

«Si unus cum una...»: Vom Beweismass im Kartellrecht*

Marc Amstutz, Professor an der Universität Freiburg
Stefan Keller, lic. iur., Assistent und Lektor an der Universität Freiburg
Mani Reinert, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt in Zürich

I. Sachverhalt und vorinstanzlicher Entscheid

Das Bundesamt für Bauten und Logistik («Bundesamt») schrieb im März 1999 Betonsanierungen an der Schweizerischen Landesbibliothek nach dem selektiven Verfahren gemäss Art. 15 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen zur Bewerbung (BoeB) aus. Es wurden vier Firmen zur Offertstellung eingeladen. Diese vier Erstofferentinnen reichten Angebote in der Höhe von CHF 2 222 916.–, CHF 2 029 380.–, CHF 2 000 040.– und CHF 1 911 472.– ein. Da die Offerten über einer Kostenschätzung von CHF 900 000.– lagen, welche ein unabhängiger Experte vor dem Vergabeverfahren erstellt hatte (den die vier Offerentinnen indessen nicht kannten und den das Bundesamt trotz mehrmaliger Aufforderungen später weder beim Sekretariat der Wettbewerbskommission [«Sekretariat»] noch bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen [REKO/WEF] einreichte), holte das Bundesamt bei der Batigroup eine Vergleichsofferte ein, die auf den Gesamtbetrag von CHF 1 294 039.– lautete und somit um CHF 617 433.– unter der tiefsten Submissionsofferte lag.

Das Sekretariat eröffnete am 13. Januar 2000 auf entsprechende Benachrichtigung seitens der Behörde eine Untersuchung gegen die vier Erstofferentinnen wegen Verdachts auf das Bestehen einer Submissionsabrede. Das Bundesamt seinerseits brach das Submissionsverfahren mit Verfügung vom 27. März 2000 ab und vergab die Sanierungsarbeiten im freihändigen Verfahren mit Verfügung vom 28. März 2000 an die Batigroup. Beide Verfügungen wurden von den vier Erstofferentinnen nicht angefochten.

In der Untersuchung vor dem Sekretariat bestritten die vier Erstofferentinnen das Bestehen einer Submissionsabsprache. Am 11. Oktober 2001 übermittelte ihnen das Sekretariat einen Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung, die u.a. das Bestehen einer unzulässigen Abrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG festhielt. Der Vertreter einer der Erstofferentinnen erklärte am 27. Oktober 2001 sein Einverständnis. Die drei anderen Parteien reichten am 12. November 2001 einen Gegenvorschlag für eine einvernehmliche Regelung ein, in welcher das Bestehen einer Preisabrede bestritten wurde. Die vierte Erstofferentin zog mit Erklärung vom 6. November 2001 ihr Einverständnis zum Vorschlag des Sekretariates für eine einvernehmliche Regelung zurück und schloss sich dem Gegenvorschlag der anderen drei Parteien an.

Während der Untersuchung wurden Vertreter der Weko und des Sekretariates in der Presse mit Aussagen wie «wir wissen, dass Absprachen gemacht wurden» zum Verfahren zitiert. Die Parteien unterliessen indessen eine entsprechende sofortige Befangenhitsrüge.

Die Wettbewerbskommission («Weko») erliess am 17. Dezember 2001 eine Verfügung, in welcher sie die Anwendbarkeit des KG neben dem BoeB bejahte. In der Sache selbst kam sie zum Schluss, dass den Parteien keine ausdrückliche Vereinbarung nachgewiesen werden konnte. Sie bejahte indessen das Vorliegen einer abgestimmten Abrede bezüglich der Preise aufgrund folgender Indizien¹:

(i) Der Preisunterschied zwischen der Offerte der Batigroup und der Kostenschätzung einerseits und den vier Offerten der Beschwerdeführerinnen andererseits sei gross. Relativ pauschal wies die Weko dabei den Einwand der letzteren zurück, dass die Offerte der Batigroup auf einer unsorgfältigen Abklärung des Auftrags beruhe und dieses Bauunternehmen die Sanierungsarbeiten nicht ausschreibungsgemäss durchgeführt habe. Das Argument, die Offerte der Batigroup beruhe auf einer tieferen Qualität, wischte die Weko mit der Bemerkung beiseite, dass die Behebung allfälliger Baumängel den Werkvertrag mit diesem Unternehmen beschlage.

(ii) Es bestehe eine verhältnismässig kleine Differenz von CHF 311 444.– zwischen der höchsten und tiefsten Offerte der vier Erstofferentinnen. Gemäss dem Entscheid *Clima-Suisse* der REKO/WEF² sei ein Preiskorridor von +/-10% ein hinreichender Beweis für eine Abrede.

(iii) Keine der vier Parteien habe den Abbruch des Submissionsverfahrens angefochten.

(iv) Eine der vier Parteien habe zunächst der einvernehmlichen Regelung des Sekretariates zugestimmt, welche ausdrücklich das Bestehen einer unzulässigen Preisabrede feststellte.

(v) Die vier Erstofferentinnen hätten aufgrund einer gemeinsamen Begehung der künftigen Baustelle am 16. Juli 1999 voneinander gewusst.

Die vier Erstofferentinnen erhoben gegen diese Verfügung bei der REKO/WEF Beschwerde.

II. Beschwerdeentscheid

Die REKO/WEF wies zunächst die Rüge zurück, dass die in der Presse zitierten Aussagen der Vertreter der Weko aufgrund eines Verstosses gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens zur Aufhebung der Verfügung führen müssten. Sie tat dies mit der Begrün-

* Für hilfreiche Hinweise sind wir Herrn Prof. Dr. HUBERT STÖCKLI herzlich verpflichtet.

¹ RPW 2002/1, 136-138 Rz. 19 b), Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB).

² REKO/WEF, RPW 1999/3, 539 ff., *Clima-Suisse*.

derung, dass die Rüge der Befangenheit sofort und nicht erst im Beschwerdeverfahren hätte angebracht werden müssen³. Überdies folgte sie der (von den Parteien nicht bestrittenen) Auffassung der Weko, dass das BoeB keine Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG darstelle⁴.

Die REKO/WEF hob die Verfügung indessen mit der Begründung auf, dass die Weko unter Art. 27 KG in der Fassung vor dem 1. April 2004 nur habe aktuelle Wettbewerbsbeschränkungen untersuchen können. Bei der fraglichen Abrede habe sich der tatsächliche Wettbewerb indessen bei der Eingabe der Offerten und mithin vor der Eröffnung der Untersuchung abgespielt⁵.

Zusätzlich hielt die REKO/WEF im Ergebnis fest, dass die Weko das Vorliegen einer Abrede nicht rechtsgenügend nachgewiesen habe: Einführend wies sie zunächst darauf hin, dass die Vorinstanz aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes für die Beschaffung der Entscheidungsgrundlagen verantwortlich sei und aus eigener Initiative die erforderlichen Sachverhaltselemente aufklären müsse. Sie dürfe sich nicht auf Aussagen und Beweismittel der Verfahrensbeteiligten beschränken. Dem stehe freilich eine bedeutende Mitwirkungspflicht der Parteien gemäss Art. 13 Abs. 1 Bst. c VwVG gegenüber⁶. Weiter unsterlich die REKO/WEF, dass im Kartellverwaltungsverfahren der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gelte. Demnach habe der Richter im Beschwerdeverfahren alle Beweismittel objektiv zu prüfen⁷.

Im Hinblick auf das Beweismass erinnerte die REKO/WEF zunächst in allgemeiner Weise daran, dass der Beweis erbracht sei, wenn der Richter gestützt auf die Beweiswürdigung zur Überzeugung gelange, dass sich der rechtserhebliche Sachumstand verwirklicht habe. Dabei brauche nicht absolute Gewissheit zu resultieren, unter Umständen genüge auch der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Hingegen könne die blosser Möglichkeit, dass sich eine Tatsache zugetragen habe, nicht ausreichen⁸. Zur Indizienbeweisführung stellte sie sodann fest, dass im Zivilverfahren ein Indizienbeweis als erbracht gelte, wenn die Summe der Wahrscheinlichkeitsgrade der vorgebrachten Indizien weit über 50% liege. Demgegenüber genüge in der kantonalen Praxis zum Submissionsrecht der Beweis, dass ausreichende Anhaltspunkte für eine solche Absprache bestünden. Im Kartellverwaltungsverfahren dürften an das Beweismass angesichts der Komplexität der kartellrechtlichen Sachverhalte keine übertriebenen Ansprüche gestellt werden, ansonsten der materiellrechtliche Gehalt des Kartellgesetzes in funktionswideriger Weise geschwächt würde. Dies bedeute indessen nicht, dass sich die Weko mit einer sachlich begründeten Vermutung, es habe eine Preisabsprache stattgefunden, zufrieden geben dürfe⁹.

