



Verfügung

vom 2. Oktober 2017

in Sachen

Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251)
betreffend

22-0462: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V

wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

gegen

1. **Broggi Lenatti AG**, Legs-cha Zugr 4a, 7482 Bergün/Bravuogn
vertreten durch RA Peder Cathomen, Veia Vedem 3, 7458 Mon
2. **Lazzarini AG**, Cho d'Punt 11, 7503 Samedan,
vertreten durch RA Andreas Amstutz, Amstutz Greuter
Rechtsanwälte, Hallerstrasse 6, Postfach 5122, 3001 Bern
3. **P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau**, Via Maistra 1, 7502 Bever
vertreten durch RBT AG, Herr Fritz Nyffenegger, Piazza dal
Mulin 6, 7500 St. Moritz
4. **René Hohenegger Sarl**, Chesa Muntanella, 7527 Brail

Besetzung

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

Inhaltsverzeichnis

A	Verfahren	3
A.1	Gegenstand der Untersuchung	3
A.2	Untersuchungsadressatinnen.....	3
A.2.1	Lazzarini AG, Samedan	3
A.2.2	P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau, Bever.....	3
A.2.3	Broggi Lenatti AG, Bergün/Bravuogn.....	3
A.2.4	René Hohenegger Sarl, Zernez	3
A.3	Verfahrensgeschichte.....	4
B	Sachverhalt	7
B.1	Vorbemerkungen zum Beweis.....	7
B.2	Beweisthema	7
B.3	Beweismittel	8
B.3.1	Urkunden	8
B.3.2	Auskünfte von Parteien.....	9
B.3.3	Auskünfte von Dritten.....	10
B.4	Beweiswürdigung	11
B.4.1	Konsens	11
B.4.2	Verfolgter Zweck.....	13
B.4.3	Rolle der Beteiligten.....	13
B.4.4	Umsetzung und Auswirkungen	14
B.5	Beweisergebnis	15
C	Erwägungen	15
C.1	Geltungsbereich	15
C.1.1	Persönlicher Geltungsbereich.....	15
C.1.2	Verfügungsadressatinnen	16
C.1.3	Sachlicher Geltungsbereich.....	17
C.1.4	Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich	17
C.2	Vorbehaltene Vorschriften	17
C.3	Unzulässige Wettbewerbsabrede	18
C.3.1	Wettbewerbsabrede.....	18
C.3.2	Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs	19
C.3.3	Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs	22
C.3.4	Rechtfertigung aus Effizienzgründen	23
C.3.5	Ergebnis.....	23
C.4	Massnahmen	23
C.4.1	Anordnung von Massnahmen	23
C.4.2	Sanktionierung	24
D	Kosten	32
E	Dispositiv	34

A Verfahren

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet die Frage, ob die Lazzarini AG, Samedan, die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau, Bever, sowie die René Hohenegger Sarl, Zernez, in Bezug auf die Ausschreibung des Um- und Anbaus des Wohnhauses von [X] in Samedan im Jahr 2010 (nachfolgend: Um- und Anbau [X]) eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG¹ getroffen haben.

A.2 Untersuchungsadressatinnen

A.2.1 Lazzarini AG, Samedan

2. Die Lazzarini AG (nachfolgend: Lazzarini) mit Sitz in Samedan wurde laut ihrer Website 1913 ursprünglich als Maurergeschäft gegründet.² Lazzarini ist in den Bereichen Immobilien und Hoch-, Tief-, Grosstief- sowie Holzbau tätig. Bis 2009 firmierte Lazzarini unter der Bezeichnung G. Lazzarini & Co. AG. Die Gesellschaft hat Zweigniederlassungen in Chur und in Scuol im Kanton Graubünden sowie in Buchs im Kanton St. Gallen.

A.2.2 P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau, Bever

3. Die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau (nachfolgend: Lenatti) mit Sitz in Bever ist seit 1972 im Handelsregister eingetragen und bezweckt demnach den Betrieb eines Hoch- und Tiefbaugeschäftes mit Schreinerei und Zimmerei. Laut Handelsregister hat Lenatti eine Zweigniederlassung in La Punt-Chamues-ch. Lenatti befindet sich seit dem 22. Dezember 2015 in definitiver Nachlassstundung, welche, gemäss dem schweizerischen Handelsamtsblatt, am 22. Juni 2016 bis zum 22. Dezember 2016³ bzw. am 22. Dezember 2016 bis zum 22. Juni 2017 verlängert wurde.⁴

A.2.3 Broggi Lenatti AG, Bergün/Bravuogn

4. Die Broggi Lenatti AG (nachfolgend: Broggi Lenatti) entstand aus einer im Jahr 1890 in Bergün durch Alessandro Broggi gegründeten Baufirma. 1996 gründeten Yves Broggi und Vito Hohenegger zusammen die Firma Hohenegger & Broggi GmbH in Madulain. Gemäss Handelsregister wandelte sich die HOBRO GmbH per 16. April 2014 in die Broggi Lenatti um. Die Bautätigkeit der weiterhin bestehenden Unternehmen Hohenegger & Broggi AG und der Lenatti wurden anschliessend in die Broggi Lenatti überführt.⁵

A.2.4 René Hohenegger Sarl, Zernez

5. Die René Hohenegger Sarl (nachfolgend: Hohenegger) mit Sitz in Zernez ist seit 1999 im Handelsregister eingetragen und bezweckt demnach, nach einer vollständigen Zweckumschreibung gemäss Statuten vom 25. März 2015, die Ausführung sämtlicher Hoch- und Tiefbauarbeiten sowie den Handel und die Montage von Türen und Fenster. Laut ihrer Website

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

² <<http://www.lazzarini.ch/Firmenportrait.9.0.html>> (27.3.2017).

³ SHAB vom 27.6.2016, No. 122, Jahrgang: 134.

⁴ SHAB vom 28.12.2016, No. 252, Jahrgang: 134.

⁵ <<http://derbaumeister.ch/#geschichte>> (27.3.2017).

liegt der Schwerpunkt von Hohenegger nunmehr auf der Lieferung, der Montage, dem Unterhalt und der Reparatur von Fenstern und Türen.⁶

A.3 Verfahrensgeschichte

6. Am 30. Oktober 2012 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) gegen 19 Unternehmen der Baubranche im Unterengadin eine Untersuchung nach Art. 27 ff. KG, namentlich auch gegen Lazzarini und Hohenegger. Vom 30. Oktober bis 1. November 2012 führte es an insgesamt 13 Standorten Hausdurchsuchungen durch, u.a. auch bei Lazzarini und Hohenegger.

7. Am 1. November 2012, also noch während der Hausdurchsuchung, reichte Lazzarini eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG ein⁷, welche am selben Tag mündlich ergänzt wurde.⁸ Ein allfälliger Wettbewerbsverstoss in Zusammenhang mit dem Bauprojekt Um- und Anbau [X] blieb dabei unerwähnt.

8. Am 7. Dezember 2012 ergänzte Lazzarini ihre Selbstanzeige schriftlich, ohne sich zu einem allfälligen Wettbewerbsverstoss in Zusammenhang mit dem Bauprojekt Um- und Anbau [X] zu äussern.⁹

9. Am 21. März 2013 reichte Hohenegger eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG ein,¹⁰ welche am selben Tag mündlich ergänzt wurde¹¹. Ein allfälliger Wettbewerbsverstoss in Zusammenhang mit dem Bauprojekt Um- und Anbau [X] blieb dabei unerwähnt.

10. Am 22. April und am 23. April 2013 dehnte das Sekretariat die Untersuchung in örtlicher Hinsicht auf den gesamten Kanton Graubünden und in persönlicher Hinsicht auf weitere Unternehmen aus und führte weitere Hausdurchsuchungen durch.

11. Am 17. Mai 2013¹² und am 19. August 2015¹³ ergänzte Lazzarini ihre Selbstanzeige erneut, ohne sich zu einem allfälligen Wettbewerbsverstoss in Zusammenhang mit dem Bauprojekt Um- und Anbau [X] zu äussern.

12. Am 22. Juli 2015¹⁴ ergänzte Hohenegger ihre Selbstanzeige mündlich, ohne sich zu einem allfälligen Wettbewerbsverstoss in Zusammenhang mit dem Bauprojekt Um- und Anbau [X] zu äussern.

13. Das Sekretariat führte am 2. September 2015 mit [Mitarbeiter C], Hohenegger, eine weitere Befragung im Rahmen der Selbstanzeige durch.¹⁵ Dabei wurde er insbesondere auch zum Bauprojekt Um- und Anbau [X] befragt.

⁶ <<http://www.rh-fensterbau.ch/de>> (28.3.2017).

⁷ Act. IX.B.001 (25-0038). 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 22-0462) zusammen. Ist bei der Angabe der Aktenstücke (Act.) kein Hinweis auf das Aktenverzeichnis vermerkt, sind diese im Aktenverzeichnis 22-0433 erfasst. Die Nummer der Selbstanzeigedossiers (25er) wurde ebenfalls angegeben.

⁸ Act. IX.B.004 (25-0038).

⁹ Act. IX.B.007 bis B.010 (Teile 1 bis 4), (25-0038).

¹⁰ Act. IX.D.001 (25-0048).

¹¹ Act. IX.D.002 (25-0048).

¹² Act. IX.B.019 (25-0038).

¹³ Act. IX.B.023 (25-0038).

¹⁴ Act. IX.D.014 (25-0048).

¹⁵ Act. IX.D.015 (25-0048).

14. Zudem wurden am 10. September 2015 [Mitarbeiter A] als [Funktion] von Lazzarini,¹⁶ sowie am 20. Oktober 2015 [Mitarbeiter B], [Funktion] Bever¹⁷ der Lenatti,¹⁸ als Zeugen einvernommen. Dabei wurden sie insbesondere auch zum Bauprojekt Um- und Anbau [X] befragt.

15. Das Sekretariat stellte am 29. September 2015 Broggi Lenatti sowie an Lenatti jeweils einen Fragebogen betreffend ihre Beteiligungsverhältnisse zu, welchen sie dem Sekretariat am 14. Oktober 2015¹⁹ bzw. am 15. Oktober 2015²⁰ fristgerecht und beantwortet retournierten.

16. Am 16. Oktober 2015 machte Lazzarini im Rahmen ihrer Selbstanzeige eine Eingabe, in der auch das vorliegende Projekt Um- und Anbau [X] thematisiert wurde.²¹

17. Mit Zwischenverfügung vom 23. November 2015 dehnte das Sekretariat die Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO auf Lenatti²² und Broggi Lenatti²³ aus und trennte anschliessend die Untersuchung „22-0462: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V“ von der Untersuchung „22-0433: Bauleistungen Graubünden“ ab.²⁴

18. Am 3. Juni 2016 stellte das Sekretariat der Bauherrschaft einen Fragenbogen zu, welcher am 14. Juni 2016²⁵ fristgerecht und beantwortet beim Sekretariat einging.

19. Am 7. Juni 2016 stellte das Sekretariat den Verfahrensparteien die Verfahrensakten (mit Ausnahme der Selbstanzeigeakten) auf einem gesicherten Server der Bundesbehörden zur Einsicht bereit.²⁶

20. 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

21. Am 21. November 2016 verfügten die Wettbewerbsbehörden gegenüber der Lazzarini eine Verwendungsbeschränkung in Bezug auf die elektronisch versendeten Beilagen der Selbstanzeigedossiers. Die entsprechenden Akten wurden der Lazzarini am 30. März 2017 elektronisch zugestellt. Broggi Lenatti, Lenatti und Hohenegger verlangten keine Einsicht in die Selbstanzeigedossiers.

22. Am 12. Dezember 2016 verfügten die Wettbewerbsbehörden eine Verwendungsbeschränkung in Bezug auf die Einsicht in die eigentlichen Selbstanzeigen in den Räumlichkeiten des Sekretariats.

23. Am 29. März 2017 stellte das Sekretariat den Parteien den Antrag an die WEKO zur Stellungnahme gemäss Art. 30 Abs. 2 KG zu. Es beantragte im Wesentlichen, dass Lazzarini

¹⁶ Act. IV.023.

¹⁷ Herr [Mitarbeiter B] gab im Rahmen der Zeugeneinvernahme vom 20.10.2015 (act. IV.024) an, dass er die [Funktion] der P. Lenatti AG bekleidet habe (Zeile 129 f.). Lenatti gab mit Schreiben vom 28.12.2015 (act. I.565), bezugnehmend auf die Zeugeneinvernahme vom 20.10.2015, bekannt, dass Herr [Mitarbeiter B] „als [Funktion], der Firma Broggi Lenatti AG, ohne Zeichnungsberechtigung war“.

¹⁸ Act. IV.024.

¹⁹ Act. I.443.

²⁰ Act. I.449.

²¹ Act. IX.B.028, S. 18, Antwort zur Frage 32 (25-0038).

²² Act. I.529.

²³ Act. I.507.

²⁴ Act. I.507, I.525, I.529 und I.531.

²⁵ Act. 9 (22-0462).

²⁶ Act. 6 (22-0462).

