



Verfügung

vom 10. Juli 2017

in Sachen

Untersuchung **22-0467** gemäss Art. 27 KG
betreffend

Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal

wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

gegen

1. **Foffa Conrad AG**, Scheschna Nr. 294, 7530 Zernez
2. **Scandella Bau AG**, Solapark, 7536 Sta. Maria Val Müstair
beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Gerald Brei,
Eversheds Sutherland AG, Stadelhoferstrasse 22, 8001 Zürich
3. **Hohenegger SA in Liquidation**, c/o Konkursamt der Region
Engiadina Bassa / Val Müstair, Via Umrail, 7536 Sta. Maria

Besetzung

Vincent Martenet (Präsident, Vorsitz),
Andreas Heinemann, Armin Schmutzler (Vizepräsidenten),
Florence Bettschart-Narbel, Winand Emons, Andreas Kellerhals,
Daniel Lampart, Martin Rufer, Henrique Schneider, Danièle
Wüthrich-Meyer

Inhaltsverzeichnis

A	Verfahren	6
A.1	Gegenstand der Untersuchung	6
A.2	Untersuchungsadressaten.....	6
A.2.1	Foffa Conrad AG.....	6
A.2.2	Scandella Bau AG.....	6
A.2.3	Hohenegger SA	6
A.3	Verfahrensgeschichte.....	7
A.3.1	Untersuchungseröffnung.....	7
A.3.2	Selbstanzeige der Foffa Conrad AG und der Scandella Bau AG und deren Ergänzungen	7
A.3.3	Ausdehnung der Untersuchung, Verfahrenstrennung und weitere Ermittlungshandlungen	8
A.3.4	Gewährung der Akteneinsicht.....	9
A.3.5	Versand des Antrags und Stellungnahmen der Parteien.....	9
B	Sachverhalt	9
B.1	Übersicht	9
B.2	Vorbemerkungen zum Beweis.....	9
B.3	Hoch- und Tiefbaubranche im Münstertal	10
B.3.1	Münstertal	10
B.3.2	Tätige Bauunternehmen	10
B.3.3	Marktanteile	11
B.3.3.1	Angaben der Parteien (Schätzungen).....	11
B.3.3.2	Analyse der Offertöffnungsprotokolle des Kantons Graubünden und der Gemeinde Val Müstair	12
a.	Grundlagen	12
b.	Würdigung	12
B.3.3.3	Umsatzangaben der Parteien in den Bereichen Hoch- und Tiefbau.....	13
B.3.3.4	Zwischenfazit	14
B.4	Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen	14
B.4.1	Konsens und Inhalt.....	15
B.4.1.1	Beweisthema	15
B.4.1.2	Beweismittel.....	15
a.	Urkunden	15
b.	Auskünfte von Parteien.....	17
B.4.1.3	Beweiswürdigung.....	20
B.4.1.4	Beweisergebnis.....	21
B.4.2	Beteiligte	22
B.4.2.1	Beweisthema	22
B.4.2.2	Beweismittel.....	22
B.4.2.3	Beweiswürdigung.....	23
a.	An der Zusammenarbeit beteiligte Unternehmen	23
b.	Zusammenhang zwischen der Scandella Bau AG und der früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft	23

B.4.2.4	Beweisergebnis.....	24
B.4.3	Verfolgter Zweck.....	24
B.4.3.1	Beweisthema	24
B.4.3.2	Beweismittel.....	24
B.4.3.3	Beweiswürdigung.....	25
B.4.3.4	Beweisergebnis.....	25
B.4.4	Dauer	26
B.4.4.1	Beweisthema	26
B.4.4.2	Beweismittel.....	26
a.	Urkunden	26
b.	Auskünfte von Parteien.....	26
c.	Zeugnis von Drittpersonen.....	27
B.4.4.3	Beweiswürdigung.....	27
B.4.4.4	Beweisergebnis.....	28
B.4.5	Umsetzung und Auswirkungen	28
B.4.5.1	Beweisthema	28
B.4.5.2	Beweismittel.....	28
a.	Urkunden	28
b.	Auskünfte von Parteien.....	29
B.4.5.3	Beweiswürdigung.....	30
B.4.5.4	Beweisergebnis.....	32
B.4.6	Zwischenfazit	32
B.5	Weiterführung der Zusammenarbeit bis 2012	33
B.5.1	Weiterbestand des Konsenses, Beteiligte und verfolgter Zweck	33
B.5.1.1	Beweisthema	33
B.5.1.2	Beweismittel.....	33
a.	Urkunden	33
b.	Parteiauskünfte	35
B.5.1.3	Beweiswürdigung.....	37
a.	Weiterbestand des Konsenses	37
b.	Beteiligte	38
c.	Verfolgter Zweck.....	38
B.5.1.4.	Beweisergebnis.....	38
B.5.2	Dauer, Umsetzung und Auswirkungen	39
B.5.3.1	Beweisthema	39
B.5.3.2	Beweismittel.....	39
a.	Urkunden	39
b.	Auskünfte von Parteien.....	39
B.5.3.3	Beweiswürdigung.....	41
a.	Dauer	41
b.	Umsetzung und Auswirkungen	41
B.5.3.4.	Beweisergebnis.....	42
B.5.3	Zwischenfazit	43
B.6	Fazit zum Sachverhalt.....	43
B.6.1	Hoch- und Tiefbaubranche im Münstertal.....	43

B.6.2	Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen bis 2008	44
B.6.3	Weiterführung der Zusammenarbeit bis 2012.....	44
C	Erwägungen	45
C.1	Geltungsbereich	45
C.2	Vorbehaltene Vorschriften	45
C.3	Unzulässige Wettbewerbsabrede.....	46
C.3.1	Wettbewerbsabrede.....	46
C.3.1.1	Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken	46
C.3.1.2	Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung	47
C.3.1.3	Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen.....	47
C.3.1.4	Zwischenfazit	48
C.3.2	Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs	48
C.3.2.1	Qualifikation der vorliegenden Wettbewerbsabrede	48
a.	Qualifikation als Gesamtabrede.....	48
b.	Qualifikation als horizontale Preis- und Geschäftspartnerabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG).....	49
C.3.2.2	Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung	50
a.	Relevanter Markt.....	50
(i)	Marktgegenseite	51
(ii)	Sachlich relevanter Markt	51
(iii)	Räumlich relevanter Markt.....	52
(iv)	Zeitlich relevanter Markt.....	53
b.	Aussenwettbewerb.....	53
(i)	Tatsächlicher Aussenwettbewerb auf dem relevanten Markt	54
(ii)	Potenzieller Wettbewerb	54
c.	Innenwettbewerb.....	55
d.	Zwischenfazit zur Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung.....	58
C.3.3	Zwischenfazit	58
C.4	Massnahmen	59
C.4.1	Anordnung von Massnahmen	59
C.4.2	Sanktionierung	60
C.4.2.1	Allgemeines	60
C.4.2.2	Voraussetzungen	60
a.	Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG	60
b.	Sanktionssubjekte.....	61
c.	Vorwerfbarkeit.....	61
d.	Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht (Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG).....	62
C.4.2.3	Bemessung	63
a.	Konkrete Sanktionsberechnung.....	63
(i)	Basisbetrag	63
(ii)	Dauer des Verstosses.....	65
(iii)	Erschwerende und mildernde Umstände.....	66
b.	Selbstanzeige – vollständiger/teilweiser Erlass der Sanktion	66

(i)	Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion	66
(ii)	Beurteilung.....	67
c.	Maximalsanktion	68
d.	Ergebnis.....	68
D	Kosten	68
E	Ergebnis	70
F	Dispositiv	71

A Verfahren

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet die Frage, ob im Münstertal tätige Bauunternehmen Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG¹ getroffen haben, indem sie bei Ausschreibungen von Hoch- und Tiefbauleistungen Vereinbarungen über den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise trafen.

A.2 Untersuchungsadressaten

A.2.1 Foffa Conrad AG

2. Die Foffa Conrad AG mit Sitz in Zernez wurde 1964 gegründet. Sie bezweckt die Übernahme und Ausführung von Hoch- und Tiefbauten aller Art sowie den Handel mit Baumaterialien. Verwaltungsratspräsident der Foffa Conrad AG ist Roland Conrad. Das Unternehmen beschäftigt in der Hochsaison über 130 Mitarbeitende.² Die Gesellschaft hat Zweigniederlassungen in Scuol, Samnau und Val Müstair.

A.2.2 Scandella Bau AG

3. Die Scandella Bau AG mit Sitz in Val Müstair wurde im März 2013 gegründet. Sie bezweckt die Übernahme und Ausführung von Hoch- und Tiefbauten aller Art sowie den Handel mit Baumaterialien. [...] an der Scandella Bau AG werden von der Foffa Conrad AG gehalten.³ Verwaltungsratspräsident der Scandella Bau AG ist Roland Conrad.

A.2.3 Hohenegger SA

4. Die Hohenegger SA mit Sitz in Val Müstair wurde 1972 gegründet. Sie war in den Bereichen Hoch- und Tiefbau, Innen- und Aussenverputz, Plattenarbeiten, Sanitärarbeiten, Heizungen und Maler- bzw. Gipserarbeiten tätig.⁴ Geschäftsführer der Hohenegger SA war Hans-Peter Bernhart. Die Hohenegger SA beschäftigte bis zu 30 Personen.⁵

5. Mit Entscheid vom 4. Mai 2017 eröffnete der Konkursrichter des Regionalgerichts Engiadina Bassa/Val Müstair über die Hohenegger SA mit Wirkung ab dem 4. Mai 2017 den Konkurs. Sie trägt seither den Zusatz „in Liquidation“. Der Konkurs wird im summarischen Verfahren durchgeführt.⁶

¹ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

² Vgl. <<http://foffa-conrad.ch/ueberuns.html>> (27.2.2017).

³ Act. VII.2 (22-0467). – Die Akten des vorliegenden Verfahrens setzen sich aus den Akten bis und mit der Verfahrenstrennung vom 23. November 2015 (Aktenverzeichnis 22-0433) und den Akten nach der Verfahrenstrennung (Aktenverzeichnis 22-0467) zusammen. Ist bei der Angabe der Aktenstücke (Act.) kein Hinweis auf das Aktenverzeichnis vermerkt, sind diese im Aktenverzeichnis 22-0433 erfasst.

⁴ Act. IV.025, Zeile 103 f.

⁵ Act. IV.025, Zeile 106.

⁶ SHAB vom 1.6.2017, Nr. 105.

A.3 Verfahrensgeschichte

A.3.1 Untersuchungseröffnung

6. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eröffnete am 30. Oktober 2012 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums gegen 19 im Unterengadin tätige Unternehmen der Baubranche die Untersuchung 22-0433: Bau Unterengadin nach Art. 27 ff. KG, unter anderem gegen die Foffa Conrad AG.⁷

7. Dem Sekretariat lagen aufgrund einer Anzeige Anhaltspunkte für mutmassliche Wettbewerbsabreden in der Baubranche im Unterengadin vor, namentlich bezüglich der Märkte für Hoch-, Tief- und Strassenbau sowie Kies und Beton. Es bestand der Verdacht, dass sich im Unterengadin Vertreter verschiedener Bauunternehmen abgesprochen hatten, insbesondere um bei Ausschreibungen die Angebote bzw. Angebotssummen zu koordinieren und allenfalls die Bauprojekte bzw. Kunden aufzuteilen.

8. Vom 30. Oktober bis 1. November 2012 führte das Sekretariat insgesamt 13 Hausdurchsuchungen durch, unter anderem bei der Foffa Conrad AG. Während der Hausdurchsuchungen wurden insgesamt zehn Parteieinvernahmen und Zeugeneinvernahmen durchgeführt, so am 31. Oktober 2012 auch mit A._____, [...] der Foffa Conrad AG.⁸

A.3.2 Selbstanzeige der Foffa Conrad AG und der Scandella Bau AG und deren Ergänzungen

9. Mit Fax-Bonusmeldung vom 2. November 2012 reichte die Foffa Conrad AG Selbstanzeige betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse in der Baubranche im Münstertal ein.⁹ Sie ergänzte ihre Selbstanzeige betreffend das Münstertal mit Eingaben vom 12. November 2012¹⁰, 29. November 2012¹¹ und 1. Februar 2012¹².

10. Zudem gaben folgende Personen dem Sekretariat im Rahmen von mündlichen Ergänzungen der Selbstanzeige der Foffa Conrad AG Auskunft über mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Münstertal:

- A._____, [...] der Foffa Conrad AG (12. November 2012)¹³;
- B._____, [...] der Foffa Conrad AG (20. August 2015)¹⁴.

11. Mit Eingabe vom 14. März 2016 bestätigte die Scandella Bau AG, dass die Selbstanzeige der Foffa Conrad AG für die gesamte Unternehmensgruppe erfolgt sei und daher auch für die erst nach Untersuchungseröffnung gegründete Scandella Bau AG gelte.¹⁵

⁷ Vgl. SHAB vom 13.11.2012, Nr. 221 (Act. I.025) und Untersuchungseröffnungsschreiben an die Parteien vom 30.10.2012 und 5.11.2012 (Act. I.002–I.022).

⁸ Vgl. Act. IV.002.

⁹ Act. IX.C.001.

¹⁰ Act. IX.C.007.

¹¹ Act. IX.C.023.

¹² Act. IX.C.035.

¹³ Act. IX.C.005.

¹⁴ Act. IX.C.052.

¹⁵ Act. VII.5 (22-0467).

12. Am 15. März 2016 gab C._____, [...] der Scandella Bau AG, im Rahmen einer mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige der Scandella Bau AG Auskunft über mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Münstertal.¹⁶

A.3.3 Ausdehnung der Untersuchung, Verfahrenstrennung und weitere Ermittlungshandlungen

13. Am 22. und 23. April 2013 dehnte das Sekretariat die Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden (vormals: Bau Unterengadin) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO in örtlicher Hinsicht auf den gesamten Kanton Graubünden und in persönlicher Hinsicht auf sieben weitere Unternehmen aus.¹⁷ Zwischen dem 23. und dem 24. April 2013 führte das Sekretariat weitere Hausdurchsuchungen durch.

14. Am 28. Oktober 2015 führte das Sekretariat eine Parteieinvernahme mit D._____, Hohenegger SA, durch.¹⁸

15. Mit Schreiben vom 23. November 2015 dehnte das Sekretariat die Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums auf weitere Gesellschaften aus, unter anderem auf die Hohenegger SA und die Scandella Bau AG.¹⁹

16. Mit Zwischenverfügung vom 23. November 2015 trennte das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO die Untersuchung 22-0467: Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal von der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden.²⁰ Das getrennte Verfahren 22-0467: Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal wurde gegen die Foffa Conrad AG, die Scandella Bau AG und die Hohenegger SA weitergeführt.

17. Am 16. März 2016 befragte das Sekretariat E._____, [...] der Hohenegger SA, zu den Vorwürfen gegen die Hohenegger SA.²¹

18. Mit Eingabe vom 27. Juni 2016 reichten die Foffa Conrad AG und die Scandella Bau AG ihre Antworten auf die Fragen des Sekretariats zu den Wettbewerbsverhältnissen im Münstertal in den Bereichen Hoch- und Tiefbau ein.²² Mit Schreiben vom 30. Juni 2016 beantwortete C._____ zusätzliche Fragen betreffend die frühere Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft.²³

19. Mit Eingabe vom 26. Juli 2016 nahm die Hohenegger SA zu den Fragen des Sekretariats betreffend die Wettbewerbsverhältnisse im Münstertal in den Bereichen Hoch- und Tiefbau sowie [...] Stellung.²⁴ Auf Aufforderung des Sekretariats hin ergänzte sie ihre Angaben mit Eingabe vom 2. September 2016.²⁵

¹⁶ Act. VII.6 (22-0467).

¹⁷ Vgl. SHAB vom 28.5.2013, Nr. 100 (Act. I.080); Act. I.059–I.067.

¹⁸ Act. IV.025.

¹⁹ Act. I.518 und Act. I.534.

²⁰ Act. I.502–I.545.

²¹ Act. II.1 (22-0467).

²² Act. I.33 (22-0467).

²³ Act. III.1 (22-0467).

²⁴ Act. I.35 (22-0467).

²⁵ Act. I.43 (22-0467).

A.3.4 Gewährung der Akteneinsicht

20. Am 7. Juni 2016 stellte das Sekretariat den Verfahrensparteien die Verfahrensakten auf einem gesicherten Server der Bundesbehörden zur Einsicht bereit.²⁶

21. Mit Schreiben vom 11. August 2016 informierte das Sekretariat die Verfahrensparteien, welche Unternehmen Selbstanzeige eingereicht haben. Weiter informierte es, wie in die entsprechenden Selbstanzeigedossiers eingesehen werden kann.²⁷

22. Die Einsicht in die Beilagen zu den Selbstanzeigen erfolgte am 30. März 2017 durch Versand der elektronischen Aktenverzeichnisse erfolgen. Zudem hatten die Verfahrensparteien die Gelegenheit, ab 3. April 2017 in die eigentlichen Selbstanzeigen vor Ort in den Räumlichkeiten des Sekretariats einzusehen.

A.3.5 Versand des Antrags und Stellungnahmen der Parteien

23. Am 29. März 2017 stellte das Sekretariat den Parteien seinen Antrag zur Stellungnahme zu. Sämtliche Parteien verzichteten auf eine Stellungnahme.

B Sachverhalt

B.1 Übersicht

24. Die nachfolgenden Ausführungen zum Sachverhalt sind wie folgt aufgebaut. Zunächst werden in den Vorbemerkungen die Grundlagen der Beweisführung dargelegt (Rz 25 ff. hiernach). Anschliessend wird die Hoch- und Tiefbaubranche im Münstertal beschrieben, insbesondere die dort tätigen Unternehmen sowie deren Marktanteile (Rz 28 ff. hiernach). Sodann wird – und hier liegt der Schwerpunkt der Ausführungen zum Sachverhalt – der kartellrechtlich relevante Sachverhalt im Einzelnen erörtert. Dabei wird zwischen der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen bis 2008 (Rz 52 ff. hiernach) und der Weiterführung dieser Zusammenarbeit bis 2012 (Rz 133 ff. hiernach) unterschieden.

B.2 Vorbemerkungen zum Beweis

25. Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)²⁸ anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Auch im Kartellverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP²⁹).

26. Der Beweis einer Tatsache ist im Allgemeinen erbracht, wenn die Wettbewerbsbehörden nach objektiven Gesichtspunkten von deren Verwirklichung überzeugt sind. Die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit (also ohne Zweifel) festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel unerheblich erscheinen.³⁰ Bloss abstrakte und theoretische Zweifel sind nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt

²⁶ Act. I.22 (22-0467).

²⁷ Act. I.37 (22-0467) und Act. I.38 (22-0467).

²⁸ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

²⁹ Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

³⁰ Urteil des BVerG B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2 f., *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVerG B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.2 f., *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; vgl. auch etwa Urteil des BVerG 2A.500/2002 vom 24.03.2003, E. 3.5; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

werden kann. Es muss sich um erhebliche und unüberwindliche Zweifel handeln, d.h. um solche, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen.³¹ Hinsichtlich bestimmter Tatsachen, namentlich komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte, sind im Einklang mit der Rechtsprechung keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen. Vielmehr schliesst die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, eine strikte Beweisführung regelmässig aus.³²

27. Diesen Grundsätzen ist im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen zum Sachverhalt Rechnung zu tragen.

B.3 Hoch- und Tiefbaubranche im Münstertal

28. Im Folgenden werden die Struktur und Verhältnisse der Hoch- und Tiefbaubranche im Münstertal dargelegt. Dabei ist vorab darauf hinzuweisen, dass der Hochbau dasjenige Teilgebiet des Bauwesens umfasst, das sich mit der Planung und Errichtung von Bauwerken befasst, die mehrheitlich oberhalb der Geländelinie liegen (zum Beispiel Wohnhäuser). Bauwerke, die sich mehrheitlich unterhalb oder auf der Geländelinie befinden, werden dagegen typischerweise dem Tiefbau zugeordnet (zum Beispiel Kanalisationen, Tunnelbau, Erdbau).

29. Im Einzelnen werden zunächst die Örtlichkeiten des Münstertals angesprochen (Rz 30 ff.). Anschliessend werden die im Münstertal in den Bereichen Hoch- und Tiefbau tätigen Bauunternehmen beschrieben (Rz 34 ff.). Schliesslich werden die Marktanteile dieser Bauunternehmen analysiert (Rz 38 ff.).

B.3.1 Münstertal

30. Das Münstertal ist rund 25 Kilometer lang und erstreckt sich vom Ofenpass im Westen zum oberen Teil des Etschtals im Osten. Das Tal wird unter anderem von den Bergen Piz Daint, Piz Turettas, Piz Lad, Piz Chavalatsch im Süden und vom Piz Terza im Norden umgeben.

31. Topographisch kann das Münstertal in drei Talstufen eingeteilt werden. Auf der obersten liegen die Orte Tschierv und Fuldera, auf der mittleren Valchava und Sta. Maria und auf der untersten Müstair und – in der italienischen Provinz Südtirol – Taufers.

32. Im Münstertal besteht auf Schweizer Gebiet mit der Gemeinde Val Müstair nur eine Gemeinde. In der Gemeinde leben rund 1'600 Menschen. Sie entstand am 1. Januar 2009 aus der Fusion der bis dahin selbstständigen Gemeinden Tschierv, Fuldera, Lü, Valchava, Sta. Maria und Müstair.

33. Das Münstertal ist mit einer Strasse über den Ofenpass mit dem Engadin verbunden. Mit Italien ist es durch die SS 41 erschlossen.

B.3.2 Tätige Bauunternehmen

34. Mit Schreiben vom 10. Juni 2016 ersuchte das Sekretariat die Verfahrensparteien, ihre Konkurrenten in den Bereichen Hoch- und Tiefbau in den Jahren 2004 bis 2012 zu bezeichnen.³³ Die Foffa Conrad AG nannte daraufhin mit Eingabe vom 27. Juni 2016 die Hohenegger

³¹ Vgl. z.B. BGE 124 IV 86, E. 2a.

³² BGE 139 I 72, 91 E. 8.3.2 (= RPW 2013/1, 126 f. E. 8.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.7, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.7, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; je m.w.Hinw.

³³ Act. I.26 (22-0467) und Act. I.27 (22-0467).

SA und die frühere Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft als wesentliche Konkurrentinnen in diesem Zeitraum, und zwar sowohl im Bereich Hochbau als auch im Bereich Tiefbau.³⁴ In geringem Umfang seien auch die Terza Bau AG (bis 2007) und die Einzelfirma Arthur Pinggera (bis 2008) tätig gewesen.³⁵

35. Die Hohenegger SA bezeichnete in ihrer Eingabe vom 26. Juli 2016 grundsätzlich die gleichen Marktteilnehmerinnen im Zeitraum von 2004 bis 2012 in den Bereichen Hoch- und Tiefbau, nämlich die Foffa Conrad AG, die frühere Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft sowie die Hohenegger SA. Allerdings erwähnte die Hohenegger SA die Terza Bau AG nicht als weitere Konkurrentin. Zudem sei die Einzelfirma Arthur Pinggera – im Unterschied zur Angabe der Foffa Conrad AG – bis ins Jahr 2010 tätig gewesen.³⁶

36. Die Tätigkeit der Terza Bau AG und der Einzelfirma Arthur Pinggera war im fraglichen Zeitraum von untergeordneter Bedeutung. Die Terza Bau AG wurde am 29. Februar 2008 aufgelöst und am 7. September 2009 im Handelsregister gelöscht.³⁷ Über die Einzelfirma Arthur Pinggera eröffnete der Konkursrichter des Bezirksgerichts Inn am 17. März 2010 den Konkurs. Die Firma wurde am 29. August 2011 im Handelsregister gelöscht.³⁸

37. Soweit vorliegend relevant sind die Parteiangaben glaubhaft. Daraus folgt, dass im Zeitraum von 2004 bis 2012 im Wesentlichen folgende Bauunternehmen in den Bereichen Hoch- und Tiefbau im Münstertal tätig gewesen sind:

- die Foffa Conrad AG;
- die Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft;
- die Hohenegger SA.

B.3.3 Marktanteile

38. Im Folgenden werden die Marktanteile der im Münstertal im Zeitraum von 2004 bis 2012 tätigen Unternehmen erörtert. Dabei werden zunächst die auf Schätzungen beruhenden Angaben der Parteien dargelegt (Rz 39 f.). Anschliessend werden diese Angaben den Informationen aus den Offertöffnungsprotokollen des Kantons Graubünden und der Gemeinde Val Müstair gegenübergestellt und überprüft (Rz 41 ff.).

B.3.3.1 Angaben der Parteien (Schätzungen)

39. Die Foffa Conrad AG gab mit Eingabe vom 27. Juni 2016³⁹ die geschätzten Marktanteile ihres Unternehmens und diejenigen der Konkurrentinnen in den Jahren 2004 bis 2012 im Münstertal an. Danach habe die Foffa Conrad AG in diesem Zeitraum im Bereich Hochbau jeweils über einen Marktanteil von [...] % bis [...] % verfügt, die frühere Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft über einen Marktanteil von [...] % bis [...] % und die Hohenegger SA über einen Marktanteil von [...] % bis [...] %. Die Terza Bau AG und die Einzelfirma Arthur Pinggera hätten bis zur Einstellung ihrer Geschäftstätigkeit je einen Marktanteil von [...] % bis [...] % gehabt. Dabei fällt auf, dass nach Angaben der Foffa Conrad AG ihre Marktanteile und diejenigen der Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft und der Hohenegger SA zwischen

³⁴ Act. I.33 (22-0467), Seite 4 f.

³⁵ Act. I.33 (22-0467), Seite 7 f.

³⁶ Act. I.36 (22-0467), Seite 6 f.

³⁷ Vgl. Auszug aus dem Handelsregister der früheren Terza Bau AG, <www.zefix.ch> (27.2.2017).

³⁸ Vgl. Auszug aus dem Handelsregister der früheren Einzelfirma Arthur Pinggera, <www.zefix.ch> (27.2.2017).

³⁹ Act. I.33 (22-0467).

2008 und 2009 gestiegen seien. Angesichts der Geschäftsaufgabe bzw. Liquidation der Terza Bau AG und der Einzelfirma Arthur Pinggera in diesen Jahren erscheint dies nachvollziehbar. Die Schätzungen der Marktanteile der Foffa Conrad AG für den Bereich Tiefbau sind mit denjenigen für den Bereich Hochbau vergleichbar.

40. Die Scandella Bau AG schätzte die Marktanteile der im Münstertal in den Bereichen Hoch- und Tiefbau tätigen Unternehmen mit Eingabe vom 27. Juni 2016⁴⁰ gleich wie die Foffa Conrad AG. Die Hohenegger SA reichte keine Angaben oder Schätzungen zu den Marktanteilen der im Münstertal tätigen Bauunternehmen ein.