Die REKO/WEF kam zum Schluss, dass die oben geschilderte Indizienbeweisführung der Weko das erforderliche Beweismass nicht erfülle:

(i) Was die grosse Differenz der vier Offerten zur Kostenschätzung anbelangte, erachtete die REKO/WEF diese Differenz (im Gegensatz zur kantonalen Praxis zum Submissionsrecht) für sich allein als nicht ausreichend, um das Bestehen einer Abrede darzutun. Sie hielt fest, dass sich die von der Vergabebehörde veranlasste Kostenschätzung auf eine zuverlässige Grundlage stützen müsse, die *in casu* nicht nachgewiesen sei. Ausserdem müssten in Berücksichtigung der Besonderheiten des konkreten Falls auch mögliche Gründe für die massiven Abweichungen eruiert werden. Da sich das Bundesamt indessen beharrlich und mehrfach weigerte, die Kostenschätzung vorzulegen, konnte die REKO/WEF keine solche Prüfung vornehmen. Die REKO/WEF wies überdies daraufhin, dass auch die Offerte der Batigroup wesentlich über der Kostenschätzung lag¹⁰.

(ii) Betreffend die von der Weko angeführte grosse Differenz zwischen der Offerte der Batigroup und denjenigen der anderen vier

Anbieterinnen kritisierte die REKO/WEF, dass sich die Weko nicht mit dem Einwand der vier Erstofferentinnen auseinandergesetzt habe, dass sie eine qualitativ bessere Leistung als die Batigroup offeriert hätten. Die Weko hätte von den vier Erstofferentinnen eine Preisanalyse ihrer Einheitspreise einfordern müssen¹¹.

(iii) Auf das Argument der Weko, wonach der Preiskorridor von +/-10% gemäss der Praxis der REKO/WEF genügend sei, ging die REKO/WEF nicht näher ein, nachdem die Weko eingeräumt hatte, dass ihr Verweis auf die bisherige Praxis der REKO/WEF nicht zutreffend sei¹².

(iv) Auch dem Umstand, dass der Abbruch des Submissionsverfahrens von den vier Erstofferentinnen nicht angefochten worden war, mass die REKO/WEF keine entscheidende Bedeutung bei. Im Gegenteil erachtete die REKO/WEF den Hinweis der Beschwerdeführerinnen als plausibel, dass sie befürchteten bei einem Rekurs gegen ihre Auftraggeberin verdeckten Repressalien bei späteren Submissionen ausgesetzt zu sein¹³.

(v) Dass die vier Erstofferentinnen voneinander wussten, erachtete die REKO/WEF für sich allein als nicht ausreichend, um auf eine Abrede zu schliessen, zumal die Begehung der künftigen Baustelle für die Teilnahme an der Submission obligatorisch war¹⁴.

(vi) Offen gelassen hat die REKO/WEF die Frage, ob der Umstand, dass sich eine der Erstofferentinnen zunächst mit der einvernehmlichen Regelung einverstanden erklärt hatte, ihr Einverständnis später aber zurückzog, ein Indiz für eine getätigte Preisabsprache darstellt. Denn dieser Umstand könne nur dann in Betracht fallen, wenn noch andere Indizien gegeben seien, was im vorliegenden Fall nicht zutrefte¹⁵.

III. Bemerkungen zum Beschwerdeentscheid

A Thema und Aufbau

Der Fall wirft verschiedene Fragen auf, von denen wir in der Folge lediglich diejenige nach dem *Beweismass in einem ausschliesslich auf Indizienbeweisen beruhenden Kartellverfahren* aufgreifen. Diese Wahl treffen wir deshalb, weil sich diese für die Praxis des Kartellrechts sehr bedeutsame Frage in einem schweizerischen Verfahren *zum ersten Mal* stellt¹⁶. Zunächst werden wir allgemein das *Beweismass* und den *Indizienbeweis* im schweizerischen Recht streifen und auf die Notwendigkeit dieser verfahrensrechtlichen Unterscheidung aufmerksam machen – eine Unterscheidung, die im schweizerischen Kartellrecht oft vernachlässigt wird (III.B.).

³ REKO/WEF, FB/2002-1, 22.12.2001, E. 3.2 f.

⁴ REKO/WEF (Fn. 3), E. 5.

⁵ REKO/WEF (Fn. 3), E. 7.

⁶ REKO/WEF (Fn. 3), E. 8.

⁷ REKO/WEF (Fn. 3), E. 8.

⁸ REKO/WEF (Fn. 3), E. 8.

⁹ REKO/WEF (Fn. 3), E. 8.1.

¹⁰ REKO/WEF (Fn. 3), E. 9.1.

¹¹ REKO/WEF (Fn. 3), E. 9.2.

¹² REKO/WEF (Fn. 3), E. 9.3.

¹³ REKO/WEF (Fn. 3), E. 9.4.

¹⁴ REKO/WEF (Fn. 3), E. 9.5.

¹⁵ REKO/WEF (Fn. 3), E. 9.6.

¹⁶ Cf. zu diesem Punkt auch die Anmerkungen zu den hier fraglichen Entscheidungen von HUBERT STÖCKLI, BoeB-Vergabe – Unzulässige Submissionsabrede, BR 4/2002, 162; DERS., Rekurskommission für Wettbewerbsfragen – Submissionsabrede, BR 2/2005, 81.

Danach gehen wir auf die Frage ein, welche die Weko sowie die REKO/WEF so sehr beschäftigt hat: Welchen Anforderungen hat der Beweis eines abgestimmten Verhaltens anhand von Indizien zu genügen (III.C.)?

B Das Beweismass im Schweizer Recht

1. Allgemeines

Wie geschildert (I.), war *in casu* eine ausdrückliche Vereinbarung zwischen den Parteien nicht nachzuweisen. Deshalb sah sich die Weko genötigt, das Vorliegen einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise der Beschwerdeführerinnen anhand der Umstände darzutun, also mittels Indizien. Der *Indizienbeweis*¹⁷ stellt einen *mittelbaren* Beweis dar¹⁸. Das bedeutet, dass er nicht direkt die beweisbedürftige Tatsache – hier das abgestimmte Verhalten –, sondern Umstände beweist, anhand derer Schlüsse auf die *entscheiderhebliche* Tatsache gezogen werden können¹⁹. Massgeblich ist dabei, dass diese bewiesenen Umstände die Wahrscheinlichkeit des Vorliegens der beweisbedürftigen Tatsache auch wirklich beeinflussen²⁰ und der Richter anhand von Erfahrungssätzen aus dem Indiz auf diese Tatsache schliessen kann²¹. Nicht notwendig ist freilich, dass jedes einzelne Indiz genügend Kraft aufweist, um das geforderte Beweismass zu erbringen. Vielmehr können mehrere Indizien derselben Rangstufe im Sinne eines *Beweisrings* oder einander nachgeordneter Indizien als *Indizienkette* den notwendigen Schluss auf die zu beweisende Tatsache herbeiführen²².

Gegen die Zulässigkeit einer Indizienbeweisführung ist auch in kartellrechtlichen Verfahren nichts einzuwenden. Indessen sollte streng zwischen dem Indizienbeweis einerseits und dem im jeweiligen Verfahren geforderten Beweismass andererseits unterschieden werden. Diese notwendige Sonderung nimmt die REKO/WEF in ihrem Entscheid nicht überall scharf vor. So führt sie z.B. aus, dass «[d]er Indizienbeweis [...] im Zivilverfahren als erbracht [gilt], wenn die Summe der Wahrscheinlichkeitsgrade der vorgebrachten Indizien weit über 50% liegt»²³. Die Höhe des Beweismasses hängt aber gerade nicht davon ab, ob ein unmittelbarer Beweis nicht erbracht werden kann und damit mittels Indizienbeweis auf die beweisbedürftige Tatsache geschlossen werden muss, sondern von vielfältigen Kriterien, die im Folgenden näher zu beschreiben sind.