²⁷ Act. 17-19 (22-0462).

wegen Beteiligung an einer gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabrede mit einer Sanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG von CHF 54'000 zu belasten sei. Lenatti und Broggi Lenatti seien solidarisch mit einem Betrag von CHF 25'000 sowie Hohenegger mit einem Betrag von CHF 9'562 zu belasten.

24. Zeitnah gewährte das Sekretariat auf elektronischem Weg Einsicht in diejenigen Verfahrensakten, welche seit dem 7. Juni 2016 neu ins Dossier aufgenommen worden waren²⁸. Die Einsicht in die Beilagen zu den Selbstanzeigen erfolgte am 30. März 2017 durch Versand der elektronischen Aktenverzeichnisse.²⁹ Zudem hatten die Verfahrensparteien die Gelegenheit, ab 3. April 2017 in die eigentlichen Selbstanzeigen vor Ort in den Räumlichkeiten des Sekretariats einzusehen. Lazzarini nahm am 25. und 28. April 2017³⁰ Einsicht in die Selbstanzeigen.

25. Mit Eingabe vom 11. Mai 2017 reichte Hohenegger ihre Stellungnahme zum Antrag ein.³¹ Darin stellte sie den Austausch durch E-Mail mit Lazzarini nicht in Frage. Jedoch sei Hohenegger nicht in der Lage gewesen, einen Auftrag dieser Grösse von ca. 1 Million CHF (in personeller sowie in inventarmässiger Hinsicht) zu bewältigen bzw. habe sie noch nie einen Auftrag dieser Dimension ausgeführt. Die Konkurrenten seien nicht darüber informiert, ob sie eine Offerte einreichen werde oder nicht, und – wenn ja – zu welchem Preis.

26. Mit Eingabe vom 30. Mai 2017 reichte Broggi Lenatti eine Stellungnahme zum Antrag ein.³² Sie bestritt die solidarische Haftbarkeit für die Busse und die Verfahrenskosten der Lenatti. Lenatti habe keine Kartellrente erzielt. Deshalb habe auch Broggi Lenatti keine Vorteile aus dem vorgeworfenen Geschäft schöpfen können. Zudem sei Broggi Lenatti weder wirtschaftlich noch rechtlich betrachtet Nachfolgerin der Lenatti.

27. Mit Eingabe vom 14. Juni 2017 nahm Lazzarini Stellung zum Antrag des Sekretariats und wünschte eine Anhörung durch die WEKO.³³ Die Lazzarini wurde am 21. August 2017 von der WEKO angehört. Dabei wurde sie durch ihren Rechtsvertreter an der Anhörung vertreten.³⁴ In ihrer Stellungnahme vom 14. Juni 2017 und an der Anhörung vom 21. August 2017 anerkannte Lazzarini den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats, das Vorliegen eines Wettbewerbsverstosses sowie dessen Sanktionierbarkeit. Jedoch beanstandete sie die Sanktionsbemessung (vgl. Teil C.5.2). Sie beantragte, dass sie mit einer Sanktion von maximal CHF 20'250 zu belasten sei.³⁵

28. Lenatti teilte mit Eingabe vom 16. Juni 2017 per E-Mail mit, dass sie auf die Einreichung einer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats verzichte.³⁶

29. Die Akteneinsicht wurde den Parteien durch die elektronische Zustellung vom 3. Juli 2017³⁷ und vom 22. August 2017³⁸ gewährt.

30. Nach Beratung fällte die WEKO am 2. Oktober 2017 den vorliegenden Entscheid.

²⁸ Act. 41 (22-0462).

²⁹ Act. 40 (22-0462).

³⁰ Act. 43 und 44 (22-0462).

³¹ Act. 48 (22-0462).

³² Act. 54 (22-0462).

³³ Act. 55 (22-0462).

³⁴ Vgl. Protokoll der Anhörung Act. 61 (22-0462).

³⁵ Act. 61, S. 3 (22-0462).

³⁶ Act. 56 (22-0462).

³⁷ Act. 58a (22-0462).

³⁸ Act. 62 (22-0462).

B Sachverhalt

B.1 Vorbemerkungen zum Beweis

31. Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)³⁹ 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 BZP⁴⁰). 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.⁴¹ Bloss abstrakte und theoretische Zweifel sind nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann. Es muss sich um erhebliche und unüberwindliche Zweifel handeln, d.h. um solche, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen.⁴² 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.⁴³ Diesen Grundsätzen ist im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen zum Sachverhalt Rechnung zu tragen.

32. Im Folgenden werden zunächst das Beweisthema und die in Bezug auf die vorgeworfene Verhaltensweise vorhandenen Beweismittel beschrieben. Anschliessend wird die konkrete Beweislage anhand dieser Beweismittel gewürdigt, bevor schliesslich das Beweisergebnis festgehalten wird.

B.2 Beweisthema

33. Im Folgenden ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob zwischen Lazzarini, Lenatti und Hohenegger übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich des Bauprojekts Um- und Anbau [X] aus dem Jahr 2010 zu koordinieren (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Ist dies zu bejahen, sind folgende Sachverhaltsfragen zu prüfen:

- welchen Zweck die Lazzarini, Lenatti und Hohenegger mit der Angebotskoordination verfolgten (Rz 65 ff.);
- welche Rollen die einzelnen Unternehmen im Zusammenhang mit der Angebotskoordination ausübten (Rz 68 ff.);
- ob sich die Lazzarini, Lenatti und Hohenegger tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die Angebotskoordination verhielten und welche Auswirkungen dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte (Rz 79 ff.).

³⁹ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

⁴⁰ Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

⁴¹ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2 f., *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.2 f., *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; vgl. auch etwa Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24.3.2003, E. 3.5; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

⁴² Vgl. z.B. BGE 124 IV 86, E. 2a.

⁴³ 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.H.

B.3 Beweismittel

34. Im Zusammenhang mit dem vorgeworfenen Kartellrechtsverstoss liegen folgende Beweismittel vor:

B.3.1 Urkunden

E-Mails vom 24. Februar 2010 und vom 25. Februar 2010 von [Mitarbeiter A] an [Mitarbeiter B] und an [hoheneggerbrail@vtxmail.ch]

35. Aus der Hausdurchsuchung bei Hohenegger stammen zwei E-Mails mit dem jeweils identischen Betreff „Um- und Anbau [X] in Samedan“ von [Mitarbeiter A], [Funktion] der Lazzarini in Samedan⁴⁴, an [Mitarbeiter B], Lenatti, und an die E-Mailadresse „hoheneggerbrail@vtxmail.ch“ vom 24. Februar 2010 und vom 25. Februar 2010.

36. Der Inhalt der E-Mail vom 24. Februar 2010⁴⁵ lautet folgendermassen:

*„Geschätzte Herren,
in der Beilage noch die Eingabe „Lazzarini AG“ der oben genannten Offerte.*

Vorab habe ich nur die Abbrucharbeiten gesendet, denn von den Abbrucharbeiten gibt es keine SIA 451 Datei des Architekten. den Rest werde ich Euch morgen früh zusenden.

Ich bitte Euch ca. 5 % höher einzugeben. Herzlichen Dank für Euere Bemühungen.

*Mit freundlichen Grüssen
[Mitarbeiter A]
[Funktion]
LAZZARINI“*

37. Die E-Mail vom 24. Februar 2010 enthält im Anhang eine unterzeichnete Offerte von Lazzarini vom 25. Februar 2010. Diese bezieht sich auf Abbrucharbeiten im Zusammenhang mit dem Um- und Anbau des Wohnhauses von [X] in Samedan. Aus der Offerte ist ersichtlich, dass [X], [...], [...] des betreffenden Projekts ist. Als Architekt wird das Büro [...], aufgeführt. Aus der Offerte geht sodann hervor, dass Lazzarini für die betreffenden Abbrucharbeiten eine Eingabesumme von CHF 50'114.60 angegeben hat, abzüglich des Betrags von CHF 761.70 (1,5 Prozent). Die von Lazzarini angegebene Eingabesumme betrug somit CHF 49'356.90, exklusive Mehrwertsteuer.

38. In der E-Mail von [Mitarbeiter A] vom 25. Februar 2010⁴⁶ findet sich folgender Inhalt:

*„Geschätzte Herren,
in der Beilage noch die Eingabe „Lazzarini AG“ als SIA 451 Datei.*

Ich bitte euch ca. 5% höher einzugeben.

ACHTUNG: Kein Rabatt und kein Skonto!

*Gruss
[Mitarbeiter A]
[Funktion]
LAZZARINI“.*

⁴⁴ Gemäss eigener Aussage vom 10.9.2015 sei [Mitarbeiter A] bis zum 31.10.2012 für Lazzarini tätig und anschliessend noch zwei Monate freigestellt gewesen.

⁴⁵ Act. III.F.005, S. 1.

⁴⁶ Act. III.F.022, S. 1.

39. Der E-Mail vom 25. Februar 2010 ist die Eingabe von Lazzarini als SIA 451 Datei angehängt.

Offerten für das Bauprojekt An- und Umbau [X] von Lazzarini, Lenatti und Kuhn

40. Das verantwortliche Architekturbüro [...], reichte, im Rahmen eines Auskunftsbegehrens, die Offerten bezüglich des vorliegenden Bauprojekts von Lazzarini, Lenatti sowie von der H. Kuhn Hoch- und Tiefbau AG, Sils im Engadin/Segl, (nachfolgend: Kuhn) ein.⁴⁷ Die Eingabesumme von Lazzarini für das gesamte Projekt lässt sich deren interner Liste mit den eingereichten Offerten entnehmen.⁴⁸ In Bezug auf Lenatti und Kuhn hingegen liegen dem Sekretariat keine Eingabesummen für das gesamte Projekt, sondern lediglich für die einzelnen NPK-Kapitel vor. Daraus ergibt sich, dass Lazzarini für das Bauprojekt An- und Umbau [X] mit einer Gesamtsumme von CHF 990'255, Lenatti mit einer Summe von CHF 1'035'748 und Kuhn mit einer Summe von CHF [...] offerierte. Von Hohenegger sind weder Offerten vorhanden, noch wurde Hohenegger vom verantwortlichen Architekturbüro [...] als Submittentin genannt.

Unternehmen	Eingabesumme (inkl. MWST) in CHF
Kuhn, Sils Maria	[...]
Lazzarini, Samedan	990'255
Lenatti, Bever	1'035'748
Hohenegger, Zernez	keine Eingabe

B.3.2 Auskünfte von Parteien

Eingabe von Lazzarini vom 16. Oktober 2015

41. In ihrer Eingabe im Rahmen der Selbstanzeige vom 16. Oktober 2015⁴⁹ gab Lazzarini bekannt, dass [Mitarbeiter A] [Funktion] der Lazzarini in Samedan, glaube, „*sich erinnern zu können, dass im Projekt Um- und Anbau [X] die Kalkulation oder allenfalls sogar die SIA-Schnittstelle mit der Lenatti AG ausgetauscht worden ist*“.

42. Am Projekt Um- und Anbau Wohnhaus [X] in Samedan sei Lazzarini sehr interessiert gewesen. Offenbar seien hier die Offerte der Lazzarini an Lenatti und an Hohenegger per Mail zugestellt worden, je verbunden mit der Bitte um Eingabe einer höheren Offerte. Ob die beiden Unternehmen dann tatsächlich auch eine Eingabe gemacht hätten, sei Lazzarini nicht bekannt. Hingegen sei klar, „*dass Lazzarini offenbar nicht zum Zuge gekommen ist und das Projekt trotz (versuchter) Absprache mit zwei Unternehmen von einem Dritten ausgeführt worden ist*“.

43. Als Anhang 1 zu der Eingabe Lazzarinis vom 16. Oktober 2015 findet sich unter der Überschrift „Angaben zu Projekten im Oberengadin (Frage 30)“ eine entsprechende Tabelle. Bei „Um- und Anbau Wohnhaus [X], Samedan (Nr. 13/2010)“ ist Folgendes aufgeführt:⁵⁰

⁴⁷ Act. 9 (22-0462).

⁴⁸ Act. IX.B.028, pag. 35 (25-0038).

⁴⁹ Act. IX.B.028 (25-0038).

⁵⁰ Act. IX.B.028, pag. 35 (25-0038).

[...]

Bauprojekt	Eingabefrist	Bauherr	Vergabeverfahren	Eingabesumme der Lazzarini AG oder geschätztes Bauvolumen des Projekts	Submittenten	Zuschlagsempfänger
------------	--------------	---------	------------------	--	--------------	--------------------

[...]

Um- und Anbau Samedan (Nr. 13/2010)	2.2010		Privat	CHF 990'255.00	Lazzarini AG, Lenatti AG, René Hohenegger Sarl, evtl. weitere	Nicht bekannt
-------------------------------------	--------	--	--------	----------------	---	---------------

Aussagen der Hohenegger vom 2. September 2015

44. [Mitarbeiter C], [Funktion] von Hohenegger, sagte am 2. September 2015 aus, dass er aufgrund der E-Mails vom 24. und 25. Februar 2010 davon ausgehe, dass [Mitarbeiter A] als [Funktion] der Lazzarini in Samedan ihn zu einer höheren Eingabe gebeten habe, damit Lazzarini das am günstigsten offerierende Unternehmen gewesen wäre und daher entsprechend den Auftrag erhalten hätte. Hohenegger habe der Lazzarini somit „Schutz“ gewähren sollen.⁵¹

45. Weiter gehe er mit höchster Wahrscheinlichkeit davon aus, dass es vor dem E-Mail-Versand vom 24. und 25. Februar 2010 einen Kontakt mit [Mitarbeiter A] gegeben habe. Dieser hätte, seiner Ansicht nach, nicht einfach so seine Offerte ohne vorherige Kontaktaufnahme zugeschickt.⁵²

46. Er wisse nicht mehr, wie er auf die E-Mails vom 24. und 25. Februar 2010 reagiert habe. Er wisse auch nicht, ob er bei diesem Bauprojekt eingegeben habe oder nicht.⁵³

E-Mail der Hohenegger vom 7. September 2015

47. Bezugnehmend auf seine Aussagen vom 2. September 2015 gab [Mitarbeiter C] am 7. September 2015 per E-Mail u.a. bekannt, dass er keine allfällige Kalkulation „[Projekt Um- und Anbau X] [sic!] Samedan“ gefunden habe. Beim Öffnen der Datei von Lazzarini auf seinem Programm SORBA sei nicht mehr ersichtlich, dass der Ersteller Lazzarini gewesen sei.⁵⁴

B.3.3 Auskünfte von Dritten

Zeugeneinvernahme mit [Mitarbeiter A] vom 10. September 2015

48. Anlässlich seiner Zeugeneinvernahme vom 10. September 2015⁵⁵ sagte [Mitarbeiter A], [Funktion] der Lazzarini in Samedan, aus, dass Lazzarini Interesse an der Ausführung des Projektes Um- und Anbau [X] gehabt habe, die anderen beteiligten Unternehmen dagegen nicht. Aus diesem Grund habe Lazzarini Lenatti und Hohenegger jeweils ihre Offerte zugestellt und die Eingabesummen mitgeteilt.⁵⁶ Er räumte ein, dass es sich um einen „Schutz“ gehandelt habe.⁵⁷

49. [Mitarbeiter A] antwortete auf die Frage, weshalb er [Mitarbeiter B] und [Mitarbeiter C] die an die E-Mails vom 24. und 25. Februar 2010 angehängten Dokumente geschickt habe, dass es darum gegangen sei, dass [Mitarbeiter B] und [Mitarbeiter C] seine Eingabesummen kennen und ihn entsprechend bei diesem Projekt in „Ruhe“ lassen sollten.⁵⁸

⁵¹ Act. IX.D.015, Zeile 260 f. (25-0048).

⁵² Act. IX.D.015, Zeile 311 f. (25-0048).

⁵³ Act. IX.D.015, Zeile 268 f. (25-0048).

⁵⁴ Act. IX.D.016 (25-0048).

⁵⁵ Act. IV.023.

⁵⁶ Act. IV.023, Zeilen 91 ff.

⁵⁷ Act. IV.023, Zeile 97 f.

⁵⁸ Act. IV.023, Zeile 101 f.

50. Er sei vorgängig von [Mitarbeiter B] und [Mitarbeiter C] telefonisch angefragt worden, ob er eingeben würde. Samedan liege vor seiner Haustüre.⁵⁹

Zeugeneinvernahme mit [Mitarbeiter B] vom 20. Oktober 2015

51. Anlässlich seiner Zeugeneinvernahme vom 20. Oktober 2015⁶⁰ sagte [Mitarbeiter B], [Funktion] Bever von Lenatti, aus, dass bei diesem privaten Projekt die H. Kuhn Hoch- und Tiefbau AG aus Sils den Zuschlag erhalten habe.⁶¹

52. Er bestreite, dass es bei diesem Projekt zu einer „Abmachung“ zwischen Lenatti und Lazzarini gekommen sei, da Lenatti diesen Auftrag selber habe ausführen wollen.⁶² Weiter verneinte er, seine Offerte als Reaktion auf die E-Mails vom 24. und 25. Februar 2010 angepasst zu haben.⁶³

53. Er habe keine Ahnung, ob es vor dem Versand der E-Mails vom 24. und 25. Februar 2010 einen Kontakt mit der Lazzarini gegeben habe. Wenn er jedoch einen solchen Auftrag wirklich gewollte hätte, hätte er das anders gelöst als über solche E-Mails. Das Büro von [Mitarbeiter A] sei lediglich 1,5 km entfernt gewesen.⁶⁴

54. [Mitarbeiter A] sei einer seiner besten Kollegen, mit dem er wöchentlich Kontakt habe. Er würde aber auch [Mitarbeiter A] „nichts schenken“, da er Unternehmer sei.⁶⁵

B.4 Beweiswürdigung

B.4.1 Konsens

55. Um zu ergründen, ob zwischen Lazzarini, Lenatti und Hohenegger übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich des Bauprojekts Um- und Anbau [X] aus dem Jahr 2010 zu koordinieren, werden die vorhandenen Beweismittel gewürdigt.

56. Die beiden E-Mails vom 24. und 25. Februar 2010 stellen, zusammen mit den ihnen angehängten Offerten, objektive Beweismittel dar, die in unmittelbarem und konkretem Bezug zu den vorgeworfenen Verhaltensweisen stehen.

57. Der darin enthaltene Satz „*Bitte 5 % höher eingeben*“ lässt keinen anderen Schluss zu, als dass Lazzarini Lenatti und Hohenegger darum ersuchte, höhere Offerten einzugeben bzw. Lazzarini bei diesem Bauprojekt nicht zu konkurrenzieren.

58. Aus den E-Mails ist dagegen nicht unmittelbar ersichtlich, ob Hohenegger und Lenatti mit der von [Mitarbeiter A] beabsichtigten Vorgehensweise einverstanden waren. Dem Ersuchen von Lazzarini haben jedenfalls weder Hohenegger noch Lenatti schriftlich zugestimmt. Zu prüfen ist daher, ob ein Konsens zur Angebotskoordination zwischen den Parteien mündlich oder durch konkludentes Verhalten zustande gekommen ist.

59. Dabei ist zu beachten, dass Lazzarini eingestanden hat, dass beim vorliegenden Projekt eine „(versuchte) Absprache“ vorlag. Auch [Mitarbeiter A], [Funktion] der Lazzarini in Samedan, räumte im Rahmen seiner Einvernahme als Zeuge ein, dass es sich um einen „Schutz“ gehandelt habe. Hohenegger interpretierte die beiden E-Mails ebenfalls dahingehend, dass Hohenegger Lazzarini „Schutz“ gewähren sollte (vgl. aber Rz 62 hiernach). Diese übereinstimmenden Aussagen von Lazzarini, Hohenegger und des Zeugen [Mitarbeiter A] erachtet die

⁵⁹ Act. IV.023, Zeile 106.

⁶⁰ Act. IV.024.

⁶¹ Act. IV.024, Zeile 278 f.

⁶² Act. IV.024, Zeile 321.

⁶³ Act. IV.024, Zeile 342.

⁶⁴ Act. IV.024, Zeilen 358 ff.

⁶⁵ Act. IV.024, Zeile 371.

Behörde als glaubwürdig. Sie bestätigen, dass die E-Mails von [Mitarbeiter A] vom 24. und 25. Februar 2010 nicht etwa bloss als einseitige Aufforderung von Lazzarini an Lenatti und Hohenegger, höhere Angebote einzureichen, zu verstehen sind. Vielmehr sind diese E-Mails als Ausfluss eines Konsenses zwischen den Parteien zu betrachten, ihre Angebote zu koordinieren.

60. Allerdings wurde von [Mitarbeiter B] bestritten, dass es einen Konsens gegeben habe, wonach Lenatti habe höher eingeben sollen als Lazzarini. Gemäss seiner Aussage habe Lenatti den Auftrag selber ausführen wollen.⁶⁶ Er könne nicht sagen, ob es vor dem Versand der E-Mails vom 24. und 25. Februar 2010 einen Kontakt mit Lazzarini gegeben habe.⁶⁷ Wenn er einen solchen Auftrag wirklich gewollt hätte, hätte er das jedoch anders gelöst als über solche E-Mails. Das Büro von [Mitarbeiter A] sei lediglich 1,5 km entfernt gewesen,⁶⁸ was wohl dahingehend zu interpretieren ist, dass [Mitarbeiter B] mit [Mitarbeiter A] diesfalls den direkten Kontakt gesucht hätte.

61. Die Aussagen von [Mitarbeiter B] sind aus folgenden Gründen nicht glaubhaft:

- Anzeichen, dass sich Lenatti in irgendeiner Form oder auch nur in untergeordneten Punkten von der von Lazzarini beabsichtigten Vorgehensweise distanziert hätte, liegen nicht vor. Insbesondere erhob Lenatti nach der ersten E-Mail vom 24. Februar 2010 keinerlei Einwand gegen die von [Mitarbeiter A] skizzierte Vorgehensweise, woraufhin sie am nächsten Tag auch die zweite E-Mail mit der angehängten ergänzten Offerte von Lazzarini erhielt. Zudem fällt auf, dass Lenatti tatsächlich einen um wenige Prozente höheren Preis offerierte als Lazzarini (dazu Rz 79 f.). Damit verhielt sie sich so, wie es Lazzarini gemäss ihren E-Mails beabsichtigt hatte.
- Unglaubhaft ist sodann die Aussage von [Mitarbeiter B], wonach es vor dem Versand der beiden E-Mails wohl keinen Kontakt zwischen Lazzarini und Lenatti gegeben habe. Derartige E-Mails werden typischerweise nicht ohne vorherige Kontaktaufnahme, z.B. per E-Mail, per Telefon oder im Rahmen eines Treffens, verschickt. SIA-Schnittstellen können schliesslich technisch nur auf elektronischem Wege (z.B. per E-Mail, CD-ROM, Memory-Stick etc.) übermittelt werden. Auch die allgemeine Formulierung der E-Mails, insbesondere die Verwendung der Wendung „in der Beilage *noch* die Eingabe Lazzarini AG“ lässt [Hervorhebung durch die Behörde] darauf schliessen, dass zwischen den Parteien bereits vor Versand der E-Mails ein Austausch in Bezug auf das fragliche Projekt stattgefunden hat. Auch schien für [Mitarbeiter A] aufgrund seiner gewählten Worte ohne weiteres ausser Frage zu stehen, dass Hohenegger und Lenatti bereits Kenntnis vom betreffenden Bauprojekt hatten. Da es sich dabei um private, nicht öffentlich ausgeschrieben Bauleistungen handelte, konnte sich [Mitarbeiter A] über die Kenntnis von Hohenegger und Lenatti vom konkreten Bauprojekt nur dann im Klaren sein, wenn diesbezüglich zwischen ihnen vorgängig eine Kommunikation stattfand. Im Übrigen wird von Hohenegger bestätigt, dass sich die Parteien wohl bereits vor Versand der E-Mails von [Mitarbeiter A] über das fragliche Projekt ausgetauscht haben. [Mitarbeiter A] hätte solche E-Mails nicht ohne vorherige Kontaktaufnahme versendet. Auch [Mitarbeiter A] gab am 10. September 2015 zu Protokoll, dass ihn [Mitarbeiter B] und [Mitarbeiter C] vor Versand der E-Mail telefonisch angefragt hätten, ob er bei diesem Projekt eingeben würde. Somit ist – entgegen den Aussagen von [Mitarbeiter B] – erstellt, dass es vor Versand der E-Mails einen Kontakt zwischen Lazzarini, Lenatti und Hohenegger gab. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.
- Dass Lenatti gegenüber Lazzarini ihre Abredobereitschaft – zumindest implizit – kundgetan haben musste, lässt sich schliesslich nur schon daran erkennen, dass Lazzarini einer Konkurrentin die eigene Eingabesumme offenlegte und damit riskierte, von dieser

⁶⁶ Act. IV.024, Zeile 321.

⁶⁷ Act. IV.024, Zeile 355.

⁶⁸ Act. IV.024, Zeile 360.

in der Ausschreibung unterboten zu werden.⁶⁹ Ein solches Verhalten lässt sich nur durch den gemeinsamen Willen zur Angebotskoordination erklären.

62. Weiter ist auf die Vorbringen von Hohenegger in ihrer Stellungnahme vom 11. Mai 2017 einzugehen. Darin bestreitet sie, dass sie die Konkurrenten darüber informiert habe, ob sie eine Offerte einreichen werde oder nicht, und – wenn ja – zu welchem Preis. Zwar mag es zutreffen, dass Hohenegger Lazzarini nicht zusicherte, tatsächlich eine höhere Offerte zu ihren Gunsten („Schutzofferte“) einzureichen. Fest steht hingegen, dass sich Hohenegger auf die Kommunikation mit Lazzarini einliess und keine Einwände gegen deren skizzierte Vorgehensweise erhob. Ebenso ist erwiesen, dass vor Versand der fraglichen E-Mails ein Kontakt zwischen Lazzarini und Hohenegger stattgefunden haben muss (vgl. Rz 61 hiervor), was von Hohenegger zwar nicht bestätigt, aber auch nicht bestritten wird. Hätte Hohenegger zu diesem Zeitpunkt – unabhängig von den Absichten von Lazzarini – bereits den Entscheid getroffen gehabt, auf ein Angebot zu verzichten, hätte sie dies Lazzarini mitgeteilt und sich nicht auf die Mitteilung der Offertsumme von Lazzarini eingelassen. Vielmehr muss sie anlässlich des Kontakts mit Lazzarini zum Ausdruck gebracht haben, dass sie hinter deren Interessen zurückstehe, sei es durch Einreichung eines höheren Angebots („Schutzofferte“), sei es durch Angebotsverzicht. Lazzarini ihrerseits hätte Hohenegger nicht ihre Eingabesumme offengelegt, wenn sie nicht mit einem solchen Entgegenkommen von Hohenegger gerechnet hätte, zumal sie ansonsten riskiert hätte, von Hohenegger unterboten zu werden (vgl. auch Rz 61 hiervor).

63. Vor diesem Hintergrund ist erstellt, dass Lazzarini, Lenatti und Hohenegger den übereinstimmenden Willen äusserten, sich beim Bauprojekt Um- und Anbau [X] nicht zu konkurrieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

64. Zwischen Lazzarini und Lenatti beinhaltete dieser Konsens, dass Lenatti bei der Ausschreibung des Bauprojekts Um- und Anbau [X] höher eingeben sollte als Lazzarini. In Bezug auf die Koordination zwischen Lazzarini und Hohenegger ist zu beachten, dass Hohenegger letztlich auf die Einreichung einer Offerte verzichtete (dazu Rz 79). Insofern ist anzunehmen, dass sich ihr Konsens darauf beschränkte, dass Hohenegger Lazzarini nicht konkurrieren sollte.

B.4.2 Verfolgter Zweck

65. Als Zweck für die Bekanntgabe der Offerte seitens von Lazzarini gab [Mitarbeiter C], Hohenegger, am 2. September 2015 (Rz 44) an, dass er davon ausgehe, dass [Mitarbeiter A] ihn zu einer höheren Eingabe aufgefordert habe, damit Lazzarini das am günstigsten offerierende Unternehmen gewesen wäre und entsprechend den Auftrag habe erhalten sollen. Hohenegger sollte Lazzarini „Schutz“ gewähren.

66. Gemäss der Aussage von [Mitarbeiter A] habe Lazzarini Interesse an der Ausführung des Projektes Um- und Anbau [X] gehabt, die anderen beteiligten Unternehmen dagegen nicht. Aus diesem Grund habe Lazzarini Lenatti und Hohenegger jeweils ihre Offerte zugestellt und die Eingabesummen mitgeteilt.

67. Daraus ergibt sich, dass Lazzarini, Lenatti und Hohenegger mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei der Ausschreibung des Bauprojekts Um- und Anbau [X] nicht zu konkurrieren. Andere Motive sind nicht ersichtlich und wurden auch nicht geltend gemacht.

B.4.3 Rolle der Beteiligten

68. Vorliegend ist die Rolle der Beteiligten, insbesondere die Rolle von Lazzarini als Schutznehmerin bei der Initiative zur Angebotskoordination sowie bei der Organisation und Umsetzung der untersuchten Verhaltensweise zu würdigen. Zuerst ist zu prüfen, ob vor dem Versand

⁶⁹ Gemäss Aussage von [Mitarbeiter B] vom 20.10.2015 sei [Mitarbeiter A] „einer seiner besten Kollegen“, Act. IV.024, Zeile 370.

der Offerte ein initiiender Kontakt für die Angebotskoordination stattfand und von wem gegebenenfalls die Initiative für die Angebotskoordination ausging. Zweitens ist zu prüfen, welche Rolle Lazzarini bei der Organisation und Durchsetzung der untersuchten Verhaltensweise einnahm.

Initiative für die Angebotskoordination

69. Gemäss der Aussage von [Mitarbeiter A], Lazzarini, sei dieser von [Mitarbeiter B] und [Mitarbeiter C] telefonisch angefragt worden, ob er eingeben würde (Rz 51).

70. Auch Hohenegger bestätigte, dass es wahrscheinlich vor dem E-Mail-Versand vom 24. und 25. Februar 2010 einen Kontakt mit [Mitarbeiter A] gegeben habe (Rz 45).

71. In Rz 61 sind die Gründe aufgeführt, weshalb zwischen Lazzarini, Lenatti und Hohenegger vor Versand der E-Mail vom 24. Februar 2010 ein vorgängiger Kontakt stattfand.

72. Lediglich von [Mitarbeiter B] wurde bestritten, dass es vor Versand der E-Mails vom 24. bzw. 25. Februar 2010 einen vorgängigen Kontakt gab (Rz 60), was sich als unglaublich erwiesen hat (Rz 61).

73. Somit ist erstellt, dass vor Versand der E-Mails vom 24. bzw. vom 25. Februar 2010 ein vorgängiger Kontakt stattfand.

74. Wer vorliegend die Initiative für die Angebotskoordination ergriffen hat, ist den Urkunden nicht zu entnehmen. Zwar wurde von Lazzarini ausgesagt, dass diese in Bezug auf das Bauprojekt Um- und Ausbau [X] von [Mitarbeiter B] und [Mitarbeiter C] telefonisch kontaktiert worden sei. Dies wird jedoch weder durch Dokumente belegt, noch durch andere Aussagen so bestätigt.

75. Zusammenfassend ist unklar, von wem bei dieser Ausschreibung die Initiative zur Angebotskoordination in Form eines ersten Kontaktes ausging. Vielmehr könnte die Initiative zur Angebotskoordination sowohl von der Schutznehmerin als auch von den schützenden Unternehmen ausgegangen sein. Dem Grundsatz in *dubio pro reo* folgend, kann keinem der beteiligten Unternehmen die Initiative zur Angebotskoordination nachgewiesen werden.

Rolle bei der Organisation und Umsetzung der untersuchten Verhaltensweise

76. [Mitarbeiter A], Lazzarini, wandte sich in seinen beiden E-Mails vom 24. und 25. Februar 2010 an [Mitarbeiter B] (Lenatti) und an [Mitarbeiter C] (Hohenegger). Inhalt dieser Nachrichten von [Mitarbeiter A] bildete insbesondere die Offertsumme von Lazzarini in Bezug auf das Bauprojekt Um- und Ausbau [X]. In beiden E-Mails erteilte [Mitarbeiter A] klare Anweisungen, wie einzugeben sei. In der E-Mail vom 24. Februar 2010 bedankte er sich zusätzlich abschliessend für die „Bemühungen“.

77. Gemäss der Aussage von [Mitarbeiter A] vom 10. September 2015 habe Lazzarini Interesse an der Ausführung des Projektes Um- und Ausbau [X] gehabt, die anderen beteiligten Unternehmen dagegen nicht. Samedan liege vor seiner Haustüre.

78. Damit ist erstellt, dass Lazzarini die zwei E-Mails verfasst und versandt hat, welche zur Koordination der Angebote und deren Eingabehöhe erforderlich waren. Die anderen Unternehmen beschränkten sich darauf, ihr Angebot entsprechend den E-Mails von Lazzarini einzugeben (Lenatti) bzw. auf ein Angebot zu verzichten (Hohenegger).

B.4.4 Umsetzung und Auswirkungen

79. Gemäss den Angaben des verantwortlichen Architekturbüros [...], gab Lazzarini für das Bauprojekt An- und Umbau [X] mit einer Gesamtsumme (inkl. MWST) von CHF 990'255⁷⁰ ein,

⁷⁰ Vgl. Fn 48.

Lenatti mit einer Summe von CHF 1'035'748 und Kuhn mit einer Summe von CHF [...]. Hohenegger reichte keine Offerte ein.

80. Indem Lenatti somit tatsächlich einen um wenige Prozente höheren Preis als derjenige von Lazzarini offerierte und Lazzarini dadurch nicht konkurrenzierte, verhielt sich Lenatti genau nach dem Konsens. Lenatti verzichtete dadurch auf die Chance, den Auftrag zu erhalten und begünstigte bewusst die (letztlich nicht erfolgte) Zuschlagserteilung an Lazzarini.

81. Indem Hohenegger keine Offerte einreichte, konkurrenzierte sie Lazzarini bei der Ausschreibung [X] nicht und verhielt sich somit ebenso nach dem Konsens. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. So spielte es für Lazzarini keine wesentliche Rolle, ob Hohenegger eine höhere Offerte oder gar keine Offerte einreichte. So oder anders verzichtete Hohenegger durch ihr Verhalten auf die Chance, den Auftrag zu erhalten und begünstigte dadurch bewusst die (letztlich nicht erfolgte) Zuschlagserteilung an Lazzarini.

82. Damit ist erwiesen, dass sich Lenatti und Hohenegger an die getroffene Abmachung hielten. Konkret reichte Lenatti eine höhere Offerte ein als Lazzarini, während Hohenegger auf eine Offerteingabe verzichtete. Die Unternehmen handelten gemäss ihrem Konsens. Weiter ist erstellt, dass sich Lazzarini, Lenatti und Hohenegger in Bezug auf das Bauprojekt Um- und Anbau [X] nicht konkurrenzierten. Ebenso ist erwiesen, dass der Zuschlag schliesslich an die Firma Kuhn erging.

B.5 Beweisergebnis

83. Nach dem Gesagten ist bewiesen:

- Dass Lazzarini, Hohenegger und Lenatti den übereinstimmenden Willen geäussert haben, sich beim Bauprojekt Um- und Anbau [X] nicht zu konkurrenzieren. Der Konsens zwischen Lazzarini und Lenatti beinhaltete darüber hinaus, dass Lenatti beim Bauprojekt Um- und Anbau [X] höher eingeben sollte als Lazzarini.
- Dass für Lazzarini, Hohenegger und Lenatti der verfolgte Zweck darin bestand, sich beim Bauprojekt Um- und Anbau [X] nicht zu konkurrenzieren.
- Dass Lenatti in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – eine Offerte einreichte, die über dem von Lazzarini eingegebenen Preis lag und dass Hohenegger in der Folge auf eine Offerteingabe verzichtete. Der Zuschlag wurde nicht wie plangemäss an Lazzarini, sondern an Kuhn erteilt.

C Erwägungen

C.1 Geltungsbereich

C.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

84. Das Kartellgesetz (KG)⁷¹ 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 erfüllen vorliegend die Merkmale privatrechtlicher Unternehmen, womit das KG in persönlicher Hinsicht anwendbar ist.

⁷¹ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

C.1.2 Verfügungsadressatinnen

85. Adressatinnen einer wettbewerbsrechtlichen Verfügung können diejenigen natürlichen oder juristischen Personen sein, welche die Unternehmung betreiben bzw. deren Rechtsträgerinnen sie sind.⁷²

86. Soweit die Verfahrensparteien sowohl zum (allfälligen) Tatzeitpunkt als auch aktuell Trägerinnen der betreffenden Unternehmen waren bzw. sind, wirft die Frage der Verfügungsadressaten keinen spezifischen Klärungsbedarf auf. Besonders zu prüfen sind hingegen Konstellationen, in denen die Unternehmensträgerschaft während oder nach der (allfälligen) Tatbegehung geändert hat, namentlich im Zuge von Umstrukturierungen. Dies betrifft vorliegend Lenatti. So wurde die Tätigkeit von Lenatti und der Firma Hohenegger & Broggi AG, Bergün/Bravuogn, im Bereich Hoch- und Tiefbau am 29. April 2014 auf die neu gegründete Broggi Lenatti überführt.

87. Das Kartellrecht knüpft für die Sanktionierbarkeit an die Verhaltensweise eines *Unternehmens* an. Wenn dieses Unternehmen, welches den Kartellrechtsverstoss zu verantworten hat, wirtschaftlich betrachtet fortbesteht, so muss auch die neue Unternehmensträgerin für dieses Verhalten einstehen. So hat die WEKO in der Vergangenheit bereits festgehalten⁷³, dass ein Wettbewerbsverstoss nicht nur bei eigentlicher Rechtsnachfolge (z.B. infolge Fusion) der neuen Unternehmensträgerin zuzurechnen ist, sondern auch in Fällen, in denen ein bestehendes Unternehmen bloss wirtschaftlich betrachtet unter neuer Trägerschaft fortgeführt wird (Unternehmenskontinuität), etwa im Rahmen eines «Asset Deals». Gleiches wird im Übrigen auch in der Literatur zum Unternehmensstrafrecht postuliert.⁷⁴ Ob eine solche wirtschaftliche Kontinuität gegeben ist, beurteilt sich nach den gesamten Umständen des Einzelfalls. Massgebend sind insbesondere folgende Kriterien:

- Übernahme von Personal (insbesondere von Schlüsselpersonen), Inventar und Räumlichkeiten;
- identische Geschäftstätigkeit (sachlich, örtlich);
- Übernahme von Know-how, Kundenregistern und anderen immateriellen Werten;
- Eintritt in Verträge;
- Aussenauftritt (z.B. gleiche oder ähnliche Firma, Corporate Identity);
- besondere Schutzmassnahmen zugunsten des übernommenen Unternehmens (z.B. Konkurrenzverbot der früheren Rechtsträgerin).

88. Broggi Lenatti führt in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats aus, dass die Broggi Lenatti AG – weder wirtschaftlich noch rechtlich – als Nachfolgerin der P. Lenatti AG zu betrachten sei. Im Lichte der genannten Kriterien vermag dies hinsichtlich der Nachfolge in wirtschaftlicher Hinsicht nicht zu überzeugen. Dabei ist Folgendes zu beachten:

89. Broggi Lenatti übernahm von Lenatti, bis auf eine Ausnahme, das bauspezifische Personal, das Inventar (Maschinen, Werkzeuge, Warenlager etc.) sowie eine Immobilie⁷⁵. Gemäss eigenen Angaben entspricht die Geschäftstätigkeit von Broggi Lenatti im Bereich Bau ab dem 1. Mai 2014 derjenigen von Lenatti vor der Zusammenführung.⁷⁶ Lenatti ist zwar immer

⁷² Vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 27 ff., 67, *ADSL II*.

⁷³ Vgl. den Entscheid der WEKO vom 10.7.2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*, Rz 263, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (2.11.2017).

⁷⁴ Vgl. CARLO ANTONIO BERTOSSA, Unternehmensstrafrecht – Strafprozess und Sanktionen, 2003, 160; NIKLAUS SCHMID, Strafbarkeit des Unternehmens: die prozessuale Seite, in: recht 2003, 201–224, Rz 4.2.5.

⁷⁵ Act. 54, Rz 2 (22-0462).

⁷⁶ Act. I.443, Antwort auf Frage 7. Vgl. auch die Medienmitteilung der Broggi Lenatti AG vom 29. April 2014 „Zusammenschluss zweier Traditionsbetriebe“.

noch im Handelsregister eingetragen, übt jedoch laut eigenen Angaben keine Bautätigkeit mehr aus. Zudem stellte Broggi Lenatti durch die gewählte Firma auch in der Aussenwahrnehmung bewusst einen Zusammenhang zu Lenatti her. Die Erwähnung der Firma Lenatti im Namen der neugegründeten Unternehmung erfolgte nach Angaben von Broggi Lenatti aus Marketing-Überlegungen, zumal sie im Oberengadin im Wettbewerb auftritt.⁷⁷ Auch auf ihrer Homepage erwähnt Broggi Lenatti, dass sie aus der Zusammenführung der Bautätigkeit der beiden bestehenden Unternehmen Hohenegger & Broggi AG und der P. Lenatti AG hervorgegangen ist.⁷⁸

90. Aus diesen Gründen ist eine wirtschaftliche Kontinuität zwischen Broggi Lenatti und Lenatti zu bejahen. Broggi Lenatti ist daher für allfällige Wettbewerbsverstösse von Lenatti (dazu Rz 97 ff.) ins Recht zu fassen.

91. Nach dem Gesagten ist die vorliegende Verfügung an folgende Gesellschaften zu richten:

- Broggi Lenatti AG, Bergün/Bravuogn
- Lazzarini AG, Samedan
- P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau, Bever
- René Hohenegger Sarl, Zernez.

C.1.3 Sachlicher Geltungsbereich

92. 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).

93. Ob die Parteien eine Wettbewerbsabrede getroffen haben, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung noch im Einzelnen zu prüfen sein (vgl. dazu Rz 109). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und an dieser Stelle auf deren Wiedergabe verzichtet.

C.1.4 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich

94. Der vorliegende Untersuchungsgegenstand fällt in den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

C.2 Vorbehaltene Vorschriften

95. 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).

96. Im hier zu beurteilenden Markt gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

⁷⁷ Act. 54, Rz 4 (22-0462).

⁷⁸ <<http://broggi-lenatti.ch/de/ueber-uns/geschichte>> (4.12.2017).

C.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede

97. 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).

98. Im Folgenden ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt (vgl. Rz 99 ff.). 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 (Rz 110 ff.).

C.3.1 Wettbewerbsabrede

99. 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,⁷⁹ wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden⁸⁰.

100. 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.⁸¹ Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen.

C.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

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

102. Beweismässig ist vorliegend erstellt, dass Lazzarini, Hohenegger und Lenatti den übereinstimmenden wirklichen Willen geäussert haben, ihre Eingabeverhalten beim Bauprojekt Um- und Anbau [X] zu koordinieren (Rz 83). In Bezug auf das Verhältnis zwischen Lazzarini und Lenatti beinhaltete dieser Konsens zudem, dass Lenatti beim Bauprojekt Um- und Anbau [X] zu einem höheren Preis als Lazzarini offerieren sollte.

103. Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt.

C.3.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

104. 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.⁸² Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.⁸³ Art. 4 Abs. 1 KG setzt

⁷⁹ Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁸⁰ RPW 2013/4, 559 Rz 167, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

⁸¹ RPW 2009/3, 204 Rz 50, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁸² RPW 2013/4, 560 Rz 178, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

⁸³ 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*.

die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext verdeutlicht – alternativ voraus, nicht kumulativ.⁸⁴

105. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen „die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“.⁸⁵ 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 ist unerheblich.⁸⁶

106. Die vorliegende Abrede beinhaltete, das Eingabeverhalten zwischen den Parteien in Bezug auf das Bauprojekt Um- und Anbau [X] zu koordinieren (Rz 55 ff.). 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 ihrem Verhalten auch in subjektiver Hinsicht bezweckten, sich nicht zu konkurrenzieren (Rz 67). Somit war die vorliegende Abrede nicht nur (objektiv) geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, sondern es bestand auch eine dahingehende Absicht der Abredeteilnehmer.

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

C.3.1.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

108. Die Parteien waren als Unternehmen auf derselben Marktstufe tätig und als solche Konkurrentinnen hinsichtlich der Vergabe des Bauprojekts Um- und Anbau [X]. Die vorliegende Abrede ist somit horizontaler Natur.

C.3.1.4 Zwischenergebnis

109. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Parteien in Bezug auf das Bauprojekt Um- und Anbau [X] durch ihr bewusstes und gewolltes Zusammenwirken 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

110. 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:

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

C.3.2.1 Vermutung der Beseitigung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

111. Gegenstand der vorliegenden Wettbewerbsabrede zwischen Lazzarini und Lenatti bildete die Preisfestsetzung der Angebote und gleichzeitig die Steuerung der Zuschlagserteilung, womit eine Aufteilung des Auftrags und damit der Geschäftspartner unter den Abredeteilnehmenden erfolgt. Die Wettbewerbsabrede zwischen Lazzarini und Hohenegger betraf die Steuerung der Zuschlagserteilung und somit die Zuteilung von Geschäftspartnern.

⁸⁴ Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, *BMW*.

⁸⁵ RPW 2013/4, 560 Rz 180, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

⁸⁶ 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*.

112. Dabei handelt es sich um typischerweise, regelmässig auch in Kombination, anzutreffenden Abredegegenstände von sogenannten Submissionsabreden. Solche Submissionsabreden sind unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a und Bst. c KG (Lazzarini und Lenatti) bzw. unter Art 5 Abs. 3 Bst. c KG (Lazzarini und Hohenegger) zu subsumieren.⁸⁷

113. Die vorliegende Abrede fällt somit unter die Aufzählung in Art. 5 Abs. 3 KG. Damit greift die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich diese Vermutung widerlegen lässt.

114. Daran ändern namentlich auch die Vorbringen von Hohenegger nichts. So führte sie in ihrer Stellungnahme zum Antrag aus, dass sie nicht in der Lage gewesen sei, einen Auftrag dieser Grösse zu bewältigen bzw. noch nie einen Auftrag dieser Dimension ausgeführt habe.⁸⁸ Da Honegger bei der strittigen Ausschreibung keine Offerte eingereicht hat, stand sie zu den übrigen Abredeteilnehmern nicht in einem tatsächlichen Konkurrenzverhältnis. Infolge des Angebotsverzichts ging sie nicht in den Kreis der zur Auswahl stehenden Unternehmen ein. Da sie aber zur Einreichung einer Offerte eingeladen worden ist, ist sie aber zumindest als potenzielle Konkurrentin zu betrachten, was für das Vorliegen einer horizontalen Wettbewerbsabrede genügt. Somit greift die Vermutung der Beseitigung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG.

C.3.2.2 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

115. 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.

116. Wird nicht nachgewiesen, dass trotz der Abrede wirksamer Wettbewerb besteht, greift die gesetzliche Vermutung und gestützt auf diese ist von einer Beseitigung des Wettbewerbs auszugehen. Insoweit wirkt sich eine diesbezügliche Beweislosigkeit zum Nachteil des betreffenden Unternehmens aus, das insofern die objektive Beweislast trägt.⁸⁹

117. Im Folgenden gilt es zu prüfen, ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung im vorliegenden Fall widerlegt werden kann. Um dies zu beurteilen, sind zunächst die sachlich und räumlich, womöglich auch die zeitlich relevanten Märkte für bestimmte Waren oder Dienstleistungen abzugrenzen, auf welchen sich die vorliegende Wettbewerbsabrede auswirkte. In einem zweiten Schritt ist alsdann zu prüfen, ob der auf den relevanten Märkten trotz des Vorliegens von Wettbewerbsabreden noch verbleibende aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb wirksamen Wettbewerb herzustellen und damit die Vermutung zu widerlegen vermag.

C.3.2.3 Relevanter Markt

118. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.⁹⁰

119. 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

⁸⁷ RPW 2013/4, 592 ff. Rz 820., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* m.w.H.

⁸⁸ Act. 48 (22-0462).

⁸⁹ Siehe in diesem Sinne BGE 129 II 18 E. 7.1 (= RPW 2002/4, 743 E 7.1), *Buchpreisbindung*, sowie das Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 381 f. E. 9, *Implenia (Ticino) SA/WEKO*.

⁹⁰ BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

Wettbewerbsbeschränkung zu beurteilen.⁹¹ Zudem ist die Bestimmung des relevanten Markts für die Höhe der Sanktion von Bedeutung (siehe unten Rz 143 ff.). Daraus folgt zwingend, dass die Marktabgrenzung davon abhängig ist, welche (mögliche) Wettbewerbsbeschränkung konkret untersucht wird.

(i) *Marktgegenseite*

120. Für sämtliche Aspekte der Marktabgrenzung kommt es auf die Sichtweise der Marktgegenseite an. „Marktgegenseite“ sind dabei die Abnehmer derjenigen Leistung, die Gegenstand der untersuchten (möglichen) Wettbewerbsbeschränkung ist.⁹² Untersuchen die Wettbewerbsbehörden z. B. die Wirkungen einer Wettbewerbsabrede, so sind diejenigen Personen als Marktgegenseite zu betrachten, welche die Güter oder Dienstleistungen beziehen, auf die sich die Abrede bezieht.

121. Im vorliegenden Fall war die Bauherrin, [X], welche den Um- und Anbau ihres Hauses in Samedan nachgefragt hat, Marktgegenseite der Parteien.

(ii) *Sachlich und räumlich relevanter Markt*

122. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU⁹³, der hier analog anzuwenden ist).⁹⁴

123. Die vorliegende Wettbewerbsabrede bezog sich auf das betreffende Hochbauprojekt. Der sachlich relevante Markt umfasst daher die Bauleistungen betreffend Um- und Anbau [X].

124. 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).⁹⁵

125. Das vorliegende Bauprojekt ist naturgemäss an den Ort der Ausführung gebunden, also in der vorliegenden Untersuchung an Samedan. Im Bauwesen besteht ein gewisser Distanzschutz aufgrund der hohen Transportkosten. Mit zunehmender Distanz zwischen dem Ausführungsort und dem Werkhof einer Bauunternehmung steigen die Selbstkosten und somit sinkt auch die Rentabilität.

126. Aufgrund der Projektgrösse und den geographischen Gegebenheiten (Alpenpässe, Distanzen, fehlende Schnellstrassen) des Engadins ist davon auszugehen, dass in den meisten Fällen lokal tätige Bauunternehmen eine wirtschaftliche Offerte einreichen konnten. Tatsächlich haben beim vorliegenden Projekt auch nur Unternehmen aus dem Engadin eine Offerte eingereicht. Die Grenze zwischen Ober- und Unterengadin ist, auch aufgrund eines fehlenden geografischen Hindernisses, eher durchlässig. Aus diesem Grund bildet vorliegend maximal das gesamte Engadin den räumlich relevanten Markt.

⁹¹ Exemplarisch OECD, Market Definition, DAF/COMP(2012)19, S. 11; RAINER TRAUGOTT, 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.

⁹² 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.

⁹³ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

⁹⁴ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁹⁵ BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.w.H. (RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

C.3.2.3.2 Innenwettbewerb

127. Wie in Rz 64 ff. dargelegt, gab Lenatti schliesslich tatsächlich eine höhere Offerte ein als Lazzarini und Hohenegger verzichtete auf eine Offerteingabe. Es ist somit kein Innenwettbewerb zwischen Lazzarini, Lenatti und Hohenegger ersichtlich.

C.3.2.3.3 Aussenwettbewerb

128. Nachfolgend ist zu beurteilen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert worden sind, d.h., ob sie überhaupt über die Möglichkeit verfügten, die Preise zu erhöhen oder die Mengen zu reduzieren oder die Qualitäten zu senken oder die Innovation zu verzögern; kurz, ob sie volkswirtschaftliche oder soziale Schäden verursachen konnten.

129. Beim vorliegend zu beurteilenden Projekt wurden die entsprechenden Arbeiten durch eine private Bauherrschaft vergeben. Aussenwettbewerb (aktueller wie auch potenzieller) konnte damit ausschliesslich durch allfällige zur Offertabgabe eingeladene bzw. angefragte Bauunternehmen, die sich nicht gleichzeitig an der Abrede beteiligten, entstehen. Das Unternehmen, von welchem damit überhaupt ein wirksamer Aussenwettbewerb ausgehen konnte, ist durch das angefragte Unternehmen Kuhn identifiziert.

130. Die vorliegende Abrede war nicht erfolgreich, da das zu schützende Unternehmen Lazzarini den Zuschlag nicht wie vereinbart erhielt, sondern ein Aussenwettbewerber, die Firma Kuhn. Somit lag bezüglich der vorliegend ausgeschriebenen Bauleistungen ausreichender Aussenwettbewerb vor, der die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt.⁹⁶

C.3.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

131. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts, u.a. im Fall Gaba, ist das Kriterium der Erheblichkeit in Art. 5 Abs. 1 KG als Bagatellklausel zu verstehen. Schon ein geringes Mass ist ausreichend, um als erheblich qualifiziert zu werden.⁹⁷ Das Gericht stellte sodann klar, dass die Frage der Erheblichkeit bei Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich nur unter dem Gesichtspunkt qualitativer Elemente zu würdigen ist. In der Regel sind solche Wettbewerbsabreden bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich.⁹⁸ Quantitative Aspekte sind hierbei nicht zu prüfen. Schliesslich ist nicht erforderlich, dass sich die betreffenden Abreden tatsächlich negativ auf den Wettbewerb ausgewirkt haben. Es genügt, dass sie den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.⁹⁹

132. Der vorliegenden Wettbewerbsabrede war ein nicht unbedeutendes Schädigungspotenzial immanent. Als horizontale Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG; vgl. Rz 111) betraf sie zentrale Wettbewerbsparameter. Zudem wurde sie umgesetzt. Damit entfiel zwischen den Abredeteilnehmern jeglicher Innenwettbewerb.

133. Die Bagatellschwelle ist – bezogen auf den relevanten Markt (Rz 118 ff. hiervor) – bei weitem überschritten. Das Kriterium der Erheblichkeit ist somit gegeben.

⁹⁶ Vgl. dazu auch RPW 2013/4, 596 Rz 852 f., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

⁹⁷ BGE 143 II 297, RPW 2017/2, 349 E. 5.1, *GABA*; bestätigt in Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, *BMW*.

⁹⁸ BGE 143 II 297, RPW 2017/2, 350 E. 5.2, *GABA*; bestätigt in Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, *BMW*; Urteil des BGer 2C_1017/2014 vom 9.10.2017, E. 3.1, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BGer 2C_1016/2014 vom 9.10.2017, E. 1, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*.

⁹⁹ BGE 143 II 297, RPW 2017/2, RPW 2017/2, 353 E. 5.4.2, *GABA*; bestätigt in Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.2, *BMW*.

C.3.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

134. Es liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor. Es ist daher zu prüfen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Laut Art. 5 Abs. 2 KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

- a) notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichen Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und
- b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

135. Rechtfertigungsgründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) sind bei der vorliegenden Wettbewerbsabrede nicht ersichtlich und wurden von den Parteien auch nicht vorgebracht. Es handelt sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar.

C.3.5 Ergebnis

136. Es steht fest, dass der Wettbewerb in Bezug auf die abgesprochenen Bauleistungen Um- und Anbau Wohnhaus [X] nicht beseitigt, jedoch i.S.v. Art. 5 Abs. 3 und 1 KG erheblich beeinträchtigt wurde. Die Abrede kann nicht durch Effizienzgründe i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden und ist somit gestützt auf Art. 5 Abs. 1 und 3 Bst. a und c KG unzulässig.

C.4 Massnahmen

137. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen als auch monetäre Sanktionen.

C.4.1 Anordnung von Massnahmen

138. 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.¹⁰⁰

139. Die Unternehmen Lazzarini, Lenatti und Hohenegger werden unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) dazu verpflichtet, Verhaltensweisen zu unterlassen, welche unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG darstellen.

140. Insbesondere wird den genannten Unternehmen untersagt:

- Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen weder um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht auf eine Offerteingabe anzufragen noch derartiges anzubieten.
- sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – nicht über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und

¹⁰⁰ RPW 2013/4, 643 Rz 1028 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2015/2, 235 Rz 266 ff., *Tunnelreinigung*.

Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen. davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit

- a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) sowie
- b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.

141. Diese Anordnungen umschreiben die Verpflichtungen der Verfahrensparteien, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Zudem stehen sie in unmittelbarem Zusammenhang zur von ihnen begangenen unzulässigen Verhaltensweise 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.

142. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die genannten Massnahmen 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.¹⁰¹

C.4.2 Sanktionierung

143. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Art. 9 Abs. 3 KG ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

C.4.2.1 Voraussetzungen

144. Sämtliche Parteien erfüllen vorliegend den Unternehmensbegriff nach Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG und haben durch den Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 KG eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG begangen.

145. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen handelten und die kartellrechtswidrige Submissionsabsprache trafen, taten dies wissentlich oder 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 Vorsatz bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen.

C.4.2.2 Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht

146. 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. Für die Prüfung dieser fünfjährigen Frist ist im Einzelfall die gesamte Dauer des Kartells miteinzubeziehen.

147. Bisher ungeklärt ist, ob die Vorschrift „unternehmensbezogen“ oder „tatbezogen“ verstanden werden muss. Mit anderen Worten stellt sich die Frage, ob die Sanktionierung eines Unternehmens ausgeschlossen ist, wenn die Untersuchungseröffnung gegenüber diesem Unternehmen über fünf Jahre nach dessen Einstellung des KG-Verstosses erfolgte, oder ob eine

¹⁰¹ 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*.

Sanktionierung eines Unternehmens nur ausgeschlossen ist, wenn die Untersuchung als solche über fünf Jahre nach dessen Einstellung des KG-Verstosses erfolgte, unabhängig davon, ob sich die Untersuchung von Anfang an gegen das betreffende Unternehmen richtete oder nicht.

148. Für eine tatbezogene Auslegung spricht erstens der Wortlaut. Denn Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ist tatbezogen formuliert („Die Belastung entfällt, wenn die Wettbewerbsbeschränkung...“). Zweitens kommt hinzu, dass Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG seinem Sinn und Zweck zuwider laufen würde, wenn diese Norm „unternehmensbezogen“ zu interpretieren wäre. Die Wettbewerbsbehörde kennt bei Eröffnung einer Untersuchung oftmals nicht alle Beteiligten an einem Wettbewerbsverstoss. Häufig erweist sich erst im Laufe der Untersuchung, dass weitere Unternehmen am möglichen Wettbewerbsverstoss beteiligt sind. Wäre diese Norm unternehmensbezogen zu verstehen, müsste die Wettbewerbsbehörde gegen sämtliche theoretisch denkbaren Beteiligten eröffnen, damit die Sanktionierbarkeit nicht entfällt, wodurch die Durchführung der entsprechenden Untersuchungen massiv erschwert würde. Auch wäre eine solche „breite“ Eröffnung nicht im Interesse der Unternehmen.

149. Dass der Sinn und Zweck der Bestimmung für eine „tatbezogene“ Auslegung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG spricht, zeigt insbesondere auch der Blick auf den vorliegenden Fall. In casu hat sich nämlich erst im Laufe der Untersuchung herausgestellt, dass sich weitere Unternehmen am vorliegenden Wettbewerbsverstoss beteiligten. Dies ergab sich erst aus der Auswertung und Analyse der anlässlich der ersten Hausdurchsuchung beschlagnahmten Dokumente. Bei einer grossen Anzahl durchsuchter Unternehmen kann eine entsprechende Auswertung mehrere Monate oder Jahre beanspruchen. Entsprechend konnte das Verfahren gegen die betreffenden Unternehmen erst im November 2015 ausgedehnt werden.

150. Keine Hinweise für die Bedeutung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ergeben sich aus den Gesetzesmaterialien und der Gesetzessystematik. Damit ist auf das Ergebnis der grammatischen und teleologischen Auslegung abzustellen. Im Einklang mit diesen Auslegungskriterien ist die Vorschrift somit tatbezogen zu verstehen.

151. Im vorliegenden Fall wurde die Untersuchung gegenüber Lazzarini und Hohenegger am 30. Oktober 2012 eröffnet. Am 23. November 2015 wurde sie gegen Lenatti und Broggi Lenatti ausgedehnt. Es stellt sich die Frage, ob mit der Eröffnung der Untersuchung gegenüber Lazzarini und Hohenegger am 30. Oktober 2012 die Frist für die Sanktionierbarkeit gewahrt ist. Da die Untersuchung als Gegenstand „Wettbewerbsbeschränkungen im Unterengadin“ 2012 eröffnet wurde, war das vorliegende Projekt, welches im Oberengadin liegt, nicht vom damaligen Untersuchungsgegenstand erfasst. Am 22. April 2013 wurde die Untersuchung auf den gesamten Kanton Graubünden ausgedehnt. Die Ausdehnung wurde im Schweizerischen Handelsblatt publiziert.¹⁰² Mit der Ausdehnung vom 22. April 2013 ist die Frist für die Sanktionierbarkeit gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG gewahrt, und zwar gegenüber allen Verfahrensparteien. Daher können die Verfahrensparteien aufgrund der 5-jährigen Frist nach Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG für Kartellrechtsverstösse, die nach dem 22. April 2008 eingestellt worden sind, gebüsst werden. Das relevante Projekt der vorliegenden Untersuchung wurde nach diesem Zeitpunkt, nämlich im Jahre 2010, vergeben. Folglich kann der in diesem Zusammenhang begangene Kartellrechtsverstoss sanktioniert werden.

152. Damit sind sämtliche Voraussetzungen einer Sanktionierung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt.

¹⁰² SHAB vom 28.05.2013 [siehe auch Act. I.080 (22-0433)].

C.4.2.3 Bemessung

C.4.2.3.1 Konkrete Sanktionsbemessung

153. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt demnach 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.

154. 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 Verhältnismässigkeit¹⁰³ und der Gleichbehandlung begrenzt wird.¹⁰⁴ 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.

a) Basisbetrag

155. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). 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.).

156. Die an der Submissionsabrede beteiligten Unternehmen erzielten im von der vorliegenden abgesprochenen Submission betroffenen Markt keinen Umsatz, da ihre Schutznahme erfolglos blieb bzw. da ihnen lediglich die Rolle der Schutzgeber zugeordnet war. Art. 49a Abs. 1 KG sieht eine Sanktionierung von Unternehmen vor, welche sich an einer unzulässigen Abrede beteiligt haben. Das Entfallen der Belastung ist auf Gesetzesstufe nur aus den in Art. 49a Abs. 3 KG abschliessend aufgeführten Gründen vorgesehen. Eine rein auf der Basis des eigenen Umsatzes zu bemessende Sanktion würde bei Abredeteiligen, deren Schutznahme erfolglos blieb oder die durch eine Stützofferte den designierten Zuschlagsempfänger schützen sollten, aufgrund fehlenden Umsatzes zu einer Nicht-Sanktionierung führen, die in Art. 49a KG nicht vorgesehen ist. Dieses Ergebnis entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Regelung von Art. 3 SVKG und kann vom Verordnungsgeber nicht gewollt gewesen sein. Dabei ist auch zu beachten, dass der Bundesrat befugt ist, Ausführungsbestimmungen (Art. 60 KG) zu den in Art. 49a KG festgelegten Sanktionskriterien zu erlassen. Zudem kann er auf Antrag der Beteiligten im Einzelfall Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen zulassen, die von der zuständigen Behörde für unzulässig erklärt wurden, wenn sie in Ausnahmefällen notwendig sind, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen. Zur Regelung weiterer, im Gesetz nicht vorgesehener Sanktionsbefreiungstatbestände wurde der Bundesrat vom Gesetzgeber indes nicht ermächtigt. Wäre Art. 3 SVKG so auszulegen, dass Unternehmen, die im durch das wettbewerbswidrige Verhalten betroffenen Markt keinen Umsatz erzielten, keine Sanktion aufzuerlegen wäre, würde dies den gesetzlichen Rahmen des Kartellgesetzes sprengen. Kartellrechtliche Sanktionen dienen nicht nur der Abschöpfung der Kartellrente, sondern weisen auch pönalen Charakter auf und sollen die Präventivwirkung des Kartellrechts verstärken. Dieser *ratio legis* der kartellrechtlichen Sanktionsvorschriften liefe es zuwider, wenn „schutzgebende“ Unternehmen straffrei ausgehen würden. Namentlich ist auch den Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung nicht zu entnehmen, dass bei einer solchen Sachlage auf eine Sanktionierung zu verzichten ist. Inso-

¹⁰³ Art. 2 Abs. 2 SVKG.

¹⁰⁴ RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

fern ergibt die Auslegung von Art. 3 SVKG, dass sich deren Konkretisierung der Sanktionsbemessung auf Fälle beschränkt, in denen ein Unternehmen tatsächlich einen Umsatz im relevanten Markt erzielt hat. Sofern ein Unternehmen im relevanten Markt keinen Umsatz erwirtschaftet hat, ist für dieses das in Art. 3 SVKG vorgesehene Kriterium des tatsächlichen Umsatzes nicht zu berücksichtigen, um die Höhe der in Art. 49a KG vorgesehenen Sanktion festzulegen.

157. Vor diesem Hintergrund ist vorliegend – unter Berücksichtigung der vom Gesetz- und Verordnungsgeber in Art. 49a KG und Art. 3 SVKG getroffenen Wertungen – ein Basisbetrag zu bestimmen, der einerseits den von der Submissionsabrede betroffenen Umsatz einbezieht und andererseits die Schwere und Art des Verstosses berücksichtigt. Vorliegend wurde, wie oben dargelegt, weder von den schützenden noch vom (erfolglos) schutznehmenden Unternehmen beim Bauprojekt Um- und Anbau [X] einen Umsatz erzielt. Daher ist ersatzweise der Umsatz heranzuziehen, den die (erfolglos) geschützte Gesellschaft beim Bauprojekt Um- und Anbau [X] abredegemäss hätte erzielen sollen. Denn dieser Umsatz reflektiert letztlich die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen Submission und damit des entsprechenden Marktes und gibt dadurch Aufschluss über die Tragweite und das Schädigungspotenzial des Kartellrechtsverstosses.¹⁰⁵ Im vorliegenden Fall handelt es sich dabei für die drei abredebeteiligten Unternehmen um die Offertsumme von Lazzarini, als (erfolglos) schutznehmendes Unternehmen, von CHF 916'902 exkl. MWST (vgl. Rz 40). Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF 91'690.

158. Die Schwere der Zuwiderhandlung ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer massgeblich 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 Prozent, einzuordnen. 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.

159. Lazzarini als erfolglose Schutznehmerin sowie Lenatti als schützendes Unternehmen beteiligten sich an Abreden, welche den Preis sowie auch die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand haben. Beide Unternehmen handelten dabei vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotenzial von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend sind zudem gleichzeitig mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen. Allerdings wurde im vorliegenden Fall der Wettbewerb nicht beseitigt, sondern erheblich beeinträchtigt, da die Abrede nicht zum angestrebten Ergebnis führte. Dies ist gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen.

160. Der vorliegende Kartellrechtsverstoss ist demnach als mittelschwer zu werten.

161. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für Lazzarini als nicht erfolgreiche Schutznehmerin der Submissionsabrede ein Basisbetrag von CHF 45'000 als angemessen.

162. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für Lenatti als schützendes Unternehmen ein Basisbetrag von CHF 25'000 als angemessen.

¹⁰⁵ Vgl. RPW 2013/4, 618 Rz 956, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

163. Hohenegger beteiligte sich demgegenüber durch ihren bewussten Eingabeverzicht an einer Abrede über die Aufteilung von Geschäftspartnern, womit lediglich eine Tatbestandsvariante von Art. 5 KG erfüllt ist. Der Kartellrechtsverstoss von Hohenegger ist somit weniger schwer zu gewichten als derjenige von Lazzarini und Lenatti.

164. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für Hohenegger als durch Eingabeverzicht schützendes Unternehmen ein Basisbetrag von CHF 11'250 als angemessen.

b) Dauer des Verstosses

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

166. Der vorliegende Kartellrechtsverstoss bezieht sich auf Leistungen im Rahmen eines einzelnen Bauprojekts, nämlich den Um- und Anbau [X]. Der Wettbewerbsverstoss betrifft damit einen relativ kurzen Zeitraum. Folglich ist der Basisbetrag nicht zu erhöhen.

c) Erschwerende Umstände

167. Gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG wird der Betrag nach den Art. 3 und 4 zusätzlich erhöht, wenn das betreffende Unternehmen zur Wettbewerbsbeschränkung anstiftete oder dabei eine führende Rolle spielte. Das Tatbestandsmerkmal der Anstiftung bzw. der führenden Rolle wird in Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG genannt, aber vom Ordnungsgeber nicht definiert. Vorliegend werden Anstiftung und führende Rolle separat geprüft.

Anstiftung

168. Unternehmen nehmen eine anstiftende Rolle ein, wenn sie andere Unternehmen dazu veranlassen, eine Wettbewerbsbeschränkung zu begehen bzw. sich daran zu beteiligen. Als Mittel kommt in Analogie zu den strafrechtlichen Kriterien der Anstiftung (vgl. Art. 24 StGB) grundsätzlich jedes motivierende Verhalten in Frage. Zu denken ist etwa an einen Vorschlag, eine konkludente Aufforderung oder eine motivierende Einladung (allenfalls unter Inaussichtstellen von Anreizen oder Drohungen).¹⁰⁶

169. Wie in Rz 75 ausgeführt, ist nicht erstellt, dass eine Verfahrenspartei beim Bauprojekt Um- und Anbau [X] die Initiative zur Angebotskoordination ergriff. Welches Unternehmen diese Koordination letztlich initiierte, lässt sich nicht erstellen und muss daher offen gelassen werden. Unter diesem Gesichtspunkt ist der Basisbetrag daher bei keiner Verfahrenspartei zu erhöhen. Des Weiteren ist zu prüfen, ob eine der Verfahrensparteien allenfalls eine führende Rolle ausübte.

Führende Rolle

170. Eine führende Rolle bei horizontalen Abreden liegt vor, wenn ein Unternehmen im konkret zu beurteilenden Einzelfall in besonderem Masse zur Beschränkung des Wettbewerbs bzw. zum KG-Verstoss beigetragen hat. Zentral für die Beurteilung einer führenden Rolle sind zum einen die konkreten Beiträge eines Unternehmens zur Vorbereitung, Organisation, Durchführung und Umsetzung der Wettbewerbsbeschränkung und zum anderen die Interessenslage der beteiligten Unternehmen. Nimmt ein Unternehmen bei der Organisation oder Umsetzung eine besonders tragende Rolle ein und dient eine Wettbewerbsbeschränkung einem Unternehmen in besonderem Masse, ist dies als Anzeichen seiner führenden Rolle zu werten.¹⁰⁷

¹⁰⁶ RPW 2016/3, 751 Rz 224, *Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör*, CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a N 76.

¹⁰⁷ Vgl. dazu RPW 2016/3, 710 Rz 399 f., *Flügel und Klaviere* (noch nicht rechtskräftig); RPW 2016/3, 751 Rz 224, *Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör*; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK

171. Da der Ordnungsgeber die führende Rolle nicht definiert hat und die Anzahl diesbezüglicher Entscheide der WEKO bis anhin gering ausfällt, ist rechtsvergleichend die Praxis der EU-Kommission heranzuziehen. Auch die EU-Kommission beachtet bei der Berechnung der Sanktionshöhe die Rolle des Anführers als erschwerenden Umstand.¹⁰⁸ Rechtsvergleichend sei daher auf die entsprechende Praxis der EU-Gerichte hingewiesen. Demnach muss ein Unternehmen, um als Anführer eines Kartells eingestuft zu werden, eine wichtige Antriebskraft für das Kartell gewesen sein¹⁰⁹ oder eine besondere, konkrete Verantwortung für dessen Funktionen getragen haben.¹¹⁰ Darauf kann auch aus einer Gesamtheit von Indizien geschlossen werden, die das Bestreben des Unternehmens zeigen, die Stabilität und den Erfolg des Kartells zu sichern.¹¹¹ Ein solcher Fall liegt etwa vor, wenn nachgewiesen ist, dass das Unternehmen im Kartell die Aufgaben eines Koordinators übernommen und namentlich das mit der konkreten Durchführung des Kartells betraute Sekretariat organisiert und mit Personal ausgestattet hatte.¹¹² Oder wenn erwiesen ist, dass das betroffene Unternehmen im Rahmen der konkreten Betätigung des Kartells eine zentrale Rolle etwa dadurch spielte, dass es zahlreiche Treffen organisierte, die Informationen innerhalb des Kartells entgegennahm und verteilte, die Vertretung einiger Mitglieder im Kartell übernahm oder die meisten Vorschläge zur Arbeitsweise des Kartells machte.¹¹³ Hierbei handelt es sich aber nicht um einen abschliessenden Katalog von möglichen Tatbeiträgen, die für eine führende Rolle sprechen. Die Einzelfallbetrachtung und der Umstand, dass Kartelle unterschiedlich initiiert, organisiert und gelebt werden können, stünde einem solchen Schematismus entgegen. Letztlich ist massgeblich, ob der konkrete Tatbeitrag eines Beteiligten – absolut betrachtet – wesentlich für die Organisation, Umsetzung, den Fortbestand und/oder Erfolg des konkreten Kartells war und sich – relativ betrachtet – qualitativ und/oder quantitativ derart von Tatbeiträgen anderer Beteiligten abhob, dass im Vergleich zu diesen auf eine führende Rolle zu schliessen ist.

172. Vorliegend steht fest, dass Lazzarini die zwei E-Mails vom 24. bzw. 25. Februar 2010 an Lenatti und Hohenegger zusandte. Darin gab sie ihnen an, um welchem Prozentsatz sie höher offerieren sollen (vgl. Rz 35 hiervoor). Diese Angabe der Höhe der Schutzofferte ist nicht als Tatbeitrag zu werten, der isoliert betrachtet zur Annahme einer führenden Rolle führt. Vielmehr liegt eine solche Handlung in der Natur einer einzelsubmissionsbezogenen preislichen Angebotskoordination.¹¹⁴ In casu war der für Lazzarini damit verbundene organisatorische und intellektuelle Aufwand nur gering. Eine tragende Rolle von Lazzarini bei der Organisation sowie der Durchführung des Kartells liegt somit nicht vor. Zu würdigen ist sodann die Interessenlage der Beteiligten, wonach das Interesse von Lazzarini an der Angebotskoordination als „Schutznehmerin“ grösser gewesen sein dürfte als dasjenige von Lenatti und Hohenegger. Eine solche Interessensasymmetrie liegt bei einzelprojektbezogenen Submissionsabreden

(Fn 106), Art. 49a N 78; ROBERT ROTH/CHRISTIAN BOVET, in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, Martenet/Tercier/Bovet (Hrsg.), 2013, Art. 49a KG N 52.

¹⁰⁸ Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABI. C 210/2, 4 Rz 28.

¹⁰⁹ EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.* unter Verweis auf EuG T-410/03, Slg. 2008, II-881 Rz 423, *Hoechst/Kommission*; EuG, T-15/02 Slg. 2006, II-497 Rz 93, *BASF/Kommission*.

¹¹⁰ EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.*, EuG, T-15/02 Slg. 2006, II-497 Rz 87, *BASF/Kommission*.

¹¹¹ EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.*; EuG, T-15/02 Slg. 2006, II-497 Rz 351 *BASF/Kommission*.

¹¹² EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.*; EuG T-224/00, Slg. 2003, II-2597, Rz 246 und 247, *Archer Daniels Midland*.

¹¹³ Vgl. in diesem Sinne EuGH verb. Rs. 96/82 bis 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 und 110/82, *IAZ International Belgium et al.*, Slg. 1983, 3369, Rz. 57 f.; EuG, T-15/02 Slg. 2006, II-497 Rz 404, 439 und 461 *BASF/Kommission*; EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.*; RPW 2016/3, 710 Rz 402., *Flügel und Klaviere* (noch nicht rechtskräftig).

¹¹⁴ Vgl. auch RPW 2013/4, 627 Rz 983, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

ebenfalls in der Natur der Sache und begründet für sich alleine keine führende Rolle. Zusammengefasst, in einer Gesamtbetrachtung, sind die für eine führende Rolle sprechenden Kriterien (Organisation, Durchführung, Interessenslage) zu wenig ausgeprägt, um eine solche für Lazzarini zu bejahen.

173. Im Ergebnis liegen damit zwar gewisse Elemente vor, die für die Erfüllung der obgenannten Voraussetzungen und damit für eine führende Rolle von Lazzarini sprechen. Diese Elemente erreichen aber nicht das Ausmass, um eine solche zu bejahen. Eine Sanktionserhöhung unter diesem Titel scheidet somit aus. Nicht beurteilt zu werden braucht die Frage, wie es sich verhält, wenn ein Unternehmen über die vorliegenden üblichen Umsetzungshandlungen im Zuge einer einzelprojektbezogenen Abrede hinaus auf die Organisation und Durchführung des Kartells Einfluss nimmt oder bei einer projektübergreifenden Abrede regelmässig die Konkretisierung der preislichen Angebotskoordination übernimmt.

C.4.2.4 Maximalsanktion

174. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 Prozent 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.

C.4.2.5 Selbstanzeige – Vollständiger/teilweiser Erlass der Sanktion

Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion

175. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion richten sich nach Art. 8 SVKG und 12 SVKG.

Lazzarini

176. Wie oben unter Verfahrensgeschichte (Rz 6 ff.) ersichtlich, reichte Lazzarini am 1. November 2012 eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG in Bezug auf das Verfahren „22-0433: Bauleistungen Unterengadin“ ein. Lazzarini reichte zahlreiche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein, die zunächst jedoch nicht das Bauprojekt Um- und Anbau [X] zum Gegenstand hatten.

177. Am 10. September 2015 führte das Sekretariat eine Zeugeneinvernahme mit [Mitarbeiter A] als [Funktion] Lazzarinis in Samedan durch.

178. Erst daraufhin erwähnte Lazzarini am 16. Oktober 2015, also knapp drei Jahre nach Untersuchungseröffnung und ca. zweieinhalb Jahre nach Ausdehnung der Untersuchung auf den gesamten Kanton Graubünden, im Rahmen einer Eingabe an das Sekretariat zum ersten und einzigen Mal das Bauprojekt Um- und Anbau [X]. Die entsprechenden zwei Passagen umfassen insgesamt fünf Sätze, welche lediglich Aussagen wiedergeben, welche [Mitarbeiter A] bereits im Rahmen seiner Zeugeneinvernahme vom 10. September 2015 gemacht hatte. Somit umfasste die Eingabe von Lazzarini lediglich Aussagen, die vom Sekretariat selber erhoben wurden und bereits bekannt waren. Am 7. Dezember 2015 wurde Lazzarini eine Kopie des Protokolls der Zeugeneinvernahme von [Mitarbeiter A] vom 10. September 2015 zugestellt.¹¹⁵

179. Zu prüfen ist, ob die Eingabe von Lazzarini im Zusammenhang mit dem Bauprojekt [X] überhaupt als Selbstanzeige zu qualifizieren ist. Keinen Selbstanzeigengehalt kommt grundsätzlich Vorbringen zu, in denen bloss die Möglichkeit erwähnt wird, dass sich das Unternehmen an einer Wettbewerbsbeschränkung beteiligt habe. Gleiches gilt, wenn das Unternehmen

¹¹⁵ Act. I.556.

in seinen Vorbringen lediglich nicht ausschliesst, dass es sich an einer Wettbewerbsbeschränkung beteiligt habe oder wenn das Unternehmen die beigebrachten Informationen und Beweismittel selbst wieder entkräftet, etwa indem es eine Verhaltensabstimmung mit anderen Unternehmen bestreitet oder generell (mögliche) negative Auswirkungen auf den Wettbewerb verneint.¹¹⁶

180. Die Eingabe von Lazzarini vom 16. Oktober 2015 hat folgenden Inhalt (Hervorhebungen durch die Behörde):

„[Mitarbeiter A] glaubt sich erinnern zu können, dass im Projekt „Um- und Anbau [X]“ (Nr. 13/2010) die Kalkulation oder allenfalls sogar die SIA-Schnittstelle mit der Lenatti AG ausgetauscht worden ist.“

„Am Projekt „Um- und Anbau Wohnhaus [X]“ (Nr. 13/2010) in Samedan war Lazzarini sehr interessiert. Offenbar wurde hier die Offerte der Lazzarini an die Lenatti AG und die René Hohenegger Sarl per Mail zugestellt, je verbunden mit der Bitte um Eingabe einer höheren Offerte. Ob die beiden Unternehmen dann tatsächlich auch eine Eingabe gemacht haben, ist Lazzarini nicht bekannt. Hingegen ist klar, dass offenbar Lazzarini nicht zum Zuge gekommen ist und das Projekt trotz (versuchter) Absprache mit zwei Unternehmen von einem Dritten ausgeführt worden ist.“

181. Durch die offen gehaltenen Formulierungen (z.B. „glaubt sich erinnern zu können“, „allenfalls“, „offenbar“, usw.) legte sich Lazzarini nicht fest und legte auch nicht den dadurch verfolgten Zweck dar. Lazzarini liess vielmehr die Möglichkeit offen, dass es sich möglicherweise so abspielte. Die einzige relevante Aussage, bei welcher sich Lazzarini festlegt, ist die Formulierung „trotz (versuchter) Absprache“, womit Lazzarini implizit das Vorliegen einer (versuchten) Wettbewerbsbeschränkung eingestand.

182. Mit Schreiben vom 8. April 2016¹¹⁷ wies das Sekretariat Lazzarini darauf hin, dass Lazzarini u.a. auch in Bezug auf die Untersuchung 22-0462: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V jederzeit die Möglichkeit habe, ihre Selbstanzeige zu ergänzen, da Zweifel am Selbstanzeigegehalt gewisser Eingaben von Lazzarini vorlagen. Lazzarini reichte jedoch in Bezug auf die vorliegende Untersuchung keine weiteren Ergänzungen ein. Sie bestätigte die Beweismittel, insbesondere die zwei E-Mails vom 24. und 25. Februar 2010, nicht, welche sie mit dem Protokoll der Zeugenbefragung von [Mitarbeiter A] im Dezember 2015, erhalten hat.

183. Es liegt somit in Bezug auf die Ausschreibung Um- und Anbau [X] von Lazzarini keine Selbstanzeige i.S.v. Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 8 SVKG vor. Allerdings hat sie zunächst ein implizites Geständnis abgegeben (Rz 181) und hat in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats den Sachverhalt gar ausdrücklich und vollumfänglich anerkannt. Diese Kooperation ist gestützt auf Art. 6 SVKG mit einer Sanktionsreduktion in der Höhe von 20 Prozent zu berücksichtigen.

Hohenegger

184. Wie oben unter Verfahrensgeschichte (Rz 6 ff.) ersichtlich, reichte Hohenegger am 21. März 2013 eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG in Bezug auf das Verfahren „22-0433: Bauleistungen Unterengadin“ ein.

185. Am 2. September 2015, also knapp drei Jahre nach Untersuchungseröffnung bzw. zweieinhalb Jahre nach Ausdehnung der Untersuchung auf den gesamten Kanton Graubünden, kam Hohenegger im Rahmen einer mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige auf Nachfrage des Sekretariates zum ersten Mal auf das Bauprojekt Um- und Anbau [X] zu sprechen. Ho-

¹¹⁶ Merkblatt und Formular „Bonusregelung (Selbstanzeige)“ vom 8.9.2014, Rz 5; <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/dienstleistungen/meldeformulare.html>.

¹¹⁷ Act. 4 (22-0462/25-0038).

henegger gab darin zu, dass es um eine Schutznahme gegangen sei. Zu diesem späten Zeitpunkt verfügte das Sekretariat bereits über Beweismittel, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen (Art. 8 Abs. 4 Bst. b SVKG).

186. Die Selbstanzeige von Hohenegger ist somit in Bezug auf das Bauprojekt Um- und Anbau [X] die einzige und daher auch zeitlich automatisch die erste. Da die Ergänzungen jedoch zu einem Zeitpunkt erfolgten, an welchem das Sekretariat bereits über Beweismittel verfügte, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen und dies zudem auf Nachfrage durch das Sekretariat erfolgte, sind die Voraussetzungen zur Gewährung eines vollständigen Sanktionserlasses nach Art. 8 SVKG nicht erfüllt.

187. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Reduktion der Sanktion gemäss Art. 12 ff. KG gegeben sind, wobei die Wichtigkeit des Beitrages des Unternehmens zum Verfahrenserfolg zu berücksichtigen ist.

188. Die Ausführungen von Hohenegger zum Bauprojekt Um- und Anbau [X] erfolgten auf Nachfrage des Sekretariats, umfassten jedoch ein klares Eingeständnis für eine Absprache und auch für den damit verfolgten Zweck. Da das Sekretariat zu diesem Zeitpunkt bereits über Beweismittel verfügte, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen, ist die Wichtigkeit des Beitrags von Hohenegger zum Verfahrenserfolg als mittel bis gering einzuschätzen.

189. Aus diesen Gründen gewährt die WEKO Hohenegger im Rahmen ihrer Selbstanzeige eine Sanktionsreduktion von 15 Prozent.

C.4.2.6 Verhältnismässigkeitsprüfung

190. Schliesslich muss eine Sanktion als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen finanziell tragbar sein.¹¹⁸ Dies ist vorliegend angesichts der Sanktionshöhe zu bejahen. Anzeichen, dass die Parteien durch die oben genannten Sanktionsbeträge in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würden, bestehen keine. Im Übrigen wird die Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes von den Parteien im vorliegenden Verfahren auch nicht geltend gemacht.

C.4.2.7 Ergebnis

191. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände beantragt die Wettbewerbsbehörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien angemessen (vgl. dazu Verfügungsadressatinnen, Rz 90):

- Lazzarini: CHF 36'000
- Lenatti und Broggi Lenatti: CHF 25'000
- Hohenegger: CHF 9'562

D Kosten

192. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG¹¹⁹ ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

193. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder

¹¹⁸ Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150, *Elektroinstallationsbetriebe Bern m.w.H.*

¹¹⁹ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

wenn sich die Parteien unterziehen. Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatinnen zu bejahen.

194. Ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung einer horizontalen Wettbewerbsabrede Gegenstand eines Verfahrens, so gelten grundsätzlich alle an der Abrede Beteiligten gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens. Dementsprechend 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 Praktikabilitätsabwägungen stehen dabei im Vordergrund.¹²⁰ Auch vorliegend werden die Gebühren den Parteien zu gleichen Teilen auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV¹²¹).

195. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100 bis CHF 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 200 bis CHF 290.

196. 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 20'000 dem vorliegenden Verfahren zugerechnet. Es wurden vor der Verfahrenstrennung mehrere Ermittlungshandlungen (insbesondere Einvernahmen) auch in Bezug auf das vorliegende Bauprojekt durchgeführt. Zusätzlich entfallen auf das vorliegende Verfahren folgende Gebühren, die auf der Grundlage der nach der Verfahrenstrennung aufgewendeten Stunden zu berechnen sind :

- 37 Stunden zu CHF 200, ergebend CHF 7400
- 4.50 Stunden zu CHF 290, ergebend CHF 1305.

197. Demnach beläuft sich die Gebühr insgesamt auf CHF 28'705.

198. Die Verfahrenskosten sind den Parteien zu gleichen Teilen aufzuerlegen. Die Lazzarini, Hohenegger und Lenatti haben einen Anteil an den Verfahrenskosten von je CHF 9'568 zu tragen, ebenso Lenatti und Broggi Lenatti unter solidarischer Haftung.

¹²⁰ RPW 2009/3, 221 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹²¹ Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

E Dispositiv

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

1. Den Unternehmen Lazzarini AG, P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau und René Hohenegger Sarl
 - 1.1 wird untersagt, Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht auf eine Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;
 - 1.2 wird untersagt, sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preis-elemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen; davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit
 - a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) sowie
 - b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.
2. Mit Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG wegen Beteiligung an der gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabrede mit folgenden Beträgen belastet werden:
 - 2.1 Lazzarini AG, Samedan, mit einem Betrag von CHF 36'000.
 - 2.2 P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau, Bever, und Broggi Lenatti AG, Bergün/Bravuogn, unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von CHF 25'000.
 - 2.3 René Hohenegger Sarl, Zernez, mit einem Betrag von CHF 9'562.
3. Die Verfahrenskosten betragen CHF 28'705 und werden folgendermassen auferlegt:
 - 3.1 Lazzarini AG, Samedan, trägt CHF 9'568.
 - 3.2 P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau, Bever, und Broggi Lenatti AG, Bergün/Bravuogn, tragen unter solidarischer Haftung CHF 9'568.
 - 3.3 René Hohenegger Sarl, Zernez, trägt CHF 9'568.
4. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
 - Broggi Lenatti AG, Legs-cha Zugr 4a, 7482 Bergün/Bravuogn;
vertreten durch RA Peder Cathomen, Veia Vedem 3, 7458 Mon
 - Lazzarini AG, Cho d'Punt 11, 7503 Samedan
vertreten durch RA Andreas Amstutz, Amstutz Greuter Rechtsanwälte,
Hallerstrasse 6, Postfach 5122, 3001 Bern;
 - P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau, Via Maistra 1, 7502 Bever;
vertreten durch RBT AG, Herr Fritz Nyffenegger, Piazza dal Mulin 6, 7500 St. Moritz
 - René Hohenegger Sarl, Chesa Muntanella, 7527 Brail.

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.