B.3.3.2 Analyse der Offertöffnungsprotokolle des Kantons Graubünden und der Gemeinde Val Müstair

41. Die Schätzungen der Parteien zu den Marktanteilen erachtet die Behörde als glaubhaft. Um deren Stichhaltigkeit besser beurteilen zu können, sind die Angaben der Parteien mit den Informationen zu vergleichen, die sich aus der Analyse der Offertöffnungsprotokolle des Kantons Graubünden und der Gemeinde Val Müstair ergeben.

a. Grundlagen

42. Im Rahmen der Amtshilfe reichten der Kanton Graubünden und die Gemeinde Val Müstair die Offertöffnungsprotokolle betreffend Aufträge im Strassenbau sowie in den Bereichen Hoch- und Tiefbau ein.⁴¹ Dabei ist zu beachten, dass die Gemeinde Val Müstair aus einer Fusion der Gemeinden Fuldera, Lü, Tschier, Sta. Maria, Valchava und Val Müstair im Jahr 2009 hervorgegangen ist. Die kommunalen Offertöffnungsprotokolle vor der Gemeindefusion im Jahr 2009 liegen der Behörde nicht vor.⁴²

43. Der nachfolgenden Würdigung liegen 24 Offertöffnungsprotokolle zwischen 2004 und 2012 betreffend Hoch- und Tiefbauprojekte im Münstertal mit einem Bauvolumen von insgesamt CHF 7'491'177.22 zugrunde. Nicht berücksichtigt werden Installationsarbeiten und reine Belagsarbeiten.

b. Würdigung

44. Die nachfolgende Tabelle 1 zeigt – auf der Grundlage der 24 Bauprojekte im öffentlichen Sektor (vgl. Rz 42 f.) – die Marktanteile der im Münstertal tätigen Bauunternehmen im Zeitraum von 2004 bis 2012 auf. Die zweite Spalte „Eingereichte Offerten“ gibt die Anzahl der vom betreffenden Unternehmen in den Jahren 2004 bis 2012 eingereichten Offerten wieder, während die dritte Spalte „Offerten mit Zuschlag“ die Anzahl der erfolgreichen Offerten des Unternehmens nennt. In der vierten Spalte wird der Anteil der erfolgreichen Offerten des Unternehmens an sämtlichen 24 Bauprojekten kalkuliert. Die fünfte Spalte „Umsatz“ enthält den Umsatz des betreffenden Unternehmens im Rahmen dieser 24 Bauprojekte, während schliesslich in der sechsten Spalte „Umsatz in %“ der Umsatz in Prozent angegeben wird.

Unternehmen	Eingereichte Offerten	Offerten mit Zuschlag	Anteil Offerten mit Zuschlag an allen Bauprojekten	Umsatz (in CHF)	Umsatz in %
Foffa Conrad AG	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Hohenegger SA	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁴⁰ Act. I.33 (22-0467).

⁴¹ Act. VI.036; Act. VI.128.

⁴² Act. VI.010.

Pio Scandella	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Arthur Pinggera	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Terza Bau AG	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Gesamt	78	24	100 %	7'491'177.22	100 %

Tabelle 1: Marktanteile der im Münstertal tätigen Bauunternehmen für Hoch- und Tiefbauaufträge der öffentlichen Hand (2004–2012)

45. Daraus folgt, dass die Foffa Conrad AG im Zeitraum von 2004 bis 2012 bei [...] % aller Projekte den Zuschlag erhielt, damit aber über [...] des Bauvolumens im öffentlichen Sektor im Münstertal auf sich vereinte, nämlich [...] %. Die Hohenegger SA und die Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft erzielten einen Anteil am Bauvolumen im öffentlichen Sektor von [...] % bzw. von [...] %. Während die Hohenegger SA bei [...] % aller Bauprojekte den Zuschlag erhielt, war dies bei der Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft bei [...] % aller Bauprojekte der Fall. Das durchschnittliche Volumen der Bauprojekte, bei denen die Foffa Conrad AG den Zuschlag erhielt, beläuft sich auf CHF [...]. Bei der Hohenegger SA beträgt das durchschnittliche Projektvolumen CHF [...], bei der Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft CHF [...].

46. Diese Auswertungen zeigen somit, dass die Foffa Conrad AG tendenziell bei grösseren Bauprojekten den Zuschlag erhielt als ihre Konkurrentinnen. Weiter bestätigen sie, dass die Foffa Conrad AG in den Jahren 2004 bis 2012 das umsatzstärkste Unternehmen im Hoch- und Tiefbau im Münstertal war. Den Anteil der Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft am Bauvolumen im öffentlichen Sektor von [...] % liegt eher [...] des von den Parteien geschätzten Marktanteils von [...] % bis [...] %. Umgekehrt verhält es sich bei der Hohenegger SA. Ihr Anteil am Bauvolumen im öffentlichen Sektor von [...] % liegt eher [...] dem von den Parteien geschätzten Marktanteil von [...] % bis [...] %.

47. Sodann geht aus diesen Auswertungen hervor, dass die Einzelfirma Arthur Pinggera nur bei [...] der 24 analysierten Bauprojekte den Zuschlag erhielt und zwar vor 2009. Allerdings ist dies nicht sehr aussagekräftig: Erstens geriet die Einzelfirma Arthur Pinggera im Jahr 2010 in Konkurs. Zweitens liegen der Behörde – wie erwähnt – die kommunalen Offertöffnungsprotokolle erst ab dem Jahr 2009 vor.

48. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass das Unternehmen [...], welches von den Parteien nicht als Konkurrent in den Bereichen Hoch- und Tiefbau im Münstertal genannt worden ist, eine (einzige) Offerte einreichte, dabei jedoch den Zuschlag nicht erhielt.

B.3.3.3 Umsatzangaben der Parteien in den Bereichen Hoch- und Tiefbau

49. Die Parteien gaben folgende Umsätze in den Bereichen Hoch- und Tiefbau an, welche in der untenstehenden Tabelle aufgeführt sind.⁴³ Die Spalte „Umsatz“ gibt darin den Jahresumsatz des jeweiligen Unternehmens in diesen Bereichen wieder. Die Spalte „%“ hält den Anteil des Jahresumsatzes des betreffenden Unternehmens am Total der Jahresumsätze aller Unternehmen fest (vgl. die Spalte „Total Ums.“). Die Zeile „Total 2010–2012“ gibt den in den Jahren 2010 bis 2012 realisierten Umsatz der einzelnen Unternehmen in den Bereichen Hoch- und Tiefbau wieder.

⁴³ Act. I.43 (22-0467), Act. III.1 (22-0467), Act. I.33 (22-0467).

Jahr	Foffa Conrad AG		Pio Scandella ⁴⁴		Hohenegger SA		Total Ums.
	Umsatz	%	Umsatz	%	Umsatz	%	
2010	[...]	[...]	[...]	[...] %	[...]	[...] %	7'215'300
2011	[...]	[...]	[...]	[...] %	[...]	[...] %	6'049'500
2012	[...]	[...]	[...]	[...] %	[...]	[...] %	6'699'200
2013	[...]	[...]	[...]	[...] %	[...]	[...] %	6'511'000
2014	[...]	[...]	[...]	[...] %	[...]	[...] %	7'350'000
2015	[...]	[...]	[...]	[...] %	[...]	[...] %	7'478'000
Total	[...]	[...]	[...]	[...] %	[...]	[...] %	41'303'000
Total 2010–2012	[...]	[...]	[...]	[...] %	[...]	[...] %	19'964'000

Tabelle 2: Umsatzangaben der Parteien für die Bereiche Hoch- und Tiefbau

50. Diese Umsatzangaben bestätigen die Schätzungen der Marktanteile der Parteien (vgl. Rz. 39).

B.3.3.4 Zwischenfazit

51. Zusammenfassend können folgende Schlüsse gezogen werden:

- Die Foffa Conrad AG war im Zeitraum von 2004 bis 2012 das umsatzstärkste Bauunternehmen im Münstertal. Vom gesamten im Münstertal in den Bereichen Hoch- und Tiefbau realisierten Umsatz erzielte sie rund [...].
- Die Hohenegger SA und die Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft bildeten – jedenfalls nach 2010 – die einzigen gewichtigen Konkurrentinnen der Foffa Conrad AG. Ihr Anteil am Bauvolumen betrug [...].
- Im Zeitraum von 2004 bis 2012 waren die Foffa Conrad AG, die Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft und die Hohenegger SA mit keinen weiteren im Münstertal domizilierten Konkurrenten im Bereich Hoch- und Tiefbau konfrontiert. Ausgenommen sind die Terza Bau AG und die Einzelfirma Arthur Pinggera, welche ihre Geschäftstätigkeit aber 2008 bzw. 2010 einstellten.

B.4 Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen

52. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet unter anderem die Zusammenarbeit von Bauunternehmen anlässlich von Vorversammlungen betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal. Dabei stellen sich folgende Sachverhaltsfragen:

- ob und ggf. ab wann ein tatsächlicher Konsens über eine solche Zusammenarbeit vorlag und was ggf. der Inhalt dieses Konsenses war (Rz 54 ff.);
- welche Unternehmen ggf. an dieser Zusammenarbeit beteiligt waren (Rz 78 ff.);
- was ggf. der verfolgte Zweck dieser Zusammenarbeit war (Rz 92 ff.);
- wie lange dieser allfällige Konsens bestand (Rz 101 ff.);
- ob sich die beteiligten Unternehmen ggf. entsprechend ihrem Konsens verhielten und welches ggf. die Auswirkungen ihres Verhaltens waren (Rz 113 ff.).

⁴⁴ Bei der Spalte „Pio Scandella“ wurden bis 2012 die Umsätze der früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft berücksichtigt. Nach 2012 liegen der Tabelle die Angaben der Scandella Bau AG zugrunde.

53. Im Folgenden wird bezüglich dieser Sachverhaltsfragen zunächst das genaue Beweis-thema umschrieben. Weiter werden die in Bezug auf den vorgeworfenen Kartellrechtsverstoss vorhandenen Beweismittel dargestellt. Anschliessend wird anhand dieser Beweismittel die konkrete Beweislage hinsichtlich der genannten Sachverhaltsfragen gewürdigt, bevor schliesslich das Beweisergebnis festgehalten wird.

B.4.1 Konsens und Inhalt

B.4.1.1 Beweisthema

54. In tatsächlicher Hinsicht ist zu prüfen, ob und ggf. ab wann zwischen im Münstertal tätigen Bauunternehmen übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen über die Zusammenarbeit anlässlich von Vorversammlungen betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal vorlagen (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Ist ein solcher Konsens zu bejahen, ist alsdann der Inhalt dieses Konsenses zu ermitteln.

B.4.1.2 Beweismittel

55. Im Folgenden werden die Beweismittel genannt, auf die sich die Behörde bei der Würdigung der in diesem Abschnitt zu beurteilenden Sachverhaltsfragen stützt.

a. Urkunden

56. Im Protokoll der Generalversammlung des GBV Sektion Unterengadin/Münstertal vom 13. März 2003 wird unter Traktandum 15 „Varia“ ausgeführt, dass A._____ F._____ für seinen Einsatz als Submissionsleiter danke. Sein Nachfolger werde G._____ sein.⁴⁵

57. Des Weiteren liegt der Behörde ein Reglement über die Entschädigung von Leistungen im Auftrage des Graubündnerischen Baumeisterverbandes, genehmigt am 23. Juni 2006, vor.⁴⁶ Für die Aufgabe des Submissionsleiters sind darin folgende Entschädigungen vorgesehen:

Einfache Submittentenversammlung	CHF	75.00
Doppelsitzung	CHF	105.00
Dreifachsitzung	CHF	140.00
Reisekosten pro km	CHF	0.60

58. Aus den Spesenabrechnungen des GBV für die Submissionsleiter und deren Stellvertreter⁴⁷ geht sodann hervor, dass der GBV G._____ im Jahr 2006 CHF 3'605.00, im Jahr 2007 CHF 1'605.00 und im Jahr 2008 CHF 550.00 Entschädigung entrichtete. In diesen Beträgen nicht inbegriffen sind die Spesen und Reisekosten.

59. Weiter beschlagnahmte das Sekretariat anlässlich der Hausdurchsuchung bei G._____ dessen Agenda.⁴⁸ Darin führte G._____ über seine Tätigkeit als Submissionsleiter im Auftrag des GBV in den Jahren 2003 bis 2008 Buch. Die Einträge, welche den GBV betrafen, sind in der Agenda blau markiert. Gewisse Einträge von G._____ enthalten

⁴⁵ Act. III.B.018.

⁴⁶ Act. IV.1 (22-0467).

⁴⁷ Act. IV.1 (22-0467).

⁴⁸ Act. III.R.002, Act. III.R.003, Act. III.R.004, Act. III.R.005, Act. III.R.006 und Act. III.R.007.

den Zusatz „Müstair“ oder „Mü“. G. _____ vermerkte bei diesen Einträgen zudem jeweils Zusätze wie „1x“, „2x“, „3x“ oder „4x“.

60. Exemplarisch ist an dieser Stelle der Auszug der Agenda von G. _____ betreffend den Februar 2007⁴⁹ abgebildet:

2007 Februar Février												Febbraio February 2007											
			07	08	09	10	11	12	13				14	15	16	17	18	19	20				
1	Do	Je													1 GBV SC 3x					Gi	Th	1	
2	Fr	Ve																		○	Ve	Fr	2
3	Sa	Sa																					3
4	So	Di																					4
5	Mo	Lu																					5
6	Di	Ma																					6
7	Mi	Me																					7
8	Do	Je																					8
9	Fr	Ve													1 GBV MU 1x								9
10	Sa	Sa																		☾	Sa	Sa	10
11	So	Di																					11
12	Mo	Lu																					12
13	Di	Ma																					13
14	Mi	Me																					14
15	Do	Je													GBV								15
16	Fr	Ve													GBV MU 1x								16
17	Sa	Sa																		●	Sa	Sa	17
18	So	Di																					18
19	Mo	Lu	*																				19
20	Di	Ma	*																				20
21	Mi	Me	Ascher																	Le	Generi		21
22	Do	Je													GBV SC 1x								22
23	Fr	Ve	*																				23
24	Sa	Sa																					24
25	So	Di																					25
26	Mo	Lu																					26
27	Di	Ma																					27
28	Mi	Me																					28

61. Schliesslich ist in den Jahresberichten des Präsidenten des GBV Sektion Unterengadin/Münstertal – jeweils unter der Ziffer 2.1 – Folgendes zu Vorversammlungen festgehalten:

- Jahresbericht vom März 2005 betreffend das Jahr 2004⁵⁰:
„Bis Mitte Jahr mit Erfolg durchgeführt, im Sommer und Herbst keine mehr. (aus bekannten Gründen)“.
- Jahresbericht vom März 2006 betreffend das Jahr 2005⁵¹:
„anfangs Jahr mit schwachem Erfolg durchgeführt, im Sommer und Herbst keine mehr“.

⁴⁹ Act. III.R.006.

⁵⁰ Act. III.C.087.

⁵¹ Act. III.C.088.

- Jahresbericht vom März 2008 betreffend das Jahr 2007⁵²:
„Im Münstertal regelmässig durchgeführt“.
- Jahresbericht vom März 2009 betreffend das Jahr 2008⁵³:
„Im Münstertal z.T. durchgeführt“.

b. Auskünfte von Parteien

62. Mit Faxschreiben vom 2. November 2012 zeigte die Foffa Conrad AG ihre Beteiligung an einer mutmasslichen Wettbewerbsbeschränkung im Münstertal an.⁵⁴

63. Weiter gab A. _____ anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige der Foffa Conrad AG vom 12. November 2012⁵⁵ folgende Aussagen zu Protokoll (Seite 2 unten und Seite 3):

- Die Foffa Conrad AG pflege geschäftliche Beziehungen im Münstertal. Ihre dortige Niederlassung werde eigenständig geführt. Das Münstertal sei ein eigener Markt. Neben der Foffa Conrad AG gebe es im Münstertal nur noch zwei Bauunternehmen. Mit Ausnahme der Foffa Conrad AG sei kein Bauunternehmen aus dem Engadin im Münstertal tätig. Umgekehrt sei auch kein Bauunternehmen aus dem Münstertal im Engadin tätig.
- Das, was er im Münstertal gesehen habe, habe ihn dazu veranlasst, eine Bonusmeldung einzureichen. Im Münstertal hätten wettbewerbsbehindernde Massnahmen stattgefunden.

64. Mit Eingabe vom 1. Februar 2013 führte die Foffa Conrad AG aus, dass sich im Münstertal die Unternehmer von Zeit zu Zeit zu Sitzungen getroffen hätten, in welchen die Auftragslage und die bevorstehenden Ausschreibungen diskutiert worden seien. Die Preisbereinigung sei dann in weiteren Sitzungen erfolgt oder vielfach auch bilateral.⁵⁶

65. B. _____ gab anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige der Foffa Conrad AG vom 20. August 2015 folgende Aussagen zu Protokoll:

- In den 80er Jahren habe es sechs Bauunternehmen im Münstertal gegeben. Dies seien Schulkollegen von ihm gewesen und sie hätten sich sehr gut gekannt. Man habe immer miteinander gesprochen. Fünf der Bauunternehmen seien Mitglieder des Baumeisterverbandes gewesen. Der Baumeisterverband habe ihnen diktiert, was sie hätten tun müssen. Konkret hätten sie Sitzungen durchführen müssen. Diese Sitzungen seien Submissionssitzungen genannt worden und die Teilnahme daran sei obligatorisch gewesen. Man sei bestraft worden, wenn man nicht daran teilgenommen habe oder sich nicht an das gehalten habe, was dort beschlossen worden sei. Der Baumeisterverband habe einen Submissionsleiter gestellt. Sie hätten jeweils eine Einladung zur Sitzung erhalten. An den Sitzungen sei zuerst über den Devis gesprochen worden.⁵⁷
- Weiter habe man sich an den Sitzungen geeinigt, wer das Bauprojekt ausführen sollte.⁵⁸ Dabei habe der Submissionsleiter gefragt, ob ein Bauunternehmen spezielle Interessen

⁵² Act. III.C.085.

⁵³ Act. III.C.089.

⁵⁴ Act. IX.C.001.

⁵⁵ Act. IX.C.005.

⁵⁶ Act. IX.C.035, pag. 4.

⁵⁷ Act. IX.C.052, Zeilen 46 ff.

⁵⁸ Act. IX.C.052, Zeile 84.

habe. Jede Gemeinde habe natürlich ihr dort ansässiges Bauunternehmen unterstützen wollen. Ebenfalls in die Überlegungen eingeflossen seien, wenn jemand einen Verwandten gehabt habe. Ein weiteres Kriterium für die Zuteilung der Bauprojekte sei die Auslastung der Bauunternehmen gewesen.⁵⁹

- Zur Berechnung der Eingabesummen habe es an den Sitzungen verschiedene Verfahren gegeben. Dabei habe es sich um eine Art Ausgleichsverfahren gehandelt. Man habe dem Submissionsleiter den Devis gezeigt. Die (kalkulierten) Eingabesummen der anderen Bauunternehmen habe man aber nicht erfahren.⁶⁰ Anschliessend habe der Submissionsleiter die vorgelegten Zahlen analysiert und den Billigsten und den Teuersten ausgeschlossen. Dies, damit es keine Spekulationen gegeben habe. Der Ausschluss sei nur erfolgt, wenn es zwischen den einzelnen Offerten grosse Differenzen gegeben habe.⁶¹ Daraufhin habe der Submissionsleiter einen Mittelwert berechnet. Derjenige, der den Zuschlag erhalten sollte, habe nicht höher als den Mittelwert eingeben dürfen. Der Mittelwert sei nur dem Submissionsleiter bekannt gewesen. Dieser habe den Teilnehmern die einzugebenden Summen auf einem Zettel mitgeteilt. Der Submissionsleiter habe eine Liste mit den Bauunternehmen und ihren Eingabesummen erstellt und diese dem GBV in Chur geschickt.⁶²
- Die Beteiligten hätten diese Verfahren als gerecht empfunden. Man habe sich nicht bereichern wollen.⁶³ Vielmehr habe das Ziel darin bestanden, die Aufträge fair zu verteilen und das Überleben der Bauunternehmen im Münstertal sicherzustellen.⁶⁴ Im Münstertal sei nur wenig Geld vorhanden. Es sei den Beteiligten wichtig gewesen, dass sie Arbeit gehabt hätten und dies zu fairen Preisen. Das Münstertal sei ein eigener Markt. Es sei ein Überlebenskampf gewesen im Münstertal.⁶⁵ Rund 98 Prozent der privaten Aufträge seien von drei Architekten ausgeschrieben worden. Der Markt sei sehr klein. Das gesamte Bauvolumen betrage im Münstertal nur etwa fünf Millionen Franken. Dies bedeute, dass es Arbeit nur für zirka 50 Personen gebe. Von diesen fünf Millionen habe die Foffa Conrad AG zirka [...] Millionen ausgeführt, die restlichen [...] Millionen hätten die anderen fünf Bauunternehmen ausgeführt.⁶⁶

66. Weiter sagte B._____ am 20. August 2015 Folgendes zu Vorversammlungen im Münstertal aus:

- Vorversammlungen seien diejenigen Sitzungen gewesen, welche die Submissionssitzungen abgelöst hätten. Für die Beteiligten sei es das Gleiche gewesen, aber es habe keinen Sitzungsleiter mehr gegeben. Die Bauunternehmen hätten nun dem GBV die Eingabesummen selber melden müssen. Dabei seien sie davon ausgegangen, dass der GBV diese Summen zur Markterfassung gebraucht habe.⁶⁷
- Als Vorversammlungen seien die Sitzungen ungefähr nach dem Jahr 2000 oder noch später bezeichnet worden. Dabei hätten die Beteiligten das Gleiche gemacht wie vorher. Es habe über 30 Jahre funktioniert, deshalb hätten sie die Zusammenarbeit weiterhin so

⁵⁹ Act. IX.C.052, Zeilen 69 ff.

⁶⁰ Act. IX.C.052, Zeilen 61 ff.

⁶¹ Act. IX.C.052, Zeilen 67 ff.

⁶² Act. IX.C.052, Zeilen 76 ff.

⁶³ Act. IX.C.052, Zeile 81 f.

⁶⁴ Act. IX.C.052, Zeile 74 f.

⁶⁵ Act. IX.C.052, Zeilen 64 ff.

⁶⁶ Act. IX.C.052, Zeilen 55 ff.

⁶⁷ Act. IX.C.052, Zeilen 140 ff.

praktiziert, auch wenn der GBV nicht mehr mitgemacht habe. Man habe weiterhin miteinander gesprochen. Vielleicht seien sie naiv gewesen. Sie hätten nicht gewusst, dass dies unzulässig sei. Sie hätten sich nicht viel mit dem Gesetz befasst. Sie seien eigenständig gewesen im Münstertal. Die Bauunternehmen hätten immer noch gekämpft im Münstertal und hätten dafür sorgen müssen, dass ihre Mitarbeiter Arbeit gehabt hätten.⁶⁸

67. C._____ gab anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige der Scandella Bau AG vom 15. März 2016⁶⁹ folgende Aussagen zu Vorversammlungen im Münstertal zu Protokoll:

- Ihm sei bekannt, dass der GBV in der Vergangenheit zu sogenannten Vorversammlungen eingeladen habe. Bei den Vorversammlungen habe es sich um Arbeitsvergaben gehandelt.⁷⁰ Die entsprechenden Sitzungen seien von G._____ geleitet worden. Dieser habe im Auftrag des GBV gehandelt. Wenn mit G._____ ein Termin vereinbart worden sei, habe jeweils auch eine Vorversammlung stattgefunden. Andere Sitzungen hätten mit G._____ im Münstertal nicht stattgefunden.⁷¹
- Er habe persönlich an Vorversammlungen teilgenommen⁷², allerdings in seiner Funktion bei der früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft. Die Scandella Bau AG habe mit den Vorversammlungen nichts zu tun gehabt.⁷³ Seit 2013 hätten solche Vorversammlungen nicht mehr stattgefunden.⁷⁴
- An den Vorversammlungen habe man sich getroffen, über Preise gesprochen und die Aufträge untereinander verteilt⁷⁵. Konkret habe jedes Unternehmen vorgängig seine Offerte berechnet. Anschliessend habe man geschaut, welches Unternehmen welche Aufträge benötigt habe. Dabei sei zusammen bestimmt worden, wer die Aufträge erhalten sollte und zu welchem Preis. Manchmal seien Offerten auch nach unten korrigiert worden, wenn es beispielsweise Kalkulationsfehler gegeben habe. Dass man Preise nach oben korrigiert habe, sei nicht vorgekommen. Die Preise seien nicht übertrieben gewesen. Oftmals habe es sich um öffentliche Ausschreibungen gehandelt. Der Kanton hätte zu hohe Preise nicht akzeptiert.⁷⁶
- In den letzten Jahren seien im Münstertal vier Bauunternehmen Konkurs gegangen. Die Bauunternehmen hätten wenig Arbeit gehabt und die Preise seien katastrophal gewesen. Mit den Vorversammlungen habe man wohl versucht, die bestehenden Unternehmen zu retten.⁷⁷ Es sei nicht primär um den Preis gegangen.⁷⁸

68. Weiter führte das Sekretariat am 16. März 2016 eine Parteieinvernahme der Hohenegger SA durch.⁷⁹ Für die Hohenegger SA sagte E._____, [...], aus. Er gab unter anderem folgende Aussagen zu Protokoll:

⁶⁸ Act. IX.C.052, Zeilen 145 ff.

⁶⁹ Act. VII.6 (22-0467).

⁷⁰ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 106 ff.

⁷¹ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 170 ff.

⁷² Act. VII.6 (22-0467), Zeile 120 f.

⁷³ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 117 f.

⁷⁴ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 110 f.

⁷⁵ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 115 f.

⁷⁶ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 140 ff.

⁷⁷ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 113 f.

⁷⁸ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 146.

⁷⁹ Act. II.1 (22-0467).

- Es sei ihm bekannt, dass der GBV in der Vergangenheit zu sogenannten Vorversammlungen eingeladen habe.⁸⁰ Er habe daran persönlich teilgenommen. Als er seine Tätigkeit bei der Hohenegger SA begonnen habe, seien Vorversammlungen noch zulässig gewesen.⁸¹
- Die Vorversammlungen seien seiner Erinnerung nach von Herrn F. _____ aus Zernez und von G. _____ geleitet worden.⁸² Dabei seien die anfallenden Projekte vorgestellt worden und anschliessend untereinander aufgeteilt worden, je nachdem wer die entsprechenden Kapazitäten gehabt habe. Die Foffa Conrad AG habe sich mehr für die grösseren Projekte interessiert, die Hohenegger SA eher für die kleineren Projekte.⁸³ Neben der Auslastung sei bei der Arbeitsaufteilung auch die Kapazitäten der Maschinen berücksichtigt worden, über welche die Unternehmen verfügt hätten.⁸⁴

B.4.1.3 Beweiswürdigung

69. Im Rahmen der Beweiswürdigung ist zu beurteilen, ob im Münstertal tätige Unternehmen den *übereinstimmenden* wirklichen Willen geäussert haben, im Rahmen von Vorversammlungen zusammenzuarbeiten und dabei den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal festzulegen. Hierbei handelt es sich um eine Tatfrage, die durch subjektive Auslegung des Verhaltens der Beteiligten zu beantworten ist.⁸⁵

70. Der wirkliche Wille der Parteien ist eine innere Tatsache, die dem direkten Beweis nicht zugänglich ist, sondern in der Regel lediglich anhand von indirekten Beweismitteln ermittelt werden kann (Indizienbeweis).⁸⁶ Vorliegend bestand keine schriftliche Vereinbarung, welche die Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen betreffend das Münstertal regelte. Zu prüfen ist, ob ein solcher Konsens mündlich oder konkludent zustande gekommen war.