2. Theorie

Das *Beweismass* beantwortet – abstrakt formuliert – die Frage nach dem verlangten Grad der Überzeugung des Richters, einen bestimmten Sachverhalt als bewiesen zu betrachten²⁴. Es stellt damit nichts anderes als eine *Relation* zwischen dem sich tatsächlich verwirklichten Sachverhalt dar – der «objektiven» Wahrheit – und dem durch die beigebrachten Beweismittel nachgewiesenen Sachverhalt. Ziel jedes Richters sollte es dabei sein, eine *wirklichkeitsgerechte* («passende») Sachverhalts(re-)konstruktion zu erzielen. Das Beweismass wird entsprechend der als zulässig erachteten Divergenz zwischen der «objektiven» Wahrheit und der im *Prozess erstellten Wahrheit* erhöht oder gesenkt, was sich unmittelbar auf die Anwendung der materiellen Rechtsnormen auswirkt²⁵: Je höher das Beweismass festgelegt wird, umso mehr beschränkt sich deren Wirkungsbereich. Die Problematik dieses Massstabs ist dabei augenfällig: Eine «objektive» Wahrheit ist dem Richter nämlich nicht unmittelbar zugänglich. Dieser ist, wie SUTTER zutreffend bemerkt, wie ein «Geschichtsforscher gezwungen [...], den historischen Ablauf anhand übermittelter Beweise und Indizien zu beurteilen», sodass «die Erkenntnis der Wahrheit an die

erkennende Person gebunden und insofern *subjektiv* ist»²⁶. Auch die ermittelte Wahrheit ist freilich stark subjektiv geprägt, obliegt es doch dem Richter, in *freier Beweiswürdigung*²⁷ die vorgebrachten Beweismittel zu bewerten und die notwendigen Schlüsse daraus zu ziehen. Das Beweismass ist neben den mehr als schwammigen Bezugsgrössen («objektive» Wahrheit, «prozessuale» Wahrheit) ferner *an sich* vielfach nur schwer fassbar, benutzen doch Lehre und Rechtsprechung eine Vielzahl unterschiedlich definierter Kategorien des Beweismasses, die ihrerseits auslegungsbedürftig sind²⁸.

Was bedeutet es nun, wenn das Bundesgericht sagt, der Richter soll von einer Tatsache *vollständig überzeugt* sein²⁹? Mit Blick auf die erwähnten unklaren Bezugsgrössen des Beweismasses muss der Richter von den durch ihn in freier Würdigung beurteilten Beweise, deren Wert man jedoch nicht numerisch feststellen kann³⁰, überzeugt sein, dass sie eine Tatsache wiedergeben, welche dem

¹⁷ Zur Geschichte des Indizienbeweises in Deutschland ausführlich KURT MICHELS, *Der Indizienbeweis im Übergang vom Inquisitionsprozess zum reformierten Strafverfahren*, Tübingen 2000, 11 ff., sowie RENÉ PÖLTL, *Die Lehre vom Indizienbeweis im 19. Jahrhundert*, Heidelberg 1999, 27 ff.; eingehend zum Indizienbeweis im schweizerischen Zivilprozessrecht ausserdem: EDGAR SIEGRIST, *Grundfragen aus dem Beweisrecht des Zivilprozesses*, Bern 1938, 193 ff.

¹⁸ Zur Abgrenzung des direkten vom indirekten Beweis cf. etwa SIEGRIST (Fn. 17), 203 f.

¹⁹ MICHELS (Fn. 17), 7; OSKAR VOGEL/KARL SPÜHLER, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, Bern 2001, Kap. 10 N 20; FRITZ GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2. Aufl., Bern 1983, 272; MAX GULDENER, *Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht*, Zürich 1955, 1.

²⁰ MICHELS (Fn. 17), 7.

²¹ BGE 118 II 365, 366 E. 1.; cf. auch GULDENER (Fn. 20), 10 ff. mit zahlreichen Beispielen und Hinweisen auf die frühe bundesgerichtliche Rechtsprechung; SIEGRIST (Fn. 17), 201 ff.

²² Cf. zu den Begriffen des Beweisrings und der Indizienkette PÖLTL (Fn. 17), 17 f.; MICHELS (Fn. 17), 7; ferner PER OLOF EKELÖF, *Beweiswert*, in: Wolfgang Grunsky et al. (Hrsg.), *Festschrift für Fritz Baur*, Tübingen 1981, 345 f.; SIEGRIST (Fn. 17), 202 f.

²³ REKO/WEF (Fn. 3), E. 8.1. Die REKO/WEF ist hierbei in guter Gesellschaft, führte doch das Bundesgericht in BGE 98 II 231, 243 E. 5 aus: «Blosse Indizienbeweise sind aber zulässig. Wenn nach der Natur der Sache, wie es etwa hinsichtlich eines natürlichen Kausalverlaufes oder des Wissens und Wollens einer Person zutreffen kann, ein absoluter Beweis nicht möglich ist, darf dabei der Richter seine Überzeugung mit einer auf der Lebenserfahrung beruhenden überwiegenden Wahrscheinlichkeit begründen.» Missverständlich ist auch ISAAK MEIER, Das Beweismass – ein aktuelles Problem des schweizerischen Zivilprozessrechts, BJM 1989, 69, wonach zur Vermeidung einer Beweismasssenkung viele Beweisschwierigkeiten über den Indizienbeweis gelöst werden könnten. Richtigerweise betont dagegen FABIENNE HOHL, *Le degré de la preuve*, in: Ivo Schwander/Walter A. Stoffel (Hrsg.), *Beiträge zum schweizerischen und internationalen Zivilprozessrecht: Festschrift für Oskar Vogel*, Freiburg 1991, 151, dass «[I]a preuve par indices n'entraîne pas nécessairement une preuve selon la vraisemblance».

²⁴ Cf. dazu PETER SUTTER, *Die Beweislastregeln unter besonderer Berücksichtigung des verwaltungsrechtlichen Streitverfahrens*, St. Gallen 1988, 53; MEIER (Fn. 24), 57; STELIOS KOUSSOULIS, *Beweismassprobleme im Zivilprozessrecht*, in: Peter Gottwald/Hans Prütting (Hrsg.), *Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag*, München 1990, 277 ff.

²⁵ KOUSSOULIS (Fn. 25), 278.

²⁶ Ausführlich SUTTER (Fn. 25), 5; MARTIN KAUFMANN, *Bewiesen? Gedanken zu Beweislast – Beweismass – Beweiswürdigung*, AJP 2003, 1199; zur Problematik des Wahrheitsbegriffs auch KOUSSOULIS (Fn. 25), 280 f.

²⁷ Dazu etwa WALTHER J. HABSCHIED, *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, 2. Aufl., Basel et al. 1990, N 558 und 661 f.

²⁸ Cf. etwa die Kritik bei HOHL (Fn. 24), 130.

²⁹ Cf. BGE 130 III 321, 324 E. 3.2; BGE 98 II 231, 242 f. E. 5.

³⁰ EKELÖF (Fn. 23), 347.

«wahren», d.h. dem sich tatsächlich zugetragenem, Sachverhalt entspricht. Was sich allerdings *wirklich* ereignet hat, steht nach dem oben Gesagten gerade nicht fest, sondern ist selber Resultat freier richterlicher Beweis- und Aktenwürdigung.

Um die mit dem Kriterium der persönlichen Überzeugung des Richters unweigerlich verbundene Subjektivität zurückzubinden (was freilich nicht gelingen kann), wurde verschiedentlich versucht, die Subjektivität des Richters zu objektivieren³¹. Ergebnis dieser Bemühungen ist etwa der Beizug von *Erfahrungssätzen* oder der Rekurs auf die *allgemeine Lebenserfahrung*, welche den Massstab für die richterliche Überzeugung bilden sollen. Dies führt letztlich zum Ersatz dieses Kriteriums durch einen bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrad, ab welchem der Richter – losgelöst von seinen persönlichen Vorstellungen – einen entsprechenden Sachverhalt als gegeben betrachten muss, auch wenn seine persönliche Überzeugung weiterhin vorausgesetzt wird³².

3. Rechtsprechung

Die Praxis hat nun den verlangten Wahrscheinlichkeitsgrad je nach Rechtsgebiet verschieden angesetzt:

Im *Bundesprivatrecht* bildet nach Auffassung des Bundesgerichts ein so genanntes «Regelbeweismass» den Ausgangspunkt, welches «im ungeschriebenen Bundesprivatrecht» zu suchen sei, sofern es nicht als in Art. 8 ZGB enthaltend angesehen werden könne³³. Nach diesem Regelbeweismass «gilt ein Beweis als erbracht, wenn der Richter von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt» sei, wobei die Verwirklichung der Tatsache nicht mit Sicherheit festzustehen brauche, da es genüge, «wenn allfällige Zweifel als unerheblich erscheinen»³⁴. Diese neuerdings verwendete Formel darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Bundesgericht im Zivilrecht grundsätzlich den sogenannten «vollen Beweis»³⁵ verlangt³⁶, mithin eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit, bei welcher gerade keine – zumindest subjektiven – Zweifel an der Richtigkeit der vorgebrachten Tatsachen mehr vorhanden sein dürfen.

Neben dem Regelbeweismass kennt das Privatrecht zahlreiche gesetzliche sowie von der Rechtsprechung und Lehre entwickelte Ausnahmen, welche eine *überwiegende* Wahrscheinlichkeit oder das bloss *Glaubhaftmachen* ausreichen lassen und damit das Beweismass senken³⁷. Das Bundesgericht begründete in BGE 98 II 231 das *fallweise* Senken des Beweismasses, wo ein solches gesetzlich nicht vorgesehen ist, mit folgender Formel: «Wenn nach der Natur der Sache, wie es etwa hinsichtlich eines natürlichen Kausalverlaufes oder des Wissens und Wollens einer Person zutreffen kann, ein absoluter Beweis nicht möglich ist, darf dabei der Richter seine Überzeugung mit einer auf der Lebenserfahrung beruhenden überwiegenden Wahrscheinlichkeit begründen.³⁸» Der tiefere Grund der Beweismasssenkung liegt u.a. darin, dass andernfalls viele Ansprüche nicht durchgesetzt werden könnten³⁹.

Der Begriff der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist dabei insofern irreführend, als er eine Wahrscheinlichkeit von *mehr als 50%* suggerieren könnte, womit freilich die Grenze zu tief angesetzt würde⁴⁰. Deshalb ist mit Nachdruck festzuhalten, dass «überwiegende Wahrscheinlichkeit» die grösstmögliche bzw. eine «hohe Wahrscheinlichkeit», mithin *deutlich* mehr als 50% bedeutet⁴¹. Das Glaubhaftmachen einer Tatsache kommt namentlich im summarischen Verfahren zum Zug, etwa im Rahmen vorsorglicher Massnahmen⁴². Das Beweismass ist dabei erheblich herabgesetzt, müssen doch die vorgebrachten Behauptungen lediglich eine gewisse Wahrscheinlichkeit aufweisen – wohl etwas über 50% –, so dass der Richter durchaus andere Lösungen für möglich halten kann⁴³. Er muss daher in diesem Fall zur Überzeugung gelangen, dass sich ein Sachverhalt *wahrscheinlich* im behaupteten Sinn er-

eignet hat, nicht jedoch, dass er sich *wirklich* dergestalt zugetragen hat.

Im Hinblick auf das *Verwaltungsrecht* hat sich die Judikatur bislang nicht verbindlich zum generell erforderlichen Beweismass

³¹ Cf. dazu den Überblick bei SUTTER (Fn. 25), 52.

³² Anschaulich SUTTER (Fn. 25), 52 f., mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung; zu dieser Frage auch KOUSSOULIS (Fn. 25), 283 ff.

³³ BGE 118 II 235, 239 E. 3. c.; die nun vom Bundesgericht vertretene Auffassung hatte MEIER (Fn. 24), 77, bereits drei Jahre zuvor vertreten, zumal es für ihn unverständlich schien, das Beweismass nicht generell als Frage des Bundesrechts anzusehen statt nur hinsichtlich des natürlichen Kausalzusammenhangs im Haftpflichtrecht.

³⁴ BGE 128 III 271, 275 E. 2. b. aa. Diese Formel deckt sich allerdings nicht mit der in BGE 121 V 204, 208 E. 6. b., wonach im Zivilverfahren die Überzeugung grundsätzlich auf dem *vollen Beweis* gründe. Der volle Beweis wird aber mit der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit umschrieben, bei welcher gerade keine Zweifel mehr vorhanden sein dürfen; cf. zum Regelbeweismass im schweizerischen Privatrecht ausserdem ausführlich MEIER (Fn. 24), 60 ff.

³⁵ Zur Problematik des vollen Beweises bereits vorne III.B.2.

³⁶ Cf. BGE 121 V 204, 208 E. 6. b., wonach im Zivilverfahren die Überzeugung grundsätzlich auf dem vollen Beweis gründe; ebenso schon BGE 119 V 7, 9 E. 3. c. aa.; ferner: BGE 118 II 235, 238 f. E. 3. c.; zum deutschen Recht KOUSSOULIS (Fn. 25), 283 f.

³⁷ Cf. dazu die umfassenden Ausführungen in BGE 128 III 271, 275 ff. E. 2. b. aa.; ferner HOHL (Fn. 24), 136 ff. und 154 f., wo eine Auflistung der vom Bundesgericht verwendeten Begriffe zu finden ist; KAUFMANN (Fn. 27), 1204 f.; SUTTER (Fn. 25), 55.

³⁸ BGE 98 II 231, 243 E. 5; in BGE 128 III 271, 277 E. 2. b. bb., betonte das Bundesgericht, dass das Beweismass von der Vorinstanz auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit herabgesetzt werden durfte, «[d]a ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar war». Ein neues anschauliches Beispiel zum gesenkten Beweismass liefert im Versicherungsvertragsrecht BGE 130 III 321, 323 ff. E. 3.–3.5.

³⁹ SUTTER (Fn. 25), 55; cf. auch für das Sozialversicherungsrecht BGE 121 V 204, 208 E. 6. b.; zu weiteren Gründen ausführlich MEIER (Fn. 24), 68 ff.

⁴⁰ Nicht zu verwechseln ist der Begriff der überwiegenden Wahrscheinlichkeit mit dem namentlich in Deutschland vertretenen *Überwiegungsprinzip*, teilweise – aus Schweizer Sicht irreführend – ebenfalls als *überwiegende Wahrscheinlichkeit* bezeichnet, das eine Wahrscheinlichkeit von 51% darstellt (cf. dazu ROLF BENDER, Das Beweismass, in: Wolfgang Grunsky/Rolf Stürmer et al. (Hrsg.), Festschrift für Fritz Baur, Tübingen 1981, 256 f. und 268 ff.).

⁴¹ Cf. KAUFMANN (Fn. 27), 1202, wonach durchaus noch Zweifel an der Richtigkeit des behaupteten Sachverhalts bestehen dürfen, allerdings nicht allzu stark; ferner: SUTTER (Fn. 25), 83. Schon sehr früh vertrat das Bundesgericht in einem haftpflichtrechtlichen Fall die Auffassung, wonach die Gewissheit einer Tatsache «nicht mit dem Ausschluss jeder anderen Möglichkeit identifiziert werden» dürfe und liess es genügen, dass der Richter «die Überzeugung gewonnen hat, dass die überwiegende Wahrscheinlichkeit für den vom Beweispflichtigen behaupteten Kausalverlauf spricht», zumal «nach der Natur der Sache ein absoluter Beweis überhaupt nicht geleistet werden kann» (BGE 45 II 92, 98 E. 2). In BGE 98 II 231, 242 f. E. 5, betonte es hingegen, dass eine Tatsache nur dann bewiesen sei, wenn der Richter von ihr überzeugt sei. «Es genügt nicht, wenn er sie für möglich, ja für einigermaßen wahrscheinlich hält, denn gerade darin liegt die Bedeutung der Beweislast, dass die übrig bleibenden Zweifel sich zum Nachteil des Beweispflichtigen auswirken müssen.» Im Familienrecht sieht das Bundesgericht im Rahmen einer Vaterschaftsklage die Vaterschaft erst dann als erwiesen an, wenn das erstellte Gutachten einen Wahrscheinlichkeitswert von mindestens 99,8% ergibt (BGE 101 II 13, 15 f. E. 2. a. und b.; cf. auch BGE 104 II 299, 301 E. 2.; BGE 112 II 14, 16 E. 2. c.).

⁴² Cf. die allgemeinen Ausführungen dazu in BGE 130 III 321, 325 E. 3.3; ferner aber auch etwa die herabgesetzten Beweisanforderungen in Art. 67 Abs. 2 PatG (dazu BGE 116 II 357, 362 f. E. 4. a.), beim Beweis der materiellrechtlichen Voraussetzungen einer aktienrechtlichen Sonderprüfung (BGE 120 II 393, 396 ff. E. 4.) oder bei der Verkehrsdurchsetzung einer Marke im Markenschutzrecht (BGE 130 III 328, 332 f. E. 3.2 und 3.3).

⁴³ Cf. KAUFMANN (Fn. 27), 1203.

gäussert. Die massgebliche Lehre (und mit ihr offenbar auch die REKO/WEF in E. 8 ihres Entscheides) ist indessen der Auffassung, dass grundsätzlich der Vollbeweis zu erbringen ist⁴⁴. Teilweise wird indessen das Beweismass u.a. aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes – ungeachtet der regelmässig vorhandenen Mitwirkungspflichten der Parteien – tiefer angesetzt als im Bundesprivatrecht, weil «gewisse Fallkonstellationen regelmässig zu einer Beweisnot der Beteiligten» führten⁴⁵. Ein bekanntes Beispiel ist das *Sozialversicherungsrecht*⁴⁶. In BGE 119 V 7 bezeichnete das Bundesgericht den Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als «sozialversicherungsrechtliche Eigenheit», was es mit Praktikabilitätsüberlegungen⁴⁷, aber auch mit der Durchsetzung prozessualer Ansprüche⁴⁸ rechtfertigte. Dieser Entscheidung wurde in der Folge mehrmals bestätigt⁴⁹. Ferner lässt das Bundesgericht im Bereich der Massenverwaltung mit Rücksicht auf deren Funktionsfähigkeit das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügen⁵⁰.

Das *Strafrecht* kennt neben dem Zivilrecht die höchsten Anforderungen an die Beweiserbringung. Das Bundesgericht verlangt ebenfalls den vollen Beweis⁵¹, wobei eine Senkung des Beweismasses vor dem Hintergrund eines fairen Strafverfahrens nicht zulässig erscheint. Für die Anforderungen an die richterliche Überzeugung wird etwa «ein jeden vernünftigen Zweifel ausschliessendes Urteil eines besonnenen und lebenserfahrenen Beobachters» vorausgesetzt⁵².

C Das Beweismass im Kartellrecht

1. Allgemeines

Zurück zum Fall. Im Hinblick auf die Frage, ob die Weko das Vorliegen eines abgestimmten Verhaltens *in casu* rechtsgenügend bewiesen habe, hält die REKO/WEF zunächst in allgemeiner Weise fest, dass nicht absolute Gewissheit resultieren müsse, sondern unter Umständen auch der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genüge, wohingegen die blosser Möglichkeit, dass sich eine Tatsache zugetragen habe, nicht ausreichen könne⁵³. In der Sache selbst geht die REKO/WEF dann von der Feststellung aus, dass «die Anforderungen an die Sachverhaltsfeststellung beziehungsweise Begründungsdichte *im konkreten Fall*»⁵⁴ definiert werden müssen. Allerdings sei zu beachten – so die REKO/WEF weiter –, dass im Kartellverfahren «an das Beweismass angesichts der Komplexität der kartellrechtlichen Sachverhalte keine übertriebenen Ansprüche gestellt werden [dürfen]; andernfalls wird der materiellrechtliche Gehalt des Kartellgesetzes in funktionswidriger Weise geschwächt»⁵⁵. Unter Berücksichtigung dieses «Leitsatzes» gelangt die REKO/WEF, wie vorne geschildert (II.), zum Ergebnis, dass die von der Weko vorgelegten Indizien – vor allem mangels zuverlässiger Kostenschätzung⁵⁶ und mangels Prüfung der Frage, ob Gründe für wesentliche Abweichungen vom Kostenvoranschlag gegeben waren⁵⁷ – nicht genügten, um *in casu* eine «aufeinander abgestimmte Verhaltensweise» der Beschwerdeführerinnen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu beweisen⁵⁸.

Wozu sich die REKO/WEF nicht äusserte – und das musste sie auch gar nicht –, ist die Frage, ob das abgestimmte Verhalten der Beschwerdeführerinnen hinreichend bewiesen gewesen wäre, wenn die Weko die von ihr vorgetragene Indizien einwandfrei fundiert, d.h. wenn sie (i) die Zuverlässigkeit der Kostenschätzung von CHF 900 000.– und (ii) das Fehlen von wesentlichen Gründen für die Abweichung der Offerten der Beschwerdeführerinnen von derjenigen der Batigroup dargetan hätte⁵⁹. Gerade das ist aber die eigentlich interessante Frage.

Ersichtlich ist in diesem Zusammenhang der (von Richli übernommene⁶⁰) Verweis, dass im Wettbewerbsrecht «an das Beweismass angesichts der Komplexität [seines Objektes] keine übertriebenen Ansprüche» zu stellen sind, wenig hilfreich. Denn mit dieser Formel ist nichts darüber gesagt, wie hoch denn nun das erforderliche Beweismass zu sein hat. Sie lässt vielmehr offen, welche der vom Bundesgericht aufgestellten Beweismasskategorien (cf. III.B.3) massgebend ist. Auch begründet diese Formel nicht einleuchtend, weshalb eine Herabsetzung des Beweismasses *in casu* vorgenommen werden sollte.

Bevor versucht wird, die Frage zu beantworten, welches Beweismass im Kartellrecht zu gelten hat, müssen die Auswirkungen auf die Beteiligten bedacht werden. Je geringer die Anforderungen an das Beweismass sind, desto eher kann eine Wettbewerbsbehörde gegen Unternehmen, die an allfälligen Abreden beteiligt sind, vorgehen. Bezeichnenderweise argumentierte die Weko im vorliegenden Beschwerdeverfahren, es sei zu befürchten, dass das kartellrechtliche Instrumentarium gegen Submissionskartelle nicht eingesetzt werden könne, falls die vorliegend beigezogenen

⁴⁴ ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, 105 N 289; ALFRED KÖLZ/JÜRIG BOSSHART/MARTIN RÖHL, *Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich*, 2. Aufl., Zürich 1999, § 7 N 7; implizit gl.M. GYGI (Fn. 20), 283 der als mögliche Beweiserleichterung den Wahrscheinlichkeitsbeweis nennt und damit den Vollbeweis als Regel vorauszusetzen scheint.

⁴⁵ SUTTER (Fn. 25), 106.

⁴⁶ Ausgangspunkt dieser Rechtsprechung bilden drei unveröffentlichte Urteile des Bundesgerichts aus den Jahren 1964, 1965 und 1966, cf. dazu die Nachweise in BGE 105 V 225, 229 E. 3. a. Dasselbst führte das Bundesgericht ohne Begründung aus, dass im Sozialversicherungsrecht im allgemeinen der «Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit» ausreichend sei.

⁴⁷ «Durchführungsorgane wie auch Sozialversicherungsrichter wären überfordert, wenn sie im Rahmen der Massenverwaltung die für die Leistungsverhältnisse erheblichen Tatsachen in zivil- oder strafprozessualer Weise zum vollen Beweis erstellen müssten» (BGE 119 V 7, 10 E. 3. c. bb.).

⁴⁸ BGE 121 V 204, 208 E. 6 b. führte es etwa aus, dass «[m]it der qualifizierten Beweisanforderung des vollen Beweises [...] die Verwirklichung des bundesrechtlichen Anspruchs auf Ergänzungsleistungen in unzulässiger Weise erschwert oder gar vereitelt [würde]».

⁴⁹ Cf. BGE 120 V 33, 37 E. 3. c.; BGE 121 V 204, 208 E. 6. b.; BGE 121 V 211, 213 E. 4.

⁵⁰ BGE 120 V 33, 37 E. 3. c.

⁵¹ BGE 121 V 204, 208 E. 6 b.; BGE 119 V 7, 9 E. 3. c. aa.

⁵² Ausführlich ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERTI, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 4. Aufl., Basel et al. 1999, N 54.11 mit weiteren Nachweisen.

⁵³ REKO/WEF (Fn. 3), E. 8.

⁵⁴ REKO/WEF (Fn. 3), E. 8.1. (Hervorhebungen von den Verfassern).

⁵⁵ Damit übernimmt die REKO/WEF eine Wendung von PAUL RICHLI, *Kartellverfahren*, in: Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Bd. V/2: Kartellrecht, Basel 2000, 454; cf. auch HANS-UELI VOGT, *Auf dem Weg zu einem Kartellverfahrensrecht*, AJP 1999, 844, sowie STEFAN BILGER, *Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen*, Freiburg 2002, 305 f.

⁵⁶ REKO/WEF (Fn. 3), E. 9.1.3.

⁵⁷ REKO/WEF (Fn. 3), E. 9.2.

⁵⁸ REKO/WEF (Fn. 3), E. 9.6.

⁵⁹ Bevor die REKO/WEF *obiter* die Frage nach dem hinreichenden Beweis des abgestimmten Verhaltens der Beschwerdeführerinnen in Angriff nimmt, erklärt sie: «Inwiefern die Anforderungen an die Sachverhaltsfeststellung beziehungsweise Begründungsdichte im konkreten Fall erfüllt sind, ist Gegenstand der nachstehenden Erwägungen» (REKO/WEF [Anm. 3], E. 8.1). Nach der Behandlung dieser Frage hält sie fest, dass «der relevante Sachverhalt von der Vorinstanz nicht genügend geklärt wurde» (REKO/WEF [Anm. 3], E. 9.6). Aus diesen Bemerkungen geht hervor, dass es nicht Absicht der REKO/WEF war, zu der im Text aufgeworfenen hypothetischen Frage Stellung zu nehmen.

⁶⁰ Cf. die Hinweise in Anm. 56.

Indizien nicht ausreichen, um einen Verstoß im Sinne des Kartellgesetzes rechtsgenügend zu beweisen⁶¹. Eine Senkung der Anforderungen an das Beweismass bedeutet für den Rechtsunterworfenen allerdings, dass auf ihn das Risiko einer fehlerhaften Entscheidung teilweise überwälzt wird. Wird z.B. verlangt, dass eine Tatsache mit 80%iger Wahrscheinlichkeit bewiesen sein muss, so beträgt die Wahrscheinlichkeit, dass das festgestellte Sachverhaltselement nicht der tatsächlichen Lage entspricht, 20%. Somit hat das betroffene Unternehmen die Kosten einer Fehlentscheidung in 20% der Fälle zu tragen. Je höher nun die Kostenfolgen einer Fehlentscheidung sind (z.B. in Form von Effizienzverlusten, Sanktionen usw.), desto einschneidender wirkt sich eine solche Risikoüberwälzung auf das betroffene Unternehmen aus.

In Anbetracht dieses Umstandes ist generell zu verlangen, dass die Anforderungen an das Beweismass umso höher sein müssen je einschneidender die Folgen der Entscheidung für den Rechtsunterworfenen sind. Konkret bedeutet das, dass in Fällen, in denen eine Sanktion droht, in aller Regel nur der *Vollbeweis* rechtsgenügend sein kann, was sich wohl schon aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Beweismass im Strafrecht ergibt. Wo hingegen keine Sanktionen zur Diskussion stehen, wird man nach der Intensität der Folgen, die eine kartellgesetzliche Intervention für die betroffenen Unternehmen zeitigt, differenzieren müssen: Sind diese besonders schwer, wird auch hier nur ein *Vollbeweis* ausreichen. In anderen Fällen dürfen die Anforderungen an das Beweismass gesenkt werden, wobei nach der oben näher erörterten allgemeinen Regel von BGE 98 II 231⁶² nicht tiefer gegangen werden darf, als es dem *Grad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit* entspricht⁶³. Die von uns vorgeschlagene Differenzierung findet ihren ultimativen Grund in den jeweils unterschiedlichen Funktionen der Sanktionen von Art. 49a ff. KG einerseits und der materiellen Wettbewerbsvorschriften des Kartellgesetzes andererseits: Während es bei ersteren grundsätzlich um Aspekte der (positiven) Generalprävention geht, zielen letztere prinzipiell darauf hin, Störungen der Funktionsweise des Wettbewerbs direkt zu beheben.

Eine andere Frage ist nun, ob die in einem konkreten Fall vorgelegten Indizien den Beweis dafür, dass sich ein bestimmtes Verhalten verwirklicht hat, im Umfang des juristisch erforderlichen Beweismasses erbringen. Die Antwort darauf wird von den konkreten Umständen des Einzelfalles abhängen, namentlich davon, (i) welche Verhaltensweise (z.B. ausdrückliche oder stillschweigende Wettbewerbsabrede, aufeinander abgestimmtes Verhalten, Behinderungsmissbrauch, Ausbeutungsmissbrauch usw.) zur Diskussion steht und (ii) welche Züge der Markt, auf dem diese Verhaltensweise beobachtet wird, konkret aufweist (Produkt- oder Dienstleistungsart, Unternehmensverhalten, Nachfragestruktur, Transparenz usw.). Vor diesem Hintergrund gehen wir der aufgeworfenen Frage, ob im hypothetischen Fall, dass die von der Weko *in casu* vorgelegten Indizien nicht die von der REKO/WEF monierten Lücken aufgewiesen hätten, das abgestimmte Verhalten der Beschwerdeführerinnen rechtsgenügend bewiesen worden wäre, in zwei Schritten nach: Zunächst behandeln wir die Problematik des Beweises eines aufeinander abgestimmten Verhaltens im allgemeinen (III.C.2). Alsdann fragen wir, welche Besonderheiten in diesem Zusammenhang aufgrund der Eigenheiten des selektiven Vergabeverfahrens nach Art. 15 BoeB zu beachten sind (III.C.3 und 4).

2. Voraussetzungen für den Beweis einer abgestimmten Verhaltensweise

Abgestimmte Verhaltensweisen stellen schon von der Struktur des Tatbestandes her komplexe Phänomene dar⁶⁴, die begrifflich

schwierig zu fassen sind⁶⁵. Plastisch ist die Umschreibung KUMMERS: «Was der eine tut, nimmt der andere auf, und was der andere preisgibt, lässt dieser fallen; aber jeder handelt nur und geht nur voran unter der Voraussetzung, der andere folge nach, und beide tun es im Bewusstsein und mit dem Willen, ein Zusammenspiel zu bewerkstelligen, das über blosses Überwachen und Auffangen der Massnahmen des Konkurrenten hinausgeht»⁶⁶. In diesem Passus kommt deutlich zum Vorschein, auf welch verstrickten und verschleiften Kommunikationsabläufen der Abstimmungsvorgang beruht. Dass letzterer in den meisten Fällen nur mittels Indizien bewiesen werden kann, erstaunt nicht. Die REKO/WEF hält in dieser Hinsicht denn auch fest: «[U]m abgestimmte Verhaltensweisen nachzuweisen, wird der Indizienbeweis in der Lehre anerkannt. Dies deshalb, weil gerade bei Verhaltensabstimmungen sich der Nachweis nur auf indirektem Weg mit Hilfe von Indizien erbringen lässt». Dem fügt sie im nächsten Satz hinzu: «Dies bedeutet jedoch nicht, dass sich die Wettbewerbsbehörden für den Nachweis einer Submissionsabsprache nur mit einer sachlich begründeten Vermutung, es habe eine Preisabsprache stattgefunden, zufrieden geben dürfen»⁶⁷. Mit dieser Aussage spricht sie im Kern das Problem an, das vorliegend im Mittelpunkt der Überlegungen steht. Gemeint ist damit wohl, dass der Indizienbeweis – nicht anders als der unmittelbare Beweis – *abgestimmtes Verhalten nicht bloss glaubhaft machen, sondern einen höheren Wahrscheinlichkeitsgrad desselben dartun muss*. Ob die REKO/WEF damit überwiegende Wahrscheinlichkeit fordert, geht aus ihren Erwägungen zwar nicht unmittelbar hervor⁶⁸. Dies unterstellen wir aber aus den vorne dargelegten Gründen, die sich, wie gesagt, aus BGE 98 II 231 ergeben. Sollte diese Interpretation des Entscheides der REKO/WEF zutreffen, so ist ihm grundsätzlich zuzustimmen (und zwar nicht zuletzt deswegen, weil *in casu* keine Sanktion drohte). Alsdann stellt sich aber sofort die Frage: Was bedeutet diese Anforderung an das Mass des Beweises abgestimmten Verhaltens *in concreto*?

In diesem Zusammenhang sollte man sich von der US-amerikanischen Praxis zum Beweis abgestimmten Verhaltens inspirieren lassen. HOVENKAMP fasst deren wesentlichen Züge folgendermassen zusammen: «A rigorous use of such an approach [sc. inference from evidence] suggests the following: (1) because the proof is not available, many antitrust conspiracies cannot be established by <direct> evidence, such as written agreements [...]. As a result, some kind of circumstantial proof must be accepted. However, (2) the mere fact that the firms had an opportunity to collude, or that collusion would appear to be profitable to them, is not sufficient to

⁶¹ REKO/WEF (Fn. 3), E. C.

⁶² Cf. dazu vorne III. B 3.

⁶³ Die in diesem Zusammenhang in der Lehre oftmals beschworene Komplexität kartellrechtlicher Sachverhalte spielt sonst unweigerlich zulasten der Rechtsunterworfenen, ohne dass hierfür eine Begründung ersichtlich ist.

⁶⁴ Zur Struktur des Tatbestandes statt anderer ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER/HEIKE SCHWEITZER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2. Aufl., München 2004, 247 f. N 15 ff.

⁶⁵ Für eine Übersicht über die Diskussion betreffend den Begriff des abgestimmten Verhaltens im schweizerischen Kartellrecht MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, «Buchpreisbindung II»: Bundesgericht vom 14. August 2002, sic! 1/2003, 57 f. mit weiten Nachweisen.

⁶⁶ MAX KUMMER, *Der Begriff des Kartells*, Bern 1966, 27.

⁶⁷ REKO/WEF (Fn. 3), E. 8.1. (Hervorhebungen von den Verfassern).

⁶⁸ Darauf deutet zumindest der Umstand hin, dass die Rekurskommission in einem anderen Kontext die zivilverfahrensrechtliche Praxis erwähnt, wonach «[d]er Indizienbeweis ... als erbracht [gilt], wenn die Summe der Wahrscheinlichkeitsgrade der vorgebrachten Indizien weit über 50% liegt» (REKO/WEF [Anm. 3], E. 8.1.); ferner sprechen auch die Ausführungen in E. 8, zweiter Absatz, für diese Einschätzung.

prove collusion; and (3) the plaintiff relying on circumstantial evidence must show in addition to (2) that the defendants' actions were rational (with rational generally meaning profit-increasing) only if they were undertaken with the understanding that other firms would modify their behavior in a similar fashion»⁶⁹. Diesen Grundsätzen ist nach der hier vertretenen Auffassung auch im schweizerischen Kartellrecht zu folgen. Bezogen auf den Beweis abgestimmten Verhaltens bedeuten sie, dass es nicht reicht, darzutun, dass die Beteiligten die Möglichkeit hatten, sich untereinander abzustimmen. Um das notwendige Mass an Wahrscheinlichkeit, dass eine wechselseitige Abstimmung stattgefunden hat, zu erfüllen, muss aus den vorgelegten Indizien auch hervorgehen, dass (i) die Beteiligten rationale Motive hatten, sich abzustimmen, und (ii) deren Verhalten nicht ebenfalls mit einem wettbewerbskonformen Verhaltensmuster erklärt werden kann⁷⁰.

Nachfolgend soll gezeigt werden, dass genau diese beiden Punkte die fehlenden Elemente des Beweisinges sind, den die Weko in casu vorgelegt hat (und dies selbst für den hypothetischen Fall, dass die von der REKO/WEF gerügten Lücken nicht vorhanden gewesen wären): Zwar wäre dieser Beweisring, würde man seine Vollständigkeit supponieren, durchaus geeignet, den rechtsgenügenden Beweis dafür zu erbringen, dass die Beschwerdeführerinnen die Gelegenheit hatten, ihr Verhalten aufeinander abzustimmen. Indes lässt er nicht nur im Dunkeln, ob letztere rationale Motive besaßen, sich im Hinblick auf das Vergabeverfahren für die Sanierungsarbeiten an der Landesbibliothek aufeinander abzustimmen. Er schliesst auch die Möglichkeit nicht im erforderlichen Mass aus, dass das Verhalten der Beteiligten mit einem wettbewerbskonformen Verhaltensmuster erklärt werden kann. Im Einzelnen:

3. Fehlen eines rationalen Motivs der Beteiligten

Was das Fehlen eines rationalen Motivs der Beteiligten anbelangt, ist zum besseren Verständnis zunächst ein kurzer Blick in die ökonomische Literatur angezeigt⁷¹: Üblicherweise werden in der Industrieökonomik *selling auctions* (an denen ein Gut an den meistbietenden Käufer versteigert) und *procurement auctions* (bei denen ein Gut vom günstigsten Anbieter erworben wird) unterschieden⁷². Diese wiederum können jeweils in zwei Idealtypen unterteilt werden: (i) *Ascending bid auctions* (auch *english auctions* genannt), an denen immer höhere (bzw. niedrigere) Angebote gemacht werden bis nur noch einer bietet, und (ii) *sealed bid auctions*, bei denen die Bieter ihre Angebote einreichen, ohne dass die Mitbietenden vom Inhalt der Konkurrenzangebote erfahren und die Auftraggeberin sich alsdann für das günstigste Angebot entscheidet⁷³. Vorliegend von Interesse sind nur *procurement auctions*. Das im Fall *Landesbibliothek* zur Anwendung kommende selektive Vergabeverfahren nach Art. 15 BoeB ist eine Variante der *sealed bid auction*, die zudem als *one shot game* konzipiert war.

Die gängige Meinung in der Industrieökonomie geht nun dahin, dass englische Auktionen grundsätzlich anfälliger auf Kollusion als *sealed bid auctions* sind, dies vor allem deshalb, weil in englischen Auktionen *cheating* leicht entdeckt werden kann⁷⁴. Zumal bei einer *one-shot sealed bid auction* ist es sehr schwer, zu einem kollusiven Ergebnis zu gelangen, da *cheating* für jeden Bieter die profitabelste Strategie ist, und zwar unabhängig davon, wie die Mitbieter sich verhalten⁷⁵. *Cheating* kann bei solchen *one-shot sealed bid auctions* grundsätzlich weder rechtzeitig entdeckt noch bestraft werden⁷⁶.

Um zu einem kollusiven Ergebnis zu kommen, müssen deshalb zusätzliche Anreize geschaffen werden. Als solche fallen z.B. in Betracht⁷⁷: (i) Das Spiel wird wiederholt, indem z.B. verabredet

wird, dass Eingaben zu mehreren Ausschreibungen so organisiert werden, dass jedes Kartellmitglied bei einer Ausschreibung einmal zum Zug kommt (*bid rotation*). Praktisch kann dies so geschehen, dass die anderen Kartellmitglieder bei der betreffenden Submission dann nicht mitbieten oder höhere Angebote einreichen. (ii) Der Gewinner zahlt den «Verlierern» ein Entgelt oder belohnt diese mit der Untervergabe von Arbeiten aus der betreffenden Submission. (iii) Zuweilen werden auch die Märkte räumlich aufgeteilt⁷⁸.

Hält man sich den Indizienring der Weko vor Augen, bleibt offen, weshalb die drei Erstofferantinnen einen Nutzen davon hätten haben sollen, die niedrigste der vier Offerten nicht zu unterbieten. Denn sie gingen ja leer aus. Ein solches Verhalten ist ökonomisch nicht rational. Dass die fragliche Submission ein Teil einer fortgesetzten Strategie war, dass der Submittent, welcher die

⁶⁹ HERBERT HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy; The Law of Competition and its Practice*, 3. Aufl., St. Paul, Minn. 2005, 174. Ähnlich auch STEPHEN F. ROSS, *Principles of Antitrust Law*, Westbury, New York 1993, 160 f.: «The Court [in *Interstate Circuit v. United States*, 306 U.S. 208 (1939)] assumed that traditional patterns of business represented a competitive market. Thus, dramatic, unexplained deviations were signs that the market was no longer working competitively. [...] The foregoing are not elements of a conspiracy; they are factors to consider. Ultimately, proof of conspiracy requires evidence that the defendants conducted themselves in a manner consistent with the way they would act if they were in fact conspiring, and, most important, *inconsistent* with the way they would act if they were competing against each other». Bestätigt werden diese Autoren auch durch das Resümee der einschlägigen Rechtsprechung in ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments* (Fifth), 2002, 8: «Citing its earlier decision in *First National Bank v. Cities Service Co.*, the Court in *Matsushita* identified two separate inquiries that are relevant to this issue: (1) whether the defendant had «any rational motive» to join the alleged conspiracy, and (2) whether the defendant's conduct «was consistent with the defendant's independent interest». The Court stated that, if [the defendants] had no rational motive to conspire, and if [their] conduct is consistent with other, equally plausible explanations, the conduct does not give rise to an inference of conspiracy».

⁷⁰ Der Klarheit halber sei hier präzisiert, dass mit dieser Anforderung an die Wahrscheinlichkeit des Vorliegens abgestimmten Verhaltens einzig und allein eine Problematik des *Beweismasses* angesprochen ist und nicht eine solche des *Beweisthemas*. Das ergibt sich daraus, dass das «rationale Motiv» der Beteiligten, sich aufeinander abzustimmen, kein Tatbestandsmerkmal des Begriffs der «aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen» gemäss Art. 4 Abs. 1 KG darstellt.

⁷¹ Die Studien zum Fragenkreis der *auctions* sind zahlreich; einen guten Überblick darüber vermitteln: MARTIN PESENDORFER, *A Study of Collusion in First-Price Auctions*, 67 *Rev. Econ. Stud.* 383 ff. (2000); PAUL KLEMPERER, *What Really Matters in Auction Design*, 16 *J. Econ. Persp.* 169 ff. (2002); SIMON BISHOP/MIKE WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Applications and Measurement*, 2. Aufl., London 2002, 432 ff.; ABA Section of Antitrust Law, *Econometrics* (2005), 225 ff.

⁷² Cf. ABA Section of Antitrust Law (Fn. 72), 227.

⁷³ Cf. etwa ROBERT C. MARSHALL/MICHAEL J. MEURER, *Bidder Collusion and Antitrust Law: Refining the Analysis of Price Fixing to Account for the Special Features of Auction Markets*, 72 *Antitrust L.J.* 85 (2004); ABA Section of Antitrust Law (Fn. 72), 226 f.; cf. auch die Nachweise bei R. PRESTON McAFEE/JOHN McMILLAN, *Bidding Rings*, 82 *Am. Econ. Rev.* 579 n. 2 (1992).

⁷⁴ Cf. MARSHALL/MEURER (Fn. 74), 85 und 91; ferner auch ROBERT C. MARSHALL/MICHAEL J. MEURER/JEAN-FRANÇOIS RICHARD, *Litigation Settlement and Collusion*, 109 *Q.J. Econ.* 213 (1994).

⁷⁵ MARSHALL/MEURER (Fn. 74), 91.

⁷⁶ MARSHALL/MEURER (Fn. 74), 88 ff.; KLEMPERER (Fn. 74), 179.

⁷⁷ ABA Section of Antitrust Law (Fn. 72), 237.

⁷⁸ Cf. zu den verschiedenen Möglichkeiten etwa KARA L. HABERBUSH, *Limiting the Government's Exposure to Bid Rigging Schemes: A Critical Look at the Sealed Bidding Regime*, 30 *Pub. Cont. L.* 99 (2000); BENEDICT F. CHRIST, *Die Submissionsabsprache: Rechtswirklichkeit und Rechtslage*, Freiburg 1999, 23 ff. 79 ff.

niedrigste Offerte einreichte, die anderen entschädigte, dass ein System der *bid rotation* in Platz war, usw., wurde von der Weko weder dargetan noch vorgebracht.

4. Fehlen einer wettbewerblichen Verhaltensklärung

Die Indizienbeweissführung der Weko erweist sich auch hinsichtlich der hier verlangten Voraussetzung, das fragliche Verhalten dürfe nicht ebenfalls mit einem wettbewerbskonformen Verhaltensmuster erklärt werden können, als fragwürdig.

Dies gilt namentlich für das von der Weko angeführte Indiz der Differenz von CHF 311 444.– zwischen den vier eingereichten Angeboten. Die Weko nahm diese ihr gering erscheinende Differenz zum Anlass, zu argumentieren, dass der (auf Grund des statistischen Mittels der vier eingereichten Offerten von CHF 2 067 194.– berechnete) Preiskorridor +/- CHF 155 722.– betrage. Er liege damit unter +/- 10% und genüge deshalb gemäss dem Entscheid *Clima-Suisse* der REKO/WEF⁷⁹ den Anforderungen an eine hinreichend bestimmte Preisabrede⁸⁰.

Einmal abgesehen davon, dass der Entscheid *Clima-Suisse* (wie auch die Weko nachträglich anerkannte) nicht einschlägig war⁸¹, sagt die Tatsache eines «10%-Preiskorridors» für sich genommen nichts aus. Hintergrund des von der Weko verwendeten Arguments des Preiskorridors scheint der Gedanke zu sein, dass Kartellisten weder einen zu nahen Spread der Preise wählen (da dieser das Bestehen einer Abrede nahelegen und den klaren Sieg des vorweg auserkorenen Gewinners gefährden könnte) noch

einen zu weiten (da dieser das Submissionskartell ebenfalls offensichtlich machen würde). Vielmehr gaukeln die Submissionskartellisten gemäss dieser Argumentationslinie zur Vertuschung der Abrede einen Preiskorridor vor, wie er sich auch bei einer Wettbewerbssituation hätte ergeben können. Das aber heisst nichts anderes, als dass aus einem Verhaltensmuster, das nach aussen wettbewerbliche Züge trägt, das Bestehen einer Abrede gefolgert wird. Es ist ohne weiteres klar, dass aus einem solchen «Indiz» für sich allein nichts zugunsten des Vorliegens einer abgestimmten Verhaltensweise abgeleitet werden kann.

⁷⁹ REKO/WEF (Fn. 2), 555, E. 4.1., *Clima-Suisse*.

⁸⁰ REKO/WEF (Fn. 3), E. 9.3. Möglicherweise ist das Vorgehen der Weko in diesem Punkt durch die Lektüre von Christ (Fn. 79), beeinflusst: «Weichen die Angebote beispielsweise preislich kaum voneinander ab, mag dies ein Hinweis auf einen Referenzpreis mit Toleranzmarge [...] sein. Des Weiteren kann der preisliche Abstand zwischen dem günstigsten und dem zweitgünstigsten Angebot einen Hinweis auf eine Steuerung des Zuschlags geben. Bei Absprachen bewegt er sich oft zwischen 3% und 5% [...]. Weniger würde die Steuerung gefährden. Bei mehr Abstand würden die nächsten Angebote als allzu teuer erscheinen». Allerdings vertritt Christ soweit ersichtlich und im Gegensatz zur Weko nicht, dass ein solcher «Preiskorridor» den Wert eines Indizienbeweises hat. Im Gegenteil stellt er in der Einleitung zu seinen Überlegungen klar, dass es sich dabei bloss um Elemente für die Erhärtung eines «Verdachts» handelt (*op. cit.*: 213 N 831 f.).

⁸¹ REKO/WEF (Fn. 3), E. 9.3.