betrifft, so haben *alle acht* Unternehmen (so auch die Beschwerdeführerinnen) bis zur [mutmasslich] letzten Sitzung am 11. Juni 2009 die MA-Listen (vgl. act. [...] S. 446) und EO-Listen (act. [...] S. 374) zugestellt erhalten (vgl. E. 8.2.1.1.4; 8.2.6.5.2). Den Wettbewerbsbehörden liegen diese Mails ab dem 25. November 2003 nahezu lückenlos vor (Abbildung 1; Verfügung Rz. 298, 300, 310-312 mit Übersicht in Tabelle 1 und Hinweisen, 884). Einmal pro Jahr hat die De Zanet eine *Terminliste zu den MA-Sitzungen* per Mail versendet. Die Sitzungsorte waren anhand der Kennziffern (vgl. Abbildung 2) der gastgebenden Unternehmen erkenntlich (vgl. E. 8.2.1.1.3 m.H und Verfügung Rz. 285 ff. i.V.m. 296 ff.).

In Bezug auf die Einrede der Verjährung/Verwirkung ist bloss insoweit auf die Sitzungsdaten einzugehen, als dass erstellt ist, dass noch nach Mitte April 2008 eine aktive Teilnahme durch die Beschwerdeführerinnen an den Sitzungen erfolgt ist. Es ist nicht die Teilnahme jeder einzelnen Sitzung zu beweisen. Die Beschwerdeführerinnen fungierten auf der Terminliste des Jahres 2009 zu den Marktabklärungssitzungen (act. [...] S. 451 f.; 456, act. [...] S. 13 [Selbstanzeiger-Akten], act. [...] S. 195 [ohne GG]) bis Mitte 2009 zwei Mal als Gastgeberinnen (22. Januar und 11. Juni 2009).

**10.10.1** Der 11. Juni 2009 ist das Datum der [mutmasslich] letzten Sitzung, an welcher die Marktteilnehmer den Beschluss fassten, auseinanderzugehen (vgl. Verfügung insb. Rz. 330, 362). So weist eine Einladungsmail vom 27. Mai 2009 (act. [...] S. 446), welche die Sitzung vom 28. Mai 2009 mangels Ausschreibungen ausfallen lässt, konkret auf den MA-Sitzungstermin vom 11. Juni 2009 (Kalenderwoche 24) in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerinnen hin. Wäre diese Sitzung vom 11. Juni 2009 dann doch noch ausgefallen, müsste eine Absagemail in den Akten zu finden sein, was jedoch nicht der Fall ist. Zwar nennt die Verfügung dieses Sitzungsdatum in Bezug auf die Teilnahme der Beschwerdeführerinnen bzw. deren Funktion als Gastgeberinnen nicht mehr (vgl. Verfügung Rz. 438, 445) und es existiert keine MA 2009\_24 in den Akten. Allerdings hat die Implenia noch die EO 2009\_24, welche in den Akten der Toller und der Hagedorn zu finden ist, am 9. Juni 2009 an alle acht Unternehmen versendet (act. [...] S. 182 ff.; act. [...] S. 374 ff.). Die EO 2009\_24 enthält neue durch die Beschwerdeführerinnen gemeldete Projekte (insb. Nr. 1753, 1754, 1755, 1756, 1757, 1758, 1759 [datiert von Ende Mai bis 8. Juni 2009]). Ebenfalls ist in den Akten der Hagedorn eine EO 2009\_26 zu finden

(act. [...] S. 182 ff.; E. 8.2.1.6.2). Wenn auch die auf der EO 2009\_26 aufgelisteten Projekte erst nach dem Untersuchungszeitraum angesiedelt waren, vermag doch die EO\_2009\_26 indizieren, dass das Verhalten in Bezug auf die EO-Listen erst recht bis Juni 2009 andauerte. Ebenfalls sind auf der EO 2009\_22 neue Projekte zu finden. Es ist diesbezüglich auf Rz. 874 der Verfügung zu verweisen, wonach keine EO 2009\_19 in den Akten zu finden ist, aber sich die neuen Projekte aus der EO 2009\_16 herleiten lassen. Zwar rügen die Beschwerdeführerinnen (Beschwerde Rz. 125), dass es von der Vorinstanz nicht sachgerecht gewesen sei, Rückschlüsse vom EO-System auf das MA-System zu ziehen. Diesen Rügen ist, wie bereits in E. 8.2.6.2 aufgezeigt, nicht stattzugeben. Zudem gaben die Beschwerdeführerinnen an, dass die EO-Listen bis 2009 geführt wurden (act. [...], Fragebogen vom 22. Januar 2014, Frage 6a). Des Weiteren haben beide Selbstanzeigerinnen vor dem Versand des Verfügungsantrages am 20. Januar 2016 (act. [...]; siehe auch E. 6.4.4.2 in fine) dargelegt, dass die Sitzungen bis Mitte 2009 bzw. bis am 11. Juni 2009 stattgefunden hätten (Implenia, Ergänzung der Bonusmeldung vom 23. September 2013, act. [...] S. 2; Walo, Protokoll zur mündlichen Befragung vom 4. März 2015, act. [...], Rz. 202 ff.), weshalb die Durchführung der Sitzung im Unternehmen der Beschwerdeführerinnen am 11. Juni 2009 nicht per se von der Hand zu weisen ist; zumal die Walo auch zu Protokoll (Fundstelle vgl. gerade oben) gegeben hat, dass diese letzte Sitzung kurz nach den Hausdurchsuchungen der Wettbewerbsbehörden bei Bauunternehmungen im Fall Aargau und Zürich stattgefunden habe (vgl. Verfügung Rz. 330 ff.). Soweit die Beschwerdeführerinnen rügen, dass die Planung der Sitzungen nicht deren Durchführungen beweise (Beschwerde Rz. 123 f.), stossen diese Rügen anhand der obigen Ausführungen ins Leere.

**10.10.2** Ebenfalls hatte am 22. Januar 2009 in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerinnen eine MA-Sitzung stattgefunden. Auch hier gibt es eine Einladungsmail vom 21. Januar 2009 mit Hinweis auf die Örtlichkeit (act. [...] S. 456). Auffällig sind diesbezüglich auch die verschiedenen Versionen des Sitzungsplanes (vgl. auch Verfügung Rz. 339). Der *erste* Entwurf der Terminliste (vgl. Anhang der E-Mail vom 19. November 2008 (act. [...] S. 436, 451; act. [...] S. 2471, 2477 [Selbstanzeiger-Akten]) hatte noch den 15. Januar 2009 als Sitzungstermin im Unternehmen der Beschwerdeführerinnen angekündigt. In der *zweiten* Entwurfsversion (Anhang der E-Mail vom 10. Dezember 2008, act. [...] S. 2457, 2470 [Selbstanzeiger-Akten]) ist dieser Termin samt seiner Örtlichkeit (Unternehmen der Beschwerdeführerinnen) verschwunden. Dieser Termin kam dann samt

seiner Lokalität mit dem Datum vom 22. Januar 2009 wieder auf die definitive Terminliste (Anhang der E-Mail vom 12. Dezember 2008, act. [...] S. 450 f.; 456; act. [...] S. 6, 13 [Selbstanzeiger-Akten]; Verfügung Rz. 298, Abbildung 25). Aufgrund der variierenden Terminvorschläge kann nicht, wie es die Beschwerdeführerinnen behaupten (vgl. Beschwerde Rz. 123 f.), von einem *Selbstläufer* gesprochen werden. Es ist geradezu offensichtlich, dass die Beschwerdeführerinnen nicht unwissend sein können, wenn Sitzungen in ihrem Hause stattfinden und sogar verschoben werden. Ebenfalls hat die Vorinstanz darlegt (Verfügung Rz. 434), dass es in den Akten keine Hinweise gegeben habe, wonach niemand zu der am 22. Januar 2009 bei den Beschwerdeführerinnen geplanten Sitzung erschienen sei oder dass man die Räumlichkeit gewechselt habe. Auch die Vorinstanz geht davon aus, dass die Beschwerdeführerinnen seit 2006 keine Projekte mehr für die MA-Listen meldeten (Verfügung Rz. 436). Dieser Umstand vermag allerdings die Sitzungsplanung- bzw. -Teilnahme samt den organisierten Räumlichkeiten nicht infrage zu stellen, da die Beschwerdeführerinnen an den anderen Handlungen noch aktiv teilnahmen. Sofern die Beschwerdeführerinnen mit Blick auf eine Aussage der zweiten Selbstanzeigerin rügen (Beschwerde Rz. 123 m.H. auf act. [...] Rz. 14, 41 [Selbstanzeiger-Akten]), dass die Sitzungen mehrheitlich bei der Hagedorn, der De Zanet oder Implenia stattgefunden hätten, verkennen die Beschwerdeführerinnen, dass die erwähnten Sitzungen anhand der oben beschriebenen E-Mails samt Anhängen belegt sind (vgl. zur Beweisqualität von E-Mails vgl. E. 6.4.4.1 f.).

**10.10.3** Demnach haben die Beschwerdeführerinnen auch im Jahr 2009 bis zur [mutmasslich] letzten Sitzung am Sitzungssystem teilgenommen und sogar im 2009 zwei Sitzungen in ihren eigenen Räumlichkeiten abgehalten. Zudem ist auf die Sitzungsteilnahme der Beschwerdeführerinnen an der Sitzung zur MA 2009\_16 zu verweisen (E. 9.7.4.3, 9.7.4.3.2). Mit ihrer Rüge, dass sie seit 2007 nicht mehr an Marktabklärungssitzungen gewesen seien (Beschwerde Rz. 167), vermögen die Beschwerdeführerinnen nicht durchzudringen. Was die Rügen betrifft, dass die Beweislage „dünn“ gewesen sei, wenn die Vorinstanz gesagt habe, dass sich die MA-Listen vor und nach den Sitzungen verändert hätten, so ist auf die folgenden Erwägungen, welche Bezug zu konkreten Projekten nehmen, zu verweisen.

## 10.11 Schutznahmen

**10.11.1** In Bezug auf das Projekt „[C-Strasse]“ (DOP Nr. 219, MA WEKO Nr. 454; MA 2009\_16 Nr. 55; S Hagedorn, HAL 09-10556, act. [...] S. 64, 77) ist auf die Erwägungen (E. 9.7.3.2 Projekt C und 9.7.4.3 zu verweisen. Das Vorgängerprojekt „[C-Strasse im Jahr 2006]“ (DOP Nr. 101; MA WEKO 426; MA 2006\_16, Nr. 80 [einzige MA-Nennung ohne Sterne]) wurde in E. 8.2.1.3.2.2.3 aufgegriffen.

**10.11.2** In Bezug auf das Projekt „[X-Strasse]“ (DOP Nr. 186, MA WEKO Nr. 713; Verfügung Rz. 731 ff.; bzw. Bezeichnung in Verfügung, Tabelle 8 „[X-Strasse Teil 1]“ ergibt sich aus den Akten, dass die De Zanet und die Beschwerdeführerinnen das Projekt als ARGE ausgeführt haben (act. [...] S. 138, 154; act. [...] S. 36).

**10.11.2.1** Soweit die Beschwerdeführerinnen rügen, dass die De Zanet als Listenführerin die Interessen der Beschwerdeführerinnen ohne deren Zutun vermerkt habe (Beschwerde Rz. 123, 132), gehen diese fehl. Aus den MA-Listen MA 2007\_07 Nr. 129 bis MA 2007\_50 Nr. 65 ergibt sich, dass beim Meta- bzw. Vorgängerprojekt „[X-Strasse, beide Teile zusammen]“ (MA-WEKO Nr. 693, unberücksichtigte Projekte) bei der Oberholzer zwei Sterne dokumentiert waren; wohingegen es bei der De Zanet, Implenlia und Toller jeweils ein Stern war. Das Projekt selbst („[X-Strasse Teil 1]“) ist ein Bestandteil des Vorgängerprojektes „[X-Strasse, beide Teile zusammen]“ und wird erstmals namentlich in der MA 2008\_10 Nr. 98 erwähnt. Die Interessen vom „Vorgängerprojekt“ bzw. „Metaprojekt“ aus dem Jahr 2007 wurden tel-quel auf das „Teilprojekt“ der 1. Etappe „[X-Strasse Teil 1]“ (MA 2008\_10 Nr. 98) übertragen. Hingegen weist der andere „Projektbestandteil“ „[X-Strasse Teil 2]“ (DOP 203 [Bezeichnung im Offertöffnungsprotokoll: „[X-Strasse]“, act. [...] S. 96], MA WEKO Nr. 715, MA 2008\_10 bis MA 2009\_09) keine Sterne in den MA-Listen auf. Die Verfügung (vgl. Rz. 732) übersieht das „Vorgängerprojekt“ und dessen Unterteilung in zwei Etappen und geht von einer erstmaligen Nennung des Projektes der „[X-Strasse Teil 1]“ in der MA 2008\_10 aus.

**10.11.2.2** Demnach ist ersichtlich, dass die Beschwerdeführerinnen bereits Interessen mittels zwei Sterne im „Vorgänger“- bzw. „Metaprojekt“, welches beide Etappen der „[X-Strasse]“ umfasste, kundgetan hatten (vgl. MA 2007\_07 bis MA 2007\_50). Wäre dies nicht in ihrem Sinne gewesen, so hätten sie im Jahr 2007 genügend Zeit gehabt, diesen Umstand zu berei-

nigen. Ebenfalls blieb dieses doppelte Interesse der Beschwerdeführerinnen noch auf der ersten MA im Jahr 2008 (MA 2008\_10, Nr. 98) bestehen. Zwar war dann in den darauffolgenden MA-Listen im Jahr 2008 (MA 2008\_12 bis MA 2008\_21) nur ein alleiniges Interesse der De Zanet mittels eines Sterns ausgewiesen, bis in der MA 2008\_23 (Nr. 87) das doppelte Interesse der Beschwerdeführerinnen wieder erschien (Sitzungsdatum: 5. Juni 2008). Ebenfalls sind auf dieser Liste bei der De Zanet zwei Sterne vermerkt. Vermutlich wurden an der MA-Sitzung vom 21. Mai 2008 (MA 2008\_21) die Interessen neu besprochen, was die MA 2008\_23 dokumentiert (Verfügung Rz. 732 f.). Auch wenn die Interessen der Beschwerdeführerinnen im Jahr 2008 nicht kontinuierlich vermerkt waren, ist im beschriebenen Kontext ersichtlich, dass die Interessen der Beschwerdeführerinnen nicht einzig der De Zanet zuzuschreiben sind. Hinzu kommt die Tatsache, dass die Beschwerdeführerinnen und die De Zanet am Tage der Sitzung der MA 2008\_23 (5. Juni 2008), welche bei der Toller stattgefunden hatte, sich zu einem weiteren Treffen im Unternehmen der Beschwerdeführerinnen getroffen haben. An dieser Besprechung wurde dokumentiert, welche weiteren Unternehmen von den Beschwerdeführerinnen bzw. von der De Zanet kontaktiert werden sollen (act. [...] S. 264; abgebildet in Verfügung Rz. 735 Abb. 45; act. [...] S. 37 f.). Demnach können die Beschwerdeführerinnen nicht alle Verantwortung alleine der De Zanet zuschieben (siehe auch E. 8.2.6.3, 8.2.6.5.2 jeweils in fine).

**10.11.2.3** Die Beschwerdeführerinnen rügen ausserdem, dass die ARGE zwischen ihnen und der De Zanet Ausdruck eines kompetitiven Verhaltens sei, da bei einer tatsächlichen Schutzgabe eine ARGE gar nicht notwendig gewesen wäre. Denn nur als ARGE hätten sie das Projekt gegenüber der V. \_\_\_\_\_ AG gewinnen können, da sie zusätzlich eine „Unternehmervariante“ offerierten (Beschwerde Rz. 159). Allerdings ist anhand der oben geschilderten Entwicklungen ersichtlich, dass sowohl die Beschwerdeführerinnen wie auch die De Zanet Interessen an diesem Projekt zeigten, weshalb die ARGE in diesem Lichte als ein Kompromiss zwischen den beiden Unternehmen zu verstehen ist. Zudem war der Werkhof der V. \_\_\_\_\_ AG 35 km vom Projektort entfernt, wohingegen es sich bei den anderen Unternehmen nur um wenige Kilometer handelte. Wenn man zusätzlich beachtet, dass bei erhöhter Distanz Transport- und Koordinierungskosten höher ausfallen (Verfügung Rz. 740 Lemma 4), ist ersichtlich, dass die Beschwerdeführerinnen und die De Zanet mit ihrer ARGE gegenüber der V. \_\_\_\_\_ AG ohnehin einen Standort- und Wettbewerbsvorteil hatten.

Demnach hatte die V.\_\_\_\_\_AG die viel schwierigere Ausgangslage (Distanz), weshalb die Argumentation betreffend kompetitive Aspekte der ARGE als Schutzbehauptung zu werten ist.

**10.11.2.4** Soweit die Beschwerdeführerinnen das umschriebene Projekt als (bestrittene) Einzelabrede qualifizieren, welche ohnehin kein Beleg für eine Gesamtabrede sei, da man diese ausserhalb der MA-Sitzungen diskutiert habe, zielen ihre Argumente an der Sache vorbei. Das besagte Projekt war – wie aufgezeigt – in den Jahren 2007 und 2008 Gegenstand des MA-Systems. Ebenfalls waren die separaten Besprechungen Gegenstand des MA-Systems. Ausserdem sieht das aktuelle Kartellgesetz keine besondere Form der Abrede vor (STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 81 Rz. 47).

**10.11.2.5** Demnach haben die Beschwerdeführerinnen zusammen mit der De Zanet als ARGE auch nach Mitte April 2008 noch Schutz erhalten.

**10.11.3** In Bezug auf das Projekt „Projekt Y“ (MA WEKO Nr. 168; DOP 569; act. [...] S. 83 f.; Verfügung Tabelle 8; E. 8.2.1.3.2.4) ergibt sich aus den Akten, dass die Westrag den Zuschlag zum Projektteil betreffend die *Grabarbeiten* und die Beschwerdeführerinnen zusammen mit der [Drittunternehmung] U.\_\_\_\_\_ GmbH in ARGE den Zuschlag zum Projektteil *Sanitärarbeiten* erhielten (act. [...] S. 83 f.). Der Zuschlag der Westrag ist auch in der HA-Liste (08-10096; Datum: 3. Oktober 2008) ersichtlich. Ebenso ist auf der HA-Liste vermerkt, dass die Walo am 5. September 2008 Teilschutz erhalten hat, weshalb die Beschwerdeführerinnen (Beschwerde Rz. 162) fehl gehen, wenn sie meinen, dass der Eintrag auf der HAL falsch sei, da dort die Walo (und nicht die Westrag) genannt sei. Der Teilschutz lässt darauf schliessen, dass sich nicht alle Wettbewerber an der Schutzgabe beteiligten, weshalb dann auch die Westrag den Zuschlag erhielt (vgl. auch Vernehmlassung Rz. 40 Lemma 1). Das Projekt war zwar nur bis zur MA 2008\_23 (Sitzung 5. Juni 2008) ohne Sterne auf den MA-Listen dokumentiert, was damit zusammenhängen dürfte, dass das Submissionsverfahren als Einladungsverfahren am 27. Mai 2008 vom Gemeinderat (act. [...] S. 83 f.) genehmigt wurde. Danach war das Projekt nur noch für die eingeladenen fünf Unternehmen und nicht mehr für alle acht Unternehmen von Interesse. Soweit die Beschwerdeführerinnen rügen (Beschwerde Rz. 162), dass sie diesbezüglich an keiner Abrede teilgenommen haben, ist dem entgegenzuhalten, dass sie immerhin die Sanitärarbeiten in ARGE mit der U.\_\_\_\_\_ GmbH ausführen konnten, was sie nicht als vollkommen unbeteiligt dastehen lässt. Zudem haben die Beschwerdeführerinnen im

„Vorprojekt“ „Y im Jahr 2007“ am 14. Mai 2007 erfolglos Teilschutz erhalten. Das ältere Projekt wurde ebenfalls der Westrag (Grabarbeiten) und der U.\_\_\_\_\_ GmbH (Rohrarbeiten) zugesprochen (vgl. HA-07-8908; act. [...] S. 81 f.). Zwar ist das „Vorprojekt“ aus dem Jahr 2007 bereits verjährt; jedoch zeigt der erfolglose TI zugunsten den Beschwerdeführerinnen, dass ein Interesse an diesem Projekt bestanden hatte, das im Folgeprojekt nach Mitte April 2008 insoweit beachtet wurde, als dass die Beschwerdeführerinnen einen Teil davon in ARGE ausführen konnten.

**10.11.4** Demnach ist ersichtlich, dass die Beschwerdeführerinnen auch nach Mitte April 2008 Schutz erhalten hatten.

## **10.12 Schutzgaben**

**10.12.1** In Bezug auf das Projekt „[N-Trottoir] (Bezeichnung in kons. MAL: „[N-Fussgängerschutz]“; MA WEKO Nr. 71; DOP Nr. 189; act. [...] S. 176; Verfügung Tabelle 8, HAL 08-9963; E. 8.2.1.3.2.4) ergibt sich aus den Akten, dass die Hagedorn das niedrigste Angebot (vgl. act. [...] S. 176) eingereicht hat. Die Hagedorn hat auch gemäss HA-Liste (08-9963) am 26. Juni 2008 von den anderen Unternehmen Schutz „S“ erhalten. Soweit die Beschwerdeführerinnen beanstanden, dass diese Ausschreibung massgeblich durch einen Privaten beeinflusst worden sei, da ein Landkauf von diesem erforderlich gewesen sei, weshalb eine Einzelsubmissionsabrede untauglich gewesen wäre (Beschwerde Rz. 158), zielt ihre Rüge an der Sache vorbei. Wenn auch die Interessen der De Zanet auf der letzten MAL (MA 2008\_40) mit zwei Sternen bekundet waren, waren immerhin die Interessen der Hagedorn seit der MA 2006\_4 mit einem Stern vermerkt. Wäre keine Einzelsubmissionsabrede notwendig gewesen, hätte sich auch der Eintrag „S“ zugunsten der Hagedorn auf deren Liste als obsolet erwiesen. Ob die Wahl des zu schützenden Unternehmens aufgrund des freien Willens der acht Unternehmen oder aufgrund eines Einflusses eines Privaten erfolgte, spielt ohnehin keine Rolle (E. 8.4.1.4), da eine Abrede objektiv geeignet sein muss, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bezwecken. Die Schutzeintragung war auf der HA-Liste mit dem 26. Juni 2008 – also wenige Tage vor dem Eingabetermin am 30. Juni 2008 (act. [...] S. 176) – vermerkt, weshalb der HAL-Eintrag nicht einfach aus der Luft gegriffen sein kann, da die Hagedorn auch das Projekt erhalten hat (act. [...] S. 176 i.V.m. 138). Insgesamt vermögen die Einwände der Beschwerdeführerinnen nicht

zu widerlegen, dass sich ein Teil der Geschehnisse erst nach Mitte April 2008 abgespielt hat.

**10.12.2** Was das Projekt „[δ-Strassen]“ angeht (MA WEKO Nr. 139; DOP Nr. 538, Verfügung Tabelle 8; HA-08-9891), so ist dieses Projekt auf den Marktabklärungslisten MA 2008\_10 bis MA 2008\_23 zu finden. Auf keiner Marktabklärungsliste weist das Projekt Sterne auf. Auf der Hagedorn-Liste (HAL 08-9891) ist ersichtlich, dass die Toller Teilschutz (TS) erhalten hat. Aus dem Offertöffnungsprotokoll der Gemeinde [...] (act. [...], S. 8, 43 ff.) geht hervor, dass die Westrag das Projekt am 24. Juni 2008 erhalten hat. Die HA-Liste trägt die Bemerkung „Absage“. Die Rüge der Beschwerdeführerinnen (Rz. 163), man erkenne am Zuschlag zugunsten der Westrag, dass der Konkurrenzdruck sehr gross war, vermag den Teilschutz zugunsten der Toller nicht infrage zu stellen. Die Hagedorn hat diesen Teilschutz in ihrer Liste (HAL 08-9891) am 6. Juni 2008, also nur einen Tag nach der MA-Sitzung vom 5. Juni 2008 (zugehörige Liste MA 2008\_23) dokumentiert. Der Umstand, dass die Westrag den Zuschlag erhalten hatte, bestätigt umso mehr, dass die „TS“-Eintragung nicht vollkommen aus der Luft gegriffen war und dass man sich trotz des Konkurrenzdrucks der Westrag gegenseitig Schutz eingeräumt hat (siehe ebenfalls das Parallelurteil B-6849/2016 E. 10.11.3 *Toller*).

**10.12.3** Demnach ist ersichtlich, dass die Beschwerdeführerinnen auch nach Mitte April 2008 Schutz gegeben hatten.

### **10.13 Geltendmachen von Interessen**

**10.13.1** Die Beschwerdeführerinnen rügen, dass sie ab 2008 keine Interessen mittels Sterne geltend gemacht hätten (Beschwerde Rz. 238).

**10.13.2** Auch wenn es sich beim Projekt „[γ]“ (Auftraggeber „Das γ\_\_\_\_\_ -Werk“; MA WEKO Nr. 84) um eine „Freigabe“ (HAL Eintrag „Hochwasserschutz „[γ ...]“, 08-10038 vom 13. August 2008) handelt, veranschaulicht dieses Projekt, dass Sterne (Interessen) zwischen Mitte April 2008 und Juni 2009 gesetzt und entfernt wurden. So ist das Projekt auf der MA 2008\_27 zum ersten Mal ohne Sterne genannt. Auf der MA 2008\_29 (Sitzung vom 18. Juli 2008) erscheint das Projekt zum ersten Mal mit je einem Stern von sechs der acht Unternehmen (ohne Walo und ohne Reichmuth). Da die Unternehmer hernach eine „Freigabe“ verhandelten (HAL 08-10038 vom 13. August 2008), weist die MA 2008\_33, welche ebenfalls

am 13. August versendet wurde, keine Sterne mehr auf. Demnach ist ersichtlich, dass die Unternehmen zuerst nach Mitte April 2008 Sterne gesetzt und später wieder durch die „Freigabe“ auf der HA-Liste entfernt haben. Die Hagedorn erhielt gemäss ihrer Liste den Zuschlag.

Die Beschwerdeführerinnen ergänzen, dass sie und ein drittes Unternehmen als ARGE involviert waren und es nicht nachvollziehbar sei, wer die Sterne gesetzt habe (Beschwerde Rz. 133). Allerdings waren die Beschwerdeführerinnen über die Systematik des MA-Systems im Bilde. Auch ist ersichtlich, dass durch die Freigabe auf der HA-Liste die Sterne auf der MAL entfernt wurden. Dies zeigt ebenfalls, dass man im relevanten Zeitraum noch mit Sternen sowie Interessen arbeitete.

**10.13.3** Ähnliches gilt betreffend das Projekt „[X-Strasse]“ (DOP Nr. 186, MA WEKO Nr. 713; Verfügung Rz. 731 ff.; bzw. Bezeichnung in der Verfügung Tabelle 8 „[X-Strasse Teil 1]“; vgl. E. 10.11.2). Da die Interessen der Beschwerdeführerinnen erst wieder auf der MA 2008\_23 Nr. 87 (Sitzungsdatum: 5. Juni 2008) erschienen (Unterbruch von der MA 2008\_12 bis zur MA 2008\_21), ist ersichtlich, dass auch hier die Sternsetzung nach Mitte April 2008 erfolgte (vgl. E. 10.11.2.2, Verfügung Rz. 437 mit Fn. 537 [RPW-Version Fn. 537]).

**10.13.4** Die Verfügung (Rz. 437) nennt Interessen der Beschwerdeführerinnen betreffend das Projekt „[ yy ]“ (Auftraggeber: „y. \_\_\_\_\_-Werk“; MA 2009\_09 Nr.99 und MA 2009\_11 Nr. 103). Dieses Projekt liegt ohnehin ausserhalb des Untersuchungsgebiets, weshalb auf die diesbezüglichen Rügen (Beschwerde Rz. 131) nicht näher einzugehen ist.

**10.13.5** Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerinnen entgegen ihrer Ansicht (Beschwerde Rz. 238) noch zwischen Mitte April 2008 und dem 11. Juni 2009 Interessen geltend gemacht haben.

#### **10.14 EO-Listen**

Bereits in Erwägung 10.10.1 wurde aufgezeigt, dass die Beschwerdeführerinnen sich bis zum Abschluss des kartellrechtlich bedenklichen Verhaltens Mitte Juni 2009 am EO-System beteiligten. Ohnehin haben *alle acht* Unternehmen (so auch die Beschwerdeführerinnen) bis zur [mutmasslich] letzten Sitzung am 11. Juni 2009 auch die EO-Listen (act. [...] S. 374) per Mail (zur Urkundenqualität von Mails vgl. E. 6.4.4.1 ff. f. m.H.) zugestellt erhalten (vgl. E. 8.2.1.1.4; 8.2.6.5.2).

## **10.15 Fazit**

**10.15.1** Zusammenfassend ergibt sich, dass zwischen dem Abschluss der beanstandeten Handlungen (vgl. E. 10.10 bis 10.14 bzw. E. 9.7) und dem Zeitpunkt der Eröffnung der Untersuchung am 15. April 2013 offensichtlich weniger als fünf Jahre vergangen sind. Die in Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG normierte fünfjährige Frist ist demzufolge gewahrt.

**10.15.2** Die Rügen der Beschwerdeführerinnen, wonach die Verwirkung oder Verjährung eingetreten sei, erweisen sich damit als unbegründet. Aus diesem Grund ist auch nicht mehr auf die Rüge betreffend den Endzeitpunkt in der statistischen Analyse der Vorinstanz einzugehen (Beschwerde Rz. 175 m.H. auf Verfügung Rz. 844). Dasselbe gilt für die Rügen (Beschwerde Rz. 234, 237 f.) zu einem Streit betreffend ein Mega-Projekt im Jahr 2008. Soweit die Beschwerdeführerinnen kritisieren, dass man sich nicht auf die Aussage der Implenia betreffend den Endzeitpunkt Mitte 2009 hätte abstützen können, da diese Selbstanzeigerin sei und ihre eigenen Interessen habe (Beschwerde Rz. 36), sind diese darauf hinzuweisen, dass das Beweismass von Selbstanzeigern nicht aus prozessökonomischen Gründen herabzusetzen ist (E. 6.4.4.2). Vorliegend sind in E. 10 die Handlungen betreffend des Abschlusszeitpunkts des beanstandeten Verhaltens aufgrund von Dokumenten (z.B. Offertöffnungsprotokolle) und Mailanhängen objektiv geprüft worden. Ebenfalls kommt Urkunden und Dokumenten (auch E-Mails) eine erhöhte Beweiskraft zu, wenn deren Echtheit nicht bestritten ist (E. 6.4.4.1 ff.). Die Echtheit der benannten Dokumente ist vorliegend nicht bestritten. Was die Beurteilung der Vorinstanz betreffend den Abschluss des beanstandeten Handelns betrifft, so hat sich diese in Bezug auf die Frage der Sitzungsteilnahme bis zum Jahre 2009 in den Rz. 379-537 der Verfügung mit jedem der acht Unternehmen separat auseinandergesetzt. Sie hat sich diesbezüglich nicht nur auf die Aussage der Implenia abgestützt, sondern z.B. auch auf die einzelnen MA-Listen im Kontext mit den verschiedenen Sitzungsdaten, weshalb die Erwägungen der Vorinstanz nicht zu beanstanden sind.

## **11. Sanktionierung**

### **11.1 Standpunkte der Vorinstanz**

Die *Vorinstanz* auferlegte den Beschwerdeführerinnen 1 und 2 eine Sanktion gemäss Art. 49a Abs.1 KG wegen Beteiligung an einer Gesamtabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 KG in der Höhe von Fr. [0.3-0.5 Mio.]

unter solidarischer Haftung. Gegenüber der Muttergesellschaft der beiden Beschwerdeführerinnen, der ANOBA Holding AG, stellte die Vorinstanz das Verfahren ein (Verfügung Dispositiv Ziff.3 und 4; Verfügung Rz. 1343 ff., 1346, 1451, 1455).

In Bezug auf den für die Berechnung des Basisbetrags relevanten erzielten Umsatz führte die Vorinstanz Folgendes aus: Da die Gesamtabrede bzw. die Zusammenarbeit der acht Unternehmen Mitte 2009 endete, waren die Umsätze der einzelnen Unternehmen der Jahre 2006 - 2008 im Untersuchungsgebiet (Bezirke See-Gaster, March und Höfe) für die Berechnung massgebend, wobei hierfür nicht jedes Einzelgeschäft nachgewiesen werden musste (Verfügung Rz.1039 mit Tabelle 28, 1363 ff. mit Tabelle 32). Da es nicht zu einer flächendeckenden Umsetzung der Gesamtabrede gekommen war, erachtete die Vorinstanz einen Basisbetrag von 7% der erzielten Umsätze als sachgerecht (Verfügung Rz. 1378).

Die Gesamtabrede konnte sodann erst ab dem 1. April 2004 sanktioniert werden und dauerte bis Mitte 2009. Daher wurden die Basisbeträge um 50% erhöht (Art. 4 SVKG, Verfügung Rz. 1384). Erschwerende Umstände im Sinne eines wiederholten Verstosses (Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG) lehnte die Vorinstanz ab, da sie nicht alle Projekte identifizieren konnte, bei welchen es zu einer Einzelsubmissionsabrede kam und deshalb auch keine Aussage darüber getroffen werden konnte, wie oft jedes der acht Unternehmen an Einzelsubmissionsabreden beteiligt war (Verfügung Rz. 1388). Bei der Toller rechtfertigte sich zudem eine Minderung des Sanktionsbetrags wegen Kooperation mit der Behörde um 5%. Da die Walo, Bernet Bau und De Zanet vor Erlass der Sanktionsverfügung eine einvernehmliche Regelung (nachfolgend: EVR) abgeschlossen hatten, minderte die Vorinstanz deren Sanktionshöhe um 10% (Verfügung Rz. 1316, 1394 ff., 1398). Weiter erhielten alle Unternehmen eine zusätzliche Minderung von 10%, da sie die Gesamtabrede mehr als drei Jahre vor Untersuchungseröffnung aufgegeben hatten (Art. 6 Abs. 1 SVKG; Verfügung Rz. 1400). Eine passive Rolle gem. Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG verneinte die Vorinstanz bei allen acht Unternehmen, da sich alle Unternehmen bis Mitte 2009 insgesamt am MA-System beteiligten und EO-Projekte meldeten (Verfügung Rz. 1402 ff.).

Da Implenja als erste Selbstanzeigerin alle Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion erfüllte (Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 8 f. SVKG), wurde ihr die Sanktion erlassen (vgl. Verfügung, Rz. 1410 ff.). Der anderen Selbstanzeigerin Walo gewährte die Vorinstanz gestützt auf Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 12 ff. SVKG eine Reduktion der Sanktion im

Umfang von 45% (Verfügung Rz. 1413 ff.). Aus Verhältnismässigkeitsgründen wurde die Sanktion [einer Verfügungsadressatin] reduziert (Verfügung Rz. 1434).

## 11.2 Vorbringen der Beschwerdeführerinnen

Die *Beschwerdeführerinnen* bringen im Wesentlichen vor, bei der Bemessung der Sanktion sei der falsche Umsatz zugrunde gelegt (Beschwerde Rz. 243 ff.) und der Basiskoeffizient zu hoch angesetzt worden (Beschwerde Rz. 248 ff.; Replik Rz. 29). Weiter führen sie aus, die Beschwerdeführerinnen hätten keinen volkswirtschaftlichen Schaden verursacht (Beschwerde Rz. 251 ff.) und sich ausserdem im Unterschied zu anderen Unternehmen passiv verhalten (Beschwerde Rz. 255 ff.). Die Heranziehung eines Dauerzuschlags sei zudem rechtswidrig (Beschwerde Rz. 259 ff.) und die Vorinstanz hätte die Sanktion aufgrund der Einstellung des Verhaltens im April 2009 grosszügiger senken müssen (Beschwerde Rz. 263 ff.). Schliesslich hätten die Beschwerdeführerinnen während der Kartellzeit tiefe Margen gehabt und keinen Gewinn erzielt (Beschwerde Rz. 269 ff., 272 ff.; Replik Rz. 80 f.).