71. Zunächst sind hierzu die Aussagen der Verfahrensparteien zu würdigen. Vorliegend räumten sämtliche Verfahrensparteien ein, dass sich im Münstertal tätige Bauunternehmen im Rahmen von Vorversammlungen getroffen hätten. Die Vorversammlungen seien namentlich von G. _____ geleitet worden. Konkret hätten sich die Beteiligten an diesen Vorversammlungen über die einzugebenden Preise „abgesprochen“ und die Bauaufträge untereinander aufgeteilt. Anzeichen, dass diese übereinstimmenden Aussagen der Verfahrensparteien nicht der Wahrheit entsprechen, bestehen nicht. Vielmehr erscheinen diese Aussagen schlüssig, kohärent und konkret. Zudem beruhen sie auf den eigenen Wahrnehmungen der befragten Unternehmensvertreter. B. _____, C. _____ und E. _____ räumten allesamt ein, persönlich an den Vorversammlungen teilgenommen zu haben.

72. Die Aussagen der Parteien werden durch objektive Beweismittel gestützt. So belegt die Agenda von G. _____, dass im Münstertal während vielen Jahren Vorversammlungen unter seiner Leitung durchgeführt wurden (dazu auch Rz 120 ff. hiernach). Weiter sind die Spesenabrechnungen des GBV betreffend G. _____ zu beachten. Daraus geht hervor, dass G. _____ vom GBV für seine Tätigkeit als Submissionsleiter entschädigt wurde. Auch dies belegt, dass er die Funktion des Submissionsleiters tatsächlich ausübte. Schliesslich zeigen

⁸⁰ Act. II.1 (22-0467), Zeile 100 f.

⁸¹ Act. II.1 (22-0467), Zeilen 111 ff.

⁸² Act. II.1 (22-0467), Zeilen 128 ff.

⁸³ Act. II.1 (22-0467), Zeilen 125 ff.

⁸⁴ Act. II.1 (22-0467), Zeile 100.

⁸⁵ Statt vieler BGE 133 II 675 E. 3.3; BGE 131 II 467 E. 1.1; BGE 126 II 171 E. 4c/bb.

⁸⁶ Vgl. etwa Urteil des BGer 4A_264/2014 vom 17.10.2014, E. 3.2.

auch die Jahresberichte des Präsidenten des GBV der Sektion Unterengadin/Münstertal betreffend die Jahre 2004 bis 2005 und 2007 bis 2008 auf, dass im Münstertal über Jahre hinweg Vorversammlungen stattfanden.

73. Vor diesem Hintergrund ist erstellt, dass im Münstertal während vielen Jahren Vorversammlungen durchgeführt wurden. Im Lichte der konkreten Beweislage, insbesondere aufgrund der übereinstimmenden und glaubhaften Aussagen der Verfahrensparteien, ist ebenso erwiesen, dass an diesen Vorversammlungen Bauprojekte im Münstertal unter den beteiligten Bauunternehmen aufgeteilt und die Angebotspreise festgelegt wurden. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

74. Dass nun im Münstertal tätige Bauunternehmen während vielen Jahren im Rahmen von Vorversammlungen Bauaufträge aufgeteilt und die Angebotspreise der Bauunternehmen festgelegt haben, ist als Ausfluss eines entsprechenden Konsenses der Beteiligten zu betrachten. Hätten zwischen den Beteiligten diesbezüglich keine übereinstimmenden Willenserklärungen bestanden, hätten sie sich nicht während Jahren auf eine solchen Verhaltensmodus eingelassen. Dass das Verhalten der Beteiligten anders zu erklären wäre, ist nicht ersichtlich und wurde von keiner Partei vorgebracht. Unerheblich ist dabei, dass dieser Konsens nicht in einer Vertragsurkunde verbrieft worden ist. Vielmehr ist erwiesen, dass dieser Konsens durch mündliche oder konkludente Willenserklärungen zustande kam bzw. aufrechterhalten wurde.

75. Wie die Aussagen von B. _____ zeigen⁸⁷, kam dieser Konsens vermutlich in den 80er Jahren des 20. Jahrhunderts zustande. In zeitlicher Hinsicht ist vorliegend aber relevant, dass dieser Konsens spätestens seit dem Jahr 2004 bestand. Dies ist – neben den übereinstimmenden und glaubhaften Aussagen der Parteien – unter anderem aufgrund des Jahresberichts des Präsidenten des GBV Sektion Unterengadin/Münstertal vom März 2005 betreffend das Jahr 2004⁸⁸ und der von G. _____ im Jahr 2004 geführten Agenda erwiesen.

76. Schliesslich ist erstellt, dass der Konsens, sich über die Zuteilung und Angebotspreise für Bauaufträge im Münstertal zu einigen, sämtliche Leistungen des Hoch- und Tiefbaus erfasste.⁸⁹ Anzeichen, dass eine Einschränkung für gewisse Sparten bestand, bestehen nicht und wurden von den Parteien auch nicht vorgebracht. Ausgenommen waren jedoch Leistungen des Baunebengewerbes wie etwa Maler-, Schlosser- und Schreinereiarbeiten.

B.4.1.4 Beweisergebnis

77. Nach dem Gesagten ist erwiesen, dass:

- zwischen im Münstertal tätigen Bauunternehmen seit spätestens dem Jahr 2004 tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen über die Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen vorlagen (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*);
- dass dieser Konsens beinhaltete, im Rahmen von Vorversammlungen für sämtliche Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen.

⁸⁷ Act. IX.C.052, Zeilen 46 f. und 146.

⁸⁸ Act. III.C.087.

⁸⁹ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 263 ff.

B.4.2 Beteiligte

B.4.2.1 Beweisthema

78. Im Folgenden ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, welche Unternehmen an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen im Münstertal beteiligt waren. Zudem ist der Zusammenhang zwischen der im Jahr 2013 gegründeten Scandella Bau AG und der früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft zu klären.

79. Bei der Beurteilung dieser Sachverhaltsfragen stützt sich die Behörde auf die nachfolgend genannten Beweismittel.

B.4.2.2. Beweismittel

80. Die Scandella Bau AG führte in ihrer Eingabe vom 8. Oktober 2015 aus, dass C._____ keine Nachfolge für seine Einzelfirma gehabt habe. Dies habe zur Übernahme durch die Foffa Conrad AG geführt.⁹⁰ Die Foffa Conrad AG sei zu [...] % an der im Jahr 2013 gegründeten Scandella Bau AG beteiligt.⁹¹

81. Weiter habe die Foffa Conrad AG bzw. die Scandella Bau AG Inventar, Personal, gewisse Bauaufträge und Garantieverpflichtungen des Einzelunternehmens Pio Scandella, Maurergeschäft übernommen.⁹² Auch die Geschäftstätigkeit der Scandella Bau AG entspreche der Tätigkeit der früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft.

82. B._____ gab am 20. August 2015 im Rahmen der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige der Foffa Conrad AG zu Protokoll, dass man sich jeweils zwischen denjenigen Unternehmen ausgetauscht habe, die im Münstertal übrig geblieben seien. Im Jahr 2008 beispielsweise sei dieser Austausch zwischen der Foffa Conrad AG, der Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft, der Hohenegger SA und der Einzelfirma Arthur Pinggera erfolgt.⁹³

83. C._____ sagte im Rahmen der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige der Scandella Bau AG vom 15. März 2016 aus, dass an den Vorversammlungen die Verfassensparteien Foffa Conrad AG und Hohenegger SA teilgenommen hätten. Er nannte weitere im Münstertal tätige Bauunternehmen, die heute aber nicht mehr bestehen, unter anderem die Terza Bau AG und die Einzelfirma Arthur Pinggera.⁹⁴ Selber habe er an den Vorversammlungen für die Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft teilgenommen. Die spätere Scandella Bau AG habe mit den Vorversammlungen nichts zu tun gehabt.⁹⁵

84. Weiter gab C._____ zu Protokoll, dass bei der Gründung der Scandella Bau AG mit dieser Firmenbezeichnung der Bezug zur früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft hergestellt werden sollte. Es habe Kunden gegeben, die weiterhin mit ihm hätten zusammenarbeiten wollen und nicht mit der Foffa Conrad AG, obwohl es sich dabei um die gleiche Unternehmung handle.⁹⁶ Weiter habe die Scandella Bau AG – mit einer Ausnahme – das gesamte Personal der früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft übernommen⁹⁷. Auch habe

⁹⁰ Act. I.440, Antwort auf Frage 6.

⁹¹ Act. I.440, Antwort auf Frage 4.

⁹² Act. I.440, Antworten auf die Fragen 7–9.

⁹³ Act. IX.C.052, Zeilen 229–233.

⁹⁴ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 128–130.

⁹⁵ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 112–121.

⁹⁶ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 64–72.

⁹⁷ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 77– 82.

die Scandella Bau AG Bauaufträge von der früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft übernommen. Sie habe ihn auch dafür bezahlt und sei immer noch mit Arbeiten beschäftigt, die ursprünglich von der Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft stammten.⁹⁸

85. Nach Aussagen von E._____, [...] der Hohenegger SA, anlässlich der Parteieinvernahme der Hohenegger SA vom 16. März 2016 hätten an den Vorversammlungen die Verfahrensparteien Foffa Conrad AG und Hohenegger SA teilgenommen. Weiter hätten weitere, inzwischen aufgelöste Unternehmen teilgenommen wie die Terza Bau AG und die Einzelfirma Arthur Pinggera.⁹⁹ Für die Hohenegger SA habe er persönlich an den Vorversammlungen teilgenommen.¹⁰⁰

B.4.2.3 Beweswürdigung

a. An der Zusammenarbeit beteiligte Unternehmen

86. Sowohl die Foffa Conrad AG als auch die Hohenegger SA räumen ein, dass sie sich an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen beteiligt hätten. Insofern anerkennen sie ihre eigene Tatbeteiligung. Sie bestätigen zudem, dass die jeweils andere Verfahrenspartei ebenfalls in diese Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen involviert gewesen sei. Übereinstimmend gaben sie zudem an, dass sich weitere im Münstertal tätige Bauunternehmen an der Zusammenarbeit beteiligt hätten, die mittlerweile nicht mehr existieren. Dazu zählen namentlich die Terza Bau AG und die Einzelfirma Arthur Pinggera.

87. Diese übereinstimmenden Aussagen der Verfahrensparteien sind glaubhaft. Hinweise, dass sie nicht der Wahrheit entsprechen, bestehen nicht. Vor diesem Hintergrund ist erwiesen, dass die Verfahrensparteien Foffa Conrad AG und Hohenegger SA an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen beteiligt waren, ebenso die frühere Terza Bau AG und die frühere Einzelfirma Arthur Pinggera. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

88. In Bezug auf die Scandella Bau AG steht fest, dass sie nicht an Vorversammlungen teilgenommen hat. Unbestritten ist jedoch auch, dass die frühere Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft an dieser Zusammenarbeit beteiligt war. Dies ist aufgrund der übereinstimmenden und glaubhaften Aussagen der einvernommenen Personen erstellt.

b. Zusammenhang zwischen der Scandella Bau AG und der früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft

89. Was den Zusammenhang zwischen der Scandella Bau AG und der früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft betrifft, erachtet die Behörde die Antworten der Scandella Bau AG vom 8. Oktober 2015 auf den Fragebogen des Sekretariats vom 19. September 2015 und die Ausführungen von C._____ anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige der Scandella Bau AG vom 15. März 2016 als glaubhaft. Auf diese Aussagen kann daher im Rahmen der vorliegenden Beweswürdigung vollumfänglich abgestellt werden.

90. Damit ist erwiesen, dass bei der Gründung der Scandella Bau AG mit der gewählten Firmenbezeichnung der Bezug zur früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft hergestellt werden sollte. Ebenso ist erwiesen, dass die Scandella Bau AG – mit einer Ausnahme – das gesamte Personal, das Inventar, Bauaufträge sowie Garantieverpflichtungen der früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft, übernahm. Dies erlaubt den Schluss, dass die

⁹⁸ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 83–86.

⁹⁹ Act. II.1 (22-0467), Zeile 122 f.

¹⁰⁰ Act. II.1 (22-0467), Zeilen 111–113.

Scandella Bau AG das zuvor unter der Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft betriebene Bauunternehmen – wirtschaftlich betrachtet – weiterführte.

B.4.2.4 Beweisergebnis

91. Nach dem Gesagten ist folgender Sachverhalt erstellt:

- Die Verfahrensparteien Foffa Conrad AG und Hohenegger SA waren an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen beteiligt, ebenso die frühere Terza Bau AG und die frühere Einzelfirma Arthur Pinggera.
- Die Scandella Bau AG nahm nie an Vorversammlungen teil. Allerdings war an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen die frühere Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft beteiligt.
- Die Scandella Bau AG führte nach ihrer Gründung das zuvor unter der Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft betriebene Bauunternehmen – wirtschaftlich betrachtet – weiter.

B.4.3 Verfolgter Zweck

B.4.3.1 Beweisthema

92. In tatsächlicher Hinsicht ist weiter zu prüfen, welchen Zweck die beteiligten Verfahrensparteien mit der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen verfolgten. Dabei stützt sich die Behörde auf die nachfolgend aufgeführten Beweismittel.

B.4.3.2 Beweismittel

93. B._____, Foffa Conrad AG, sagte am 20. August 2015 im Rahmen der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige der Foffa Conrad AG einerseits aus, dass die Submissionssitzungen unter dem Diktat des GBV stattgefunden hätten. Dieser habe vorgegeben, wie sich die Unternehmen zu verhalten hätten.¹⁰¹ Andererseits habe man diese Art der Zusammenarbeit auch dann noch praktiziert, als der GBV die Sitzungen nicht mehr organisiert habe.¹⁰² An anderer Stelle erwähnte B._____, dass der Zweck der „Absprachen“ unter den Münstertaler Unternehmen darin bestanden habe, sicherzustellen, dass dasjenige Bauunternehmen den Auftrag erhalte, das die entsprechenden Maschinen und Kapazitäten für die Ausführung des Projekts gehabt habe.¹⁰³

94. C._____, Scandella Bau AG, gab am 15. März 2016 anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige der Scandella Bau AG zu Protokoll, dass die Beteiligten mit der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen bezweckt hätten, dass die Unternehmen überleben könnten. Das Münstertal sei ein kleines Tal. Es habe Firmen gegeben, die aus Italien hereingekommen seien. Ohne Vorversammlungen hätten die Beteiligten das Licht löschen und gehen können.¹⁰⁴

95. Nach Aussagen von E._____, Hohenegger SA, vom 16. März 2016, habe man bei den Vorversammlungen – wenn mehrere Arbeiten angestanden hätten – geschaut, welche

¹⁰¹ Act. IX.C.052, Zeilen 48–54.

¹⁰² Act. IX.C.052, Zeilen 146 f.

¹⁰³ Act. IX.C.052, Zeilen 204–207.

¹⁰⁴ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 147–150.

Unternehmen welche Arbeit ausführen sollten. Es sei darum gegangen, die Arbeit aufzuteilen, auch unter Berücksichtigung der Kapazitäten von Maschinen und der Arbeitsauslastung.¹⁰⁵

B.4.3.3 Beweiswürdigung

96. Die Aussagen der Verfahrensparteien sind uneinheitlich, was den Zweck der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen betrifft. B._____, Foffa Conrad AG, hob die Rolle des GBV hervor. Dieser habe den Beteiligten diktiert, wie sie sich zu verhalten hätten. Allerdings relativierte B._____ diese Aussage selber, indem er einräumte, dass die Zusammenarbeit in der gleichen Form auch noch dann weitergeführt wurde, als der GBV nicht mehr involviert war. Dies belegt, dass die Beteiligten diese Art der Zusammenarbeit selber auch wollten. Ansonsten hätten sie die Zusammenarbeit anschliessend nicht fortgesetzt.

97. Gemäss C._____, Scandella Bau AG, habe bei der Zusammenarbeit im Rahmen der Vorversammlungen das Überleben der beteiligten Unternehmen im Vordergrund gestanden. Hätte man nicht zusammengearbeitet, hätten die Beteiligten der Konkurrenz aus Italien nicht standhalten können.¹⁰⁶

98. Nach E._____, Hohenegger SA, sei es hingegen darum gegangen, untereinander die Arbeiten unter Berücksichtigung der entsprechenden Kapazitäten aufzuteilen.¹⁰⁷

99. Die Aussagen der befragten Personen zeigen einzelne Aspekte auf, die im Kontext der Vorversammlungen möglicherweise eine Rolle spielten. Um ein kompletteres Bild der Beweggründe der Beteiligten zu erhalten, sind allerdings dem Inhalt und der Art der Zusammenarbeit Rechnung zu tragen. Wie erstellt ist (vgl. Rz 77 hiervoor), hatte die Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen die Aufteilung von Hoch- und Tiefbauleistungen und die Festlegung bzw. Abstimmung der Angebotspreise zum Gegenstand. Einer solchen Form der Zusammenarbeit ist immanent, dass sie darauf abzielt, den Wettbewerb unter den Beteiligten auszuschalten. Die Beteiligten sollten sich nicht konkurrenzieren. Vielmehr wollten sie im Einvernehmen darüber entscheiden, welches Unternehmen welche Bauaufträge erhält und zu welchem Preis ausführt. Insofern bestand der Zweck der Vorversammlungen – neben möglichen weiteren Zielen – auch in der Zuschlagsteuerung und der Verhinderung des Preiswettbewerbs. Dass die Beteiligten mit ihrem Verhalten ausschliesslich andere Zwecke verfolgten, kann bei der vorliegend zu beurteilenden Form der Zusammenarbeit ausgeschlossen werden.

B.4.3.4 Beweisergebnis

100. Nach dem Gesagten ist erstellt, dass die Beteiligten mit der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen unter anderem bezweckten:

- sich betreffend den Zuschlag für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal nicht zu konkurrenzieren;
- sich betreffend den Preis für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal nicht zu konkurrenzieren.

¹⁰⁵ Act. II.1 (22-0467), Zeilen 104–106.

¹⁰⁶ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 147–150.

¹⁰⁷ Act. II.1 (22-0467), Zeilen 104–106.

B.4.4 Dauer

B.4.4.1 Beweisthema

101. Im Folgenden ist zu prüfen, wie lange der Konsens der beteiligten Verfahrensparteien bestand, im Rahmen von Vorversammlungen für sämtliche Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen.

B.4.4.2 Beweismittel

a. Urkunden

102. Zur Beurteilung der vorliegenden Sachverhaltsfrage sind folgende Urkunden relevant:

- Reglement über die Entschädigung von Leistungen im Auftrage des GBV und Spesenabrechnungen des GBV für die Submissionsleiter und deren Stellvertreter (vgl. Rz 57 hiervor)¹⁰⁸;
- Spesenabrechnungen des GBV für die Submissionsleiter und deren Stellvertreter betreffend die Jahre 2006 bis 2010 (vgl. dazu Rz 58 hiervor)¹⁰⁹;
- Auszüge aus der Finanzbuchhaltung des GBV der Jahre 2008 bis 2010¹¹⁰;
- Agenda von G. _____ betreffend die Jahre 2007 bis 2008 (vgl. dazu Rz 59 f. hiervor)¹¹¹;
- Jahresbericht des Präsidenten des GBV Sektion Unterengadin/Münstertal vom März 2008 betreffend das Jahr 2007 (vgl. dazu Rz 61 hiervor)¹¹²;
- Jahresbericht des Präsidenten des GBV Sektion Unterengadin/Münstertal vom März 2009 betreffend das Jahr 2008 (vgl. dazu Rz 61 hiervor)¹¹³.

b. Auskünfte von Parteien

103. E. _____, Hohenegger SA, räumte an der Parteieinvernahme vom 16. März 2016 – auf Vorhalt der Jahresberichte des Präsidenten des GBV vom März 2008, Ziff. 2.1, und vom März 2009, Ziff. 2.1 – ein, dass in den Jahren 2007 und 2008 noch Vorversammlungen durchgeführt worden seien.¹¹⁴ Auf die Frage, ob an den Vorversammlungen in den Jahren 2007 und 2008 Bauaufträge zwischen den Unternehmen aufgeteilt worden seien, antwortete er: „Ja, das ist möglich.“¹¹⁵ Wann im Münstertal letztmals Vorversammlungen stattfanden, konnte E. _____ hingegen nicht beantworten. Er wisse nicht, ob es im Jahr 2008 zu Ende gewesen sei.¹¹⁶

¹⁰⁸ Act. IV.1 (22-0467).

¹⁰⁹ Act. IV.1 (22-0467).

¹¹⁰ Act. IV.1 (22-0467).

¹¹¹ Act. III.R.006 und Act. III.R.007.

¹¹² Act. III.C.085.

¹¹³ Act. III.C.089.

¹¹⁴ Act. II.1 (22-0467), Zeile 166 f.

¹¹⁵ Act. II.1 (22-0467), Zeilen 178–180.

¹¹⁶ Act. II.1 (22-0467), Zeilen 184–187.

104. Nach Aussage von C._____, Scandella Bau AG, hätten im Münstertal Vorversammlungen bis September/Oktober 2012 stattgefunden. Diese seien mit der Eröffnung der kartellrechtlichen Untersuchung im Unterengadin eingestellt worden. Allerdings könne er nicht sagen, bis wann Vorversammlungen unter der Leitung von G._____ durchgeführt worden seien.¹¹⁷ Auf die Frage, ob es an den Vorversammlungen in Jahren 2007 und 2008 zu „Absprachen“ gekommen sei, antwortete er: [Ja, das sei klar. Man habe Bauaufträge untereinander aufgeteilt. In den schlechten Jahren habe es schlechter funktioniert, in den guten Jahren habe es besser funktioniert.]¹¹⁸

105. B._____, Foffa Conrad AG, führte aus, dass im Jahr 2007 und 2008 Vorversammlungen stattgefunden hätten. Diese seien aber nicht mehr vom GBV organisiert worden.¹¹⁹

c. Zeugnis von Drittpersonen

106. G._____ gab im Rahmen seiner Zeugeneinvernahme vom 31. Oktober 2012 zunächst an, dass er die Aufgabe des Berechnungsleiters wohl bis ungefähr im Jahr 2004 wahrgenommen habe.¹²⁰ Im späteren Verlauf der Zeugeneinvernahme gab er zu Protokoll, dass er sich bei dieser Jahresangabe geirrt habe.¹²¹

B.4.4.3 Beweiswürdigung

107. Sämtliche Verfahrensparteien anerkennen, dass bis mindestens ins Jahr 2008 Vorversammlungen durchgeführt worden seien und es dabei zu „Absprachen“ gekommen sei. Ihre übereinstimmenden Aussagen erachtet die Behörde als glaubhaft. Aus den Aussagen der Parteien geht allerdings nicht hervor, wie lange solche Sitzungen vom GBV organisiert und unter der Leitung von G._____ stattfanden. Hierzu sind objektive Beweismittel heranzuziehen.

108. Die Agenda von G._____ belegt, dass im Münstertal in den Jahren 2007 und 2008 Vorversammlungen unter seiner Leitung durchgeführt wurden. Die Vorversammlungen im Münstertal vermerkte G._____ in seiner Agenda jeweils mit blauen Markierungen und dem Betreff „Mü“ oder „Müstair“ (zum Ganzen auch Rz 120 ff. hiernach). Die letzte Vorversammlung im Münstertal fand danach am 4. September 2008 statt. Für das Jahr 2008 insgesamt finden sich diverse solcher Einträge.

109. Weiter sind die Spesenabrechnungen des GBV betreffend G._____ zu beachten. Daraus geht hervor, dass G._____ vom GBV für seine Tätigkeit als Submissionsleiter bis 2008 entschädigt wurde. Für das Jahr 2008 erhielt er eine Entschädigung von CHF 555.00. Auch dies belegt, dass G._____ die Funktion des Submissionsleiters bis ins Jahr 2008 ausübte. Dagegen ist in den Auszügen der Finanzbuchhaltung des GBV der Jahre 2009 und 2010 der Posten „Submissionsleiter“ weiterhin enthalten, jedoch wurde kein entsprechender Aufwand mehr verbucht. Dies belegt, dass G._____ nach dem Jahr 2008 keine Vorversammlungen mehr leitete.

110. Schliesslich ist in den Jahresberichten des Präsidenten des GBV der Sektion Unterengadin/Münstertal betreffend die Jahre 2007 und 2008 erwähnt, dass im Münstertal noch Vorversammlungen durchgeführt worden sind. Ein Hinweis, dass diese Vorversammlungen nicht mehr vom GBV organisiert worden wären, enthalten diese Berichte nicht. Hätten diese Sitzungen keinen Zusammenhang mehr zum GBV gehabt, hätten sie wohl keine Erwähnung

¹¹⁷ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 206–209.

¹¹⁸ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 219–221.

¹¹⁹ Act. IX.C.052, Zeilen 183–188.

¹²⁰ Act. IV.004, Zeile 59 f.

¹²¹ Act. IV.004, Zeile 76 f.

in den Jahresberichten gefunden oder wären zumindest nicht mehr als „Vorversammlungen“ bezeichnet worden.

111. Vor diesem Hintergrund ist erwiesen, dass bis ins Jahr 2008 Vorversammlungen stattfanden, die vom GBV organisiert wurden, und die beteiligten Verfahrensparteien in diesem Rahmen – hiervor aufgezeigte (Rz 77) – Absprachen trafen. Ebenso ist erstellt, dass es nach dem Jahr 2008 keine solchen vom GBV organisierten Vorversammlungen mehr gab. Daraus kann geschlossen werden, dass die beteiligten Verfahrensparteien bis ins Jahr 2008 auch den Willen hatten, im Rahmen von Vorversammlungen zusammenzuarbeiten, sowie dass sie diesen Willen mündlich oder durch konkludentes Verhalten kundtaten. Hätten sie diese Form der Zusammenarbeit nicht mehr gewollt, hätten sie sich daran nicht bis ins Jahr 2008 beteiligt.

B.4.4.4 Beweisergebnis

112. Damit ist erwiesen, dass der Konsens der beteiligten Verfahrensparteien, im Rahmen von Vorversammlungen für sämtliche Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen (vgl. dazu Rz 77 hiervor), bis ins Jahr 2008 bestand.

B.4.5 Umsetzung und Auswirkungen

B.4.5.1 Beweisthema

113. Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich die beteiligten Verfahrensparteien tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die Zusammenarbeit anlässlich von Vorversammlungen verhielten. Sodann sind die Auswirkungen zu beurteilen, welche dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte.

