

# NIEDERER KRAFT & FREY

Niederer Kraft & Frey Ltd  
Bahnhofstrasse 13 · CH-8001 Zurich  
Telephone +41 58 800 8000 · Telefax +41 58 800 8080  
nkf@nkf.ch · www.nkf.ch



## Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau - Aus Sicht der Unternehmen

Studienvereinigung Kartellrecht - Semesteraussprache vom 29. April 2013

Nicolas Birkhäuser

NKF

# De quoi s'agit-il? (1)

---

- Vorab: Mehrere Unternehmen haben gegen die Verfügung der WEKO Beschwerde eingereicht
- Submissionsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a und c i.V.m. Abs. 1 KG: Abreden betreffend Preise und die Aufteilung von Märkten
- Unternehmen wurden von der WEKO für Submissionsabreden in 109 Fällen in den Jahren 2006 – 2009 sanktioniert
- Gemessen am Total der Objekte der Unternehmen im relevanten Zeitraum waren damit schätzungsweise weniger als 5% aller Objekte von Abreden betroffen → überwiegende Mehrheit nicht abgesprochen

## De quoi s'agit-il? (2)

---

- Zwar „keine Rahmenvereinbarung im Stil eines strikten Rotationskartells“, aber die aus Sicht der WEKO „hohe Anzahl von Absprachen spricht für ein gewisses System“
- → Es wurde jeweils auf das einzelne Projekt abgestellt: Jedes Projekt stellt einen eigenen relevanten Markt dar
- → Der relevante Umsatz ist nicht der jeweilige Gesamtumsatz der Unternehmen, sondern der Umsatz, der mit den Projekten erzielt worden ist, d.h. die Summe sämtlicher erfolgreichen Schutznahmen
- Basisbetrag 7% des Umsatzes
- Ausdrücklicher Hinweis, dass „aufgrund der Signalwirkung des hier vorliegenden Falles“ künftig Basisbeträge von 10 % des Umsatzes

## De quoi s'agit-il? (3)

---

- Zwei parallele Untersuchungen zum selben Gegenstand Submissionsabreden. Geographische Abgrenzung Kantone Aargau / Zürich primär aus Kapazitätsgründen. Überschneidungen auf der Seite der Unternehmen
- Da der erste Selbstanzeiger nicht Anzeiger war (d.h. nicht Untersuchung ausgelöst hat), wurde der 100% Sanktionserlass nicht infolge Eröffnungskooperation, sondern zufolge Feststellungskooperation gewährt (Kooperation nach Eröffnung der Untersuchung während Hausdurchsuchung)

# Gegenüberstellung Kanton Aargau / Kanton X re Selbstanzeige

## Kanton Aargau

- Mehrere Selbstanzeiger, von Anfang an
- 109 Fälle bewiesen (gem. WEKO)
- Summe der Geldbussen rund CHF 4 Mio.

## Kanton X

- Nur 1 Selbstanzeiger?
- < 30 Fälle bewiesen (gem. Sekretariat / WEKO)?
- Grossteil dieser Fälle vom Selbstanzeiger angezeigt?
- Bussen deutlich tiefer?

→ Was, wenn überhaupt kein Selbstanzeiger da ist...?

# Vor- und Nachteile von Selbstanzeige bzw. Kooperation insbesondere bei Submissionsfällen (1)

## Vorteile:

- Sanktionserlass: i.d.R. 100% für den ersten Selbstanzeiger; bis zu 50% ab dem zweiten Selbstanzeiger
- Man kann medial kommunizieren, dass man umfassend kooperiert (Kooperation auch ohne Selbstanzeige möglich, aber nicht ohne Lieferung von Informationen)

## Nachteile:

- Jeder (auch selbst angezeigte) Fall erhöht grundsätzlich die Sanktion (Basisbetrag = Summe des Umsatzes der abgesprochenen Submissions-Projekte, an denen Partei beteiligt ist)
- Die umfassend kooperierenden Selbstanzeiger sind u.U. an den meisten – aufgedeckten – Projekten beteiligt
- → U.U. werden bei den Selbstanzeigern die höchsten Sanktionen berechnet

# Vor- und Nachteile von Selbstanzeige bzw. Kooperation insbesondere bei Submissionsfällen (2)

## Vorteile:

[intentionally left blank]

## Nachteile:

- Die Sanktionsreduktion wird grundsätzlich für das ganze Verfahren, und nicht für jeden Markt einzeln geprüft (d.h. nicht für die einzelnen Projekte)
- Das hätte grundsätzlich zur Folge:
  - Erster Selbstanzeiger 100% Erlass auf allen Projekten
  - Ab zweitem Selbstanzeiger bis zu 50% Erlass auf allen Projekten

# Vor- und Nachteile von Selbstanzeige bzw. Kooperation insbesondere bei Submissionsfällen (3)

## Vorteile:

[intentionally left blank]

## Nachteile:

- Konsequenz wäre:
  - Falls Sanktion ganz erlassen wird: finanziell keine negative (bzw. eine positive) Auswirkung der Selbstanzeige
  - Falls aber Sanktion nur zu 50% oder weniger erlassen wird: u.U. höhere Sanktion als ohne Selbstanzeige (z.B. 50% bezahlen von CHF 2 Mio. > 100% von CHF 200'000) - Je nach den Umständen



# Vor- und Nachteile von Selbstanzeige bzw. Kooperation insbesondere bei Submissionsfällen (4)

## Vorteile:

[intentionally left blank]

## Nachteile:

Abhilfe durch WEKO:

- Falls Voraussetzungen erfüllt sind, werden Projekte, die noch nicht bekannt waren und von nicht-erstem Selbstanzeiger als erste vorgelegt werden, bei ihm nicht sanktionserhöhend berücksichtigt.
- 3 Voraussetzungen, die nicht automatisch erfüllt sind:
  - Vorlage entscheidender Beweismittel
  - kurz nach Untersuchungseröffnung
  - alles offenlegen, vollumfänglich kooperieren

# Vor- und Nachteile von Selbstanzeige bzw. Kooperation insbesondere bei Submissionsfällen (5)

## Vorteile:

[intentionally left blank]

## Nachteile:

- Auch wenn Sanktion erlassen wird: u.U. negativer Eindruck in der Öffentlichkeit aufgrund zahlreicher Fälle etc.
- Kooperation verursacht i.d.R. höhere interne und externe Kosten als alles abzustreiten
- Dem Selbstanzeiger werden die vollen Verfahrenskosten auferlegt, die = oder > sein können als die Sanktionen anderer Parteien (inkl. reduzierter Verfahrenskosten)  
(Praxisänderung denkbar?)

# Vor- und Nachteile von Selbstanzeige bzw. Kooperation insbesondere bei Submissionsfällen (6)

## Vorteile:

[intentionally left blank]

## Nachteile:

- Retorsionsmassnahmen durch Geschäftspartner
- Je nach Sachverhalt relevant: Was muss eingestanden werden:
  - Beteiligung an einer Abrede?
  - Marktwirkung einer Abrede?
  - Vorbehalt möglich, an keiner Wettbewerbsbeschränkung beteiligt gewesen zu sein?
- Thema Akteneinsicht noch ungeklärt
- Risiko von Schadenersatzklagen

→ Fraglich, ob sich Selbstanzeige lohnt

# Akteneinsicht (1)

---

- Das Sekretariat zieht zwei rechtliche Grundlagen für die Akteneinsicht durch nicht am Verfahren beteiligte Dritte in Betracht:
  - Einsichtsrechte gestützt auf das DSG
  - Einsichtsrechte gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV
- Das Sekretariat unterscheidet zwischen:
  - Informationen, die durch Selbstanzeiger im Rahmen der Selbstanzeigen offengelegt wurden: teilweise geschützt
  - Informationen, die beschlagnahmt wurden: nicht geschützt

## Akteneinsicht (2)

---

- Das Sekretariat erwägt, Dritten Auszüge aus der Verfügung zugänglich machen, in welchen die diese Dritten betreffenden Projekte und Passagen (d.h. die entsprechenden in der veröffentlichten Version der Verfügung abgedeckten Textstellen) offengelegt werden - mit folgenden Einschränkungen:
- Einschränkung 1: Keine Offenlegung, soweit es sich um Projekte handelt, in denen ein Selbstanzeiger einen Schutz in Anspruch nahm
- Einschränkung 2: Keine weitergehende Akteneinsicht: insbesondere soll kein Zugang zu Selbstanzeigen und damit eingereichten Dokumenten gewährt werden
- Aber: Die Verfügung selbst ist sehr ausführlich
- → Sind die Selbstanzeiger damit geschützt?

## Akteneinsicht (3)

---

- → Werden mit dem Zugänglichmachen von Auszügen aus der Verfügung der WEKO die Informationen, die im Rahmen der Selbstanzeigen offengelegt wurden, vertraulich behandelt und geschützt?
- Website WEKO: „Die Wettbewerbskommission (Weko) und ihr Sekretariat garantieren den meldenden Unternehmen absolute Vertraulichkeit.“
- Wohl kaum:
  - Abgedeckte Textstellen = sensitive Informationen
  - Ein Teil dieser Informationen stammt aus den Selbstanzeigen
- Besteht für Selbstanzeiger nur ein Risiko bei Objekten, bei denen sie Schutz erhalten haben?

# Akteneinsicht (4)

---

- Würdigung Akteneinsicht:
  - DSGVO und BV keine Rechtsgrundlagen?
  - Öffentliches Interesse an der Durchsetzung des KG und private Interessen der Selbstanzeiger (bzw. der Parteien, die freiwillig Informationen unterbreitet haben) überwiegen das Interesse der Dritten an der Akteneinsicht?
  - Vertrauensschutz würde ausgehöhlt. Das Sekretariat selbst hält in der Zwischenverfügung vom 10. August 2011 fest:  
„Unternehmen, die eine Bonusmeldung einreichen, sollen sich darauf verlassen können, dass die von ihnen gemachten Aussagen und eingereichten Unterlagen nur einer eingeschränkten Akteneinsicht [durch Verfahrensparteien, vor Ort, ohne Kopiermöglichkeit] unterliegen.“ - Ferner Website WEKO (vgl. Folie 14) - ?
- Status Quo: Das Sekretariat hat im November 2012 die Stellungnahmen der Parteien zu der in Betracht gezogenen Gewährung der Akteneinsicht erhalten

# NIEDERER KRAFT & FREY

Niederer Kraft & Frey Ltd  
Bahnhofstrasse 13 · CH-8001 Zurich  
Telephone +41 58 800 8000 · Telefax +41 58 800 8080  
nkf@nkf.ch · www.nkf.ch

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

NKF