## 11.3 Allgemeines/Vorwerfbarkeit

**11.3.1** Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist, wird mit einem Betrag von bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen (Art. 49a Abs. 1 KG). In den Art. 2 ff. SVKG hat der Bundesrat die Kriterien für die konkrete Sanktionsbemessung innerhalb des abstrakten – in Art. 49a Abs. 1 KG festgelegten – Sanktionsrahmens präzisiert (vgl. BGE 143 II 297 E. 9.7.1 *Gaba*).

**11.3.2** Vorliegend haben sich die Beschwerdeführerinnen an einer unzulässigen, gegen Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 KG verstossenden Gesamtabrede beteiligt (vgl. E. 9.6). Unzulässig war die projektübergreifende Koordination (durch den dem MA- und EO-System inhärenten Informationsaustausch); die einzelnen Umsetzungsabreden waren vorliegend – entgegen den Beschwerdeführerinnen – nicht separat zu würdigen (vgl. E. 8.2.5.1.2). Damit ist der objektive Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt. In subjektiver Hinsicht ist darüber hinaus ein Verschulden im Sinne

von *Vorwerfbarkeit* vorauszusetzen (Urteile des BGer 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 12.2.2 *Publigroupe* nicht publiziert in BGE 139 I 72 und des BVGer B-3290/2018 E. 162 *Lazzarini*; B-807/2012 E. 11.2.1 *Erne*). In Übereinstimmung mit der Vorinstanz (Verfügung Rz. 1350 ff.) ist vorliegend davon auszugehen, dass dem Wettbewerbsverstoss der Beschwerdeführerinnen mindestens ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens (vgl. BGE 143 II 297 E. 9.6 *Gaba*, 146 II 217 E. 8.5 *Swisscom ADSL II*, je mit Hinweisen) zugrunde lag. Sodann steht – wie in E. 10 ausführlich dargelegt – einer Sanktionierung auch in zeitlicher Hinsicht (Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG) nichts entgegen. In diesem Sinne haben die acht Unternehmen bis zur [mutmasslich] letzten Sitzung am 11. Juni 2009 die MA-Listen (vgl. act. [...] S. 446) und EO-Listen (act. [...] S. 374) zugestellt erhalten und von deren Inhalt Kenntnis gehabt. Des Weiteren fungierten die Beschwerdeführerinnen noch im Jahr 2009 als Gastgeberinnen für die MA-Sitzungen und sie waren während der ganzen Untersuchungszeit mit der Ziffer „3“ auf den MA- und EO-Listen vermerkt. Ausserdem haben sich die Beschwerdeführerinnen am beanstandeten Verhalten individuell beteiligt (E. 8.2.6.5.2). Daher haben die Beschwerdeführerinnen Kenntnis von diesem Verhalten gehabt (E. 10.10 m.H., 10.10.1 ff.), weshalb die Vorwerfbarkeit zu bejahen ist.

**11.3.3** Soweit die Beschwerdeführerinnen geltend machen, die Beschwerdeführerin 2 betreibe im Gegensatz zur Beschwerdeführerin 1 kein Baugeschäft (Beschwerde Rz. 17) und damit sinngemäss die Sanktionierung der Beschwerdeführerin 2 grundsätzlich in Frage stellen, kann auf E. 3.2.2 verwiesen werden.

## **11.4 Sanktionsbemessung**

**11.4.1** Den Wettbewerbsbehörden kommt in Bezug auf die konkrete Festlegung der einzelnen Sanktionskomponenten (Basisbetrag, Dauer sowie Erhöhungs- und Milderungsgründe) ein Ermessensspielraum zu (BGE 147 II 72 E. 8.5.2 *Pfizer II*; Urteil des BGer 2C\_575/2023 vom 10. April 2024 E. 4.2 *französische Bücher*; Urteile B-4024/2021 E. 18.1.2. *Automobileasing Ford Credit*, B-5919/2017 E. 419 *Baubeschläge Koch II* und B-7920/2015 vom 16. August 2022 E. 11.2.4 *VPVW Stammtische/Projekt Repo*). Dieser Ermessensspielraum wird einerseits durch die Vorschriften des Bundesrates in der SVKG begrenzt und konkretisiert, andererseits wird er auch durch den Verhältnismässigkeitsgrundsatz eingeschränkt (BGE 143 II 297 E. 9.7.2 *Gaba*; B-5919/2017 E. 420 *Baubeschläge*

*Koch II*; B-831/2011 E. 1556 *SIX*; B-7633/2009 E. 709 *ADSL II*; KRAUSKOPF, DIKE-KG, Art. 49 Abs. 1-2 N 61; ROTH/BOVET, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, Art. 49a KG N 15 und 17, 28 ff.; WEBER/VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Expertenwissen für die Praxis, 2. Aufl. 2023, Rz. 4.379; TAGMANN/ZIRLICK, BSK KG, Art. 49a KG N 41). Jegliches Ermessen ist indes pflichtgemäss auszuüben (Urteil des BGer 2C\_442/2023 vom 14. April 2025 E. 4.2 *Pfizer III*). Die Wettbewerbsinstanzen haben bei der Ermessensausübung das Rechtsgleichheitsgebot, das Willkürverbot, den Grundsatz des öffentlichen Interesses, den Grundsatz von Treu und Glauben sowie den Grundsatz der Rechtssicherheit zu beachten (Urteil B-4024/2021 E. 18.1.2. *Automobileasing Ford Credit*; ZIBUNG/HOFSTETTER, VwVG-Praxiskommentar, Art. 49 VwVG N 29; vgl. E. 4.2.3.2).

#### **11.4.2 Basisumsatz**

**11.4.2.1** Art. 7 SKGV transponiert die Sanktionsobergrenze aus Art. 49a Abs. 1 KG in die SKGV (PICHT, Art. 7 SKGV N 1, in: Wettbewerbsrecht II). Nach Art. 7 SVKG beträgt die Sanktion in keinem Fall mehr als 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens. Innerhalb dieses abstrakten Sanktionsrahmens wird die konkrete Sanktion anhand der in Art. 2 ff. SVKG enthaltenen Kriterien in drei Schritten bemessen (Art. 49a Abs. 1 Satz 3 und 4 KG; BGE 147 II 72 E. 8.5.1. *Pfizer*; 146 I 217 E. 9.1 *Swisscom ADSL II*; 144 II 194 E. 6.2 *BMW*): Ermittlung des Basisbetrages (Art. 3 SVKG), Anpassung (des Basisbetrages) an die Dauer des Verstosses (Art. 4 SVKG) sowie Erhöhung bzw. Verminderung entsprechend erschwerender oder mildernder Umstände (Art. 5 und Art. 6 SVKG). Gemäss Art. 3 SVKG bildet der *Basisbetrag* der Sanktion je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu 10% des *Umsatzes*, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz (vgl. E. 8.5) erzielt hat (Urteil B-4024/2021 E. 18.2.1.1 ff. *Automobileasing Ford Credit*).

**11.4.2.2** Vorliegend betraf die Gesamtabrede die projektübergreifende Koordination des Marktverhaltens (durch den mit dem MA- und EO-System verbundenen Informationsaustausch) betreffend Strassen- und Tiefbauleistungen in den Bezirken See-Gaster, March und Höfe im Zeitraum von April 2004 bis Mitte Juni 2009 (vgl. E. 8.1, 8.2.1, 8.5). Es ist in sachlich-räumlicher Hinsicht insofern im Grundsatz nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz auf den Umsatz abstellte, welchen die Beschwerdeführerinnen

in den Bezirken See-Gaster, March und Höfe auf dem Markt für die Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen im Untersuchungszeitraum erzielte (Verfügung Rz. 1363 ff.). Bei einer Gesamtabrede gilt demnach für die Berechnung des Basisumsatzes nach Art. 3 SVKG der gesamte betroffene Markt als kartellbefangen (Urteil des BVGer B-3290/2018 E. 163 *Lazzarini*). Beim konkreten Prozentsatz für den Basisbetrag werden die Schwere und Art des Verstosses bzw. die gegenständliche Marktbeeinträchtigung zu berücksichtigen sein (vgl. E. 11.4.3). Damit erscheint es vorliegend sachgerecht, in zeitlicher Hinsicht die Jahresumsätze (ohne MwSt.) von 2006, 2007 und 2008 im Umfang von insgesamt Fr. [Basisumsatz] als Grundlage heranzuziehen, was eine Obergrenze des Basisbetrages (10%) von Fr. [...] ergibt (Verfügung Rz. 1366 mit Tabelle 32).

**11.4.2.3** Soweit sich die Beschwerdeführerinnen im Zusammenhang mit der Berechnung des Umsatzes auf eine angeblich fehlerhafte Marktabgrenzung beziehen (Beschwerde Rz. 194, 213, 243 ff.), kann hierzu auf E. 8.5 verwiesen werden, wonach die vorinstanzliche Marktabgrenzung nicht zu beanstanden ist.

**11.4.2.4** Die Beschwerdeführerinnen wenden sodann ein, bei einem Festhalten an der aus ihrer Sicht falschen Marktabgrenzung seien konsequenterweise sämtliche Projekte „rauszurechnen“, welche nicht auf der MAL erschienen bzw. mit „Freigabe“ bezeichnet wurden (Beschwerde Rz. 247). Es trifft zwar unbestrittenermassen zu, dass nicht sämtliche Projekte im Untersuchungsgebiet im MA- oder EO-System auftauchten und einzelne, auf den MAL aufgeführte Projekte „freigegeben“, worden sind (vgl. E. 8.4.4.4, 9.4.3.4.3.1, 10.9). Die Beschwerdeführerinnen sind allerdings darauf hinzuweisen, dass sich Art. 3 SVKG wörtlich auf die „Umsätze“ auf den relevanten Märkten bezieht. Damit ist die bereits vorgenommene Marktabgrenzung (vgl. E. 8.5) gemeint (Urteil B-4024/2021 E. 18.2.1.2 ff. *Automobilleasing Ford Credit*; TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG, Art. 49a KG N 42 ff.). Deshalb ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz (Verfügung Rz. 1364, 1372) festzuhalten, dass der „Nichtabschluss“ bestimmter Einzelsubmissionsabreden allenfalls bei der Festsetzung der Höhe des Prozentsatzes für den Basisbetrag (E. 11.4.3), jedoch nicht bei der Marktdefinition zu berücksichtigen ist. Somit dringen die Beschwerdeführerinnen auch nicht mit ihren Rügen durch, die Projektbeträge gewisser Einzelabreden im Basisumsatz zu berücksichtigen (Beschwerde Antrag 2 und Rz. 243).

### **11.4.3 Basisbetragssatz**

**11.4.3.1** Die Beschwerdeführerinnen sind der Ansicht, der Basiskoeffizient von 7% sei viel zu hoch. Im Lichte der bisherigen Praxis dürfe der Koeffizient bei höchstens 4 bis 5% angesetzt werden (Beschwerde Rz. 248 ff.; Replik Rz. 79). Ausserdem bringen sie vor, bei der Sanktionierung sei zu berücksichtigen, dass die von der Vorinstanz ermittelte Erfolgsquote nicht nachvollziehbar bzw. zu hoch berechnet sei, da die Vorinstanz die auf der HAL vermerkten „Freigaben“ in ihren Berechnungen falsch berücksichtigt habe (Beschwerde Rz. 176 ff. i.V.m. 178 m.H. auf Swiss Economics-Gutachten S. 14 ff.).

**11.4.3.2** Diese Argumentation vermag nur teilweise zu überzeugen. Die vorliegende Gesamtabrede war von einem hohen Grad an Koordinationswillen getragen. Sie führte gesamthaft zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 KG (vgl. E. 9.6). Wie die Vorinstanz in Rz. 1378 ff. der angefochtenen Verfügung zutreffend ausführte, war die vorliegend nachgewiesene Gesamtabrede auch volkswirtschaftlich und sozial schädlicher als eine isolierte Einzelsubmissionsabrede (vgl. auch E. 8.5.4.3.3).

**11.4.3.3** Was die Festsetzung des Basiskoeffizienten im Zusammenhang mit Submissionsabreden angeht, hat das Bundesverwaltungsgericht bereits in früheren Fällen hinsichtlich mehrerer Einzelsubmissionsabreden einen generellen Koeffizienten von 7% als nicht zu beanstanden bezeichnet (Urteile des BVGer B-771/2012 E. 9.6.6 *Cellere*, B-807/2012 E. 11.5.6 *Erne*, B-829/2012 E. 10.5.6 *Granella* und B-880/2012 E. 11.4.6 *Umbricht*; bestätigt durch Urteil 2C\_845/2018 *Umbricht*). In der neueren Praxis hat das Gericht hinsichtlich einer vergleichbaren Gesamtabrede (Kartellfälle *Engadin I*) einen Satz von 7% ebenfalls als zulässig erachtet (Urteile B-3096/2018 E. 113 *Foffa* und B-3290/2018 E. 167 *Lazzarini*).

**11.4.3.4** Vor diesem Hintergrund erscheint die Ansetzung eines Basisbetragssatzes von 7% mit Blick auf die Schwere und Art des vorliegenden Verstosses nicht per se als unangemessen.

**11.4.3.5** Den Beschwerdeführerinnen ist allerdings insoweit zuzustimmen, dass die ungenügende Nachvollziehbarkeit der Erfolgsquote im vorliegenden Verfahren immerhin eine leichte, nun aber geheilte Verletzung des rechtlichen Gehörs darstellt (E. 5.4, 5.4.2). Zugleich sind die Beschwerde-

führerinnen aber auch darauf hinzuweisen, dass die Begründung der Vorinstanz zum Basisbetragsatz von 7% (vgl. Verfügung Rz. 1376) nicht ausschliesslich auf den aus Sicht der Beschwerdeführerinnen „falsch berechneten“ und „nicht nachvollziehbaren“ Erfolgsquoten betreffend Umsätze und Anzahl Projekten von je 77% beruht. Diese Begründung wird durch Kennzahlen zur Marktdurchdringung in Bezug auf das MA- und EO-System ergänzt. Nach der unbestritten gebliebenen Feststellung der Vorinstanz sind in den Jahren 2006 bis 2008 über die beiden Zuteilungssysteme Informationen zu Projekten ausgetauscht worden, die rund 67% des Marktvolumens ausgemacht haben (Verfügung Rz. 1375). Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die nachgewiesene Gesamtabrede den Wettbewerb auf einem wesentlichen Teil des relevanten Marktes betroffen hat.

Betreffend die beiden Erfolgsquoten von je 77% ist zu bemerken, dass die Vorinstanz den „Erfolg“ folgendermassen umschrieben hat: Bei insgesamt 149 Submissionen, was einem Gesamtwert von Fr. 47.7 Mio. entspreche, habe dasjenige Unternehmen mit dem höchsten Interesse und/oder „Schutz“ gemäss HAL den Zuschlag erhalten. Dies entspreche anzahlmässig 77% der Gesamtanzahl der 193 mutmasslichen Einzelsubmissionsabreden sowie volumenmässig 77% von Fr. 62.3 Mio. (Verfügung Rz. 830 mit Fn. 1006 [RPW-Version Fn. 1001], Tabelle 24; Verfügung Rz. 1285). Hierbei ist anzumerken, dass bei dieser Berechnung nur identifizierte Projekte mit mindestens einem Stern und/oder „Schutz“, nicht aber Freigaben, berücksichtigt wurden (vgl. Swiss Economics-Gutachten S. 15). Zudem legt die Vorinstanz dar, dass von diesen Erfolgsquoten auch Fälle erfasst seien, bei denen mehrere Unternehmen das höchste Interesse mittels einem oder zwei Sternen geltend gemacht haben (vgl. Verfügung Rz. 828 ff. mit Fn. 1002 [RPW-Version Fn. 997]).

**11.4.3.6** Aus dieser Umschreibung geht hervor, dass die Vorinstanz mit ihren beiden Erfolgsquoten von 77% nicht den Erfolg des MA-Systems insgesamt, sondern lediglich die Effektivität der (mutmasslichen) Einzelsubmissionsabreden, welche durch den Informationsaustausch des MA-Systems ermöglicht wurden, berechnet hat. Indem die Vorinstanz bei der Berechnung der Erfolgsquote dem Nenner nur jene Projekte zuführte, die nicht als Freigabe auf der HAL gekennzeichnet waren, stellte sie die Auswirkungen des MA-Systems – also die Erfolgsquoten – im Ergebnis grösser dar, als sie es wirklich waren. Allerdings geht nicht nur aus einem Eintrag auf der HAL als „Schutz“ und/oder einem identifizierten MA-Projekt mit Sternen, sondern auch aus einem HAL-Eintrag als „Freigabe“ unmittelbar

hervor, dass das designierte MA-Projekt im Kreis der acht Unternehmen besprochen wurde. Im Unterschied zu den auf der HAL als „Schutz“ gekennzeichneten Projekten kam es bei diesen „Freigaben“ im Anschluss aber zu keinen weiteren Umsetzungshandlungen von Einzelsubmissionsabreden. Demnach ist es sachgerecht, die „Freigaben“ mit in den Nenner der Erfolgsquote zu inkludieren.

Ergänzt man Tabelle 24 der Verfügung (Rz. 830), in welcher die Vorinstanz die beiden Erfolgsquoten dargestellt hat, um die Anzahl (87) bzw. das Volumen (Fr. 97.5 Mio.) der Freigaben, wie sie in Tabelle 15 (Verfügung Rz. 797) vermerkt sind, ergibt dies ein neues Total von 280 (=193 +87) Projekten bzw. ein Volumen von Fr. 159.8 Mio. (=62.3 + 97.5). Berechnet man die Erfolgsquoten mit diesen neuen Zahlen im Nenner, resultiert daraus eine Erfolgsquote bei einer anteilmässigen Betrachtung von 53% und einer umsatzbasierten Erfolgsquote von 30% (vgl. Abbildung 7).

**Abbildung 7: Umsetzung des MA-Systems und dessen Misserfolge (identifizierte Projekte der konsolidierten MAL; 2004 - Mitte 2009) gemäss Tabelle 24 unter Berücksichtigung der Freigaben in Tabelle 15**

	Anzahl Submissionen	Prozent		Volumen in CHF Mio.	Prozent	
		exkl. Freigaben	inkl. Freigaben		exkl. Freigaben	inkl. Freigaben
<b>Erfolg<sup>1</sup></b>	<b>149</b>	77%	<b>53%</b>	<b>47.7</b>	77%	<b>30%</b>
Misserfolg1 (Erfolg eines anderen U der 8U) <sup>1</sup>	20	10%	7%	6.1	10%	4%
Misserfolg2 (Erfolg eines DrittU) <sup>1</sup>	24	12%	9%	8.5	14%	5%
Total (exkl. Freigaben) <sup>1</sup>	193	100%		62.3	100%	
Freigaben <sup>2</sup>	87		31%	97.5		61%
<b>Total (inkl. Freigaben)<sup>2</sup></b>	<b>280</b>		100%	<b>159.8</b>		100%

<sup>1</sup> vgl. Verfügung Rz 830 Tabelle 24; <sup>2</sup> vgl. Verfügung Rz 715 Tabelle 15

Die in Abbildung 7 neu berechneten Erfolgsquoten kommen den Berechnungen im Swiss Economics-Gutachten (S. 15, Tabelle 2) nahe, da diese ebenfalls die Freigaben mitberücksichtigt haben. Die Gutachter von Swiss

Economics erhielten eine Erfolgsquote in Bezug auf den Umsatz von 27.92% bzw. von 50.17% hinsichtlich der Anzahl Projekte.

**11.4.3.7** Im Unterschied zu den Erfolgsquoten in der Verfügung (insb. die Angaben in Tabelle 24 [Rz. 830]) waren die Berechnungen der Gutachter von Swiss Economics für das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf die kons. MAL (act. [...]) ohne Weiteres nachvollziehbar.

Die Berechnungen zu den Erfolgsquoten in der Verfügung waren nicht nachvollziehbar, weil auf der kons. MAL insbesondere eine Codierung für das Kriterium „Erfolg“ fehlte. Ebenfalls nicht ersichtlich war auf der kons. MAL, bei welchen Projekten die Eingabefrist noch innerhalb des Untersuchungszeitraums bzw. der MAL-Periode lag. Damit ist unklar, auf welche 193 Projekte sich die Vorinstanz bei ihrer Erfolgsquotenberechnung im Nenner überhaupt bezogen hat (vgl. dazu das Swiss Economics-Gutachten S. 12 ff. bzw. Beschwerde Rz. 176 ff.).

Diese Unzulänglichkeit lässt sich anhand des folgenden Beispiels illustrieren: In Tabelle 15 der Verfügung (Rz. 797) werden in der zweituntersten Zeile betreffend „identifizierte MAL-Projekte mit Schutz und/oder Stern(en)“ 202 Projekte gezählt. In Fussnote 985 (RPW-Version Fn. 980) erfolgte dann eine „Korrektur“ auf 193 Projekte, da bei den restlichen neun Projekten die Eingabefrist erst nach dem 11. Juni 2009 angesetzt war. Welche Projekte von dieser Korrektur betroffen sind, bleibt unerwähnt und lässt sich auch nicht anhand der kons. MAL replizieren (E. 5.4.4).

Die im Gutachten aufgezeigten Mängel an der vorinstanzlichen Herleitung der Erfolgsquoten sind demnach zutreffend. Aus diesem Grund wird nachfolgend auf die tieferen Zahlen zu den Erfolgsquoten aus dem Gutachten (S. 15, Tabelle 2) abgestellt, welche sich für die Beschwerdeführerinnen als günstiger erweisen. Da – wie soeben in E. 11.4.3.6 aufgeführt – bei einer Erfolgsquotenberechnung ohne Berücksichtigung der Freigaben nur die Effektivität der (mutmasslichen) abgeschlossenen Einzelsubmissionsabreden und nicht die Effektivität des MA-Systems insgesamt erfasst wird, sind die von den Gutachtern berechneten Erfolgsquoten inklusive Freigaben (27.92% betreffend Umsätze und 50.17% betreffend Anzahl Abreden) massgebend.

**11.4.3.8** Nach dem Gesagten kommt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass der Basisbetragsatz mit 7% zu hoch angesetzt ist. Aller-

dings ist den Beschwerdeführerinnen auch nicht zu folgen, wenn diese einen Basisbetragsatz von 4% bis 5% verlangen. So ist auch an den tieferen Erfolgsquoten von 27.92% bzw. 50.17% ersichtlich, dass gestützt auf den Informationsaustausch des MA-Systems effektiv erfolgreiche Einzelsubmissionsabreden geschlossen wurden. Unter Berücksichtigung, dass vorliegend eine Gesamtabrede nachgewiesen wurde, welche volkswirtschaftlich und sozial schädlicher ist als eine isolierte Einzelsubmissionsabrede (vgl. E. 8.5.4.3.3), und dass die MA- und EO-Projekte nach den unbestritten gebliebenen Feststellungen der Vorinstanz rund 67% des Gesamtmarktvolumens ausgemacht haben (Verfügung Rz. 1376), ist der Basisbetragsatz von 7% auf 6% zu senken.

Dem können die Beschwerdeführerinnen auch nicht entgegenhalten, dass keine Beseitigung des Wettbewerbs stattgefunden habe (Replik Rz. 69), da mit dem neu angesetzten Basisbetrag von 6% auch genügend berücksichtigt wird, dass der „Marktanteil“ der beiden Zuteilungssysteme 67% (und nicht 100%) ausgemacht hat.

Der Basisbetrag beläuft sich damit vorliegend gestützt auf einen herabgesetzten Koeffizienten von 6% auf Fr. [Basisbetrag.] (Fr. [Basisumsatz] \*0.06).

#### **11.4.4 Zuschlag für Dauer**

**11.4.4.1** Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich die Sanktion auch nach der Dauer des unzulässigen Verhaltens. Art. 4 SVKG konkretisiert diese Erhöhung dahingehend, als dass der *Basisbetrag* bei einer *Dauer* zwischen einem und fünf Jahren um bis zu 50% und bei einer Dauer von mehr als fünf Jahren für jedes weitere angefangene Jahr um bis zu 10% zu *erhöhen* ist.

**11.4.4.2** Vorliegend dauerte die nachgewiesene Gesamtabrede vom 1. April 2004 bis Mitte Juni 2009 (vgl. E. 8.1). Die Vorinstanz erachtete aufgrund der fünf Jahre dauernden Gesamtabrede eine Erhöhung des Basisbetrags um 50% als angemessen (Verfügung Rz. 1384).

**11.4.4.3** Die Beschwerdeführerinnen sind der Ansicht, die Erhöhung um 50% sei nicht rechters. Insbesondere stören sie sich daran, dass die Vorinstanz die einzelnen Submissionsabreden zu einer Gesamtabrede „gebündelt“ habe. Dieses Vorgehen dürfe bei der Sanktionierung nur einmal berücksichtigt werden (Grundsatz *ne bis in idem*). Die Vorinstanz würdige

die Dauer bzw. die „Fortsetzung“ bei der Sanktionierung in unzulässiger Weise zweimal (Beschwerde Rz. 259 ff.).

**11.4.4.4** Die grundsätzliche Kritik der Beschwerdeführerinnen an der Berücksichtigung eines Dauerzuschlags bei Dauerkartellen zielt ins Leere. So lässt sich der inzwischen mehrfach bestätigten Praxis zu Art. 4 SVKG entnehmen, dass es unter Berücksichtigung eines gewissen zulässigen Schematismus und des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht bundesrechtswidrig ist, bei Wettbewerbsverstössen mit Dauercharakter den Basisbetrag um jeweils 10% pro angefangenes Jahr für die Dauer von einem bis fünf Jahren stufenweise zu erhöhen (BGE 146 II 217 E. 9.3 *Swisscom ADSL II*, Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012 E. 12.3.4, nicht publ. in: BGE 139 I 72 *Publigrroupe*; Urteile des BVGer B-3096/2018 E. 115 *Foffa*, B-3097/2018 E. 102 *Resgia Koch*, B-3290/2018 E. 169 *Lazzarini*).

**11.4.4.5** Hinsichtlich der Erhöhung bei einer Dauer von mehr als fünf Jahren erwog das Bundesgericht kürzlich, dass Art. 4 Satz 2 SVKG hier einen „Jahreszuschlag“ vorsehe, weshalb die Forderung, den Zuschlag gestützt auf die Anzahl Monate zu berechnen, ausdrücklich abzulehnen sei (Urteil des BGer 2C\_561/2022 vom 23. April 2024 E. 13.5 *Sport im Pay TV*; vgl. auch Urteil des BVGer B-4024/2021 E. 18.4, 18.4.2 ff. *Automobileasing Ford Credit*).

**11.4.4.6** Vorliegend dauerte die Gesamtabrede nachweislich zwar etwas länger als fünf Jahre. Allerdings ist gegen Mitte 2009 mit Bezug auf die betreffenden Umsetzungshandlungen ein gewisses Abebben des wettbewerbswidrigen Verhaltens zu konstatieren, wenngleich der Wettbewerb weiterhin erheblich beeinträchtigt war (vgl. E. 9.6 f.) und der Abschluss der Handlungen definitiv auf den 11. Juni 2009 festzusetzen war. Zu beachten ist, dass die zweitletzte MA-Sitzung vom 27. Mai 2009 ausgefallen ist und sich die Unternehmen am 11. Juni 2009 nur noch getroffen haben, um den Beschluss zu fassen, auseinanderzugehen (E. 10.10.1). Aus diesem Grund ist davon abzusehen, im Sinne der soeben in E. 11.4.4.5 zitierten Rechtsprechung aufgrund von nur wenigen Wochen einen zusätzlichen „Jahreszuschlag“ von 10% (total 60%) zu erheben.

Die von der Vorinstanz festgesetzte Erhöhung des Basisbetrags in der Höhe von 50% ist damit nicht zu beanstanden und im Ergebnis zu bestätigen.

**11.4.4.7** Es resultiert demzufolge ein Zwischenergebnis von Fr. [...] (Fr. [Basisbetrag] \*1.50).

#### **11.4.5 Erschwerungs- und Milderungsgründe**

**11.4.5.1** Die Vorinstanz hat auf eine Erhöhung der Sanktionierung aufgrund *erschwerender Umstände* im Sinne von Art. 5 SVKG verzichtet (Verfügung Rz. 1388 ff.). Insbesondere hat sie erschwerende Umstände im Sinne eines wiederholten Verstosses (Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG) verneint, da sie nicht alle Projekte identifizieren konnte, bei welchen es zu einer Einzelsubmissionsabrede kam (Verfügung Rz. 1388). Diese Erwägungen scheinen nachvollziehbar und sind nicht zu beanstanden.

**11.4.5.2** Dagegen hat die Vorinstanz eine Reduktion aufgrund *mildernder Umstände* im Sinne von Art. 6 SVKG teilweise bejaht (Verfügung Rz. 1391 ff.). So erhielten alle Unternehmen eine Minderung von 10%, da sie die Gesamtabrede mehr als drei Jahre vor Untersuchungseröffnung aufgegeben hatten (Art. 6 Abs. 1 SVKG; Verfügung Rz. 1400). Eine passive Rolle gemäss Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG verneinte die Vorinstanz indes bei allen acht Unternehmen, da sich alle Unternehmen bis Mitte 2009 am MA-System beteiligten und EO-Projekte meldeten (Verfügung Rz. 1402 f.).

**11.4.5.3** Gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG wird bei mildernden Umständen, insbesondere wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats der Wettbewerbskommission, spätestens aber vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26–30 KG beendet, der Betrag nach den Art. 3 und 4 SVKG vermindert.

Art. 6 Abs. 2 SVKG hält sodann fest, dass bei Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG der Betrag nach den Art. 3 und 4 SVKG vermindert wird, wenn das Unternehmen dabei ausschliesslich eine passive Rolle gespielt (Bst. a) bzw. Vergeltungsmassnahmen, die zur Durchsetzung der Wettbewerbsabrede vereinbart waren, nicht durchgeführt hat (Bst. b).

**11.4.5.4** Die Beschwerdeführerinnen sind zunächst der Ansicht, die Reduktion von 10% gestützt auf Art. 6 Abs. 1 SVKG hätte viel höher ausfallen müssen. Bei einer Aufgabe des Verstosses vier Jahre vor dem ersten Eingreifen des Sekretariats sei gestützt auf Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG eine Reduktion von 80% vorzunehmen (Beschwerde Rz. 263 ff.).

**11.4.5.5** Soweit sich die Beschwerdeführerinnen im Zusammenhang mit den mildernden Umständen gemäss Art. 6 SVKG auf Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG beziehen, ist ihnen nicht zu folgen. Art. 49a KG Abs. 3 KG regelt einzig, dass eine Belastung ganz entfällt, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist. Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt (vgl. dazu ausführlich E. 9.7 und 10). Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, geht es in Art. 6 Abs. 1 SVKG indes darum, eine Sanktion zu reduzieren, wenn ein Unternehmen autonom zu kartellrechtsgemässen Verhalten zurückgekehrt ist; dies unabhängig davon, wie lange die Beendigung der Wettbewerbsbeschränkung vor der Untersuchungseröffnung geschehen ist (Verfügung Rz. 1401, Vernehmlassung Rz. 109). Ausserdem haben die Beschwerdeführerinnen weder Informationen geliefert, eine Untersuchung zu eröffnen (vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG) noch haben sie Hand zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung geboten, welche bei besonders guter Kooperation zu einer Reduktion bis zu 20% führen kann (RPW 2018/1 S. 112 Rz. 219 ff *Verzinkung*; LAUTERBURG, in: SIWR V/2; S. 714 Rz. 45 m.H. auf das Merkblatt des Sekretariats der WEKO: Einvernehmliche Regelungen vom 28. Februar 2018). Daraus folgt, dass im vorliegenden Fall die vorgenommene Kürzung um 10% im vorinstanzlichen Ermessen liegt (vgl. E. 11.4.1) und damit nicht zu beanstanden ist.

**11.4.5.6** Die Beschwerdeführerinnen bringen unter dem Titel „passive Rolle“ weiter vor, sie hätten sich „nie besonders für den Informationsaustausch engagiert“ und sich seit der letzten Meldung für die MAL im Jahr 2006 „insgesamt passiv“ verhalten (Beschwerde Rz. 255; vgl. auch E. 8.2.1.2.3; 10.8). Es bleibt indes mangels eines entsprechenden Antrags unklar, ob die Beschwerdeführerinnen damit eine Verminderung im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG anstreben. Eine solche wäre indes nur möglich, wenn die Beschwerdeführerinnen „ausschliesslich“ eine passive Rolle gespielt hätten, was nach den zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz hier nicht zutrifft (Vernehmlassung Rz. 108). Soweit sich die Beschwerdeführerinnen unter dem Titel „passive Rolle“ auf die Höhe des Basiskoeffizienten berufen (Beschwerde Rz. 258), ist auf E. 11.4.3 zu verweisen.

**11.4.5.7** Soweit die Beschwerdeführerinnen weiter ausführen, sie hätten keinen volkswirtschaftlichen Schaden verursacht, was „angemessen berücksichtigt“ werden müsse (Beschwerde Rz. 251 ff.), bleibt unklar, auf welchen konkreten Milderungstatbestand sie sich damit berufen wollen. Ohnehin erweist sich ihre Argumentation als widersprüchlich, weil sie in der

Beschwerdeschrift (Rz. 252) gleichzeitig darlegen, dass es beim Informationsaustausch darum gegangen sei, Entlassungen von Personal zu verhindern. Wie die Vorinstanz zu Recht ausgeführt hat, indiziert dies jedoch, dass die Zusammenarbeit der acht Unternehmen auch zum Erhalt von Überkapazitäten beitrug, was als typische Folge von volkswirtschaftlich schädlichen Kartellen angesehen wird (Vernehmlassung Rz. 107; vgl. auch E. 8.3.4.3 f., 9.4.3.4.2.2; siehe dazu auch HEITZ, S. 56, CHRIST Rn. 247).

**11.4.5.8** Nach der Berücksichtigung der Milderungsgründe resultiert demzufolge ein Zwischenergebnis von Fr. [...] (Fr. [Zwischenergebnis in E. 11.4.4.7] \* 0.9).

#### **11.4.6 Verhältnismässigkeit**

**11.4.6.1** Die Beschwerdeführerinnen machen schliesslich geltend, dass die Sanktionierung mit rund 9.5% des Umsatzes (Sanktionsbetrag von Fr. [0.3–0.5 Mio.] im Vergleich zu den Umsätzen von 2006-2008 [ohne MwSt.] von Fr. [Basisumsatz], Verfügung Rz. 1389 Tabelle 33) für sie unverhältnismässig sei, weil in der Branche ganz allgemein tiefe Margen erzielt würden. Diese Margen stünden in keinem Verhältnis zur beantragten Sanktionierung und würden dazu führen, dass sie rückblickend während zehn Jahren in sämtlichen Geschäftsbereichen „einen untragbaren Verlust verbuchen“ müssten. Infolge „nicht vorhandenen Profits aufgrund der angeblichen Abrede“ sei ein „entsprechender zusätzlicher Abzug von mindestens 50% zu gewähren“ (Beschwerde Rz. 269 ff.). Zudem hätten die Beschwerdeführerinnen keinen bzw. einen sehr bescheidenen Gewinn „mittels der angeblichen Gesamtabrede“ erzielt (Beschwerde Rz. 272 ff.; Replik Rz. 80 f.).

**11.4.6.2** Bei der Festsetzung der Sanktion ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 5 Abs. 2 BV, Art. 2 Abs. 2 SVKG). Der Sanktionsbetrag muss deshalb in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere des Wettbewerbsverstosses stehen. Zudem hat er für das sanktionierte Unternehmen tragbar zu sein (Urteile des BVGer B-654/2018 vom 18. April 2024 E. 12.5 *Engadin III*, B-5172/2019 E. 9.8.8.1 *Engadin II*).

**11.4.6.3** Soweit die Beschwerdeführerinnen einen „entsprechenden zusätzlichen Abzug von mindestens 50%“ verlangen, bleibt unklar, auf welchen konkreten Milderungsgrund sie sich beziehen. Der pauschale Verweis auf die tiefen Margen bzw. den angeblich fehlenden Gewinn (vgl.

E. 4.2.3.2 in fine) vermag auf jeden Fall eine weitere Reduktion der Sanktion nicht zu rechtfertigen. Wie die Vorinstanz zu Recht geltend macht, würde die Prüfung dieser Umstände die Feststellung erfordern, wie hoch die Gewinne bzw. Preise gewesen wären, wenn es in der massgeblichen Zeit im Untersuchungsgebiet keine Gesamtabrede gegeben hätte (Verfügung Rz. 1379, Vernehmlassung Rz. 110). Zwar trifft es zu, dass der mutmassliche Gewinn nach dem Wortlaut von Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 2 Abs. 1 SVKG zu berücksichtigen ist, soweit er sich als abschätzbar erweist; dies ist vorliegend jedoch nach der begründeten Auffassung der Vorinstanz (Verfügung Rz. 1379) nicht bzw. nur mit unverhältnismässig grossem Aufwand der Fall (vgl. dazu auch Urteile *in Sachen Baubeschläge* B-5919/2017 E. 486 *Koch II* und B-5918/2017 E. 285 *Siegenia II*, B-581/2012 E. 9.2.5 *Nikon*; B-7633/2009 *ADSL II* E. 768). Ausserdem würde ein besonders hoher Gewinn als erschwerender Umstand sanktionserhöhend wirken (Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG). Von einer solchen Beurteilung hat die Vorinstanz abgesehen, weshalb die Beschwerdeführerinnen hieraus nicht den Umkehrschluss zu einer Sanktionsreduktion herleiten können. So lässt auch der Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG hierzu keinen Raum. In diesem Sinne ist Art. 49a Abs. 1 KG nicht umgekehrt auf eine verhältnismässige Berücksichtigung von geringen tatsächlichen oder mutmasslichen Gewinnen ausgerichtet (Urteil *in Sachen Baubeschläge* B-5919/2017 E. 492 *Koch II*).

**11.4.6.4** Der gegenüber der angefochtenen Verfügung beträchtlich herabgesetzte Sanktionsbetrag (vgl. insb. die Reduktion um 1/3 gemäss E. 11.4.7) trägt der vorstehend ausführlich aufgezeigten Schwere des Verstosses Rechnung und erscheint unter Würdigung der Umstände des Einzelfalls verhältnismässig und angemessen. Die Beschwerdeführerinnen legen zudem weder stichhaltig dar noch ist ersichtlich, dass der Sanktionsbetrag für diese nicht tragbar sein soll (E. 4.2.3.2). Vor diesem Hintergrund sind die weiteren – insbesondere auf die Verhältnismässigkeit gestützten – Rügen der Beschwerdeführerinnen gegen die Höhe der Sanktionen – soweit sie rechtserheblich sind – unbegründet.

#### **11.4.7 Sanktionsreduktion aufgrund langer Verfahrensdauer**

**11.4.7.1** Schliesslich ist noch zu prüfen, ob die lange Verfahrensdauer vor dem Bundesverwaltungsgericht zu einer Reduktion des Sanktionsbetrags führt. Die Beschwerdeführerinnen haben am 15. Februar 2024 bzw. 16. April 2025 die lange Verfahrensdauer schriftlich gerügt (vgl. Sachverhalt Bst. B.j).

**11.4.7.2** Gemäss der neusten kartellrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts bewegt sich – ausserhalb von ausserordentlichen Umständen – eine Beschwerdeverfahrensdauer von sechs Jahren am obersten Limit. So hat das Bundesgericht kürzlich bei einer achtjährigen Verfahrensdauer vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Kürzung von 25% (2/8) vorgenommen (Urteile des BGer 2C\_75/2023 vom 19. Februar 2025 E. 12.5 und 2C\_64/2023 2023 E. 12.5, *jeweils Abreden im Bereich Luftfracht*).

**11.4.7.3** Im vorliegenden Fall liegen keine ausserordentlichen Umstände vor, weshalb eine Kürzung aufgrund langer Verfahrensdauer vorzunehmen ist. Es erscheint angezeigt, für die konkrete Berechnung auf die oben erwähnte bundesgerichtliche Praxis abzustellen. In casu beträgt die Verfahrensdauer vor dem Bundesverwaltungsgericht neun Jahre. Dementsprechend ist eine Kürzung der Sanktion von 3/9 (bzw. 1/3) vorzunehmen (sechs Jahre als oberstes Limit, d.h. für die darüber hinausgehende Dauer von drei Jahren im Verhältnis entsprechende Kürzung der Sanktionierung). Diese Kürzung beträgt somit Fr. [...] (1/3 von Fr. [Zwischenergebnis in E. 11.4.5.8]).

**11.5** Im Ergebnis ist damit die vorinstanzliche Sanktion von Fr. [0.3-0.5 Mio.] auf Fr. [0.2–0.4 Mio.] (2/3 von Fr. [Zwischenergebnis in E. 11.4.5.8]) zu reduzieren.

## **12. Auferlegung von Verhaltenspflichten**

**12.1** Die Beschwerdeführerinnen rügen weiter die Rechtswidrigkeit der von der Vorinstanz in Ziff. 1 des Dispositivs auferlegten Verhaltenspflichten. Sie führen aus, hinsichtlich Ziff. 1 des Dispositivs fehle eine gesetzliche Grundlage. Zudem seien die Anordnungen nicht verhältnismässig. Sie gingen einerseits über den Anwendungsbereich von Art. 5 KG hinaus, weshalb die Anordnung nicht geeignet sei, Verstösse gegen Art. 5 KG vorzubeugen. Wo sich die Anordnung im Anwendungsbereich von Art. 5 KG befinde, erscheine sie nicht erforderlich, um die kartellrechtlichen Ziele zu verwirklichen, weil Art. 5 KG unabhängig von den Anordnungen der Vorinstanz gelte. Die Anordnungen seien auch darum nicht erforderlich, weil die Unternehmen den Informationsaustausch bereits Jahre vor der Untersuchungseröffnung eingestellt und sich damit bereits zum Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung korrekt verhalten hätten (Beschwerde Rz. 214 ff., Replik Rz. 63 f.)

**12.2** Die Vorinstanz führt dagegen aus, bei Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung könne sie Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmten Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlege. Die in Ziff. 1 des Dispositivs festgehaltenen Massnahmen entsprächen inhaltlich den vereinbarten einvernehmlichen Regelungen gemäss Ziff. 2 des Dispositivs (Verfügung Rz. 1324 ff.). Weiter ergänzt die Vorinstanz, dass sie gestützt auf Art. 30 KG Anordnungen treffen könne, mit welchen die kartellrechtlichen Bestimmungen in Bezug auf den Untersuchungsgegenstand für die Untersuchungsadressatinnen konkretisiert würden (Vernehmlassung Rz. 81).

**12.3** Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die Wettbewerbskommission auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen. Der Wortlaut der Bestimmung enthält keinen Hinweis auf den zulässigen Inhalt entsprechender Massnahmen. Auch in der Botschaft des Bundesrats finden sich diesbezüglich kaum nähere Ausführungen (Botschaft KG 1995, BBI 1995 I 468 ff., S. 604, 620; BGE 148 II 475 E. 4.3.2; Urteil B-5161/2019 E. 4.2, *jeweils Strassenbau Graubünden Implenja*, Urteil des BVGer B-716/2018 vom 23. November 2023 E. 15.3 *Engadin VI*).

In Bezug auf die Massnahmen, welche die Vorinstanz gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG anordnen kann, gibt es dementsprechend keinen abschliessenden Katalog. Damit verfügt die Vorinstanz bei ihrer Entscheidung, ob und gegebenenfalls welche Massnahmen sie gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG anordnet, über einen weiten Beurteilungsspielraum. Es kann sich dabei um Anordnungen zu einem Tun oder einem Unterlassen handeln (BGE 148 II 475 E. 4.3.2 ff.; Urteil B-5161/2019 E. 4.2, *jeweils Strassenbau Graubünden Implenja*, Urteil B-716/2018 E. 15.3 *Engadin VI*).

Entsprechende Massnahmen müssen gemäss dem in Art. 5 Abs. 2 BV verankerten rechtsstaatlichen Grundsatz der Verhältnismässigkeit geeignet, erforderlich und für das betroffene Unternehmen zumutbar sein (BGE 148 II 475 E. 5 *Strassenbau Graubünden Implenja*). Die Verhältnismässigkeit beurteilt sich nach der Zwecksetzung des Kartellgesetzes, wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten (Art. 1 KG; vgl. Botschaft KG 1995, BBI 1995 I S. 468 ff., 472 ff., 511 ff.; BGE 148 II 475 E. 4.3.4, 4.4; Urteil B-5161/2019 E. 4.2, 5.2, *jeweils Strassenbau Graubünden Implenja*). Die Verhaltensanordnung muss demzufolge eine verhältnismässige Massnahme zum Schutz wirksamen Wettbewerbs sein und in diesem Rahmen

der Sicherstellung kartellrechtskonformen Verhaltens dienen (Urteil B-716/2018 E. 15.3 m.H. *Engadin VI*).

Die gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG auferlegten Verhaltenspflichten sind nach Art. 50 KG sanktionsbewehrt. Danach wird ein Unternehmen, das zu seinem Vorteil unter anderem gegen eine rechtskräftige Verfügung der Wettbewerbsbehörden verstösst, mit einem Betrag bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Die Verhaltenspflichten müssen nicht zuletzt angesichts dieses hohen Sanktionsrahmens genügend präzise formuliert werden (Urteile B-5161/2019 E. 6.3 *Strassenbau Graubünden Implenja*; B-716/2018 E. 15.3 *Engadin VI*).

Die Wettbewerbsbehörden können damit den Verfügungsadressaten bei direkt sanktionierbaren Verstössen neben einer Verwaltungssanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG auch Verhaltenspflichten gestützt auf Art. 30 Abs. 1 KG auferlegen (BGE 148 II 475 E. 4.3.2; Urteil B-5161/2019 E. 4.3.3, *jeweils Strassenbau Graubünden Implenja*, Urteil B-716/2018 E. 15.3 *Engadin VI*).

**12.4** Die angefochtene Verfügung auferlegt den Beschwerdeführerinnen die folgenden Verhaltenspflichten (zu deren Wortlaut: Sachverhalt Bst. A.i):

- Dispositiv-Ziffer 1.1 statuiert das Verbot, Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht auf eine Offerteingabe "anzufordern" oder "derartiges anzubieten";
- Dispositiv-Ziffer 1.2 untersagt den Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen, sich im Zusammenhang mit der Erbringung von Strassen- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zuteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen;
- Dispositiv Ziff. 1.3 verpflichtet die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen, geplante Arbeitsgemeinschaften (ARGE) in Zusammenhang mit von ihr erbrachten Strassen- und Tiefbauleistungen gegenüber dem Auftraggeber offenzulegen.

Die Unterlassungsanordnungen beziehen sich auf spezifische Verhaltensweisen im Zusammenhang mit der Erbringung von Baudienstleistungen und umschreiben das zu unterlassende Verhalten hinreichend präzise. Das oben erwähnte Bestimmtheitsgebot ist damit gewahrt (vgl. Urteil B-716/2018 E. 15.4 *Engadin VI*).

**12.5** Die von Dispositiv-Ziffer 1.1 bis 1.3 umschriebenen Verhaltensweisen haben den Austausch von Informationen über fundamentale Wettbewerbsparameter (Preis und Geschäftspartner bzw. Gebiet sowie [bestehendes oder fehlendes] Interesse an einem Auftrag) unter Konkurrenten zum Gegenstand.

Durch eine entsprechende Kontaktaufnahme mit Konkurrenten werden diese über das beabsichtigte unternehmerische Verhalten in Bezug auf das jeweilige Bauprojekt in Kenntnis gesetzt. Der Austausch von Informationen über Preise und Geschäftspartner unter Konkurrenten erlaubt es den beteiligten Unternehmen, das Marktverhalten ihrer Konkurrenten zu antizipieren. Ein solches Verhalten begründet deshalb die (widerlegbare) Vermutung, dass die Wettbewerber die auf diese Weise erhaltenen Informationen auch bei der Festlegung ihres Marktverhaltens berücksichtigen (BGE 147 II 72 E. 3.4.4 *Pfizer II*; Urteile B-5161/2019 E. 5.4.3.1 *Strassenbau Graubünden Implenja*; B-716/2018 E. 15.5 *Engadin VI*).

Das jeweils untersagte Verhalten steht im Widerspruch zum Grundanliegen des Kartellgesetzes, wonach die auf einem Markt tätigen Unternehmen die relevanten Wettbewerbsparameter unabhängig voneinander festzulegen haben. Es ist – wie soeben aufgezeigt – *geeignet*, die Ungewissheit zwischen den beteiligten Unternehmen über das zukünftige Verhalten des jeweiligen Konkurrenten im Wettbewerb auszuschliessen (BGE 147 II 72 E. 3.2 *Pfizer II*; Urteil B-716/2018 E. 15.5 *Engadin VI*).

Die Beschwerdeführerinnen machen unter sinngemässer Anrufung des Legalitätsprinzips geltend, die Massnahmen würden über den Anwendungsbereich von Art. 5 KG hinausgehen. Soweit sie damit die Ansicht vertreten, dass Unterlassungsanordnungen einzig Verhaltensweisen erfassen dürften, die mit dem festgestellten Verstoss identisch seien, gehen sie aufgrund der vorstehenden Erwägungen fehl. Unbegründet ist auch ihr Einwand, die Unterlassungsanordnungen würden unilaterales Verhalten untersagen, das nicht notwendig eine unzulässige Wettbewerbsabrede begründe, denn praxisgemäss sind die Unterlassungsanordnungen im Kontext der kartellrechtlichen Bestimmungen zu lesen (BGE 148 II 475 E. 5.4 f. *Strassenbau Graubünden Implenja*; Urteil B-716/2018 E. 15.5 *Engadin VI*).

Daraus ergibt sich, dass Art. 30 Abs. 1 KG eine hinreichende Rechtsgrundlage für die angefochtenen Anordnungen darstellt.

**12.6** Näher zu prüfen bleibt, ob diese Anordnungen zur Sicherstellung dieses Ziels auch *erforderlich* sind. Praxisgemäss setzt eine Unterlassungsanordnung nämlich eine Wiederholungsgefahr im Sinne einer gewissen Wahrscheinlichkeit voraus, dass ein vergleichbares kartellrechtswidriges Verhalten droht (BGE 148 II 475 E. 4.4 ff.; Urteil B-5161/2019 E. 4.3.3, 4.5, *jeweils Strassenbau Graubünden Implenja*, in diesem Sinne auch Urteil des BVGer B-3975/2013 vom 30. Oktober 2019 E. 20 *Buchhändler Les Editions Flammarion*). Andernfalls ist die Anordnung von Massnahmen nicht erforderlich (Urteile des BVGer B-5172/2019 E. 8.4.4 *Engadin II*; B-710/2014, B-747/2014, B-761/2014, B-765/2014, B-786/2014 und B-787/2014 [je] vom 16. November 2022 E. 16.3.1 f. [bzw. E. 3.3.1 f., E. 14.3.1 f., E. 15.3.1 f.], *Abreden im Bereich Luftfracht*).

Es ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass sich die Beschwerdeführerinnen bereits ab den 80er Jahren am „Vorgängersystem“ der nun hier zu sanktionierenden unzulässigen Wettbewerbsabreden (im Sinne einer Gesamtabrede) beteiligt haben (vgl. Sachverhalt Bst. A.j.b). Erst Mitte 2009 haben sie den Informationsaustausch eingestellt (vgl. E. 10 sowie Beschwerde Rz. 220). Vor diesem Hintergrund besteht ein gewisses Risiko, dass die Beschwerdeführerinnen sich im Rahmen von Ausschreibungen erneut kartellrechtswidrig verhalten könnten. Hieran nichts zu ändern vermag unter den gegebenen Umständen, dass der vorliegend als schwerwiegend zu beurteilende Verstoss nunmehr rund 15 Jahre zurückliegt. Die fragliche Massnahme ist insoweit zur Wahrung wirksamen Wettbewerbs erforderlich (BGE 148 II 475 E. 5.3 *Strassenbau Graubünden Implenja*; Urteile B-716/2018 E. 15.7 *Engadin VI*; B-3975/2013 E. 20 *Buchhändler Les Editions Flammarion*, insofern bestätigt durch Urteil des BGer 2C\_44/2020 vom 3. März 2022 E. 12.7). Sodann hat das Bundesverwaltungsgericht kürzlich in einer vergleichbaren Situation (Gesamtabrede) die angefochtenen Unterlassungsanordnungen als rechtmässig bezeichnet (Urteil B-3290/2018 E. 204 *Lazzarini*).

**12.7** Mit Blick auf die geringe Schwere des mit den Verhaltenspflichten verbundenen Eingriffs sind diese den Beschwerdeführerinnen auch ohne Weiteres *zumutbar*. Wie das Bundesverwaltungsgericht festgehalten hat, entfalten Unterlassungsanordnungen bei abgeschlossenen Wettbewerbsverstössen aufgrund der direkten Sanktionierbarkeit von sog. harten Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG kaum bemerkenswerte Rechtswirkungen (vgl. Urteil B-420/2008 E. 2.4.2 *Strassenbeläge Tessin*). Zudem besteht ein

gewichtiges öffentliches Interesse an der Verhinderung künftiger Wettbewerbsabreden bei Ausschreibungen (Urteil B-716/2018 E. 15.7 *Engadin VI*).

**12.8** Die in Dispositiv-Ziffer 1.1 bis 1.3 angefochtenen Verhaltenspflichten sind demzufolge verhältnismässige Massnahmen zur Vorbeugung eines erneuten wettbewerbswidrigen Verhaltens der Beschwerdeführerinnen bei Ausschreibungen von Bauprojekten und erweisen sich damit im Ergebnis als rechtmässig.

### **13. Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens**

**13.1** Die Beschwerdeführerinnen beantragen weiter die vollumfängliche Aufhebung der vorinstanzlichen Kostenaufgabe gemäss Ziff. 16 des Dispositivs der Verfügung, soweit sie davon betroffen sind (Beschwerde materielle Anträge 1, 2 und 3). Zur Höhe der vorinstanzlichen Verfahrenskosten haben sie sich allerdings weder in der Begründung ihrer Beschwerde noch im Schriftenwechsel näher geäussert. Mit Blick auf das Parallelverfahren B-6849/2016 *Toller* rechtfertigt sich jedoch auch vorliegend eine kurze Überprüfung der verfügten Verfahrenskosten, zumal die Begründung der Begehren die Beschwerdeinstanz nicht bindet (Art. 62 Abs. 4 VwVG; vgl. Urteil B-7920/2015 E. 12 *VPVW Stammische/Projekt Repo*).

**13.2** In Ziff. 16 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung hat die Vorinstanz die Verfahrenskosten auf total Fr. 977'567.– festgesetzt und der Beschwerdeführerin 1 sowie der Beschwerdeführerin 2 den Betrag von total Fr. 131'943.–unter solidarischer Haftung auferlegt (Verfügung Ziff. 16.3 des Dispositivs).

**13.3** Die Auferlegung von Kosten im vorinstanzlichen Verfahren richtet sich gestützt auf Art. 53a KG nach der Gebührenverordnung KG vom 25. Februar 1998 (GebV-KG, SR 251.2). Gebührenpflichtig ist gemäss Art. 2 Abs. 1 GebV-KG, wer Verwaltungsverfahren verursacht oder Gutachten und sonstige Dienstleistungen der Wettbewerbskommission oder des Sekretariats veranlasst. Keine Gebührenpflicht besteht gemäss Art. 3 Abs. 2 GebV-KG für Beteiligte, die eine Vorabklärung oder eine Untersuchung verursacht haben, sofern sich keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergeben bzw. sich die vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grunde eingestellt wird. Die Gebühr bemisst sich gemäss Art. 4 GebV-KG nach dem Zeitaufwand.

**13.4** Die Beschwerdeführerinnen haben vorliegend – wie ausführlich dargelegt – gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c. i.V. m. Abs. 1 KG gegen das Kartellgesetz verstossen. Insgesamt scheint die Kostenverteilung in der angefochtenen Verfügung mit Bezug auf die Beschwerdeführerinnen nachvollziehbar und ist nicht zu beanstanden. So haben die Beschwerdeführerinnen – unabhängig von der teilweisen Gutheissung der Beschwerde durch das Bundesverwaltungsgericht – die Durchführung der vorinstanzlichen Untersuchung mitveranlasst. Insoweit die angefochtene Verfügung nicht vollumfänglich zu bestätigen war, kann daraus praxismässig nicht abgeleitet werden, dass das vorinstanzliche Untersuchungsverfahren mit einem geringeren Aufwand hätte durchgeführt werden können. Die Abänderung der angefochtenen Verfügung durch dieses Urteil führt daher nicht dazu, dass eine Änderung des vorinstanzlichen Entscheids hinsichtlich der Verfahrenskosten vorzunehmen wäre (Urteile B-3097/2018 E. 131 *Resgia Koch*; B-3290/2018 E. 209 *Lazzarini*).

**13.5** Die Beschwerde ist damit bezüglich der vorinstanzlichen Verfahrenskosten abzuweisen.

#### **14. Kosten des Beschwerdeverfahrens und Parteientschädigung**

**14.1** Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Verfahrenskosten des Beschwerdeverfahrens in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt. Ausnahmsweise können sie ihr erlassen werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

**14.2** Die Spruchgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> Bst. b VwVG und Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Art. 4 VGKE sieht bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von Fr. 200'000.– bis Fr. 500'000.– eine Gerichtsgebühr zwischen Fr. 3'000.– und Fr. 14'000.– vor. Wenn besondere Gründe es rechtfertigen, namentlich mutwillige Prozessführung oder ausserordentlicher Aufwand, kann das Gericht über diese Höchstbeträge hinausgehen (Art. 2 Abs. 2 VGKE). Maximal beträgt die Spruchgebühr in vermögensrechtlichen Streitigkeiten Fr. 50'000.– (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> Bst. b VwVG).

**14.3** Mit Blick auf die Höhe des Streitwerts, das umfangreiche Instruktionsverfahren, den grossen Aktenumfang sowie den erheblichen Prüfungs- und Begründungsaufwand in der Hauptsache ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 11'000.– festzusetzen.

**14.4** Die gerichtlich festgestellte rechtmässige Sanktionshöhe beträgt neu Fr. [0.2–0.4 Mio.] (vgl. E. 11) im Vergleich zum ursprünglichen Sanktionsbetrag von Fr. [0.3–0.5 Mio.], was rund 57% entspricht. Für das Teilunterliegen bzw. -obsiegen der Beschwerdeführerinnen ist weiter von Bedeutung, dass das Gericht in E. 5.4 eine leichte, wenn auch geheilte, Gehörsverletzung festgestellt hat. Unter Berücksichtigung dieses teilweisen Obsiegens der Beschwerdeführerinnen im vorliegenden Verfahren wird ihnen die Gerichtsgebühr infolgedessen um die Hälfte auf Fr. 5'500.– ermässigt. Der einbezahlte Kostenvorschuss von Fr. 11'000.– ist zur Begleichung der Verfahrenskosten zu verwenden. Der Restbetrag wird den Beschwerdeführerinnen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**14.5** Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 ff. VGKE). Soweit eine Parteientschädigung nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann, wird sie der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat (Art. 64 Abs. 2 VwVG). Bundesbehörden haben keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

**14.6** Die Beschwerdeführerinnen reichten im vorliegenden Verfahren keine Kostennote ein. Unter Berücksichtigung aller Umstände ist den Beschwerdeführerinnen ermessensweise eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 6'000.– zu Lasten der Vorinstanz zuzusprechen.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:****1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird.

**2.**

Dispositiv-Ziffer 3.3 der angefochtenen Verfügung wird mit Bezug auf die den Beschwerdeführerinnen auferlegte Sanktion aufgehoben und wie folgt neu gefasst:

*„Mit Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG wegen Beteiligung an der gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Gesamtabrede mit folgenden Beträgen belastet werden: OBERHOLZER Bauleistungen AG sowie OBERHOLZER Immobilien AG unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von CHF [0.2-0.4 Mio.].“*

**3.**

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

**4.**

Die Verfahrenskosten in der Höhe von total Fr. 11'000.– werden der OBERHOLZER Bauleistungen AG und der OBERHOLZER Immobilien AG zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung im Umfang von Fr. 5'500.– auferlegt. Dieser Betrag wird dem von den Beschwerdeführerinnen einbezahlten Kostenvorschuss von Fr. 11'000.– entnommen. Der Restbetrag von Fr. 5'500.– wird den Beschwerdeführerinnen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**5.**

Die Vorinstanz hat der OBERHOLZER Bauleistungen AG und der OBERHOLZER Immobilien AG eine reduzierte Parteientschädigung von total Fr. 6'000.– zu bezahlen.

**6.**

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerinnen, die Vorinstanz und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Christian Winiger

Fanny Paucker

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 16. Dezember 2025

Zustellung erfolgt an:

- Die Beschwerdeführerinnen (Rechtsvertreter; Gerichtsurkunde;  
Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 22-0438; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und  
Forschung WBF (Gerichtsurkunde)