B.4.5.2 Beweismittel

a. Urkunden

114. Zur Beurteilung der vorliegenden Sachverhaltsfragen sind folgende Urkunden zu würdigen:

- Reglement über die Entschädigung von Leistungen im Auftrage des GBV und Spesenabrechnungen des GBV für die Submissionsleiter und deren Stellvertreter (vgl. Rz 57 hiervor)¹²²;
- Spesenabrechnungen des GBV für die Submissionsleiter und deren Stellvertreter betreffend die Jahre 2006 bis 2010 (vgl. dazu Rz 58 hiervor)¹²³;
- Auszüge aus der Finanzbuchhaltung des GBV der Jahre 2008 bis 2010¹²⁴;
- Agenda von G. _____ betreffend die Jahre 2003 bis 2008 (vgl. dazu Rz 59 f. hiervor)¹²⁵;

¹²² Act. IV (22-0467).

¹²³ Act. IV (22-0467).

¹²⁴ Act. IV (22-0467).

¹²⁵ Act. III.R.006 und Act. III.R.007.

- Jahresberichte des Präsidenten des GBV Sektion Unterengadin/Münstertal betreffend die Jahre 2004 bis 2005 und die Jahre 2007 und 2008 (vgl. dazu Rz 61 hiervor)¹²⁶.

b. Auskünfte von Parteien

115. Am 11. November 2012 reichte die Foffa Conrad AG Projektlisten ein, auf denen diejenigen Projekte mit handschriftlichen Kreuzen gekennzeichnet sind, die „abgesprochen“ worden seien. A. _____ gab hierzu am 12. November 2012 zu Protokoll, er habe diese Listen mit seinen Mitarbeitern der Niederlassung im Münstertal geprüft und Kreuze gemacht, wo es zu „Absprachen“ gekommen sei.¹²⁷ Diese Listen betreffen den Zeitraum von 2007 bis 2012 (dazu eingehend Rz. 154 hiernach).

116. B. _____, Foffa Conrad AG, führte am 20. August 2015 aus, dass im Münstertal Vorversammlungen tatsächlich stattgefunden hätten, im Jahr 2008 nur zum Teil.¹²⁸ Dabei sei jeweils auf der Grundlage der von den beteiligten Unternehmen vorkalkulierten Offerten ein Mittelwert berechnet worden. Dasjenige Unternehmen, das den Zuschlag habe erhalten sollen, habe nicht höher als diesen Mittelwert eingeben dürfen.¹²⁹ Kriterien für die Aufteilung der Projekte seien besondere Interessen der Unternehmen am Projekt oder in Bezug auf den Bauherrn (zum Beispiel Verwandtschaft) gewesen. Weiter seien auch die Lage des Projekts berücksichtigt worden, namentlich dass ein Unternehmen am Ausführungsort ansässig gewesen sei, sowie die Auslastung der Bauunternehmen.¹³⁰ Allerdings betonte B. _____, dass die „Absprachen“ nur teilweise funktioniert hätten. In vielen Fällen habe man sich nicht einigen können.¹³¹

117. C. _____, Scandella Bau AG, gab am 15. März 2016 zu Protokoll, dass die Anzahl der durchgeführten Vorversammlungen vom Arbeitsvolumen abhängig gewesen sei. In einem Jahr hätten vielleicht 12, in einem anderen Jahr vielleicht 15 Vorversammlungen stattgefunden, an denen er teilgenommen habe.¹³² Die „Absprachen“ hätten in den schlechten Jahren schlechter funktioniert, in den guten Jahren hätten sie besser funktioniert.¹³³ Weiter führte C. _____ aus, dass es sich bei multilateralen Treffen der Unternehmen mit G. _____ im Münstertal stets um Vorversammlungen gehandelt habe.¹³⁴ Wenn ein Termin mit G. _____ vereinbart gewesen sei, habe eine Vorversammlung stets auch tatsächlich stattgefunden.¹³⁵ Konkret habe man sich an den Vorversammlungen zuerst zu einigen versucht, welches Unternehmen die Arbeit erhalten sollte.¹³⁶ Dabei habe man unter anderem die Auslastung der Unternehmen berücksichtigt¹³⁷, aber auch die Lage des Bauprojekts sei wichtig gewesen. Arbeiten in Müstair und Lü seien typischerweise der Foffa Conrad AG zugeteilt worden, Arbeiten in Fuldera und Tschierv der Hohenegger SA und Arbeiten in Sta. Maria und Valchava der

¹²⁶ Act. III.C.085, Act. III.C.087, Act. III.C.088 und Act. III.C.089.

¹²⁷ Act. IX.C.005, pag. 5 f. und pag. 10 ff.

¹²⁸ Act. IX.C.052, Zeilen, 186–188.

¹²⁹ Act. IX.C.052, Zeile 76 f.

¹³⁰ Act. IX.C.052, Zeilen 69–74.

¹³¹ Act. IX.C.052, Zeilen, 197–211.

¹³² Act. VII.6 (22-0467), Zeile 126 f.

¹³³ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 220 f.

¹³⁴ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 175–177.

¹³⁵ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 172–174.

¹³⁶ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 164–166.

¹³⁷ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 159–161.

Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft.¹³⁸ Nur wenn man sich auf den Zuschlagsempfänger habe einigen können, habe man sich die Eingabepreise ausgetauscht.¹³⁹ Bei der Preisberechnung sei es auf einen Mittelwert hinausgelaufen.¹⁴⁰

118. E._____, Hohenegger SA, bestätigte am 16. März 2016, dass im Münstertal Vorversammlungen durchgeführt worden seien.¹⁴¹ Auch in den Jahren 2007 und 2008 hätten noch Vorversammlungen stattgefunden.¹⁴² Auf die Frage, ob an diesen Vorversammlungen Bauaufträge zwischen den Unternehmen aufgeteilt worden sind, antwortete er: „Ja, das ist möglich.“¹⁴³

B.4.5.3 Beweiswürdigung

119. Sämtliche Verfahrensparteien räumen ein, dass im Münstertal tatsächlich Vorversammlungen durchgeführt worden sind. Zudem bestätigen sie, dass auch in den Jahren 2007 und 2008 noch Vorversammlungen stattgefunden haben, an denen es zu „Absprachen“ gekommen sei. Die übereinstimmenden Aussagen der Verfahrensparteien in diesen Punkten erachtet die Behörde als glaubhaft. Anzeichen, dass sie nicht der Wahrheit entsprechen, bestehen nicht.

120. Die Aussagen der Verfahrensparteien werden sodann durch objektive Beweismittel untermauert. So finden sich in der Agenda von G._____ der Jahre 2003 bis 2008 blaue Einträge, die den Vermerk „Müstair“ oder „Mü“ enthalten. Zu beachten sind in diesem Zusammenhang die Vermerke „1x“, „2x“, „3x“ oder „4x“, die G._____ bei den entsprechenden Einträgen in seiner Agenda vorgenommen hat. Dabei handelt es sich um die Anzahl der Bauprojekte, die an den betreffenden Vorversammlungen besprochen wurden. Der Vermerk „1x“ steht danach für eine „Einfache Submittentenversammlung“, der Vermerk „2x“ für eine „Doppelsitzung“ und der Vermerk „3x“ für eine Dreifachsitzung im Sinne des Reglements über die Entschädigung von Leistungen im Auftrage des GBV. Zu berücksichtigen ist dabei, dass die in den Jahren 2006 bis 2008 effektiv vom GBV an G._____ bezahlten Entschädigungen (vgl. die Auszüge aus der Finanzbuchhaltung des GBV, Rz 114) in der Grössenordnung denjenigen Beträgen entsprechen, die der GBV G._____ unter Zugrundlegung dieser Annahme aufgrund des Spesenreglements geschuldet hätte. Weiter ist zu beachten, dass es sich bei multilateralen Treffen der Unternehmen mit G._____ im Münstertal stets um Vorversammlungen handelte. Dies bestätigte C._____, Scandella Bau AG, mit seinen Aussagen vom 15. März 2016.¹⁴⁴ Zudem fand nach seinen Aussagen stets eine Vorversammlung statt, wenn ein Termin mit G._____ vereinbart worden war.¹⁴⁵

121. Damit ist erstellt, dass die Einträge „Mü“ und „Müstair“ in der Agenda von G._____ die im Münstertal durchgeführten Vorversammlungen kennzeichnen. Aus diesen Einträgen lässt sich die Anzahl Vorversammlungen eruieren, die im Münstertal von 2003 bis 2008 unter der Leitung von G._____ stattgefunden haben und wie viele Bauprojekte dabei thematisiert wurden. Nicht zu berücksichtigen sind dabei die Einträge, die in der Agenda durchgestrichen sind. Diesbezüglich ist – zugunsten der Parteien – davon auszugehen, dass die entsprechenden Vorversammlungen abgesagt worden sind.

¹³⁸ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 350–352.

¹³⁹ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 164–166.

¹⁴⁰ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 199 f.

¹⁴¹ Act. II.1 (22-0467), Zeile 108.

¹⁴² Act. II.1 (22-0467), Zeile 166 f.

¹⁴³ Act. II.1 (22-0467), Zeilen 178–180.

¹⁴⁴ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 175–177.

¹⁴⁵ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 172–174.

122. Die nachfolgende Übersicht gibt die Anzahl der im Münstertal durchgeführten Vorversammlungen (2. Spalte) und die Anzahl der dabei thematisierten Projekte (3. Spalte) in den Jahren 2003 bis 2008 wieder. Die rechte Spalte enthält zusätzlich die von der Foffa Conrad AG in den Jahren 2007 und 2008 als „abgesprochen“ gekennzeichneten Projekte. Dies ergibt folgendes Bild:

Jahr	Anzahl Vorversammlungen	Anzahl thematisierter Bauprojekte	Anzahl der von Foffa Conrad AG angezeigten Bauprojekte
2003	9	22	-
2004	9	23	-
2005	11	21	-
2006	8	14	-
2007	10	11	10
2008	2	3	20
Total	49	94	30

Tabelle 3: Übersicht über die Anzahl Vorversammlungen

123. Der Vergleich zwischen der Anzahl bei Vorversammlungen thematisierter Bauprojekte und der Anzahl der von der Foffa Conrad AG als „abgesprochen“ gekennzeichneten Bauprojekte zeigt Folgendes: Erstens ist die Anzahl der Bauprojekte, welche die Foffa Conrad AG betreffend das Jahr 2007 als „abgesprochen“ kennzeichnete, praktisch identisch mit der Anzahl Bauprojekte, die gemäss der Agenda von G._____ im gleichen Jahr thematisiert wurden. Die Angaben der Foffa Conrad AG (gemäss Projektliste) stehen somit im Einklang mit den objektiven Beweismitteln (Agenda von G._____).

124. Zweitens ist die Anzahl der von der Foffa Conrad AG betreffend das Jahr 2008 als „abgesprochen“ gekennzeichneten Bauprojekte deutlich höher als die gemäss der Agenda von G._____ anlässlich von Vorversammlungen thematisierten Bauprojekte. Während gemäss der Agenda von G._____ an den Vorversammlungen im Jahr 2008 nur drei Bauprojekte besprochen wurden, sind gemäss den Angaben der Foffa Conrad AG in diesem Jahr 20 Bauprojekte „abgesprochen“ worden. Anhaltspunkte, dass die Angaben der Foffa Conrad AG nicht zutreffen, bestehen nicht. Daraus folgt zum einen, dass die Vorversammlungen im Jahr 2008 als Ausläufer der unter Mitwirkung des GBV praktizierten Zusammenarbeitsform zu betrachten sind. Zum anderen deutet dies darauf hin, dass die involvierten Unternehmen im Jahr 2008 begannen, ihre Zusammenarbeit ausserhalb des vom GBV organisierten Kooperationsgefässes weiterzuverfolgen. Ob, wie und in welchem Umfang die beteiligten Unternehmen ihre Zusammenarbeit nach 2008 weitergeführt haben, wird noch im Einzelnen darzulegen sein (vgl. dazu Rz. 133 ff. hiernach).

125. Darüber hinaus räumen sämtliche Verfahrensparteien ein, dass die Aufteilung von Bauprojekten und die Preisabstimmung anlässlich von Vorversammlungen teilweise funktioniert habe. Bei der Projektzuteilung habe man verschiedene Kriterien berücksichtigt, insbesondere die Auslastung der Unternehmen, die Lage des Projekts und besondere Beziehungen zum Bauherrn. Wenn sich die Unternehmen einigen können, wer das Projekt habe erhalten sollen, habe man die Eingabepreise besprochen. Hierzu sei anhand der von den Unternehmen vorkalkulierten Eingabesummen ein Mittelwert berechnet worden. Dasjenige Unternehmen, das als Zuschlagsempfänger auserkoren worden sei, habe nicht höher als diesen Mittelwert eingeben dürfen. Die übrigen Unternehmen hätten über diesem Mittelwert liegende Eingaben gemacht. Diese Aussagen erachtet die Behörde als glaubhaft. Wie erwiesen ist (Rz 77 hier-

vor), sollten an den Vorversammlungen der designierte Zuschlagsempfänger bzw. die designierte Zuschlagsempfängerin und die jeweiligen Angebotspreise bestimmt werden. Hätte diese Art der Zusammenarbeit nicht zumindest teilweise funktioniert, hätten die Beteiligten nicht über eine so lange Dauer hinweg Vorversammlungen durchgeführt. Erwiesen ist zudem, dass bei denjenigen Projekten, bei denen es zu einer Projektzuteilung kam, der Wettbewerb unter den Beteiligten ausgeschlossen wurde. Aufgrund der praktizierten Projektzuteilung bestehen daran keine vernünftigen Zweifel.

B.4.5.4 Beweisergebnis

126. Nach dem Gesagten ist erstellt, dass sich die beteiligten Verfahrensparteien von 2004 bis 2008 entsprechend ihrem Konsens verhielten und im Rahmen von Vorversammlungen – zumindest teilweise – den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal festlegten. Erwiesen ist auch, dass bei denjenigen Bauprojekten, bei denen es zu einer Projektzuteilung kam, der Wettbewerb unter den Beteiligten ausgeschlossen wurde.

B.4.6 Zwischenfazit

127. Zusammenfassend ist folgender Sachverhalt betreffend die Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen bis 2008 erstellt:

128. Zwischen im Münstertal tätigen Bauunternehmen lagen seit spätestens dem Jahr 2004 tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen über die Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen vor (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Dieser Konsens beinhaltete, im Rahmen von Vorversammlungen für sämtliche Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen.

129. An der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen waren die Verfahrensparteien Foffa Conrad AG und Hohenegger SA beteiligt, ebenso die frühere Terza Bau AG und die frühere Einzelfirma Arthur Pinggera. Die Scandella Bau AG nahm nie an Vorversammlungen teil. Allerdings war an der Zusammenarbeit die frühere Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft beteiligt. Die Scandella Bau AG führte nach ihrer Gründung im Jahr 2013 das zuvor unter der Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft betriebene Bauunternehmen – wirtschaftlich betrachtet – weiter.

130. Die Beteiligten bezweckten mit der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen unter anderem, sich betreffend den Zuschlag für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal nicht zu konkurrenzieren. Zudem bezweckten sie, sich bei diesen Bauleistungen nicht betreffend den Preis zu konkurrenzieren.

131. Der Konsens der beteiligten Verfahrensparteien, im Rahmen von Vorversammlungen für sämtliche Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen, hatte bis ins Jahr 2008 Bestand.

132. Die beteiligten Verfahrensparteien verhielten sich von 2004 bis 2008 entsprechend ihrem Konsens und legten im Rahmen von Vorversammlungen – zumindest teilweise – den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal fest. Bei denjenigen Bauprojekten, bei denen es zu einer Projektzuteilung kam, wurde der Wettbewerb unter den Beteiligten ausgeschlossen.

B.5 Weiterführung der Zusammenarbeit bis 2012

133. Wie erwiesen ist, fanden nach dem Jahr 2008 keine vom GBV organisierten Vorversammlungen mehr statt. Zu prüfen ist, ob und ggf. inwiefern die zuvor praktizierte Zusammenarbeit von Münstertaler Bauunternehmen in den Jahren 2009 bis 2012 weitergeführt worden ist. In diesem Zusammenhang stellen sich folgende Sachverhaltsfragen:

- ob der tatsächliche Konsens, bei Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen, nach dem Jahr 2008 noch bestand;
- zwischen welchen Verfahrensparteien dieser Konsens ggf. weiterbestand;
- was ggf. der verfolgte Zweck der allenfalls fortgesetzten Zusammenarbeit war;
- wie lange dieser allfällige Konsens bestand;
- ob sich die betreffenden Verfahrensparteien ggf. entsprechend ihrem Konsens verhielten und was ggf. die Auswirkungen ihres Verhaltens waren.

B.5.1 Weiterbestand des Konsenses, Beteiligte und verfolgter Zweck

B.5.1.1 Beweisthema

134. Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen bildet die Sachverhaltsfrage, ob und ggf. zwischen welchen Verfahrensparteien der tatsächliche Konsens, bei Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen, nach dem Jahr 2008 noch bestand. Ist der Weiterbestand eines solchen Konsenses zu bejahen, ist sodann der von den Beteiligten verfolgte Zweck zu ermitteln.

B.5.1.2 Beweismittel

135. Zur Beurteilung dieser Sachverhaltsfragen stützt sich die Behörde auf die nachfolgend genannten Beweismittel.

a. Urkunden

136. Zur Beurteilung der vorliegenden Sachverhaltsfragen sind folgende Urkunden relevant:

- Handschriftliche Besprechungsnotiz vom 5. März 2012¹⁴⁶:

¹⁴⁶ Act. III.C.007.

Beilage 12

05.03.2012

TBA	Regelbau	1	Zusatz - Boden	220/12 - 021-01	Hohenegger
"	"	2	Chauf d'ua	- Zusatz 022-01	Hohenegger
"	"	3	Zusatz - Tischer	023-01	Pio
"	Pötelbau - Craxtau				Hohenegger
"	Zusatz - Ova dal log				Foffa
"	Zusatz - da Strona		Ova fater		Foffa
REN	Troffa Pötelbau				Pio
"	E-Länge Pötelbau				Pio
CONR	Erklärung Chassellau		Tischer	SM	Foffa
"	"		Tischer	AL	
	Umbrail				Hohenegger
	Junge Oswald	- Tischer	Verputzarbeiten	Fasselt	Foffa
	Gerhard Haerli	- Tischer	Autoschlüssel		Foffa
	Licia	- Tischer			Pio
	Fabri Conrad	- Tischer			Foffa
	Kleinlage				Foffa
	Wasserfassung	- Reservat	WW Tischer		Pio

– Folgende E-Mails aus dem Jahr 2012:

- E-Mail von H. _____, Foffa Conrad AG, an C. _____ vom 7. März 2012¹⁴⁷;
- E-Mail von H. _____, Foffa Conrad AG, an D. _____, Hohenegger SA, vom 27. Juni 2012 betreffend „TBA Offerte Plaun Teal“¹⁴⁸;
- E-Mail von D. _____, Hohenegger SA an H. _____, Foffa Conrad AG, vom 27. Juni 2012 betreffend „Umbrail – Baumeisterarbeiten“¹⁴⁹;

¹⁴⁷ Act. III.C.065.

¹⁴⁸ Act. III.C.067.

¹⁴⁹ Act. III.C.079.

- E-Mail von H._____, Foffa Conrad AG, an D._____, Hohenegger SA, vom 27. Juni 2012 betreffend „Vorofferte Mengiardi, Ardez“¹⁵⁰;
- E-Mail von H._____, Foffa Conrad AG, an D._____, Hohenegger SA, vom 28. Juni 2012 betreffend „SIA Datei Punt Teal – Plaun Teal“¹⁵¹;
- E-Mail von H._____, Foffa Conrad AG, an D._____, Hohenegger SA, vom 10. Juli 2012 betreffend „SIA Alp Sadra“¹⁵²;
- E-Mail von H._____, Foffa Conrad AG, an D._____, Hohenegger SA, vom 16. Juli 2012 betreffend „Offerte Fadri Conrad“¹⁵³;
- E-Mail von D._____, Hohenegger SA an H._____, Foffa Conrad AG, vom 18. Juli 2012 betreffend „Neubau Stall Koller-Mengiardi“¹⁵⁴;
- E-Mail von D._____, Hohenegger SA an H._____, Foffa Conrad AG, vom 23. Juli 2012 betreffend „Neubau Stall Koller-Mengiardi“¹⁵⁵;
- E-Mail von H._____, Foffa Conrad AG, an D._____, Hohenegger SA, vom 23. Juli 2012 betreffend „AW: Offerte Koller-Mengiardi“¹⁵⁶;
- E-Mail von D._____, Hohenegger SA an H._____, Foffa Conrad AG, vom 16. August 2012 betreffend „211 Baumeisterarbeiten, 211.1 Gerüste“¹⁵⁷;
- E-Mail von D._____, Hohenegger SA an B._____, Foffa Conrad AG, vom 21. August 2012 betreffend „Offerte Wasserleitung Haus Vanoli – Tschier“¹⁵⁸;
- E-Mail von D._____, Hohenegger SA an H._____, Foffa Conrad AG, vom 13. September 2012 betreffend „Offerte Spital Val Müstair“¹⁵⁹.

b. Parteiauskünfte

137. Mit Eingabe vom 12. November 2012 reichte die Foffa Conrad AG eine Offertliste betreffend Baumeisterarbeiten im Münstertal ein, welche in der Spalte „Bemerkungen“ Kreuze enthält.¹⁶⁰ Nach Auskunft von A._____ vom 12. November 2012 seien auf dieser Liste diejenigen Bauprojekte angekreuzt worden, bei denen es zu „Absprachen“ gekommen sei.¹⁶¹ Die Foffa Conrad AG kreuzte auf dieser Liste rund 100 Bauprojekte in den Jahren 2007 bis 2012 an.

138. Mit Eingabe vom 1. Februar 2013 führte die Foffa Conrad AG aus, dass sich im Münstertal die Unternehmer von Zeit zu Zeit zu Sitzungen getroffen hätten, in welchen die Auftragslage und die bevorstehenden Ausschreibungen diskutiert worden seien. Die Preisbereinigung sei dann in weiteren Sitzungen erfolgt oder vielfach auch bilateral. Die Besprechungsnotiz vom

¹⁵⁰ Act. III.C.105.

¹⁵¹ Act. III.C.106.

¹⁵² Act. III.C.066.

¹⁵³ Act. III.C.107.

¹⁵⁴ Act. III.C.076.

¹⁵⁵ Act. III.C.078.

¹⁵⁶ Act. III.C.108.

¹⁵⁷ Act. III.C.075.

¹⁵⁸ Act. III.C.077.

¹⁵⁹ Act. III.C.074.

¹⁶⁰ Act. IX.C.007.

¹⁶¹ Act. IX.C.006, Seite 4 unten.

5. März 2012 (vgl. Rz 136 hiervor) enthalte eine Liste mit 17 verschiedenen Arbeiten, welche auf die Unternehmungen Hohenegger, Pio Scandella und Foffa Conrad aufgeteilt worden seien. Dieses Dokument stehe stellvertretend für die Systematik der „Preisabsprachen“ im Raum Münstertal zwischen 2007 und 2012.¹⁶²

139. B._____, Foffa Conrad AG, sagte am 20. August 2015 aus, dass die Münstertaler Bauunternehmen weiterhin miteinander über anstehende Bauprojekte gesprochen hätten, auch als der GBV nicht mehr involviert gewesen sei. Es habe schon über 30 Jahre so funktioniert, deshalb hätten sie so weitergemacht, auch wenn der GBV nicht mehr mitgemacht habe.¹⁶³ Bei Ausschreibungen von Gemeinden habe man immer miteinander gesprochen, wenn es noch ging. Die Zusammenarbeit sei in dieser Phase nicht mehr schriftlich erfolgt. Teilweise hätten die Unternehmen miteinander telefoniert, später habe man sich auch E-Mails geschrieben.¹⁶⁴ Dabei sei man wie folgt vorgegangen: Derjenige, der die Arbeit wollte, habe dem anderen telefoniert. Man habe miteinander gesprochen. Wenn die Offerte gerechnet gewesen sei, sei man zusammengesessen. Dabei habe man sich offen über die Kapazitäten ausgetauscht. Es sei unter Kollegen gewesen. Man habe nicht gesagt, man „müsse“ zu einem Preis eingeben. Vielmehr habe man sich die Offertsummen gegenseitig mitgeteilt und die Preise verglichen. Es sei darum gegangen, entweder „Schutzofferten“ einzuholen oder „Schutz“ zu gewähren.¹⁶⁵ Zuletzt hätten nur noch zwei Bauunternehmen im Münstertal bestanden. Die verbliebenen Unternehmen hätten versucht, die Arbeiten im Münstertal auslastungsgerecht untereinander aufzuteilen.¹⁶⁶

140. C._____, Scandella Bau AG, gab am 15. März 2016 zu Protokoll, dass sich die Münstertaler Bauunternehmen weiterhin getroffen hätten, nachdem G._____ die Funktion des Sitzungsleiters nicht mehr wahrgenommen habe. Im Prinzip sei es ähnlich weitergegangen wie vorher. Diese Sitzungen seien aber nicht mehr Vorversammlungen genannt worden. Vielmehr habe man telefoniert oder sich eine E-Mail geschrieben, wo man sich treffen wollte. Wer kommen wollte, sei gekommen, wer nicht kommen wollte, habe es sein lassen.¹⁶⁷ An den Sitzungen hätten die Unternehmen zusammen gesprochen und versucht, sich zu einigen. Es sei gleich gelaufen wie vorher. Auf die Frage, ob an diesen Sitzungen Preisabsprachen getroffen worden seien, antwortete er: [Ja, das sei klar. Mal sei gegen oben korrigiert worden, mal gegen unten. Bei Offertfehlern sei es vorgekommen, dass man die Preise nach oben korrigiert habe, sonst nicht.]¹⁶⁸ Weiter hätten die Sitzungen sowohl für Hoch- und Tiefbauprojekte der öffentlichen Hand als auch privater Bauherren stattgefunden.¹⁶⁹ Der Zweck der Sitzungen habe darin bestanden, sich darauf zu einigen, wer den Zuschlag erhalten sollte.¹⁷⁰ An dieser Form der Zusammenarbeit seien die gleichen Unternehmen beteiligt gewesen wie früher bei den Vorversammlungen, so insbesondere auch die Hohenegger SA. Für die Hohenegger SA habe jeweils E._____ an den betreffenden Sitzungen teilgenommen.¹⁷¹

141. E._____, Hohenegger SA, führte am 16. März 2016 aus, dass nach der Abschaffung der Vorversammlungen nur noch die Firmen Foffa, Scandella und Hohenegger bestanden hätten. Diese Unternehmen hätten dann einfach direkt untereinander diskutiert. Sitzungen, die

¹⁶² Act. IX.C.035, pag. 4.

¹⁶³ Act. IX.C.052, Zeilen 146–148.

¹⁶⁴ Act. IX.C.052, Zeilen 153 f.

¹⁶⁵ Act. IX.C.052, Zeilen 238–245.

¹⁶⁶ Act. IX.C.052, Zeilen 208–210.

¹⁶⁷ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 226–236.

¹⁶⁸ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 271 f.

¹⁶⁹ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 263–267.

¹⁷⁰ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 250–256.

¹⁷¹ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 241–247.

vom GBV organisiert worden seien, habe es nicht mehr gegeben.¹⁷² Auf Vorhalt der Aussagen von C._____ vom 15. März 2016 räumte er ein, dass die Hohenegger SA an „Absprachen“ im Münstertal bis ins Jahr 2012 beteiligt gewesen sei und er persönlich dabei die Hohenegger SA vertreten habe. Konkret sagte er: „*Wenn Herr C._____ das so sagt, wird es schon so gewesen sein.*“¹⁷³

142. D._____, Hohenegger SA, sagte am 28. Oktober 2015 aus, dass es im Jahr 2012 zwischen den Münstertaler Bauunternehmen zur Aufteilung von Bauprojekten und „Preisabsprachen“ gekommen sei. Im März 2012 hätten sich B._____, C._____ und er getroffen und alle im Münstertal anstehenden bzw. zu erwartenden Arbeiten aufgelistet und untereinander aufgeteilt. Dieses Treffen habe im Büro von C._____ in Sta. Maria stattgefunden.¹⁷⁴ Bei der handschriftlichen Besprechungsnotiz vom 5. März 2012¹⁷⁵ handle es sich um die Liste der aufgeteilten Bauaufträge, die an diesem Treffen erstellt worden sei.¹⁷⁶ In der Folge hätten die involvierten Unternehmen bezüglich der jeweiligen Ausschreibungen der Bauprojekte die Preise abgesprochen. Dabei habe jedes Unternehmen die Offerte zunächst selber kalkuliert. Anschliessend habe man gemeinsam den Schlusspreis inklusive Mehrwertsteuer abgesprochen.¹⁷⁷ Diese „Preisabsprachen“ seien per Telefon oder per E-Mail getroffen worden.¹⁷⁸ Daran beteiligt seien C._____ für die Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft und B._____, H._____ sowie A._____ für die Foffa Conrad AG gewesen. Er selber sei für die Hohenegger SA an diesen „Preisabsprachen“ beteiligt gewesen.¹⁷⁹

B.5.1.3 Beweiswürdigung

a. Weiterbestand des Konsenses

143. Sämtliche Verfahrensparteien anerkennen, dass die bis ins Jahr 2008 unter der Mitwirkung des GBV praktizierte Zusammenarbeit in den darauffolgenden Jahren fortgesetzt wurde. Konkret hätten die Beteiligten weiterhin die Hoch- und Tiefbauaufträge im Münstertal untereinander aufgeteilt und die jeweiligen Angebotspreise untereinander ausgetauscht bzw. festgelegt. Man habe die zuvor praktizierte Zusammenarbeit weitergeführt. Daran beteiligt seien die Verfahrensparteien Foffa Conrad AG, Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft, und Hohenegger SA gewesen.

144. Diese übereinstimmenden Aussagen der Verfahrensparteien erachtet die Behörde als glaubhaft. Zudem decken sie sich mit den objektiven Beweismitteln. Die Besprechungsnotiz vom 5. März 2012 und die dazu gemachten Aussagen der Parteien belegen, dass die Verfahrensparteien auch im Jahr 2012 noch Bauaufträge untereinander aufgeteilt haben. Der E-Mailverkehr zwischen H._____, D._____, und C._____ aus dem Jahr 2012 (Rz 136) zeigt sodann auf, dass sich die Foffa Conrad AG, die Hohenegger SA und die Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft vor Ablauf der Eingabefristen jeweils ihre kalkulierten Offerten zuschickten und sich gegenseitig die Eingabesummen mitteilten.

145. Angesichts dieser Beweislage ist erwiesen, dass die im Münstertal tätigen Bauunternehmen nach dem Jahr 2008 weiterhin untereinander die Bauaufträge aufgeteilt und die Angebotspreise festgelegt haben. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Dass sie diese –

¹⁷² Act. II.1 (22-0467), Zeile 189 f.

¹⁷³ Act. II.1 (22-0467), Zeilen 202–211.

¹⁷⁴ Act. IV.025, Zeilen 204–237.

¹⁷⁵ Act. III.C.007.

¹⁷⁶ Act. IV.025, Zeilen 252–254.

¹⁷⁷ Act. IV.025, Zeilen 271–275.

¹⁷⁸ Act. IV.025, Zeilen 276 f.

¹⁷⁹ Act. IV.025, Zeilen 280–286.

bereits zuvor praktizierte – Zusammenarbeit fortsetzen, erlaubt den Schluss, dass ihr diesbezüglicher Konsens nicht zu Ende ging, als der GBV seine Mitwirkung einstellte. Vielmehr ist erwiesen, dass ihr Konsens über diese Zusammenarbeit auch in den darauffolgenden Jahren Bestand hatte.

146. Sodann ist erstellt, dass der Konsens, sich über die Zuteilung von Bauaufträgen im Münstertal und die entsprechenden Angebotspreise zu einigen, weiterhin sämtliche Leistungen des Hoch- und Tiefbaus erfasste. Anzeichen, dass eine Einschränkung für gewisse Sparten bestand, bestehen nicht und wurden von keiner Partei vorgebracht. Vielmehr bestätigte C. _____, dass davon Hoch- und Tiefbauprojekte der öffentlichen Hand und privater Bauherren erfasst waren.¹⁸⁰ Auch die Besprechungsnotiz vom 5. März 2012, auf welcher Bauprojekte aufgelistet sind, die sich die Beteiligten im Jahr 2012 zuteilten, sind Hoch- und Tiefbauprojekte der öffentlichen Hand und privater Bauherren aufgeführt.

b. Beteiligte

147. Sowohl die Foffa Conrad AG als auch die Hohenegger SA räumen ein, dass sie sich weiterhin an dieser Zusammenarbeit beteiligt hätten. Sie anerkennen somit ihre eigene Tatbeteiligung. Zudem bestätigen sie, dass die jeweils andere Verfahrenspartei und die Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft ebenfalls involviert gewesen seien. Angesichts dieser übereinstimmenden und glaubhaften Aussagen ist erwiesen, dass die Verfahrensparteien Foffa Conrad AG und Hohenegger SA auch nach dem Jahr 2008 noch an der Zusammenarbeit beteiligt waren. Dagegen steht fest, dass die im Jahr 2013 gegründete Scandella Bau AG darin nicht verwickelt war. Unbestritten ist jedoch, dass die frühere Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft an der weitergeführten Zusammenarbeit beteiligt war.

c. Verfolgter Zweck

148. In Bezug auf den verfolgten Zweck ist zu beachten, dass die Beteiligten mit der fortgeführten Zusammenarbeit nach dem Jahr 2008 – wie zuvor – untereinander Hoch- und Tiefbauleistungen aufteilen und die entsprechenden Angebotspreise festlegen bzw. abstimmen wollten. Einer solchen Form der Zusammenarbeit ist immanent, dass sie darauf abzielt, den Wettbewerb unter den Beteiligten auszuschalten. Wie bis anhin ging es darum, dass sich die Beteiligten nicht konkurrenzieren sollten. Vielmehr strebten sie danach, im Einvernehmen darüber zu entscheiden, welches Unternehmen welche Bauaufträge erhält und zu welchem Preis ausführt. Damit bestand der Zweck der weitergeführten Zusammenarbeit – neben möglichen weiteren Zielen – auch in der Zuschlagssteuerung und der Verhinderung des Preiswettbewerbs. Dass die Beteiligten mit ihrem Verhalten ausschliesslich andere Zwecke verfolgten, kann bei einer solchen Zusammenarbeitsform ohne vernünftige Zweifel ausgeschlossen werden.

B.5.1.4. Beweisergebnis

149. Nach dem Gesagten ist folgender Sachverhalt erstellt:

- Der tatsächliche Konsens, bei Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen, bestand zwischen den Beteiligten auch noch nach dem Jahr 2008.
- An der nach dem Jahr 2008 weitergeführten Zusammenarbeit waren die Verfahrensparteien Foffa Conrad AG und Hohenegger SA beteiligt, ebenso die Einzelfirma Pio

¹⁸⁰ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 263–267.

Scandella, Maurergeschäft. Darin nicht verwickelt war hingegen die 2013 gegründete Scandella Bau AG.

- Die Beteiligten bezweckten mit der nach dem Jahr 2008 weitergeführten Zusammenarbeit unter anderem, sich betreffend den Zuschlag für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal nicht zu konkurrenzieren. Ebenso bezweckten sie weiterhin, sich bei diesen Bauleistungen nicht betreffend den Preis zu konkurrenzieren.

B.5.2 Dauer, Umsetzung und Auswirkungen

B.5.3.1 Beweisthema

150. Im Folgenden ist zu prüfen, wie lange der Konsens der Beteiligten bestand, im Rahmen der weitergeführten Zusammenarbeit für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen.

151. Weiter ist zu prüfen, ob sich die beteiligten Unternehmen tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die nach dem Jahr 2008 weitergeführte Zusammenarbeit verhielten. Sodann sind die Auswirkungen zu beurteilen, welche dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte.

B.5.3.2 Beweismittel

152. Im Folgenden werden die Beweismittel genannt, auf die sich die Behörde bei der Beurteilung der in diesem Abschnitt zu erörternden Sachverhaltsfragen stützt.

a. Urkunden

153. In Bezug auf die Umsetzung der beschlossenen Zusammenarbeit und deren allfälligen Auswirkungen sind die handschriftliche Besprechungsnotiz vom 5. März 2012¹⁸¹ und der E-Mailverkehr zwischen H._____, D._____ und C._____ aus dem Jahr 2012 (vgl. Rz 136 hiervoor) zu würdigen.

b. Auskünfte von Parteien

154. In der Offertliste betreffend Baumeisterarbeiten im Münstertal, eingereicht am 12. November 2012¹⁸², kreuzte die Foffa Conrad AG in der Spalte „Bemerkungen“ rund 100 Bauprojekte in den Jahren 2007 bis 2012 an, bei denen es zu „Absprachen“ gekommen sei.¹⁸³ A._____, Foffa Conrad AG, gab am 12. November 2012 zu Protokoll, dass diese Liste nach seiner Meinung weitestgehend vollständig sein dürfte.¹⁸⁴ Weiter führte er aus, dass die Preise, die man abgesprochen habe, sicherlich in Ordnung gewesen seien. Es sei nicht so, dass man wahnsinnig reich geworden sei bei diesen Arbeiten.¹⁸⁵ Zudem sei es schwierig gewesen, die Preise wieder zu verbessern, da sich die Bauherrenvertreter an die Preise gewöhnen und sich gegen Erhöhungen wehren würden. Nur weil man sich abspreche, heisse dies noch nicht, dass auch der Preis gut wäre. Im Münstertal sei es ein Existenzkampf gewesen,

¹⁸¹ Act. III.C.007.

¹⁸² Act. IX.C.005.

¹⁸³ Vgl. Act. IX.005, Seite 4 unten.

¹⁸⁴ Act. IX.005, Seite 5.

¹⁸⁵ Act. IX.005, Seite 5.

trotz dieser Abreden. Die Bauherren würden regulierend wirken und bezögen sich etwa bei den Rabatten auf die in Vorjahren gewährten Rabatte.¹⁸⁶

155. Weiter führte die Foffa Conrad AG in ihrer Eingabe vom 12. November 2012 aus, dass die Besprechungsnotiz vom 5. März 2012 (vgl. Rz 136 hiavor) eine Liste mit 17 verschiedenen Arbeiten enthalte, welche auf die Unternehmungen Hohenegger, Pio Scandella und Foffa Conrad aufgeteilt worden seien. Dieses Dokument stehe stellvertretend für die Systematik der „Preisabsprachen“ im Raum Münstertal zwischen 2007 und 2012.¹⁸⁷

156. B._____, Foffa Conrad AG, brachte am 20. August 2015 vor, dass Südtiroler Unternehmen versucht hätten, im Münstertal Fuss zu fassen. Dies sei ihnen aber nicht gelungen. Die Münstertaler Bauunternehmen hätten auch die kompetitiveren Preise gehabt.¹⁸⁸

157. C._____, Scandella Bau AG, sagte am 15. März 2016 aus, dass die „Absprachen“ zwischen den Münstertaler Bauunternehmen bis ins Jahr 2012 stattgefunden hätten.¹⁸⁹ Mit der Eröffnung der kartellrechtlichen Untersuchung im Herbst 2012 seien diese eingestellt worden.¹⁹⁰ Weiter sagte er aus, dass die „Absprachen“ im Münstertal nach seinem Wissen ohne Unterbruch bis ins Jahr 2012 stattgefunden hätten. Zwischendurch sei es zu Unterbrüchen von zwei bis drei Monaten gekommen, in denen sich die Beteiligten nicht hätten einigen können. Anschliessend hätten sich die Beteiligten jeweils wieder gefunden. Ihm sei nicht bekannt, dass man sich während eines ganzen Jahres nicht „abgesprochen“ hätte.¹⁹¹ Weiter gab er an, dass sich die Beteiligten nicht in allen Fällen hätten darauf einigen können, wer den Zuschlag erhalten sollte. Zu einer Einigung sei es in rund 70 % der Fälle gekommen.¹⁹²

158. D._____, Hohenegger SA, gab am 28. Oktober 2015 zu Protokoll, dass die Münstertaler Bauunternehmen im Jahr 2012 „Absprachen“ getroffen hätten, anschliessend jedoch nicht mehr.¹⁹³ Weiter gab er in Bezug auf die Besprechungsnotiz vom 5. März 2012¹⁹⁴ zu Protokoll, dass die Aufträge so aufgeteilt worden seien, wie dies gemäss der Auflistung in dieser Notiz vorgesehen gewesen sei. Die Bauunternehmen hätten diejenigen Bauprojekte tatsächlich ausgeführt, die ihnen auf dieser Liste zugeteilt worden seien.¹⁹⁵ Die entsprechenden Angebotspreise hätten die Beteiligten nach der Besprechung vom 5. März 2012 jeweils in Bezug auf die konkrete Ausschreibung per E-Mail oder per Telefon abgesprochen.¹⁹⁶

159. E._____, Hohenegger SA, anerkannte auf Vorhalt der Aussagen von C._____, dass im Münstertal „Absprachen“ bis ins Jahr 2012 getroffen worden seien.¹⁹⁷

¹⁸⁶ Act. IX.005, Seite 5 unten.

¹⁸⁷ Act. IX.C.035, pag 4.

¹⁸⁸ Act. IX.C.052, Zeilen 272–281.

¹⁸⁹ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 286.

¹⁹⁰ Act. VII.6 (22-0467), Zeile 207.

¹⁹¹ Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 286–289.

¹⁹² Act. VII.6 (22-0467), Zeilen 257–262.

¹⁹³ Act. IV.025, Zeilen 260–266.

¹⁹⁴ Act. III.C.007.

¹⁹⁵ Act. IV.025, Zeilen 249–251.

¹⁹⁶ Act. IV.025, Zeilen 271–275.

¹⁹⁷ Act. II.1 (22-0467), Zeilen 205–214.

B.5.3.3 Beweiswürdigung

a. Dauer

160. Die beteiligten Verfahrensparteien räumen übereinstimmend ein, dass die nach dem Jahr 2008 fortgeführte Zusammenarbeit zwischen Münstertaler Unternehmen bis ins Jahr 2012 gedauert habe. Mit der Eröffnung der kartellrechtlichen Untersuchung im Engadin sei sie eingestellt worden. Diese Aussagen sind glaubhaft. An deren Wahrheitsgehalt bestehen keine vernünftigen Zweifel.

161. Auch die Besprechungsnotiz vom 5. März 2012¹⁹⁸ sowie der E-Mailverkehr zwischen H._____, D._____ und C._____ aus dem Jahr 2012 (vgl. Rz 136 hiervoor) zeigen auf, dass im Jahr 2012 Bauaufträge zwischen den Beteiligten aufgeteilt und die entsprechenden Angebotspreise festgelegt wurden. Für die darauffolgenden Jahre liegen keine solchen Urkunden mehr vor.

162. Vor diesem Hintergrund ist erwiesen, dass die weitergeführte Zusammenarbeit zwischen den beteiligten Münstertaler Bauunternehmen bis Herbst 2012 dauerte. Ebenso ist erstellt, dass sie anschliessend eingestellt wurde. Daraus kann geschlossen werden, dass die Beteiligten bis Herbst 2012 den Willen hatten, die besagte Zusammenarbeit fortzusetzen, sowie dass sie diesen Willen mündlich oder durch konkludentes Verhalten kundtaten. Hätten sie diese Form der Zusammenarbeit nicht mehr gewollt, hätten sie sich daran nicht bis im Herbst 2012 beteiligt.

b. Umsetzung und Auswirkungen

163. Sämtliche Verfahrensparteien räumen ein, dass im Münstertal die Zusammenarbeit zwischen Münstertaler Bauunternehmen nach dem Jahr 2008 weitergeführt worden sei. Auch anerkennen sie, dass im Rahmen dieser Zusammenarbeit Hoch- und Tiefbauprojekte zugeteilt und die entsprechenden Angebotspreise festgelegt worden seien. Die übereinstimmenden Aussagen der Verfahrensparteien in diesen Punkten erachtet die Behörde als glaubhaft. Anzeichen, dass sie nicht der Wahrheit entsprechen, bestehen nicht. Sodann belegen auch die Besprechungsnotiz vom 5. März 2012 und der E-Mailverkehr zwischen H._____, D._____ und C._____ aus dem Jahr 2012, dass eine solche Zusammenarbeit tatsächlich praktiziert wurde.

164. Gestützt werden die genannten Beweismittel auch durch die Projektliste, in welcher die Foffa Conrad AG die ihrer Auffassung nach koordinierten Bauprojekte kennzeichnete.¹⁹⁹ Vor dem Hintergrund, dass die Foffa Conrad AG im relevanten Zeitraum, d.h. bis 2012, das bedeutendste Bauunterunternehmen im Münstertal war und rund [...] des Bauvolumens sowohl im Hochbau als auch im Tiefbau auf sich vereinte (vgl. Rz 51), kann angenommen werden, dass sie für einen wesentlichen Teil der ausgeschriebenen Bauprojekte eine Offerte einreichte, insbesondere bei Ausschreibungen der Gemeinwesen. Die besagte Projektliste der Foffa Conrad AG erfasst daher einen wesentlichen Teil der überhaupt im Münstertal ausgeschriebenen Projekte des Hoch- und Tiefbaus.

165. Unbestritten ist schliesslich, dass die Aufteilung von Bauprojekten teilweise funktioniert hat. Nach Aussage von C._____ sei dies zu rund 70 % der Fall gewesen. Diese Aussage erachtet die Behörde als glaubhaft. Wie erwiesen ist (Rz 149 hiervoor), sollten im Rahmen der weitergeführten Zusammenarbeit der designierte Zuschlagsempfänger bzw. die designierte Zuschlagsempfängerin und die jeweiligen Angebotspreise bestimmt werden. Hätte diese Art der Zusammenarbeit nicht zumindest teilweise funktioniert, hätten die Beteiligten nicht über

¹⁹⁸ Act. III.C.007.

¹⁹⁹ Act. IX.007.

eine so lange Dauer entsprechende Bemühungen unternommen. Erwiesen ist zudem, dass bei denjenigen Projekten, bei denen es zu einer Projektzuteilung kam, der Wettbewerb unter den Beteiligten ausgeschlossen wurde. Aufgrund der praktizierten Projektzuteilung bestehen daran keine vernünftigen Zweifel.

166. Dass es vorliegend tatsächlich in grossem Masse zu einer Angebotskoordination kam, untermauern sodann auch die Angaben der Foffa Conrad AG, wie die nachfolgende Übersicht zeigt. Darin wird das Volumen der von der Foffa Conrad AG gemäss ihrer Projektliste²⁰⁰ als „abgesprochen“ gekennzeichneten Bauprojekte dem Volumen aller erhaltenen Bauprojekten gegenübergestellt, die sie als „Total“ bezeichnete.

Jahr	Total (CHF)	Volumen „abgesprochener“ Bauprojekte (CHF)	in %
2007	[...]	[...]	41 %
2008	[...]	[...]	68 %
2009	[...]	[...]	45 %
2010	[...]	[...]	65 %
2011	[...]	[...]	66 %
2012	[...]	[...]	67 %
Total	[...]	[...]	59 %

Tabelle 4: Verhältnis zwischen den von der Foffa Conrad AG als „abgesprochen“ bezeichneten Projekte und den von der Foffa Conrad AG eingereichten Offerten

167. Daraus folgt, dass in den Jahren 2007 bis 2012 insgesamt 59 % der von der Foffa Conrad AG im Münstertal eingereichten Offerten – nach ihren eigenen Angaben – mit anderen Unternehmen koordiniert worden sind. Dieser Anteil ist höher, wenn man dem Vergleich ausschliesslich die von Gemeinwesen ausgeschriebenen Bauprojekte zugrunde legt, wie folgende Tabelle zeigt.

Jahr	Öffentliche Ausschreibungen (CHF)	Volumen „abgesprochener“ öffentlichen Ausschreibungen (CHF)	in %
2007	[...]	[...]	91%
2008	[...]	[...]	94%
2009	[...]	[...]	56%
2010	[...]	[...]	95%
2011	[...]	[...]	60%
2012	[...]	[...]	96%
Total	[...]	[...]	85%

Tabelle 5: Verhältnis zwischen sämtlichen öffentlichen Ausschreibungen und den von der Foffa Conrad AG als „abgesprochen“ bezeichneten öffentlichen Ausschreibungen

168. Von den auf der Liste der Foffa Conrad AG erfassten Bauprojekten sind 72 Ausschreibungen öffentlichen Bauherren (Bund, Kanton, Gemeinden) zuzuordnen (Volumen von insgesamt CHF [...]). Davon sind nach Angabe der Foffa Conrad AG 51 Ausschreibungen mit einem Volumen von CHF [...] mit anderen Bauunternehmen koordiniert worden. Dies entspricht einem Anteil von 85 %.

B.5.3.4. Beweisergebnis

169. Nach dem Gesagten ist erstellt, dass der Konsens der beteiligten Unternehmen, im Rahmen der fortgesetzten Zusammenarbeit bezüglich Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal

²⁰⁰ Act. IX.007.

den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen (vgl. dazu Rz 134 ff. hiervor), bis im Herbst 2012 Bestand hatte.

170. Ebenso ist erstellt, dass sich die Beteiligten bis im Herbst 2012 entsprechend ihrem Konsens verhielten und im Rahmen der weitergeführten Zusammenarbeit – zumindest teilweise – den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal festlegten. Erwiesen ist auch, dass bei denjenigen Bauprojekten, bei denen es zu einer Projektzuteilung kam, der Wettbewerb unter den Beteiligten ausgeschlossen wurde.

B.5.3 Zwischenfazit

171. Zusammenfassend ist folgender Sachverhalt betreffend die Weiterführung der Zusammenarbeit bis 2012 erstellt:

172. Der tatsächliche Konsens, bei Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen, bestand zwischen den Beteiligten auch noch nach dem Jahr 2008. An der weitergeführten Zusammenarbeit beteiligt waren die Verfahrensparteien Foffa Conrad AG und Hohenegger SA, ebenso die Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft. Nicht involviert war hingegen die 2013 gegründete Scandella Bau AG, die aber das zuvor unter der Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft betriebene Bauunternehmen – wirtschaftlich betrachtet – weiterführte.

173. Die Beteiligten bezweckten mit der nach dem Jahr 2008 weitergeführten Zusammenarbeit unter anderem, sich betreffend den Zuschlag für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal nicht zu konkurrenzieren. Ebenso bezweckten sie weiterhin, sich bei diesen Bauleistungen nicht betreffend den Preis zu konkurrenzieren.

174. Der Konsens der beteiligten Unternehmen, im Rahmen der fortgesetzten Zusammenarbeit bezüglich Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen (vgl. dazu Rz 134 ff. hiervor), hatte bis im Herbst 2012 Bestand.

175. Die Beteiligten verhielten sich bis im Herbst 2012 entsprechend ihrem Konsens und legten im Rahmen der weitergeführten Zusammenarbeit – zumindest teilweise – den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal fest. Bei denjenigen Bauprojekten, bei denen es zu einer Projektzuteilung kam, wurde der Wettbewerb unter den Beteiligten ausgeschlossen.

B.6 Fazit zum Sachverhalt

B.6.1 Hoch- und Tiefbaubranche im Münstertal

176. Im vorliegend relevanten Zeitraum von 2004 bis 2012 waren im Münstertal die Foffa Conrad AG, die Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft und die Hohenegger SA in den Bereichen Hoch- und Tiefbau tätig; in geringerem Umfang auch die Einzelfirma Arthur Pinggera und die Terza Bau AG. Allerdings stellten die Terza Bau AG (freiwillige Geschäftsaufgabe) und die Einzelfirma Arthur Pinggera (Konkurs) ihre Geschäftstätigkeit in den Jahren 2008 und 2010 ein. Damit richtet sich die vorliegende kartellrechtliche Untersuchung gegen sämtliche noch existierende Unternehmen, die im Münstertal von 2004 bis 2012 in den Bereichen Hoch- und Tiefbau tätig waren.

177. Zur Marktstellung dieser Unternehmen ist Folgendes festzuhalten: Die Foffa Conrad AG war im Zeitraum von 2004 bis 2012 das umsatzstärkste Bauunternehmen im Münstertal. Vom gesamten im Münstertal in den Bereichen Hoch- und Tiefbau realisierten Umsatz erzielte sie rund [...]. Die Hohenegger SA und die Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft bildeten – jedenfalls nach 2010 – die einzigen gewichtigen Konkurrentinnen der Foffa Conrad AG. Ihr Anteil am Bauvolumen betrug [...]. Die Marktanteile der Terza Bau AG und der Einzelfirma Arthur Pinggera vor ihrer Geschäftsaufgabe waren gering.

B.6.2 Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen bis 2008

178. Zwischen im Münstertal tätigen Bauunternehmen lagen seit spätestens dem Jahr 2004 tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen über die Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen vor (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Dieser Konsens beinhaltete, im Rahmen von Vorversammlungen für sämtliche Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen (Rz 54 ff. hiervor).

179. An der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen waren die Verfahrensparteien Foffa Conrad AG und Hohenegger SA beteiligt, ebenso die frühere Terza Bau AG und die frühere Einzelfirma Arthur Pinggera. Die Scandella Bau AG nahm nie an Vorversammlungen teil. Allerdings war an der Zusammenarbeit die frühere Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft beteiligt. Die Scandella Bau AG führte nach ihrer Gründung im Jahr 2013 das zuvor unter der Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft betriebene Bauunternehmen – wirtschaftlich betrachtet – weiter (Rz 78 ff. hiervor).

180. Die Beteiligten bezweckten mit der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen unter anderem, sich betreffend den Zuschlag für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal nicht zu konkurrenzieren. Ebenso bezweckten sie, sich bei diesen Bauleistungen nicht betreffend den Preis zu konkurrenzieren (Rz 92 ff. hiervor).

181. Der Konsens der beteiligten Verfahrensparteien, im Rahmen von Vorversammlungen für sämtliche Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen, hatte bis ins Jahr 2008 Bestand (Rz 101 ff. hiervor).

182. Die beteiligten Verfahrensparteien verhielten sich von 2004 bis 2008 entsprechend ihrem Konsens und legten im Rahmen von Vorversammlungen – zumindest teilweise – den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal fest. Bei denjenigen Bauprojekten, bei denen es zu einer Projektzuteilung kam, wurde der Wettbewerb unter den Beteiligten ausgeschlossen (Rz 113 ff. hiervor).

B.6.3 Weiterführung der Zusammenarbeit bis 2012

183. Der tatsächliche Konsens, bei Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen, bestand zwischen den Beteiligten auch noch nach dem Jahr 2008. An der weitergeführten Zusammenarbeit beteiligt waren die Verfahrensparteien Foffa Conrad AG und Hohenegger SA, ebenso die Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft. Nicht involviert war hingegen die 2013 gegründete Scandella Bau AG, die aber das zuvor unter der Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft betriebene Bauunternehmen – wirtschaftlich betrachtet – weiterführte (Rz 134 ff. hiervor).

184. Die Beteiligten bezweckten mit der nach dem Jahr 2008 weitergeführten Zusammenarbeit unter anderem, sich betreffend den Zuschlag für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal nicht zu konkurrenzieren. Ebenso bezweckten sie weiterhin, sich bei diesen Bauleistungen nicht betreffend den Preis zu konkurrenzieren (Rz 134 ff. hiervor).

185. Der Konsens der beteiligten Unternehmen, im Rahmen der fortgesetzten Zusammenarbeit bezüglich Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen (vgl. dazu Rz 134 ff. hiervor), hatte bis im Herbst 2012 Bestand (Rz 150 ff. hiervor).

186. Die Beteiligten verhielten sich bis im Herbst 2012 entsprechend ihrem Konsens und legten – zumindest teilweise – im Rahmen der weitergeführten Zusammenarbeit den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal fest. Bei denjenigen Bauprojekten, bei denen es zu einer Projektzuteilung kam, wurde der Wettbewerb unter den Beteiligten ausgeschlossen (Rz 150 ff. hiervor).

C Erwägungen

C.1 Geltungsbereich

187. Das Kartellgesetz (KG)²⁰¹ gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten als auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Sämtliche Parteien erfüllten im Untersuchungszeitraum die Merkmale privatrechtlicher Unternehmen, womit das KG in persönlicher Hinsicht anwendbar ist.

188. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG). Ob die Parteien eine Wettbewerbsabrede getroffen haben, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung noch im Einzelnen zu prüfen sein (vgl. dazu Rz 192 ff.). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und an dieser Stelle auf deren Wiedergabe verzichtet.

189. Schliesslich fallen die vorliegend zu beurteilenden Handlungen und Verhaltensweisen auch in den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

C.2 Vorbehaltene Vorschriften

190. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

191. Im hier zu beurteilenden Markt gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen.

²⁰¹ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

C.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede

192. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

193. Im Folgenden ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt (vgl. Rz 194 ff. hiernach). Ist dies zu bejahen, ist in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig ist (vgl. Rz 206 ff. hiernach).

C.3.1 Wettbewerbsabrede

194. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine formelle vertragliche Grundlage ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,²⁰² wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden²⁰³.

195. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor, wenn erstens ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und zweitens ein Bezwecken oder ein Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung durch die Abrede gegeben sind.²⁰⁴ Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen.

C.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

196. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen nach dem Gesagten Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen.

197. Für das Vorliegen einer Vereinbarung ist erforderlich, dass ein Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen über die Art und Weise der Zusammenarbeit vorliegt. Mit Blick auf das Obligationenrecht kommt ein solcher Konsens durch übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien zustande (Art. 1 Abs. 1 OR²⁰⁵). Die entsprechenden Erklärungen können entweder ausdrücklich (schriftlich oder mündlich) oder durch konkludentes Verhalten erfolgen (Art. 1 Abs. 2 OR).

198. Ob Willenserklärungen von Unternehmen vorliegen und ob diese zu einem tatsächlichen Konsens (auch: natürlichen Konsens) der Unternehmen geführt haben, ist eine Tatfrage.²⁰⁶

199. Beweismässig ist vorliegend erstellt, dass zwischen im Münstertal tätigen Bauunternehmen tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen über die Zusammenarbeit betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen vorlagen (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Dieser Konsens beinhaltete, für sämtliche Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten

²⁰² Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; ferner THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81.

²⁰³ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 202), Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und N 81.

²⁰⁴ RPW 2009/3, 204 Rz 50, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

²⁰⁵ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30.3.1911 (OR); SR 220.

²⁰⁶ Vgl. etwa Urteil des BGer 5A_127/2013 vom 1.7.2013, E. 4.1; BGE 116 II 695, E. 2.

Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen (Rz 178 und Rz 183). An dieser Zusammenarbeit waren die Verfahrensparteien Foffa Conrad AG und Hohenegger SA beteiligt, ebenso die frühere Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft, die frühere Terza Bau AG und die frühere Einzelfirma Arthur Pinggera (Rz 179 und Rz 183). Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt.

C.3.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

200. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG „eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.²⁰⁷ Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.²⁰⁸ Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext verdeutlicht – alternativ voraus, nicht kumulativ.²⁰⁹

201. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteilnehmer „die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“.²¹⁰ Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, ist nicht erforderlich.²¹¹

202. Die vorliegende Abrede beinhaltete, für sämtliche Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen (Rz 178 und Rz 183). Ein solcher Abredeinhalt ist in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Darüber hinaus ist vorliegend – obwohl dies nicht notwendig ist – erwiesen, dass die Abredeteilnehmer mit ihrer Zusammenarbeit auch in subjektiver Hinsicht bezweckten, sich betreffend den Zuschlag und den Preis von Hoch- und Tiefbauleistungen nicht zu konkurrenzieren (Rz 180 und Rz 184). Somit war die vorliegende Abrede nicht nur (objektiv) geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, sondern es bestand auch eine dahingehende Absicht der Abredeteilnehmer.

203. Damit liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

C.3.1.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

204. Die Parteien waren als Unternehmen auf derselben Marktstufe tätig und als solche Konkurrentinnen hinsichtlich der von öffentlichen Stellen und von Privaten ausgeschriebenen Aufträge für Hoch- und Tiefbauleistungen. Die vorliegende Abrede ist somit horizontaler Natur.

²⁰⁷ RPW 2013/4, 560 Rz 178, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

²⁰⁸ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

²⁰⁹ Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, *BMW*.

²¹⁰ RPW 2013/4, 560 Rz 180, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

²¹¹ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

C.3.1.4 Zwischenfazit

205. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Parteien durch ihr bewusstes und gewolltes Zusammenwirken im Zeitraum von (spätestens) 2004 bis Herbst 2012 eine Wettbewerbsabrede zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe gemäss Art. 4 Abs. 1 KG getroffen haben. Im Folgenden ist zu prüfen, ob diese Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig ist.

C.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

206. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

- Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen (Bst. a);
- Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen (Bst. b);
- Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern und Geschäftspartnerinnen (Bst. c).

C.3.2.1 Qualifikation der vorliegenden Wettbewerbsabrede

a. Qualifikation als Gesamtabrede

207. Die vorliegende Vereinbarung weist folgende Merkmale auf:

- Sie zeichnet sich erstens durch ihren auf Dauer angelegten Charakter aus (*Dauer-
verstoss*). Wie erwiesen ist (vgl. Rz 178), kam die Vereinbarung zwischen den Abrede-
teilnehmern spätestens im Jahr 2004 zustande. In den darauffolgenden Jahren war die
darauf beruhende Zusammenarbeit durch die Mitwirkung des GBV geprägt. So bestand
mit den Vorversammlungen ein institutioneller Rahmen, der es erleichterte, die Abrede
umzusetzen. Als dieser Rahmen im Jahr 2008 entfiel, wurde die Vereinbarung nicht auf-
gehoben. Vielmehr führten die Abredeteilnehmer die zuvor praktizierte Zusammenarbeit
weiter (Rz 183). Erst mit der Eröffnung der vorliegenden kartellrechtlichen Untersuchung
im Herbst 2012 brach der Konsens zur Zusammenarbeit auseinander. Zwar wurde die
Zusammenarbeit wohl zuweilen für kurze Zeit unterbrochen. Solche kurzen Unterbrüche
in der Umsetzung der Vereinbarung ändern jedoch an der Qualifikation als Dauerabrede
nichts, zumal diese (Umsetzungs-)Unterbrüche stets vorübergehender Natur waren und
der Grundkonsens zur Zusammenarbeit dadurch nie aufgelöst wurde. Entscheidend ist,
dass vorliegend zwischen den Beteiligten von (spätestens) 2004 bis Herbst 2012 ein
andauernder, einheitlicher Wille zur Zusammenarbeit in der Form der Projektzuteilung
und Abstimmung der Eingabesummen bestand. Die vorliegende Abrede dauerte von
(spätestens) 2004 bis Herbst 2012.
- Zweitens strebten die Abredeteilnehmer nicht danach, bei jeder einzelnen Ausschrei-
bung von neuem zu entscheiden, ob eine Zusammenarbeit eingegangen wird oder nicht.
Vielmehr entsprach es ihrem Willen, generell die im Münstertal zu realisierenden Hoch-
und Tiefbauprojekte aufzuteilen und die entsprechenden Angebotspreise zu koordinie-
ren. Neben ihrer Eigenschaft als Dauerabrede ist die vorliegende Vereinbarung daher
als *Gesamtabrede* zu qualifizieren.²¹² Unerheblich ist, dass es zur Umsetzung dieser

²¹² Vgl. zur Praxis der WEKO betreffend die Qualifikation als Gesamtabrede auch RPW 2008/1, 85, *Strassenbeläge Tessin*; RPW 2013/2, 154 Rz 73 ff., *Abrede im Speditionsbereich*; RPW 2015/2, 225 Rz 194, *Tunnelreinigung*.

Abrede projektbezogener Einzelsubmissionsabreden bedurfte. Ebenso wenig ist es notwendig, dass die Gesamtabrede bei sämtlichen Ausschreibungen tatsächlich umgesetzt wurde und sämtliche Beteiligten an allen Umsetzungshandlungen in der Form von Einzelsubmissionsabreden mitgewirkt haben.²¹³

b. Qualifikation als horizontale Preis- und Geschäftspartnerabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)

208. Die vorliegende Gesamtabrede ist wie folgt unter den Tatbestand von Art. 5 KG zu subsumieren:

- Wie bereits erläutert, handelt es sich vorliegend bei den Abredeteilnehmern um Unternehmen gleicher Marktstufe, da sie alle als Anbieter von Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal tätig waren (vgl. Rz 204 ff. hiervor). Ohne eine entsprechende Zusammenarbeit hätten diese miteinander im Wettbewerb gestanden. Die vorliegende Gesamtabrede ist daher als *horizontale Wettbewerbsabrede* zu qualifizieren (Art. 5 Abs. 3 KG).
- Die vorliegende Gesamtabrede beinhaltete sodann, dass die Beteiligten den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin festlegen wollten (Rz 178 und Rz 183). Von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG ist nicht nur die direkte, sondern auch die indirekte Verursachung der Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern erfasst.²¹⁴ Zwar ist der vorliegenden Abrede nicht unmittelbar zu entnehmen, welcher Geschäftspartner oder welche Geschäftspartnerin welchem Unternehmen zugeordnet wurde. Sie war aber zum einen auf die Aufteilung der Abnehmer und Abnehmerinnen der Leistungen der Abredeteilnehmer gerichtet und zum anderen kam es in der Umsetzung der Abrede tatsächlich zu einer Vielzahl von Zuteilungen von Projekten bzw. Geschäftspartnern und Geschäftspartnerinnen (Rz 182 und Rz 186 hiervor). Im Ergebnis wirkte die vorliegende Gesamtabrede daher wie eine Geschäftspartnerabrede. Vor diesem Hintergrund ist die vorliegende Gesamtabrede als eine von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG erfasste indirekte *Geschäftspartnerabrede* zu qualifizieren.

209. Weiter beinhaltete die vorliegende Gesamtabrede, für die einzelnen Ausschreibungen die Angebotspreise festzulegen (Rz 178 und Rz 183). Zu prüfen ist, ob eine solche Vereinbarung als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu qualifizieren ist. Wie bereits aus dessen Wortlaut hervorgeht, fällt auch die indirekte Preisfestsetzung unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG. Die vorliegende Gesamtabrede zielte unter anderem darauf, den Preiswettbewerb unter den Beteiligten auszuschliessen (Rz 180 und Rz 184 hiervor). Anstelle des Preiswettbewerbs sollte die gemeinsame Preisfestsetzung durch die Beteiligten treten. Zwar bestimmten die Beteiligten die konkreten Angebotspreise für ihre Hoch- und Tiefbauleistungen jeweils erst im Rahmen der einzelnen Umsetzungshandlungen, d.h. in den projektspezifischen Submissionsabreden. Die Gesamtabrede bildete jedoch das notwendige Fundament dieser projektspezifischen Preisfestsetzung. Erstens ist ihr der Grundkonsens immanent, dass die Beteiligten die Angebotspreise gemeinsam und nicht individuell bestimmten. Zweitens schaffte sie den institutionellen Rahmen für die Zusammenarbeit und damit auch für die Preisfestsetzung. Drittens gab sie mit der Orientierung am Mittelwert der von den Beteiligten vorkalkulierten Offerten (vgl. dazu Rz 125 hiervor) in den Grundzügen den Mechanismus der konkreten Preiskalkulation vor. Aus diesen Gründen ist die vorliegende Gesamtabrede auch als (indirekte) *Preisabrede* im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu qualifizieren.

²¹³ RPW 2013/2, 154 Rz 75, *Abrede im Speditionsbereich*.

²¹⁴ PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 KG N 437 ff.

210. Nach dem Gesagten stellt die vorliegende Gesamtabrede eine horizontale Preis- und Geschäftspartnerabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG dar. Hinzuweisen ist darauf, dass diese Vereinbarung durch projektspezifische Submissionsabreden umgesetzt wurde, welche jeweils wiederum als Preis- und Geschäftspartnerabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG zu qualifizieren wären.²¹⁵ Diese „Umsetzungsabreden“ der Gesamtabrede müssen aber vorliegend keiner isolierten kartellrechtlichen Würdigung unterzogen werden.

211. Liegen Abreden vor, welche unter die Aufzählung in Art. 5 Abs. 3 KG fallen, so wird für diese Abreden vermutet, dass sie eine wettbewerbsbeseitigende Wirkung haben. In Bezug auf die vorliegende Gesamtabrede greift damit die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs.

212. Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich diese Vermutung widerlegen lässt.

C.3.2.2 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

213. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt. Ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung vorliegend widerlegt werden kann, ist wie folgt zu prüfen:

- In einem ersten Schritt ist der relevante Markt, auf dem sich die vorliegende Abrede auswirkte, in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht abzugrenzen (Rz 214 ff. hiernach).
- In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob der auf dem relevanten Markt trotz des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede noch verbliebene aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag (Rz 230 ff. hiernach).

a. Relevanter Markt

214. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.²¹⁶

215. Bei dieser Abgrenzung sind Sinn und Zweck der Marktabgrenzung zu berücksichtigen. Diese liegen weniger darin, eine allgemeingültige Marktdefinition für einen Wirtschaftsbereich zu schaffen, als vielmehr darin, die (ökonomischen) Wirkungen einer konkret untersuchten Wettbewerbsbeschränkung zu beurteilen.²¹⁷ Zudem ist die Bestimmung des relevanten Marktes für die Höhe der Sanktion von Bedeutung (vgl. Rz 258 ff. hiernach). Daraus folgt, dass die Marktabgrenzung davon abhängig ist, welche (mögliche) Wettbewerbsbeschränkung konkret

²¹⁵ Vgl. RPW 2009/3, 207 ff. Rz 74 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2012/2, 392 f. Rz 995 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2013/4, 591 Rz 820, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

²¹⁶ BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

²¹⁷ Exemplarisch OECD, *Market Definition*, DAF/COMP(2012)19, S. 11; RAINER TRAUOGOTT, *Zur Abgrenzung von Märkten*, WuW 1998, 929–939, 929; TILL STEINVORTH, *Probleme der geografischen Markt-abgrenzung*, WuW 10/2014, S. 924–937; vgl. auch ROGER ZÄCH, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Aufl. 2005, Rz 532; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert* (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 2 KG N 94; MARCEL MEINHARDT/ASTRID WASER/JUDITH BISCHOF, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert* (Hrsg.), 2010, Art. 10 KG N 40.

untersucht wird. Dieser Umstand kann wiederum dazu führen, dass der Inhalt der Markt-
abgrenzung je nach untersuchter Verhaltensweise (Abreden, Missbrauch einer marktbeherr-
schenden Stellung, Unternehmenszusammenschluss) divergiert, obwohl er denselben Wirt-
schaftsbereich betrifft.²¹⁸

(i) Marktgegenseite

216. Für alle drei Aspekte der Markt-
abgrenzung kommt es auf die Sichtweise der Markt-
gegenseite an. „Marktgegenseite“ sind dabei die Abnehmer und Abnehmerinnen derjenigen Lei-
stung, die Gegenstand der untersuchten (möglichen) Wettbewerbsbeschränkung ist.²¹⁹ Unter-
suchen die Wettbewerbsbehörden zum Beispiel das Verhalten eines marktbeherrschenden
Unternehmens, so kommt es für die Markt-
abgrenzung auf die Sicht der Abnehmer und Ab-
nehmerinnen des durch das marktbeherrschende Unternehmen verkauften Produkts an.²²⁰ Wer-
den hingegen die Wirkungen einer Wettbewerbsabrede untersucht, so sind diejenigen Perso-
nen als Marktgegenseite zu betrachten, welche die Güter oder Dienstleistungen beziehen, auf
die sich die Abrede bezieht.

217. Bei der vorliegenden Gesamtabrede bildeten alle (privaten und öffentlichen) Bauherren,
welche bis Herbst 2012 Hoch- und Tiefbauprojekte im Münstertal vergeben haben, Markt-
gegenseite der Abredeteilnehmer.

(ii) Sachlich relevanter Markt

218. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite
hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituier-
bar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU²²¹, der hier analog anzuwenden ist).²²²

219. Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt demnach aus Sicht der Markt-
gegenseite und fokussiert somit auf den zu beurteilenden Einzelfall: Massgebend ist, ob aus
deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.²²³ Dies hängt
davon ab, ob sie vom Nachfrager oder der Nachfragerin hinsichtlich ihrer Eigenschaften und
des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden, also in sachlicher,
örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.²²⁴ Entscheidend sind die funktionelle Aus-
tauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Markt-
gegenseite sowie weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren und

²¹⁸ So auch das Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 276, *ADSL II* unter Verweis auf
ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, insbesondere der
neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden, in: *Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und
Folgen*, Stoffel/Zäch (Hrsg.), 2004, 164 f., sowie die EU-Praxis; vgl. auch STEINVORTH (Fn 217),
924 ff.

²¹⁹ Vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 269, *ADSL II*; RETO HEIZMANN, Der Begriff
des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG,
Zürich 2005, Rz 281.

²²⁰ Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 269 ff., *ADSL II*.

²²¹ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU;
SR 251.4).

²²² BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

²²³ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil
des BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, E. 3.2, *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

²²⁴ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; BGE
129 II 18 E. 7.3.1 (= RPW 2002/4, 743 E 7.3.1), *Buchpreisbindung*.

Dienstleistungen aus Nachfragersicht.²²⁵ Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.²²⁶

220. Die vorliegende Wettbewerbsabrede bestand darin, für sämtliche Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen (Rz 178 und Rz 183 hiervor). Sie ist als Gesamtabrede zu qualifizieren (Rz 207 hiervor). Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der relevante Markt in sachlicher Hinsicht jedenfalls alle Hoch- und Tiefbauleistungen umfasst, welche von den (öffentlichen und privaten) Bauherren im Münstertal bis Herbst 2012 nachgefragt worden sind. Denn diese Hoch- und Tiefbauleistungen sollten grundsätzlich zugeteilt und preislich reguliert werden und bezüglich dieser Nachfrage hätten die betreffenden Bauunternehmen dauerhaft in Konkurrenz gestanden, wenn sie nicht eine Abrede getroffen hätten.

221. Eine derartige sachliche Marktabgrenzung entspricht im Ergebnis der Marktabgrenzung, welche die WEKO für eine vergleichbare Gesamtabrede über die Zuteilung von Strassenbauprojekten im Kanton Tessin im Fall *Strassenbeläge Tessin* vorgenommen hat. Auch dort wurde in sachlicher Hinsicht ein relevanter Markt für Strassen- und Belagsbau angenommen.²²⁷ Vergleichbares gilt für den Fall *Tunnelreinigung*, bei dem es um eine Gesamtabrede über die Zuteilung von Tunnelreinigungsaufträge ging („Markt für Tunnelreinigungen“).²²⁸ Schliesslich erliess die WEKO jüngst den Entscheid im Fall *See-Gaster*, dem eine Gesamtabrede über die Zuteilung von Strassen- und/oder Tiefbauaufträge zugrunde lag. Dabei grenzte die WEKO einen sachlichen Markt für „Strassen- und Tiefbauleistungen“ ab. In all diesen Fällen grenzte die WEKO den sachlich relevanten Markt leistungsbezogen ab.

222. Beizufügen ist, dass die Bereiche Hoch- und Tiefbau wohl in zwei Märkte zu unterteilen wären, da sie unterschiedliche, nicht substituierbare Bauleistungen erfassen. Eine solche engere Marktabgrenzung ist im vorliegenden Fall jedoch aus folgenden Gründen nicht notwendig: Erstens waren vorliegend alle Abredeteilnehmer in beiden Baubereichen tätig, also sowohl im Hochbau als auch im Tiefbau. Zweitens verfügten die Abredeteilnehmer in den beiden Bereichen jeweils über vergleichbare Marktanteile (vgl. Rz 38 ff. hiervor). Drittens würde eine solche Abgrenzung in die Teilmärkte des Hoch- und Tiefbaus an der Beurteilung der in diesem Zusammenhang relevanten Rechtsfragen nichts ändern. So bliebe die Würdigung der Zulässigkeit der vorliegenden Wettbewerbsabrede und der Sanktionshöhe die gleiche, zumal die Abrede beide Bereiche erfasste und die Wettbewerbskräfte durch diese in beiden Bereichen gleichermassen beeinträchtigt wurden (zu letzterem im Einzelnen Rz 230 ff.). Aus diesen Gründen kann vorliegend offen bleiben, ob der Markt für die Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen gegebenenfalls in verschiedene Märkte zu unterteilen und damit enger abzugrenzen ist.

(iii) Räumlich relevanter Markt

223. Der räumliche 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, der hier analog anzuwenden ist).²²⁹

224. Für im Münstertal tätige Bauunternehmen besteht ein gewisser Distanzschutz. Die zunehmende Distanz des Sitzes und/oder Werkhofs einer Unternehmung zum Ausführungsort

²²⁵ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

²²⁶ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

²²⁷ RPW 2008/1, 97 Rz 102, *Strassenbeläge Tessin*; bestätigt in Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 368 E. 9.1.1, *Strassenbeläge Tessin*.

²²⁸ RPW 2015/2, 226 Rz 201 ff., *Tunnelreinigung*.

²²⁹ BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

führt zu steigenden Selbstkosten und sinkender Rentabilität eines Auftrags. Hinzu kommt die generelle Tendenz der Auftraggeber und Auftraggeberinnen, ihnen bekannte, demnach meist ortsansässige respektive ortskundige, und damit in der Regel regional tätige Unternehmen zu favorisieren.²³⁰

225. Darüber hinaus sind zur Beantwortung der Frage, wo die Nachfrager und Nachfragerinnen die von ihnen gewünschte Leistung nachfragen, auch die natürlichen und geografischen Gegebenheiten zu berücksichtigen. Denn diese führen – gerade in Verbindung mit einem gewissen Distanzschutz im Baugewerbe – dazu, dass Nachfrager und Nachfragerinnen von Hoch- und Tiefbauleistungen nur dort Leistungen anfragen, von wo aus sich ein Transport des Baumaterials, der Baumaschinen und des Personals mit Blick auf das zu zahlende Entgelt noch lohnt. Gerade Gebirge und Pässe können so natürliche Hindernisse darstellen, welche die Anbieter und Anbieterinnen jenseits dieser natürlichen Grenzen gegenüber solchen, welche innerhalb dieser natürlichen Grenzen ihren Sitz oder einen Werkhof haben, benachteiligen, da derartige natürliche Grenzen die Transport- und Koordinationskosten erheblich erhöhen können. Die isolierte Lage des Münstertals, insbesondere dessen geographische Abgrenzung zum Engadin durch den Ofenpass (vgl. Rz 30), spricht dafür, den in räumlicher Hinsicht relevanten Markt auf dieses Gebiet zu begrenzen.

226. Da die Marktabgrenzung ein Hilfsmittel zur Untersuchung der Auswirkungen einer Abrede sowie zur Ermöglichung der Abschöpfung der Kartellrente ist, ist bei der Definition des räumlich relevanten Markts auch der Abredeinhalt zu berücksichtigen. Die vorliegende Wettbewerbsabrede bezog sich auf Projekte im (schweizerischen Teil) des Münstertals. Sie betraf sowohl die öffentlichen als auch die privaten Bauherren des Münstertals, die somit die Marktgegenseite bilden. Die betreffenden Bauherren fragten Hoch- und Tiefbauleistungen fast ausschliesslich bei den im Münstertal tätigen Bauunternehmen nach. Dieses Verhalten der Marktgegenseite war nicht irrational, sondern liegt in den Transportkosten, den politischen Grenzen, der Sprache und den besonderen persönlichen Beziehungen im Münstertal begründet (vgl. Rz. 233 ff.). Dies legt nahe, den räumlichen Markt auf das Gebiet des Münstertals zu begrenzen.

227. Schliesslich bildet das Münstertal auch in der Wahrnehmung von dort tätigen Bauunternehmen einen eigenen Markt. So gaben etwa A._____ und B._____, beide Foffa Conrad AG, zu Protokoll, dass das Münstertal ein eigener Markt sei.²³¹

228. Aus diesen Gründen ist vorliegend von einem räumlich relevanten Markt auszugehen, der das Gebiet des Münstertals umfasst.

(iv) Zeitlich relevanter Markt

229. Während der zeitlich relevante Markt bei Einzelsubmissionsabreden durch den Zeitpunkt der Ausschreibung bzw. Anfrage nach einer Offerte sowie durch die Vergabeentscheidung bzw. die Durchführung der Bauarbeiten begrenzt ist, gilt dies nicht für den für die Gesamtabrede zeitlich relevanten Markt. Die vorliegende Gesamtabrede bestand und wirkte andauernd und stetig mindestens seit dem Jahr 2004 bis Herbst 2012 (vgl. Rz 207 ff. hiervor).

b. Aussenwettbewerb

230. Nachfolgend ist zu prüfen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert wurden, d.h., ob sie überhaupt über die Möglichkeit verfügten, die Preise zu erhöhen oder die Mengen

²³⁰ RPW 2012/2, 392 Rz 988, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2013/4, 594 Rz 835, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

²³¹ Act. IX.C.005, Seite 2 unten und Act. IX.C.052, Zeile 65.

zu reduzieren oder die Qualität zu senken oder die Innovation zu verzögern; kurz: ob sie volkswirtschaftliche oder soziale Schäden verursachen konnten.

(i) Tatsächlicher Aussenwettbewerb auf dem relevanten Markt

231. Hinreichender Aussenwettbewerb liegt dann vor, wenn Drittunternehmen, die sich nicht an der Abrede beteiligten, die Wettbewerbskräfte auf dem relevanten Markt (dazu Rz 214 ff. hiervor) soweit zu beeinflussen vermögen, dass wirksamer Wettbewerb fortbesteht. Hierzu ist die Intensität des tatsächlichen Aussenwettbewerbs anhand der konkreten Marktstrukturen zu beurteilen. Entscheidend ist dabei das Gewicht von Drittunternehmen auf dem relevanten Markt im Verhältnis zu den Abredeteilnehmern.

232. Vorliegend ist erstellt (vgl. Rz 38 ff. und Rz 51), dass im Untersuchungszeitraum kein einziges nicht an der Gesamtabrede beteiligtes Unternehmen auf namhafte Weise im Münstertal in den Bereichen Hoch- und Tiefbau tätig war. Tatsächlicher Aussenwettbewerb, der die Wettbewerbskräfte auf dem relevanten Markt hätte aufrechterhalten können, lag somit nicht vor.

(ii) Potenzieller Wettbewerb

233. Da vorliegend im relevanten Zeitraum kein tatsächlicher Aussenwettbewerb bestand, ist zu prüfen, ob die Abredeteilnehmer mit potenzieller Konkurrenz konfrontiert waren. Konkret stellt sich dabei die Frage, ob potenzielle Konkurrenten in den relevanten Markt hätten eindringen können, d.h. Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal hätten anbieten können. Falls dies zutrifft, ist zu beurteilen, ob dieser potenzielle Wettbewerb ausreichend war, um – trotz der Wettbewerbsabrede – die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umzustossen. Im Vordergrund steht die Würdigung von Markteintrittsschranken. Bei Märkten, die sich durch hohe Eintrittshürden auszeichnen, ist der potenzielle Wettbewerb typischerweise gering oder gar inexistent. Solche Eintrittshürden können insbesondere in rechtlichen Schranken, nicht zu amortisierenden Investitionen, hohen Transportkosten oder Überkapazitäten auf dem betreffenden Markt bestehen.²³²

234. In Bezug auf die zu beurteilenden Branchen des Hoch- und Tiefbaus ist im Allgemeinen anerkannt, dass sie durch hohe Transportkosten geprägt sind.²³³ Vorliegend ist aufgrund der Analyse der Offertöffnungsprotokolle der öffentlichen Hand erstellt (vgl. Rz 41 ff. hiervor), dass im gesamten Untersuchungszeitraum kein einziges im Engadin domiziliertes Unternehmen Offerten im Münstertal einreichte.²³⁴ Die Verfahrensparteien bestätigten dies im Wesentlichen in ihren Aussagen.²³⁵ Dieser Umstand deutet darauf hin, dass das Münstertal, das geografisch durch den Ofenpass vom Engadin getrennt ist, für im Engadin domizilierte Unternehmen zu entfernt ist bzw. die Transportkosten zu hoch sind, um dort die Ausführung von Hoch- und Tiefbauleistungen anzustreben. Einem Konkurrenzdruck, der von im Engadin domizilierten Unternehmen ausging, waren die Abredeteilnehmer somit nicht ausgesetzt.

235. Weiter ist zu prüfen, ob die Abredeteilnehmer mit potenzieller Konkurrenz durch ausländische Unternehmen, namentlich des angrenzenden Südtirols, konfrontiert waren. Diesbezüglich ist jedoch nicht nur den hohen Transportkosten Rechnung zu tragen, die ein Eindringen in den Münstertaler Markt nach sich gezogen hätte, sondern auch sprachlichen Hürden. Darüber hinaus war es für die öffentlichen Vergabestellen politisch nicht opportun, Aufträge an Südtiroler Unternehmen zu vergeben. Gerade auf kommunaler Ebene, die durch eine besondere

²³² CR Concurrence-MARC AMSTUTZ/BLAISE CARON/MANI REINERT, Art. 5 LCart N 509 m.w.H.

²³³ RPW 2008/1, 85 Rz 206, *Strassenbeläge Tessin*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 368 E. 9.2.1, *Strassenbeläge Tessin*.

²³⁴ Vgl. Act. I.67 (22-0467) und Rz 51.

²³⁵ Act. IX.C.052, Zeilen 301–310.

Nähe zwischen Bürger und Behörden geprägt ist, hätten sich die politischen Vertreter der Gefahr ausgesetzt, abgewählt oder nicht wiedergewählt zu werden. Dies bestätigten im Übrigen auch die Verfahrensparteien.²³⁶ Vor diesem Hintergrund hätten Südtiroler Unternehmen überhaupt nur bei offenen und selektiven Submissionsverfahren teilnehmen können, wobei die im Münstertal ausgeschriebenen Bauprojekte kaum je die entsprechenden WTO-Schwellenwerte erreichten. Vielmehr wurden im Münstertal mehrheitlich kleine Bauprojekte ausgeschrieben.²³⁷ Solche Aufträge waren aufgrund ihres geringen Auftragswerts für ausländische Unternehmen nicht interessant. Bei privaten Ausschreibungen wurden Südtiroler Unternehmen typischerweise nicht berücksichtigt.²³⁸ Sodann ist zu erwähnen, dass die im Münstertal anwendbaren Bauvorschriften und technischen Normen von denjenigen im Südtirol abweichen. Dies bildete – zumindest bis zu einem gewissen Grad – ein weiteres Markteintrittshindernis für italienische Unternehmen. Aus diesen Gründen ging von den im angrenzenden Südtirol domizilierten Unternehmen kein Konkurrenzdruck aus, der die Abredeteilnehmer in ihrem Verhalten im Wettbewerb hätte disziplinieren können.

236. Zu würdigen ist bei der Beurteilung des potenziellen Wettbewerbs schliesslich die Struktur des relevanten Markts. Vorliegend trat im gesamten Untersuchungszeitraum kein einziges Unternehmen neu in den relevanten Markt ein. Hingegen schieden mit der Terza Bau AG (freiwillige Geschäftsaufgabe) und der Einzelfirma Arthur Pinggera (Konkurs) mehrere Unternehmen aus. Dies deutet auf Überkapazitäten hin, d.h. dass die Anzahl der tätigen Unternehmen im Verhältnis zur Nachfrage zu hoch war. Solche Überkapazitäten wirken ebenfalls als Markteintrittsschranke.²³⁹

237. Nach dem Gesagten waren die Abredeteilnehmer nicht mit potenzieller Konkurrenz konfrontiert, weder aus dem Engadin noch aus dem Südtirol.

c. Innenwettbewerb

238. Zu prüfen bleibt, ob die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch die Gesamtabrede aufgrund des trotz Abrede verbliebenen Wettbewerbs zwischen den Abredeteilnehmern widerlegt werden kann. Solcher Wettbewerb kann in zweierlei Hinsicht bestehen: Entweder weil sich die Abredeteilnehmer nicht an die Abrede halten (Innenwettbewerb) oder weil trotz Abrede weiterhin ausreichend Wettbewerb zwischen ihnen hinsichtlich nicht abgeprochener, im konkreten Markt aber mitentscheidender Wettbewerbsparameter²⁴⁰ besteht (Rest- oder Teilwettbewerb).

239. Bei der Beurteilung des Innenwettbewerbs ist zunächst der Abdeckungsgrad der vorliegenden Gesamtabrede auf dem relevanten Markt zu berücksichtigen. Wirksamer Innenwettbewerb kann fortbestehen, wenn die Wettbewerbsabrede den relevanten Markt nicht ausreichend erfasst, um den Wettbewerb zu beseitigen. Dabei ist allerdings zu erwähnen, dass das Bundesverwaltungsgericht etwa in der Untersuchung *Strassenbeläge Tessin* ausreichenden Innenwettbewerb bei einer Marktabdeckung der Abrede von lediglich 60 % verneint hat.²⁴¹

240. Mit der vorliegenden Gesamtabrede bezweckten die Beteiligten, sämtliche Hoch- und Tiefbauprojekte im Münstertal dem Wettbewerb zu entziehen (vgl. Rz 180 und Rz 184 hiervor). Beweismässig ist erstellt, dass die Gesamtabrede tatsächlich gelebt worden ist und bei einer

²³⁶ Act. IX.C.005, Seite 5; vgl. auch Act. IX.C.052, Zeile 70 f.

²³⁷ Act. IX.C.052, Zeilen 276–280.

²³⁸ Act. IX.C.052, Zeile 280 f.

²³⁹ RPW 2008/1, 85 Rz 206, *Strassenbeläge Tessin*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 368 E. 9.2.1, *Strassenbeläge Tessin*.

²⁴⁰ BGE 129 II 18, E. 8.3.4 (= RPW 2002/4, 747, E 8.3.4), *Buchpreisbindung*.

²⁴¹ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 368 E. 9.2.2.3, *Strassenbeläge Tessin*.

deutlichen Mehrheit der Fälle zu projektspezifischen Geschäftspartner- und Preisabreden geführt hat. So waren im Zeitraum von 2007 bis 2012 59 % des Volumens im Markt für Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal direkt durch Einzelsubmissionsabreden dem Wettbewerb entzogen (Rz 167 hiervor).

241. Allerdings waren die tatsächlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb vorliegend viel gravierender, als es der Marktabdeckungsgrad von 59 % suggerieren würde. Dabei sind folgende Punkte zu beachten:

- Bei öffentlichen Ausschreibungen ist der Wettbewerb unter den Anbietern regelmässig besonders ausgeprägt, zumal der Kreis der Wettbewerber offen ist. In diesem für den wirksamen Wettbewerb wichtigen Bereich war die vorliegende Gesamtabrede von besonders hoher Durchschlagskraft. So waren bei den öffentlichen Ausschreibungen gemessen am Volumen 85 % unmittelbar von der Gesamtabrede betroffen (vgl. Rz 168 hiervor).
- Bei privaten Ausschreibungen war dieser Anteil zwar geringer. Bei privaten Vergaben beschränkt sich der Kreis der Wettbewerber jedoch auf die eingeladenen bzw. angefragten Unternehmen. Dies führt im Verhältnis zu öffentlichen Ausschreibungen typischerweise zu einer geringeren Wettbewerbsintensität. Im Münstertal wird dieser Umstand durch die lokalen Begebenheiten verstärkt. Das Münstertal ist ein relativ bevölkerungsarmes und isoliertes Tal (dazu Rz 30 ff.). In solchen Strukturen bilden bei privaten Auftragsvergaben die persönlichen Beziehungen einen wesentlichen Faktor. Ein Teil der privaten Bauprojekte wird gar nicht erst dem (breiten) Wettbewerb zugänglich gemacht, sondern direkt vergeben. Somit war bei privaten Ausschreibungen der Raum, in dem sich die Wettbewerbskräfte überhaupt hätten entfalten können, kleiner als bei öffentlichen Ausschreibungen. Um wirksamen Wettbewerbs zu verunmöglichen, genügte diesbezüglich bereits ein geringerer Umsetzungsgrad der Gesamtabrede.
- Weiter ist zu beachten, dass die Gesamtabrede auch auf die nicht abgesprochenen Bauprojekte ausstrahlte. Legen nämlich die Anbieter und Anbieterinnen bei einer oder mehreren Submissionen gemeinsam den Zuschlagsempfänger oder die Zuschlagsempfängerin fest, führt dies in der Regel zu einer Änderung des Bieterverhaltens in anderen Submissionen. Das Bauunternehmen, dem bestimmte Aufträge zugewiesen wurden, konnte damit rechnen, diese Aufträge auch tatsächlich zu erhalten. Um weitere Aufträge musste es nicht mehr mit der gleichen Aggressivität kämpfen, wie es dies ohne Abrede getan hätte. Insofern verringern abgesprochene Submissionen auch bei nachfolgenden, nicht abgesprochenen Submissionen den Wettbewerb.²⁴² Die vorliegende Gesamtabrede wurde bei einer deutlichen Mehrheit der Fälle durch projektspezifische Geschäftspartner- und Preisabreden umgesetzt. Die hiervor beschriebene Ausstrahlung auf nicht abgesprochene Bauprojekte ist bei einem solch hohen Marktabdeckungsgrad wie im vorliegenden Fall besonders ausgeprägt. Sie verhinderte, dass bei den nicht abgesprochenen Projekten wirksamer Wettbewerb entstehen konnte.

242. Vor diesem Hintergrund lag zwischen den Abredeteiligen nicht ausreichender Innenwettbewerb vor, um die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu widerlegen.

243. Zwar kann es wirksamen Innenwettbewerb begünstigen, wenn eine Abrede nur teilweise umgesetzt wird. Dass vorliegend höchstens schwacher Innenwettbewerb bestand, der keinen wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten vermochte, wird jedoch durch die Analyse der Marktstrukturen gestützt. An der Gesamtabrede waren sämtliche in den Bereichen Hoch- und Tiefbau im Münstertal tätige Unternehmen beteiligt (vgl. Rz 78 ff.). Zudem pflegten die hauptsächlichen Akteure der Gesamtabrede enge Beziehungen. Unter anderem verband sie die

²⁴² RPW 2015/2, 2333 f. Rz 251, *Tunnelreinigung*.

gemeinsame Schulzeit im Münstertal.²⁴³ Dies trug wesentlich zur Stabilität und zum Funktionieren der langjährigen Gesamtabrede bei. Darüber hinaus ist auch der besonderen Struktur der Münstertaler Hoch- und Tiefbaubranche Rechnung zu tragen. Diese zeichnet sich erstens durch eine geringe Anzahl Marktteilnehmer aus. In den Jahren 2010 bis 2012 waren lediglich drei Unternehmen auf dem relevanten Markt tätig. Zweitens erzielte ein einziges Unternehmen, nämlich die Foffa Conrad AG, auf diesem Markt rund [...] des Umsatzes aller Unternehmen (vgl. dazu Rz 38 ff.). Dass die Errichtung und Stabilität eines Kartells durch eine geringe Anzahl Marktteilnehmer begünstigt wird, zeigen verschiedene Studien.²⁴⁴ Vorliegend trug auch dieser Aspekt wesentlich zur Umsetzung und Einhaltung der Gesamtabrede bei. Bleibt zu erwähnen, dass im Münstertal das einzige Betonwerk, das zertifizierten Beton herstellt, der Foffa Conrad-Gruppe als umsatzstärkstem Unternehmen angehört. Dadurch erhält die Foffa Conrad AG einen bedeutenden Wettbewerbsvorteil gegenüber Konkurrenzunternehmen.²⁴⁵ Aus all diesen Gründen ist die Gesamtabrede als hinreichend umgesetzt zu werten, um eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs anzunehmen.

244. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann ein wirksamer Teil- oder Restwettbewerb unter Umständen jedoch selbst dann fortbestehen, wenn der Wettbewerb hinsichtlich eines bestimmten Wettbewerbsparameters durch die Abrede beseitigt wird.²⁴⁶ Die vorliegende Gesamtabrede zielte darauf, sämtliche möglichen Aspekte des Wettbewerbs auszuschliessen, zumal sie beinhaltete, jeweils den designierten Zuschlagsempfänger bzw. die designierte Zuschlagsempfängerin zu bestimmen (vgl. dazu Rz 100 ff. und Rz 169 f.). Insofern bestanden keine Wettbewerbsparameter, die nicht von der Abrede hätten erfasst werden sollen.

245. Selbst wenn nicht betroffene Wettbewerbsparameter vorhanden gewesen wären, wäre das Spektrum der verbleibenden Wettbewerbskräfte nicht ausreichend gewesen, um die Beseitigungsvermutung umzustossen. Wie dargelegt worden ist (vgl. Rz 100), setzte die Zuteilung von Hoch- und Tiefbauprojekten voraus, dass sich die Abredeteilnehmer über die betreffenden Angebotspreise einigten. Daraus folgt, dass die preisliche Wettbewerbsdimension durch die Gesamtabrede – soweit die Beteiligten diese tatsächlich umsetzten – aufgehoben wurde. Dass der Preis den zentralen Wettbewerbsfaktor bildete, offenbart vorliegend der Blick auf die Vergabepaxis im Münstertal. Von 19 Hoch- und Tiefbauprojekten, welche die Gemeinde Val Müstair im Zeitraum von 2009 bis 2013 ausschrieb, vergab sie lediglich zwei Projekte an das preislich an zweiter Stelle platzierte Unternehmen. Dies entspricht einem Anteil von 11 %. Bei der grossen Mehrheit der Projekte (89 %) erhielt das Unternehmen mit dem tiefsten Angebot den Zuschlag.²⁴⁷ Auch der Kanton Graubünden wies darauf hin, dass er den Zuschlag in der Regel dem Unternehmen mit dem tiefsten Angebot erteilte.²⁴⁸

246. Im Übrigen hielt die WEKO bereits in mehreren Entscheiden fest, dass bei Submissionskartellen typischerweise keine weiteren – nicht von der Abrede erfassten – Wettbewerbsparameter bestehen, die einen wirksamen Rest- oder Teilwettbewerb ermöglichen.²⁴⁹ Diese Auffassung bestätigte das Bundesverwaltungsgericht im Fall *Strassenbeläge Tessin*. Nicht preisliche Wettbewerbsparameter wie Ausführungsfristen, die Qualität der Leistungen oder die Betriebskosten seien unwesentlich, da diese Kriterien im Wesentlichen bereits vorgängig

²⁴³ Act. IX.C.052, Zeilen 46–47.

²⁴⁴ JEAN TIROLE, *The Theory of Industrial Organisation*, MIT Press, 1988; JOE S. BAIN, *Barriers to New Competition*, Harvard University Press, 1956; OECD, *Roundtable on ex Officio Cartel Investigations and The use of Screens to Detect Cartels*, 2013, 19 Rz. 29.

²⁴⁵ Act IV.025, Zeilen 327–340.

²⁴⁶ BGE 129 II 18, E. 8.1 und E. 8.3.2 (= RPW 2002/4, 747, E 8.3.4).

²⁴⁷ Act VI.036, Seite 27 f.

²⁴⁸ Act VI.002.

²⁴⁹ RPW 2009/3, 196 Rz. 96, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2012/2, 270 Rz. 1030 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

durch den Bauherrn in den Ausschreibungsunterlagen vorgegeben werde. Massgebend sei vielmehr der Angebotspreis.²⁵⁰

d. Zwischenfazit zur Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

247. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass für die vorliegende Gesamtabrede der Markt für die Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal bis Herbst 2012 relevant war (dazu Rz 214 ff.). Was das ungefähre Marktvolumen angeht, sei auf Rz 49 ff. verwiesen.

248. Weiter steht fest, dass vorliegend kein hinreichender tatsächlicher oder potenzieller Aussenwettbewerb vorlag, der die Abredeteilnehmer in ihrem Verhalten im Wettbewerb hätte disziplinieren können. Für die von der Gesamtabrede betroffenen Kreise, d.h. die Nachfrager und Nachfragerinnen von Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal, bestand damit keine Möglichkeit, sich der mit dem Kartell einhergehenden Aushebelung der Wettbewerbskräfte zu entziehen (dazu Rz 230 ff.).

249. Ebenso wenig spielten vorliegend auf dem relevanten Markt Wettbewerbskräfte, die auf einen wirksamen Rest- oder Teilwettbewerb schliessen lassen würden (dazu Rz 238 ff.).

250. Wirksamer Aussen- oder Innenwettbewerb lag somit nicht vor. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann nicht widerlegt werden. Daher erübrigt sich zu prüfen, ob die Wettbewerbsabrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Die vorliegende Gesamtabrede stellt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung dar.

C.3.3 Zwischenfazit

251. Zusammenfassend ist Folgendes festzuhalten:

- Der vorliegende Konsens zwischen im Münstertal tätigen Bauunternehmen, für sämtliche Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen, ist als Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Der Gegenstand dieser Abrede ist in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Damit liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor. Zudem bezweckten die Abredeteilnehmer vorliegend tatsächlich, untereinander den Wettbewerb über den Zuschlag und den Preis von Hoch- und Tiefbauleistungen auszuschliessen.
- Die vorliegende Wettbewerbsabrede ist als horizontale Geschäftspartner- und Preisabrede zu werten. Damit erfüllt sie die Tatbestandsmerkmale von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und Bst. c KG. Zeitlich hatte sie von (spätestens) 2004 bis Herbst 2012 Bestand. Sie weist daher die Merkmale eines Dauerverstosses auf. Weiter entsprach es dem Willen der Abredeteilnehmer, generell die im Münstertal zu realisierenden Hoch- und Tiefbauprojekte aufzuteilen und die entsprechenden Angebotspreise zu koordinieren. Die Vereinbarung ist daher als *Gesamtabrede* zu qualifizieren.
- Da die Gesamtabrede als Geschäfts- und Preisabrede zu qualifizieren ist, greift gemäss Art. 5 Abs. 3 KG die Vermutung, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt ist. Diese Vermutung lässt sich vorliegend nicht widerlegen. Tatsächlicher Aussenwettbewerb bestand auf dem relevanten Markt des Hoch- und Tiefbaus im Münstertal nicht. Auch waren die Abredeteilnehmer nicht mit potenzieller Konkurrenz konfrontiert, weder aus dem En-

²⁵⁰ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 368 E. 9.2.2, *Strassenbeläge Tessin*.

gadin noch aus dem Südtirol. Ebenso wenig vermochte ein hinreichender Innenwettbewerb oder Rest- bzw. Teilwettbewerb wirksamen Wettbewerb auf dem relevanten Markt zu gewährleisten. Wird der wirksame Wettbewerb durch eine Wettbewerbsabrede beseitigt, kann diese nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden. Die vorliegende Gesamtabrede stellt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar.

C.4 Massnahmen

252. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn bilden sowohl Anordnungen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. Rz 253 ff.) als auch monetäre Sanktionen (vgl. Rz 258 ff.).

C.4.1 Anordnung von Massnahmen

253. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmten Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.²⁵¹

254. Aus den Erwägungen ergibt sich, dass sich die Verfahrensparteien an einer unzulässigen Gesamtabrede im Bereich Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal von 2004 bis Herbst 2012 beteiligt haben (Rz 192 ff.). Sie sind zu einem Verhalten zu verpflichten, bei welchem vergleichbare Wettbewerbsbeschränkungen verhindert werden und nicht mehr drohen. Zu beachten ist jedoch, dass über die Hohenegger SA mit Wirkung per 4. Mai 2017 der Konkurs eröffnet worden ist. Durch die Konkurseröffnung wurde die Hohenegger SA aufgelöst. Der Konkurs wird im summarischen Verfahren durchgeführt. Dass das von ihr getragene Unternehmen weitergeführt wird, ist nicht wahrscheinlich. Damit erübrigt sich die Anordnung von Verhaltenspflichten gegenüber der Hohenegger SA.

255. Als Adressatinnen von Verhaltenspflichten verbleiben somit die Foffa Conrad AG und die Scandella Bau AG. Konkret ist ihnen zu untersagen:

- Konkurrenten und Konkurrentinnen im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;
- sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten und Konkurrentinnen vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Kundinnen und Gebieten auszutauschen. Davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit:
 - der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE); sowie
 - der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.

256. Diese Anordnungen umschreiben die Verpflichtungen der Verfahrensparteien, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Zudem

²⁵¹ RPW 2015/2, 235 Rz 267, *Tunnelreinigung*; zum Ganzen sodann auch RPW 2013/4, 643 ff. Rz 1028 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

stehen sie in unmittelbarem Zusammenhang zu den von ihnen begangenen unzulässigen Verhaltensweisen und verhindern, dass es erneut zu derartigen Verhaltensweisen kommt. Sie sind verhältnismässig, zumal sie zur Erreichung des Ziels, die Wiederholung der festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern, geeignet sowie erforderlich und zumutbar sind.

257. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen diese Anordnungen können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.²⁵²

C.4.2 Sanktionierung

C.4.2.1 Allgemeines

258. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungssanktionen – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.²⁵³ Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.²⁵⁴

259. Aufgrund der Sanktionierbarkeit handelt es sich beim Kartellverfahren um ein Administrativverfahren mit strafrechtsähnlichem Charakter, nicht jedoch um reines Strafrecht. Die entsprechenden Garantien von Art. 6 und 7 EMRK und Art. 30 bzw. 32 BV sind demnach grundsätzlich im gesamten Verfahren anwendbar; über deren Tragweite ist jeweils bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden.²⁵⁵

C.4.2.2 Voraussetzungen

a. Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

260. Sämtliche Parteien erfüllten zum Tatzeitpunkt den Unternehmensbegriff nach Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG (vgl. Rz 187). Zudem liegt mit dem Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 KG eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG vor. Allerdings wurde über die Hohenegger SA mit Wirkung per 4. Mai 2017 der Konkurs eröffnet. Durch die Konkursöffnung wurde die Gesellschaft aufgelöst. Der Konkurs wird im summarischen Verfahren durchgeführt. Dass das von der Hohenegger SA getragene Unternehmen weitergeführt wird, ist nicht wahrscheinlich. Zudem ist nicht ersichtlich, dass der Konkurs vorliegend im Zusammenhang mit dem kartellrechtlichen Verfahren steht oder herbeigeführt worden ist, um einer

²⁵² Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

²⁵³ Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBI 2002 2022, insb. 2023, 2033 ff. und 2041; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92.

²⁵⁴ BBI 2002 2022, 2034.

²⁵⁵ BGE 139 I 72, 78 ff. E. 2.2.2 (= RPW 2013/1, 118 E. 2.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 798 ff. E. 14, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 835 ff. E. 12, *Gebro/WEKO*.

Sanktionierung zu entgehen. Aus diesen Gründen wird vorliegend davon abgesehen, die Hohenegger SA zu sanktionieren. Das Verfahren gegen die Hohenegger SA ist daher einzustellen.

b. Sanktionssubjekte

261. Die vorliegende Verfügung richtet sich an die Verfahrensparteien Foffa Conrad AG, Scandella Bau AG und Hohenegger SA. Infolge des Konkurses wird vorliegend auf die Sanktionierung der Hohenegger SA verzichtet (vgl. Rz 260). Als Sanktionssubjekte kommen daher einzig die Foffa Conrad AG und die Scandella Bau AG in Frage. Zu prüfen ist, ob diese Verfügungsadressaten für die zu beurteilende unzulässige Wettbewerbsabrede sanktioniert werden können, also als Sanktionssubjekte herangezogen werden können.²⁵⁶ Bei der Foffa Conrad AG und der Scandella Bau AG handelt es sich um Aktiengesellschaften, also um juristische Personen. Damit eine juristische Person wegen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung sanktioniert werden kann, muss der fragliche Kartellrechtsverstoss vom von ihr getragenen Unternehmen begangen worden sein.

262. Vorliegend hat sich die Foffa Conrad AG oder – besser ausgedrückt – das von ihr getragene Unternehmen an der Gesamtabrede beteiligt. Die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ist ihr daher zuzurechnen. Folglich handelt es sich bei der Foffa Conrad AG um ein Rechtssubjekt, das hinsichtlich der Sanktion für die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ins Recht zu fassen ist.

263. Die Scandella Bau AG wurde erst im März 2013 gegründet, also zu einem Zeitpunkt, in welchem das unzulässige Verhalten bereits eingestellt war. Wie erwiesen ist (Rz 179 und Rz 183), war jedoch die frühere Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft an der Gesamtabrede beteiligt. Die Scandella Bau AG führte nach ihrer Gründung das zuvor unter der Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft betriebene Bauunternehmen – wirtschaftlich betrachtet – weiter. Dabei ist zu beachten, dass mit der gewählten Firmenbezeichnung der Scandella Bau AG der Bezug zur früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft hergestellt werden sollte. Zudem übernahm die Scandella Bau AG – mit einer Ausnahme – das gesamte Personal, das Inventar, Bauaufträge sowie Garantieverpflichtungen der früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft (zum Ganzen Rz 90). Im Lichte dieser wirtschaftlichen Kontinuität ist die Scandella Bau AG Trägerin eines Unternehmens geworden, das den vorliegenden Kartellrechtsverstoss begangen hat. Das Verhalten der früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft ist der Scandella Bau AG zuzurechnen. Vor diesem Hintergrund handelt es sich auch bei der Scandella Bau AG um ein Rechtssubjekt, das für die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung sanktioniert werden kann.

c. Vorwerfbarkeit

264. Das Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit stellt gemäss Rechtsprechung das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar.²⁵⁷ Massgebend für das Vorliegen von

²⁵⁶ Insofern ist zwischen Verfügungsadressaten und Sanktionssubjekten zu unterscheiden; vgl. Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16.9.2016, E. 4.1.3.

²⁵⁷ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*. Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung hinsichtlich Vorwerfbarkeit: RPW 2006/1, 169 ff. Rz 197 ff., *Flughafen Zürich AG (Unique)*; Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 672 E. 4.2.6, *Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO*; RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, *SIX/DCC*; RPW 2007/2, 232 ff. Rz 306 ff., insb. Rz 308 und 314, *Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 803 E. 14.3.5, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 840 E. 13.2.5, *Gebro/WEKO*.

Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit ist gemäss dieser Rechtsprechung ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden, an dessen Vorliegen jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind.

265. Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben. Nur in seltenen Fällen wird keine Vorwerfbarkeit vorliegen; so möglicherweise wenn der durch einen Mitarbeitenden ohne Organstellung begangene Kartellrechtsverstoss innerhalb des Unternehmens nicht bekannt war und auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.²⁵⁸ Ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. Organisationsverschulden liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt oder weiterführt, obwohl es sich bewusst ist oder sein müsste, dass das Verhalten möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.²⁵⁹

266. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen handelten und die kartellrechtswidrige Submissionsabsprache trafen, taten dies wissentlich und nahmen deren wettbewerbsbeseitigende Wirkung zumindest in Kauf, handelten diesbezüglich also zumindest eventualvorsätzlich. Sodann ist festzuhalten, dass die handelnden natürlichen Personen für die jeweiligen Unternehmen entweder zeichnungsberechtigt waren oder jeweils mindestens dem mittleren oder oberen Kader bzw. der Geschäftsleitung angehörten. Ihr (Eventual-)Vorsatz bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen.

267. Anderweitige Gründe, welche dagegen sprechen würden, dass den Unternehmen die fraglichen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen vorgeworfen werden können, sind nicht ersichtlich und werden von den Parteien auch nicht vorgebracht. So dürfen das Kartellgesetz resp. dessen grundlegende Normen für Unternehmen (als dessen Adressaten) als bekannt vorausgesetzt werden.²⁶⁰ Die Unternehmen müssen alles Zumutbare vorkehren, um sicherzustellen, dass die Vorgaben des Kartellgesetzes eingehalten werden. Dass die Parteien vorliegend angemessene und wirksame organisatorische Massnahmen zur Verhinderung von Submissionsabreden getroffen hätten, ist nicht ersichtlich.

d. Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht (Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG)

268. Die Sanktionierung ist gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ausgeschlossen, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist. Ist im Einzelfall die fünfjährige Frist gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG gewahrt, so ist alsdann die gesamte Dauer des Kartells miteinzubeziehen.

269. Die vorliegende Gesamtabrede hatte bis zur Eröffnung der kartellrechtlichen Untersuchung im Herbst 2012 Bestand (Rz 185 hiavor). Damit steht der Sanktionierung des vorliegenden Kartellrechtsverstosses in zeitlicher Hinsicht nichts entgegen.

270. Nach dem Gesagten sind in Bezug auf die Foffa Conrad AG und die Scandella Bau AG sämtliche Voraussetzungen für eine Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt.

²⁵⁸ RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., *SIX/DCC*.

²⁵⁹ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

²⁶⁰ Siehe statt anderer etwa RPW 2011/1, 190 Rz 558 m.w.H. *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; vgl. auch Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18.6.2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PublG; SR 170.512).

C.4.2.3 Bemessung

271. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt also die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

272. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit²⁶¹ und der Gleichbehandlung begrenzt wird.²⁶² Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall, wobei die Geldbusse für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.²⁶³

a. Konkrete Sanktionsberechnung

273. Nach Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich der konkrete Sanktionsbetrag anhand der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Angemessen zu berücksichtigen ist zudem auch der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn. Die SVKG geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann.

(i) Basisbetrag

274. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren *auf den relevanten Märkten* in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Dem Zweck von Art. 3 SVKG entsprechend ist hierbei der Umsatz massgebend, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.²⁶⁴ Das Abstellen auf diese Zeitspanne der Zuwiderhandlung gegen das Kartellgesetz dient nicht zuletzt auch dazu, die erzielte Kartellrente möglichst abzuschöpfen.

275. Vorliegend endete die Gesamtabrede im Herbst 2012 (vgl. Rz 207 hiavor). Für die Sanktionsberechnung sind damit die Umsätze der Jahre 2010, 2011 und 2012 massgebend.

I. Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt)

276. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat.

²⁶¹ Art. 2 Abs. 2 SVKG.

²⁶² Vgl. PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

²⁶³ RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

²⁶⁴ In diesem Sinne auch RPW 2012/2, 404 f. Rz 1083 Tabelle 3 sowie 407 f. Rz 1097 Tabelle 5, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; Verfügung in Sachen Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326 und 332 m.w.H. in Fn 176, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (Datum letzte Kontrolle).

277. Massgeblich ist vorliegend der Umsatz der Verfahrensparteien, den sie auf dem Markt für die Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal erzielten (zum relevanten Markt vgl. Rz 214 ff. hiervor). Dabei stützt sich die Behörde auf die glaubhaften Angaben der Parteien (Rz 38 ff. hiervor). Bei der Scandella Bau AG ist auf den entsprechenden Umsatz der früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft abzustellen, zumal sie – wirtschaftlich betrachtet – Trägerin des zuvor von dieser Firma betriebenen Bauunternehmens geworden ist.

278. Damit ergeben sich für die Foffa Conrad AG und die Scandella Bau AG folgende Obergrenzen des Basisbetrags:

Unternehmen	Umsatz 2010–2012 auf dem relevanten Markt (ohne MwSt. in CHF)	Massgeblicher Prozentsatz	Obergrenze für den Basisbetrag in CHF
Foffa Conrad AG	[...]	10 %	[...]
Scandella Bau AG	[...]	10 %	[...]

Tabelle 5: Obergrenze für den Basisbetrag

II. Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

279. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.). Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoss zu qualifizieren ist.

280. Die an den in Frage stehenden Abreden beteiligten Unternehmen haben sich unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG verhalten. Im Folgenden gilt es demnach zu prüfen, als wie schwer dieser Verstoss gegen das Kartellgesetz zu qualifizieren ist; hierbei stehen objektive²⁶⁵ Faktoren im Vordergrund.

281. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden als schwer sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer sehr stark auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. Zweifellos stellen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, – als sogenannte harte horizontale Kartelle – in aller Regel schwere Kartellrechtsverstösse dar. Unter anderem sind horizontale Abreden, welche den Preiswettbewerb ausschalten, wegen des grossen ihnen immanenten Gefährdungspotenzials grundsätzlich im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h. zwischen 7 und 10 %, einzuordnen. Tendenziell leichter zu gewichten sind den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden, welche sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Darüber hinaus ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, welche gleichzeitig mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 KG erfüllen, schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen.²⁶⁶

282. Die WEKO hat festgehalten, dass sie bei Einzelsubmissionsabreden einen Basisbetragskoeffizienten in Höhe von 10 % anwenden könne.²⁶⁷ Auch im Fall einer Gesamtabrede

²⁶⁵ D.h. nicht verschuldensabhängige Kriterien, vgl. ROLF DÄHLER/PATRICK L. KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Walter Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, 139.

²⁶⁶ Vgl. Erläuterungen SVKG, 3.

²⁶⁷ RPW 2013/4, 622 Rz 966, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

zwischen Unternehmen der Tunnelreinigungsbranche über die Zuteilung von Tunnelreinigungssubmissionen hat sie einen Koeffizienten in Höhe von 10 % als der Art und Schwere des Verstosses angemessen erachtet.²⁶⁸

283. Vorliegend ist hinsichtlich der Art und Schwere des Verstosses zunächst zu berücksichtigen, dass eine Gesamtabrede zu beurteilen ist. Eine dauerhaft bestehende Gesamtabrede über eine Vielzahl von Submissionen in einer Branche kann schwerwiegendere volkswirtschaftliche und soziale Schäden bewirken als eine einzige Submissionsabrede. Vor diesem Hintergrund erscheint ein hoher Basisbetragskoeffizient angemessen.

284. Weiter ist zu beachten, dass vorliegend der wirksame Wettbewerb durch die Gesamtabrede nicht nur erheblich beeinträchtigt, sondern geradezu beseitigt worden ist (dazu Rz 206 ff. hiervor). Auch dies spricht dafür, einen hohen Prozentsatz anzuwenden.²⁶⁹

285. Ins Gewicht fällt sodann, dass die Abredeteilnehmer – zumindest im Rahmen der praktizierten Vorversammlungen bis 2008 – einen hohen organisatorischen Aufwand betrieben und die Zusammenarbeit institutionalisierten. Dabei wurden in grossem Umfang Projekte dem Zuteilungssystem zugeführt, das mit der Zusammenarbeit einherging. Auch vor diesem Hintergrund ist eine Orientierung an der Obergrenze des Sanktionsrahmens angebracht.

286. Bei der Beurteilung der Art und Schwere ist schliesslich zu berücksichtigen, ob der Kartellrechtsverstoss vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde. Vorliegend wurde der Kartellrechtsverstoss vorsätzlich begangen (Rz 266). Auch dies rechtfertigt, einen hohen Basisbetrag anzunehmen.

287. Zu Gunsten der Parteien ist dagegen zu berücksichtigen, dass ihre Kooperation nicht bei sämtlichen im Münstertal ausgeschriebenen Hoch- und Tiefbauprojekte erfolgreich war.

288. Mit Blick auf all diese Umstände erscheint vorliegend ein Prozentsatz von 9 % angemessen. Damit ergibt sich für die Verfahrensparteien folgender Basisbetrag gemäss Art. 3 SVKG:

Unternehmen	Umsatz 2010–2012 auf dem relevanten Markt (ohne MwSt. in CHF)	Massgeblicher Prozentsatz	Basisbetrag in CHF
Foffa Conrad AG	[...]	9 %	[...]
Scandella Bau AG	[...]	9 %	[...]

Tabelle 6: Basisbetrag aller Verfahrensparteien

(ii) Dauer des Verstosses

289. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 3).

290. Vorliegend werden die Foffa Conrad AG und die Scandella Bau AG für die Gesamtabrede sanktioniert, welche mittels Einzelsubmissionsabreden umgesetzt wurde. Wie bereits erläutert, bestand die Gesamtabrede zwischen den Abredeteilnehmern ununterbrochen jedenfalls seit spätestens 2004 bis Herbst 2012 und wurde stetig und wiederholt umgesetzt (vgl. Rz 207 hiervor).

²⁶⁸ RPW 2015/2, 239 Rz 296, *Tunnelreinigung*.

²⁶⁹ CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a KG N 53.

291. Da dieser Dauerverstoss ab dem Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes am 1. April 2004 sanktioniert werden kann und bis Herbst 2012 dauerte, ist für die Sanktionierung von einer Dauer der Abrede von achteinhalb Jahren auszugehen. Entsprechend den vorgenannten Kriterien ist eine Erhöhung des Basisbetrags um 85 % angemessen.

(iii) Erschwerende und mildernde Umstände

292. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen.

I. Anstiftung oder führende Rolle (Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG)

293. Für keines der an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen ist anzunehmen, dass es eine führende oder anstiftende Rolle im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG innehatte. Die vorliegende Gesamtabrede war langjähriger Natur. Dabei durchlief sie verschiedene Phasen. Auch der Kreis der für die Unternehmen handelnden Vertreter veränderte sich während der Umsetzungs- und Wirkungsdauer der Gesamtabrede. Dass ein Unternehmen in diesem Kontext – gesamthaft betrachtet – eine erheblich bedeutendere Rolle im Hinblick auf die Stabilität und Funktionsweise der Gesamtabrede einnahm als andere Unternehmen, ist vorliegend nicht erwiesen. Der Basisbetrag ist unter diesem Gesichtspunkt nicht zu erhöhen.

II. Kooperatives Verhalten

294. Kooperatives Verhalten der Verfahrensparteien ist als in der SVKG unbenannter Milderungsgrund grundsätzlich anerkannt. Allerdings führt nicht jede Mitwirkung im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung zu einer derartigen Milderung, weil die Verfahrensparteien von Gesetzes wegen ohnehin dazu verpflichtet sind, im verwaltungsrechtlichen Verfahren mitzuwirken. Kommt hinzu, dass das Kartellrecht mit den Regelungen zur Milderung der Sanktion bei der Einreichung einer Selbstanzeige spezielle Vorgaben für die Begünstigung infolge guter Kooperation kennt.

295. Die Kooperation der Foffa Conrad AG und der Scandella Bau AG wird im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen zur Selbstanzeige behandelt (Rz 296 ff.).

b. Selbstanzeige – vollständiger/teilweiser Erlass der Sanktion

296. Wenn ein Unternehmen an der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung dieses Unternehmens ganz oder teilweise verzichtet werden. Diesen Grundsatz hält Art. 49a Abs. 2 KG fest, wobei in Art. 8 ff. SVKG die Modalitäten eines vollständigen und in Art. 12 ff. SVKG diejenigen eines teilweisen Sanktionserlasses aufgeführt sind.

(i) Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion

297. Gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG *erlässt* die WEKO einem Unternehmen die Sanktion vollständig, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG anzeigt und als Erstes entweder:

- Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, eine Untersuchung zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG, Eröffnungskooperation); oder
- Beweismittel vorlegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG,

Feststellungskooperation). Ein Sanktionserlass von 100 % kann auch dann noch gewährt werden, wenn die Wettbewerbsbehörden von Amtes wegen oder infolge Anzeige eines Dritten eine Vorabklärung oder Untersuchung eröffnet haben.²⁷⁰

298. Ein Erlass der Sanktion setzt in beiden vorgenannten Fällen allerdings voraus, dass die Wettbewerbsbehörde nicht ohnehin bereits über ausreichende Beweismittel verfügt, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen (Art. 8 Abs. 3 und 4 Bst. b SVKG).

299. Weiter wird gemäss Art. 8 Abs. 2 SVKG von einem Unternehmen kumulativ verlangt, dass:

- seine Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde eine ununterbrochene und uneingeschränkte ist;
- es sämtliche Informationen und Beweismittel unaufgefordert vorlegt;
- es weder eine anstiftende oder führende Rolle am Wettbewerbsverstoss gespielt noch andere Unternehmen zur Teilnahme an diesem gezwungen hat, und
- es seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörde einstellt.

300. Sind nicht alle Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion erfüllt, ist dennoch eine Reduktion der Sanktion möglich. Eine solche setzt gemäss Art. 12 SVKG voraus, dass ein Unternehmen an einem Verfahren unaufgefordert mitgewirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat.

(ii) Beurteilung

301. Die Foffa Conrad AG reichte als erstes Unternehmen eine Selbstanzeige ein und lieferte Informationen, die es den Wettbewerbsbehörden ermöglichten, die Untersuchung auf den vorliegenden Kartellrechtsverstoss im Bereich Hoch- und Tiefbau im Münstertal auszudehnen. Ihre Selbstanzeige ist als Eröffnungskooperation im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG zu werten. Die vorliegende Untersuchung wurde erst im November 2015 auf die Scandella Bau AG ausgedehnt. Dabei handelt es sich um eine Tochtergesellschaft der Foffa Conrad AG. Die Foffa Conrad AG bestätigte, dass die Selbstanzeige für das ganze Unternehmen erfolgt sei und auch für die Scandella Bau AG gelte. Da die beiden Gesellschaften konzernmässig verbunden sind und daher – wirtschaftlich betrachtet – Trägerinnen des gleichen Unternehmens sind, ist die Selbstanzeige der Foffa Conrad AG auch der Scandella Bau AG zuzurechnen. Vorliegend ist zudem kein Zusammenhang zwischen der Auflösung der Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft bzw. Gründung der Scandella Bau AG und dem vorliegenden kartellrechtlichen Verfahren ersichtlich. Die Übernahmeverhandlungen zwischen der Foffa Conrad AG und Pio Scandella begannen bereits im Frühjahr 2012, d.h. sowohl vor Untersuchungseröffnung als auch vor der Selbstanzeige der Foffa Conrad AG.

302. Sowohl die Foffa Conrad AG als auch die Scandella Bau AG haben darüber hinaus durch ihre mündlichen Ergänzungen der Selbstanzeige insbesondere zum Nachweis der Beteiligten, der Dauer und der Umsetzung der Gesamtabrede massgeblich beigetragen.

303. Es liegt auch kein Grund für den Ausschluss des Erlasses der Sanktion nach Art. 8 Abs. 2 Bst. a KG vor. Weder die Foffa Conrad AG noch die Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft, deren Verhalten der Scandella Bau AG infolge wirtschaftlicher Kontinuität zuzu-

²⁷⁰ So bereits RPW 2009/3, 219 Rz 153 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

rechnen ist (vgl. Rz 263 hiervor), hat ein Unternehmen zur Teilnahme am Wettbewerbsverstoss gezwungen. Auch hatten sie keine anstiftende oder führende Rolle inne (vgl. Rz 293 hiervor).

304. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die Foffa Conrad AG und die Scandella Bau AG legten den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel betreffend die Abrede vor. Weiter erläuterten und präzisierten sie diese durch ihre Angaben und arbeiteten ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug mit den Wettbewerbsbehörden zusammen. Ihre Abredetätigkeit stellten sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Foffa Conrad AG und der Scandella Bau AG die Sanktion zu erlassen.

c. Maximalsanktion

305. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, zumal die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird.

d. Ergebnis

306. Nach dem Gesagten sind folgende Verwaltungssanktionen auszusprechen:

- Foffa Conrad AG: CHF 0.-
- Scandella Bau AG: CHF 0.-

D Kosten

307. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG²⁷¹ ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

308. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise unzulässigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde²⁷². Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatinnen zu bejahen.

309. Ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung eines Kartells Gegenstand eines Verfahrens, so gelten grundsätzlich alle am Kartell Beteiligten gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens. Dem entsprechend gestaltet sich die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, gemäss welcher – in Ermangelung besonderer Umstände, die das Ergebnis als stossend erscheinen liessen – eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten vorgenommen wurde. Insbesondere Gleichheits-, aber auch Praktikabilitätserwägungen stehen dabei im Vordergrund.²⁷³ Auch vorliegend sind die Gebühren den Parteien zu gleichen Teilen aufzuerlegen (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2

²⁷¹ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

²⁷² BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 (= RPW 2002/3, 546 f.), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario.

²⁷³ RPW 2009/3, 221 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

AllgGebV²⁷⁴). Zwar sind die Scandella Bau AG und die Foffa Conrad AG heute Trägerinnen des gleichen Unternehmens. Da der Scandella Bau AG jedoch die Kartellbeteiligung der früheren Einzelfirma Pio Scandella, Maurergeschäft zuzurechnen ist und die Foffa Conrad AG Trägerin eines damals noch separaten am Kartell beteiligten Unternehmens war, haben die Foffa Conrad AG und die Scandella Bau AG zwei Drittel der Verfahrenskosten zu tragen.

310. Gebührenpflichtig ist sodann auch die konkursite Hohenegger SA. Dabei ist Folgendes zu beachten: Weder aus der bisherigen WEKO-Praxis noch aus den einschlägigen gebührenrechtlichen Bestimmungen von Art. 53a KG, der GebV-KG und der AllgGebV ergibt sich, dass im Zeitpunkt der Entscheidung über die Gebührenpflicht das „Unternehmen“ i.S.d. Kartellgesetzes noch bestehen muss. Für die Gebührenpflicht kann es daher einzig Voraussetzung sein, dass die unternehmenstragende (ggf. konkursite) Gesellschaft noch besteht und deren Unternehmung (in der Zeit ihres Bestehens) am Kartell beteiligt war. Dies entspricht der formalen Sichtweise des verwaltungsrechtlichen Gebührenrechts, wonach auch konkursiten Gesellschaften Verwaltungsgebühren auferlegt werden können.²⁷⁵ Auf die Gebührenauflegung ist auch nicht gemäss Art. 1a GebV-KG i. V. m. Art. 3 Abs. 2 Bst. a und Art. 13 AllgGebV zu verzichten. Die WEKO verzichtete danach nur dann auf eine Gebührenauflegung, wenn die Gebührenzahlpflicht die Existenz- oder Wettbewerbsfähigkeit *eines Unternehmens* beeinträchtigen könnte. Eine solche Konstellation liegt im Fall der konkursiten Gesellschaft jedoch nicht vor. Vorliegend ist daher ein Drittel der Verfahrenskosten der Hohenegger SA aufzuerlegen.

311. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100.– bis 400.–. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG). Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 130.– bis CHF 290.–.

312. Die vorliegende Untersuchung wurde mit Verfügung vom 23. November 2015 von der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden getrennt. Vom aus der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden bis dahin entstandenen Verfahrensaufwand wird ein Anteil von CHF 50'000.– dem vorliegenden Verfahren zugerechnet. Insbesondere führte die Behörde vor der Verfahrenstrennung diverse Ermittlungshandlungen, mehrere Einvernahmen und mündliche Ergänzungen der Selbstanzeige der Foffa Conrad AG in Bezug auf die vorliegend zu beurteilende Gesamtabrede durch. Zusätzlich entfallen auf das vorliegende Verfahren folgende Gebühren, die auf der Grundlage der nach der Verfahrenstrennung aufgewendeten Stunden zu berechnen sind:

- 15,75 Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF 4'567.50.–
- 224,3175 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 44'863.50.–
- 16,50 Stunden zu CHF 130.–, ergebend CHF 2'145.–

313. Demnach belaufen sich die Verfahrenskosten auf insgesamt CHF 101'576.–.

314. Die Foffa Conrad AG und die Scandella Bau AG haben solidarisch einen Anteil an den Verfahrenskosten von CHF 67'717.– zu tragen, die Hohenegger SA einen Anteil von CHF 33'858.50.

²⁷⁴ Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

²⁷⁵ Vgl. etwa FRANCO LORANDI, Masseverbindlichkeiten und ihre Entstehung, AJP 2017, 464, 469.

E Ergebnis

315. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

316. Die zwischen den Verfahrensparteien getroffene Vereinbarung über die Zuteilung von Hoch- und Tiefbauprojekten im Münstertal stellt eine *Wettbewerbsabrede* im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar, welche als von spätestens 2004 und bis Herbst 2012 bestehende und wirkende Dauerabrede zu qualifizieren ist (vgl. Rz 207). Es handelt sich hierbei um eine Abrede über die Festsetzung von Preisen und über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und Bst. c KG (vgl. Rz 208).

317. Da die Gesamtabrede als Geschäfts- und Preisabrede zu qualifizieren ist, greift gemäss Art. 5 Abs. 3 KG die Vermutung, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt ist. Diese Vermutung lässt sich vorliegend nicht widerlegen. Wird der wirksame Wettbewerb durch eine Wettbewerbsabrede beseitigt, kann diese nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden. Es handelt sich somit um eine *unzulässige Wettbewerbsabrede* gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG.

318. Die Verfahrensparteien – mit Ausnahme der konkursiten Hohenegger SA – werden unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) dazu verpflichtet, Verhaltensweisen zu unterlassen, welche ein Zuteilungssystem und Einzelsubmissionsabreden ermöglichen (vgl. dazu Rz 253 ff.).

319. Die Verfahrensparteien waren an der unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligt bzw. ist ihnen diese zuzurechnen. Sie wären dafür gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren (vgl. Rz 258 ff.). Allerdings ist der Foffa Conrad AG und der Scandella Bau AG vorliegend die Sanktion aufgrund ihrer Selbstanzeige zu erlassen. Betreffend die Hohenegger SA wird infolge des Konkurses auf eine Sanktion verzichtet.

F Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission (Art. 30 Abs. 1 KG):

1. Der Foffa Conrad AG und der Scandella Bau AG wird untersagt:
 - 1.1. Konkurrenten und Konkurrentinnen im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;
 - 1.2. sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten und Konkurrentinnen vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Kundinnen 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.
2. Mit Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG wegen Beteiligung an einer gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Gesamtabrede im Bereich Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal von spätestens 2004 bis Herbst 2012 belastet werden:

Die Foffa Conrad AG und die Scandella Bau AG mit einem Betrag von CHF 0.–.
3. Das Verfahren gegen die Hohenegger SA wird eingestellt.
4. Die Verfahrenskosten betragen CHF 101'576.– und werden folgendermassen auferlegt:
 - 4.1. Die Foffa Conrad AG und die Scandella Bau AG tragen solidarisch CHF 67'717.–.
 - 4.2. Die Hohenegger SA trägt CHF 33'858.50.
5. Die Verfügung ist zu eröffnen:
 - **Foffa Conrad AG**, Scheschna Nr. 294, 7530 Zernez
 - **Scandella Bau AG**, Solapark, 7536 Sta. Maria Val Müstair
beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Gerald Brei, Eversheds AG,
Stadelhoferstrasse 22, 8001 Zürich
 - **Hohenegger SA in Liquidation**, c/o Konkursamt der Region Engiadina Bassa / Val Müstair, Via Umrail, 7536 Sta. Maria

Wettbewerbskommission

Prof. Dr. Vincent Martenet
Präsident

Dr. Rafael Corazza
Direktor

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen.