



**Hinweis:**

**Diese Verfügung wurde von den Parteien beim Bundesverwaltungsgericht angefochten und ist derzeit dort hängig (Stand: September 2018). Sie ist daher gegenüber den beschwerdeführenden Parteien nicht rechtskräftig.**

---

## 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

### **22-0460: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III**

wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

---

gegen

1. **Bezzola Denoth AG**, Fond 235, 7550 Scuol
2. **Foffa Conrad AG**, Scheschna Nr. 294, 7530 Zernez  
beide vertreten durch RA Dr. Gerald Brei, Eversheds  
Sutherland AG, Stadelhoferstrasse 22, 8001 Zürich
3. **Crestageo AG**, Felsenaustrasse 47, 7000 Chur
4. **METTLER PRADER AG**, Felsenaustrasse 47, 7000 Chur
5. **ZINDEL GRUPPE AG**, Felsenaustrasse 47, 7000 Chur  
alle drei vertreten durch RA Dr. Reto Jacobs, Walder Wyss AG,  
Seefeldstrasse 123, Postfach, 8034 Zürich

Besetzung

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

---

## Inhaltsverzeichnis

<b>A</b>	<b>Verfahren</b> .....	<b>5</b>
A.1	Gegenstand der Untersuchung .....	5
A.2	Untersuchungsadressatinnen .....	5
A.2.1	Bezzola Denoth AG, Scuol .....	5
A.2.2	Foffa Conrad AG, Zernez .....	5
A.2.3	Crestageo AG, Chur .....	5
A.2.4	METTLER PRADER AG, Chur .....	5
A.2.5	ZINDEL GRUPPE AG, Chur .....	6
A.3	Verfahrensgeschichte .....	6
<b>B</b>	<b>[Bauprojekt 1], Baumeisterarbeiten ([...])</b> .....	<b>10</b>
B.1	Sachverhalt .....	10
B.1.1	Vorbemerkungen zum Beweis .....	10
B.1.2	Beweisthema .....	11
B.1.3	Beweismittel .....	11
B.1.3.1	Urkunden .....	11
B.1.3.2	Auskünfte von Parteien .....	13
B.1.4	Beweiswürdigung .....	14
B.1.4.1	Konsens .....	14
B.1.4.2	Verfolgter Zweck .....	15
B.1.4.3	Rolle der Beteiligten .....	16
B.1.4.4	Umsetzung und Auswirkungen .....	17
B.1.5	Beweisergebnis .....	17
B.2	Erwägungen .....	18
B.2.1	Geltungsbereich .....	18
B.2.1.1	Persönlicher Geltungsbereich .....	18
B.2.1.2	Verfügungsadressatinnen .....	18
B.2.1.3	Sachlicher Geltungsbereich .....	18
B.2.1.4	Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich .....	18
B.2.2	Vorbehaltene Vorschriften .....	18
B.2.3	Unzulässige Wettbewerbsabrede .....	19
B.2.3.1	Wettbewerbsabrede .....	19
B.2.3.2	Zwischenergebnis .....	22
B.2.3.3	Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs .....	22

B.2.3.4	Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs .....	25
B.2.3.5	Rechtfertigung aus Effizienzgründen .....	25
B.2.3.6	Ergebnis .....	26
B.2.4	Massnahmen.....	26
B.2.4.1	Anordnung von Massnahmen.....	26
B.2.4.2	Sanktionierung .....	27
<b>C</b>	<b>[Bauprojekt 2], Baumeisterarbeiten ([...]) .....</b>	<b>38</b>
C.1	Sachverhalt.....	38
C.1.1	Beweisthema.....	38
C.1.2	Beweismittel .....	38
C.1.2.1	Urkunden .....	39
C.1.2.2	Auskünfte von Parteien .....	39
C.1.2.3	Auskünfte von Dritten .....	40
C.1.3	Beweiswürdigung .....	41
C.1.3.1	Konsens .....	41
C.1.3.2	Verfolgter Zweck .....	41
C.1.3.3	Rolle der Beteiligten .....	41
C.1.3.4	Umsetzung und Auswirkungen.....	42
C.1.4	Beweisergebnis.....	43
C.2	Erwägungen .....	43
C.2.1	Geltungsbereich .....	43
C.2.2	Persönlicher Geltungsbereich .....	43
C.2.3	Verfügungsadressatinnen.....	43
C.2.4	Sachlicher Geltungsbereich.....	44
C.2.5	Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich .....	44
C.2.6	Vorbehaltene Vorschriften .....	44
C.2.7	Unzulässige Wettbewerbsabrede .....	44
C.2.7.1	Wettbewerbsabrede .....	44
C.2.7.2	Zwischenergebnis .....	46
C.2.7.3	Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs .....	46
C.2.7.4	Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs .....	48
C.2.7.5	Rechtfertigung aus Effizienzgründen .....	49
C.2.7.6	Ergebnis.....	49
C.2.8	Massnahmen.....	50
C.2.8.1	Anordnung von Massnahmen.....	50
C.2.8.2	Sanktionierung .....	50
<b>D</b>	<b>[Bauprojekt 3], [...] ([...]).....</b>	<b>55</b>
D.1	Sachverhalt.....	55
D.1.1	Beweisthema.....	55
D.1.2	Beweismittel .....	56
D.1.2.1	Urkunden .....	56
D.1.2.2	Auskünfte von Parteien .....	56
D.1.3	Beweiswürdigung .....	58
D.1.3.1	Konsens .....	58
D.1.3.2	Verfolgter Zweck .....	58

D.1.3.3	Rolle der Beteiligten .....	59
D.1.3.4	Umsetzung und Auswirkungen .....	60
D.1.4	Beweisergebnis .....	60
D.2	Erwägungen .....	60
D.2.1	Geltungsbereich .....	60
D.2.1.1	Persönlicher Geltungsbereich .....	60
D.2.1.2	Verfügungsadressatinnen.....	60
D.2.2	Sachlicher Geltungsbereich.....	61
D.2.3	Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich .....	61
D.2.4	Vorbehaltene Vorschriften .....	61
D.2.5	Unzulässige Wettbewerbsabrede .....	61
D.2.5.1	Wettbewerbsabrede .....	61
D.2.5.2	Zwischenergebnis .....	63
D.2.5.3	Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs .....	63
D.2.5.4	Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs .....	65
D.2.5.5	Rechtfertigung aus Effizienzgründen .....	66
D.2.5.6	Ergebnis.....	66
D.2.6	Massnahmen.....	66
D.2.6.1	Anordnung von Massnahmen.....	66
D.2.6.2	Sanktionierung .....	67
<b>E</b>	<b>Punt Pedra, Strecke Scuol – Ramosch (2008) .....</b>	<b>72</b>
E.1	Sachverhalt.....	72
E.1.1	Beweisthema.....	72
E.1.2	Beweismittel .....	72
E.1.2.1	Urkunden .....	72
E.1.2.2	Auskünfte von Parteien .....	72
E.1.3	Beweiswürdigung .....	73
E.1.4	Beweisergebnis.....	73
E.2	Erwägungen .....	73
<b>F</b>	<b>Gesamtsanktion.....</b>	<b>74</b>
F.1	Sanktionsübersicht .....	74
F.2	Maximalsanktion .....	75
F.3	Verhältnismässigkeitsprüfung .....	76
<b>G</b>	<b>Kosten .....</b>	<b>76</b>
<b>H</b>	<b>Gesamtergebnis.....</b>	<b>77</b>
<b>I</b>	<b>Dispositiv .....</b>	<b>79</b>

## **A Verfahren**

### **A.1 Gegenstand der Untersuchung**

1. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet die Frage, ob die Crestageo AG, die PRADER AG, die Zindel GRUPPE AG, die Bezzola Denoth und die Foffa Conrad AG unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG<sup>1</sup> im Zusammenhang mit folgenden Ausschreibungen getroffen haben:

- [Bauprojekt 1], [...], [...] (nachfolgend: [Bauprojekt 1]);
- [Bauprojekt 2], Baumeisterarbeiten, [...] (nachfolgend: [Bauprojekt 2]);
- [Bauprojekt 3], [...], [...] (nachfolgend: [Bauprojekt 3]);
- Punt Pedra, Samnaun, 2008 (nachfolgend: Punt Pedra).

### **A.2 Untersuchungsadressatinnen**

#### **A.2.1 Bezzola Denoth AG, Scuol**

2. Die Bezzola Denoth AG (nachfolgend: Bezzola Denoth) mit Sitz in Scuol ist seit 2005 im Handelsregister eingetragen und bezweckt demnach die Übernahme und Ausführung von Hoch- und Tiefbauten aller Art sowie den Handel mit Baumaterialien. Bei der Bezzola Denoth handelt es sich um eine Tochtergesellschaft der Foffa Conrad AG, Zernez.

#### **A.2.2 Foffa Conrad AG, Zernez**

3. Die Foffa Conrad AG (nachfolgend: Foffa Conrad) mit Sitz in Zernez ist ebenfalls in den Bereichen Hoch- und Tiefbau tätig, so im Münstertal und im Engadin. Neben Zernez verfügt Foffa Conrad über Standorte in Val Müstair, Scuol und Samnaun. In der Hochsaison beschäftigt sie über 130 Mitarbeiter.<sup>2</sup> Foffa Conrad und Bezzola Denoth werden nachfolgend gemeinsam als Foffa Conrad-Gruppe bezeichnet.

#### **A.2.3 Crestageo AG, Chur**

4. Die Crestageo AG (nachfolgend: Crestageo) mit Sitz in Chur ist Teil der ZINDEL GRUPPE und verfügt gemäss Handelsregister über drei Zweigniederlassungen. Crestageo ist im Jahr 2005 aus der Abteilung Forst- und Landschaftsbau der Firma Mettler Söhne AG hervorgegangen und ist spezialisiert auf die Beratung, Planung sowie Ausführung von Arbeiten gegen Naturgefahren, zum Schutz vor Naturgewalten und zur Landschaftsgestaltung sowie Handel mit diesen Zwecken dienenden Produkten.

#### **A.2.4 METTLER PRADER AG, Chur**

5. Die METTLER PRADER AG (nachfolgend: METTLER PRADER) mit Sitz in Chur ging aus einer Absorptionsfusion zwischen der PRADER AG (nachfolgend: PRADER) und der Mettler Söhne AG im Jahr 2016 hervor. Die PRADER und die Mettler Söhne AG bestehen seither nicht mehr. METTLER PRADER verfügt gemäss Handelsregister über drei Zweigniederlassungen und bezweckt demnach die Führung einer Bauunternehmung, die Ausführung von General- und Totalunternehmer-Aufträgen sowie den Erwerb, die Überbauung, die Verwaltung

---

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 6.10.95 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>2</sup> <<http://foffa-conrad.ch>> (28.3.2017).

und die Veräusserung von Liegenschaften. Die METTLER PRADER ist Teil der ZINDEL GRUPPE.

#### **A.2.5 ZINDEL GRUPPE AG, Chur**

6. Die ZINDEL GRUPPE AG (nachfolgend: ZINDEL) mit Sitz in Chur ist seit 1972 im Handelsregister eingetragen und bezweckt demnach das Halten und Verwalten von Beteiligungen an Unternehmen der Bau- und Immobilienbranche sowie des Tourismus.

### **A.3 Verfahrensgeschichte**

7. 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 Bezzola Denoth und Foffa Conrad. Vom 30. Oktober bis 1. November 2012 führte es an insgesamt 13 Standorten Hausdurchsuchungen durch, u.a. auch bei Bezzola Denoth und Foffa Conrad.

8. Am 9. November 2012 reichte die Foffa Conrad-Gruppe eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG<sup>3</sup> betreffend das Gebiet Unterengadin ein.<sup>4</sup> Am 30. November 2012 ergänzte Foffa Conrad ihre Bonusmeldung bezüglich des Projekts [Bauprojekt 3].<sup>5</sup> Am 4. Dezember 2012 ergänzte Bezzola Denoth ihre Selbstanzeige auch in Bezug auf die Projekte [Bauprojekt 1] und auf [Bauprojekt 2].<sup>6</sup> Am 1. Februar 2013 reichte die Foffa Conrad-Gruppe diverse Dokumente betreffend die drei zuvor erwähnten Projekte der vorliegenden Untersuchung ein.<sup>7</sup>

9. 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, u.a. auch auf ZINDEL, und führte weitere Hausdurchsuchungen durch, u.a. auch bei ZINDEL.

10. Das Sekretariat führte am 26. Oktober 2015 mit [Mitarbeiter E] im Rahmen der Selbstanzeige der Foffa Conrad-Gruppe eine Befragung durch.<sup>8</sup>

11. Am 27. Oktober 2015 wurde [Mitarbeiter F] im Rahmen der Selbstanzeige der Foffa Conrad-Gruppe ebenfalls befragt.<sup>9</sup>

12. 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 Crestageo<sup>10</sup> und damalige PRADER<sup>11</sup> aus und trennte anschliessend die Untersuchung „22-0460: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III“ von der Untersuchung „22-0433: Bauleistungen Graubünden“ ab.<sup>12</sup>

---

<sup>3</sup> Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

<sup>4</sup> Act. IX.C.003 (25-0039).

<sup>5</sup> Act. IX.C.024, pag. 18 (25-0039).

<sup>6</sup> Act. IX.C.027, pag. 21 ([Bauprojekt 1]); pag. 19 ([Bauprojekt 2]).

<sup>7</sup> Act. IX.C.035, pag. 51, 52, 54, 60 ([Bauprojekt 1]); pag. 42, 60 ([Bauprojekt 2]); pag. 11 ([Bauprojekt 3]) (25-0039).

<sup>8</sup> Act. IX.C.060 (25-0039).

<sup>9</sup> Act. IX.C.061 (25-0039).

<sup>10</sup> Act. I.512.

<sup>11</sup> Act. I.530.

<sup>12</sup> Act. I.505, I.512, I.530 und I. 545.

13. Das Sekretariat stellte am 19. Februar 2016 der Bauherrschaft [...], [...], einen Fragebogen zu, welcher am 2. März 2016<sup>13</sup> fristgerecht und beantwortet beim Sekretariat einging.
14. Am 4. Februar 2016 lud das Sekretariat [H], [Funktion] der PRADER, vor, am 15. März 2016 als Zeuge auszusagen.<sup>14</sup>
15. Am 25. Februar 2016 führte das Sekretariat je eine Parteieinvernahme mit [Mitarbeiter B], [Funktion] der Crestageo,<sup>15</sup> [Mitarbeiter A], [Funktion] der METTLER PRADER,<sup>16</sup> und [Mitarbeiter D], [Funktion] der METTLER PRADER durch<sup>17</sup>. Vertreter der anderen Parteien wohnten diesen Einvernahmen nicht bei.
16. Am 10. März 2016 rügten die ZINDEL, die METTLER PRADER sowie die Crestageo (nachfolgend: Zindel-Gesellschaften), dass die Einvernahme von [H] als Zeuge rechtswidrig und daher darauf zu verzichten sei.<sup>18</sup>
17. Nach mehrfachem Schriftwechsel führten die Zindel-Gesellschaften allerdings aus, dass ihre Vorbringen nicht als einen Antrag auf Erlass einer Zwischenverfügung zu verstehen seien,<sup>19</sup> womit die Wettbewerbsbehörde den Antrag der Zindel-Gesellschaften als gegenstandslos betrachtete.
18. Am 15. März 2016 wurde [H] als Zeuge einvernommen.<sup>20</sup> Die Vertreter der Verfahrensparteien verzichteten auf ihr Anwesenheitsrecht. Am 18. April 2016 wurde das Protokoll dieser Einvernahme den Parteien zugestellt.<sup>21</sup>
19. Am 12. Mai 2016 stellten die Zindel-Gesellschaften einen Antrag auf Einstellung der vorliegenden Untersuchung.<sup>22</sup> Das Sekretariat nahm davon Kenntnis.<sup>23</sup> Auf die Vorbringen der Zindel-Gesellschaften wird nachfolgend bei der Beurteilung der verschiedenen Vorwürfe eingegangen.
20. Am 7. Juni 2016 stellte das Sekretariat den Verfahrensparteien die Verfahrensakten (mit Ausnahme der Selbstanzeigeakten) auf einem gesicherten Server der Bundesbehörden zur Einsicht bereit.<sup>24</sup>
21. Mit Schreiben vom 11. August 2016 informierte das Sekretariat die Verfahrensparteien, welche Unternehmen Selbstanzeige eingereicht haben. Weiter informierte es, wie in die entsprechenden Selbstanzeigedossiers eingesehen werden kann.<sup>25</sup>
22. Am 21. November 2016 verfügten die Wettbewerbsbehörden eine Verwendungsbeschränkung in Bezug auf die elektronisch versendeten Beilagen der Selbstanzeigedossiers.<sup>26</sup>

---

<sup>13</sup> Act. 20 (22-0460).

<sup>14</sup> Act. 9 (22-0460).

<sup>15</sup> Act. 16 (22-0460).

<sup>16</sup> Act. 17 (22-0460).

<sup>17</sup> Act. 18 (22-0460).

<sup>18</sup> Act. 21 (22-0460).

<sup>19</sup> Act. 21–25 (22-0460).

<sup>20</sup> Act. 26 (22-0460).

<sup>21</sup> Act. 28 (22-0460).

<sup>22</sup> Act. 29 (22-0460).

<sup>23</sup> Act. 30 (22-0460).

<sup>24</sup> Act. 31 (22-0460).

<sup>25</sup> Act. 33 und 34 (22-0460).

<sup>26</sup> Act. 41 und 42 (22-0460).

23. Am 12. Dezember 2016 verfügten die Wettbewerbsbehörden eine Verwendungsbeschränkung in Bezug auf die Einsicht in die eigentlichen Selbstanzeigen in den Räumlichkeiten des Sekretariats.<sup>27</sup>

24. Am 29. März 2017 stellte das Sekretariat den Parteien den Antrag an die WEKO zur Stellungnahme gemäss Art. 30 Abs. 2 KG zu.<sup>28</sup> Es beantragte im Wesentlichen, dass Bezzola Denoth und Foffa Conrad wegen Beteiligung an einer gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabrede solidarisch mit einer Sanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG von CHF [...] zu belasten seien. Crestageo sowie ZINDEL seien solidarisch mit einem Betrag von CHF [...] sowie PRADER und ZINDEL solidarisch mit einem Betrag von CHF [...] zu belasten. In Bezug auf den Vorwurf der unzulässigen Wettbewerbsabrede im Zusammenhang mit dem Bauprojekt Punt Pedra, Strecke Scuol – Ramosch (2008) sei das Verfahren ohne Folgen einzustellen.

25. Zeitnah gewährte das Sekretariat auf elektronischem Weg Einsicht in diejenigen Verfahrensakten, welche seit dem 7. Juni 2016 neu ins Dossier aufgenommen worden waren<sup>29</sup>. Die Einsicht in die Beilagen zu den Selbstanzeigen erfolgte am 30. März 2017 durch Versand der elektronischen Aktenverzeichnisse.<sup>30</sup> Zudem hatten die Verfahrensparteien die Gelegenheit, ab 3. April 2017 in die eigentlichen Selbstanzeigen vor Ort in den Räumlichkeiten des Sekretariats einzusehen. Die Zindel-Gesellschaften nahmen am 14. April 2017 in den Räumlichkeiten des Sekretariats Einsicht in die Selbstanzeigen<sup>31</sup>, die Foffa Conrad-Gruppe am 20. April 2017<sup>32</sup>.

26. Mit Eingabe vom 14. Juni 2017<sup>33</sup> nahm die Foffa Conrad-Gruppe zum Antrag des Sekretariats Stellung und wünschte eine Anhörung durch die WEKO. Die Foffa Conrad-Gruppe wurde am 4. September 2017 durch die WEKO angehört. Dabei wurde sie durch [Mitarbeiter F], [Mitarbeiter E] und ihren Rechtsvertreter vertreten.<sup>34</sup>

27. In ihrer Stellungnahme vom 14. Juni 2017 sowie an der Anhörung vom 4. September 2017 beantragte die Foffa Conrad-Gruppe, dass ihr die Sanktion im vorliegenden Verfahren vollständig zu erlassen sei. Konkret stellte sie das vom Sekretariat im Antrag festgehaltene Beweisergebnis weitgehend in Frage und begründete auch in rechtlicher Hinsicht ihren abweichenden Standpunkt. PRADER sei keine „echte“ Konkurrentin der Foffa Conrad-Gruppe im Bereich Hochbau im Unterengadin gewesen. Daher habe der Informationsaustausch zwischen PRADER und Bezzola Denoth weder eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken noch bewirken können. Die Bezzola Denoth habe zudem nicht „Schutz“ bekommen. Nicht alle bzw. die überwiegende Mehrheit der eingebenden Unternehmen hätten am Austausch teilgenommen. Nicht nur das Vorliegen einer Abrede sei fraglich, sondern auch ob das Verhalten der Parteien die Beseitigung des Wettbewerbs herbeigeführt habe. [keine Verfahrenspartei] in der Ausschreibung [Bauprojekt 1] und [keine Verfahrenspartei] in der Ausschreibung [Bauprojekt 2] hätten jeweils ein unbeeinflusstes Angebot eingereicht. Bezzola Denoth habe die Aufträge [Bauprojekt 1] und [Bauprojekt 2] erhalten, weil sie das konkurrenzfähigste Angebot eingereicht habe. Auf die einzelnen Vorbringen der Foffa Conrad-Gruppe wird – soweit geboten – an entsprechender Stelle in der Verfügung näher eingegangen.

---

<sup>27</sup> Act. 43 und 44 (22-0460).

<sup>28</sup> Act. 51 und 52 (22-0460).

<sup>29</sup> Act. 54 (22-0460).

<sup>30</sup> Act. 53 (22-0460).

<sup>31</sup> Act. 56 (22-0460).

<sup>32</sup> Act. 58 (22-0460).

<sup>33</sup> Act. 63 (22-0460).

<sup>34</sup> Vgl. Protokoll der Anhörung: Act. 79 (22-0460).

28. Mit Eingabe vom 15. Juni 2017<sup>35</sup> nahmen die Zindel-Gesellschaften zum Antrag des Sekretariats Stellung und wünschten ebenfalls eine Anhörung durch die WEKO. Die Zindel-Gesellschaften wurden am 18. September 2017 durch die WEKO angehört. Dabei wurden sie durch [...], [...] sowie ihren Rechtsvertreter vertreten.<sup>36</sup> Anlässlich ihrer Stellungnahme vom 15. Juni 2017 zum Antrag sowie an der Anhörung durch die WEKO vom 18. September 2017 stellten sie folgende Anträge:

1. Die Untersuchung 22-0460: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III sei für die Crestageo AG, die Mettler Prader AG und die Zindel Gruppe AG ohne Folgen einzustellen.
2. Eventualiter: Die Crestageo AG, die Mettler Prader AG und die Zindel Gruppe AG seien in der Untersuchung 22-0460: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III mit keiner Sanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG zu belasten.
3. Subeventualiter: Die Crestageo AG, die Mettler Prader AG und die Zindel Gruppe AG seien in der Untersuchung 22-04460: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III mit Pauschalbeträgen als Sanktionen im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG in maximal folgender Höhe zu belasten:
  - a. Prader: CHF [...]
  - b. Crestageo CHF [...]
4. Sub-subeventualiter: Die Crestageo AG, die Mettler Prader AG und die Zindel Gruppe AG seien in der Untersuchung 22-0460: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III mit Sanktionen im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG in maximal folgender Höhe zu belasten:
  - a. Prader: CHF [...]
  - b. Crestageo: CHF [...]

29. Ihre Anträge begründeten die Zindel-Gesellschaften unter anderem damit, dass es bei den drei angeblichen Absprachen an einem Wettbewerbsverhältnis zwischen der Foffa Conrad-Gruppe und den Zindel-Gesellschaften gefehlt habe. Da der jeweilige Informationsaustausch weder eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt noch bewirkt habe, lägen keine Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor. Selbst wenn man von einem KG-Verstoss ausgehen würde, sei es bei der Sanktionsbemessung unzulässig, auf fiktive Umsätze abzustellen, welche gar nicht erzielt worden seien. Die im Fall Zürich angekündigte verschärfte Praxis könne nicht rückwirkend auf die vorliegenden Fälle angewendet werden, welche sich alle vor dem Zürcher-Entscheid ereignet hätten. [Mitarbeiter I] wandte zudem anlässlich der Anhörung durch die WEKO ein, dass die beantragte Busse von fast [...] CHF für ein mittelständisches Unternehmen wie PRADER eine enorme Summe bedeute. Auf die einzelnen Vorbringen der Zindel-Gesellschaften wird – soweit geboten – an entsprechender Stelle in der Verfügung näher eingegangen.

30. Mit Schreiben vom 15. August 2017 an die Foffa Conrad-Gruppe hielt das Sekretariat im Auftrag des Präsidenten der WEKO fest, dass deren Ausführungen in der Stellungnahme zum Antrag vom 14. Juni 2017 die Qualifikation ihrer bisherigen Eingaben als Selbstanzeige in Frage stellen würden. Es ersuchte sie zu beantworten, ob das Verhalten der Parteien im Zusammenhang mit den Bauprojekten [Bauprojekt 1], [Bauprojekt 2], sowie [Bauprojekt 3] zumindest potenzielle Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse gehabt habe.<sup>37</sup> Daraufhin antwortete die Foffa Conrad-Gruppe mit Eingabe vom 21. August 2017, dass potenzielle Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht ausgeschlossen werden könnten.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> Act. 64 (22-0460).

<sup>36</sup> Vgl. Protokoll der Anhörung: Act. 81 (22-0460).

<sup>37</sup> Act. 72 (22-0460/25-0039).

<sup>38</sup> Act. 74 (22-0460/25-0039).

31. Die Akteneinsicht wurde den Parteien durch die elektronische Zustellung vom 3. Juli 2017<sup>39</sup>, 25. August 2017,<sup>40</sup> 6. und 19. September 2017<sup>41</sup> gewährt.

32. Nach Beratung fällt die WEKO am 2. Oktober 2017 den vorliegenden Entscheid.

## **B [Bauprojekt 1], Baumeisterarbeiten ([...])**

33. Der Gegenstand der vorliegenden Untersuchung umfasst vier Bauprojekte zwischen 2008 und 2012, bei denen jeweils dieselben zwei Unternehmensgruppen, einerseits die Zindel-Gesellschaften mit der PRADER und der Crestageo sowie andererseits Bezzola Denoth und Foffa Conrad beteiligt waren. Im Rahmen dieser Verfügung wird jedes einzelne Bauprojekt in zeitlich chronologischer Reihenfolge separat geprüft. Unter Kapitel F wird schliesslich eine Übersicht über die Sanktionen bezüglich der vier Bauprojekte dargestellt.

### **B.1 Sachverhalt**

#### **B.1.1 Vorbemerkungen zum Beweis**

34. Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)<sup>42</sup> anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Auch im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i. V. m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP<sup>43</sup>). 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.<sup>44</sup> 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.<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup> Diesen Grundsätzen ist im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen zum Sachverhalt Rechnung zu tragen.

35. Im Folgenden werden zunächst das Beweisthema und jeweils 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.

---

<sup>39</sup> Act. 67a (22-0460).

<sup>40</sup> Act. 76 und 77 (22-0460).

<sup>41</sup> Act. 80 und 82 (22-0460).

<sup>42</sup> Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

<sup>43</sup> Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

<sup>44</sup> 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 24.03.2003, E. 3.5; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

<sup>45</sup> Vgl. z.B. BGE 124 IV 86, E. 2a.

<sup>46</sup> 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.Hinweisen.

## B.1.2 Beweisthema

36. Im Folgenden ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob zwischen Bezzola Denoth und PRADER übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich des Bauprojekts [Bauprojekt 1] aus dem Jahr 2011-2012 zu koordinieren (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Ist dies zu bejahen, sind folgende Sachverhaltsfragen zu prüfen:

- welchen Zweck Bezzola Denoth und PRADER mit der Angebotskoordination verfolgten (Rz 62);
- welche Rollen die einzelnen Unternehmen im Zusammenhang mit der Angebotskoordination ausübten (Rz 65 ff.);
- ob sich Bezzola Denoth und PRADER tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die Angebotskoordination verhielten und welche Auswirkungen dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte (Rz 74 ff.).

## B.1.3 Beweismittel

37. Zur Beurteilung dieser Sachverhaltsfragen stützt sich die Behörde auf folgende Beweismittel:

### B.1.3.1 Urkunden

E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter E]@bezzola-denoth.ch an [Mitarbeiter A]@prader-gr.ch]

38. Am [...] sendete [Mitarbeiter E], Bezzola Denoth, eine E-Mail an [Mitarbeiter A], PRADER, mit angehängter SIA-Datei mit dem Betreff „Offerte [...]“. Darin findet sich die Formulierung „In Absprache mit [D]“.<sup>47</sup> Tags darauf, am [...], sendete [Mitarbeiter E] erneut eine E-Mail an [Mitarbeiter A], diesmal mit einer leicht modifizierten SIA-Datei. Der Inhalt dieser E-Mail lautet folgendermassen.<sup>48</sup>

*„Sehr geehrter Herr [A].  
Im Anhang nochmals eine leicht überarbeitete SIA.*

*Folgende Eckdaten:  
Brutto neu Fr. [...]  
Skonto [...] %  
Sonderabzug [...] %  
MwSt. 8 %  
Netto inkl. MwSt. [...].–*

*Die Offerte können Sie in dieser Form eingeben. Die Preise wurden angepasst. Spielraum für Abgebote kaum vorhanden.*

*Wir werden in einem kleinen technischen Bericht einen Festpreis ausschliessen. Da insbesondere eine kommende Lohnsteigerung noch nicht bekannt ist und andererseits ein allfälliger Baubeginn nächstes Frühjahr / Sommer eher unwahrscheinlich ist.*

*Mit freundlichen Grüßen und herzlichem Dank für Ihre Bemühungen*

*[Mitarbeiter E]“*

<sup>47</sup> Act. IX.C.035, pag. 52 (25-0039).

<sup>48</sup> Act. IX.C.035, pag. 51 (25-0039).

E-Mails vom [...] zwischen [Mitarbeiter G]@[keine Verfahrenspartei].ch] und [Mitarbeiter E]@bezzola-denoeth.ch]

39. [Mitarbeiter G], [keine Verfahrenspartei], sendete am [...] eine E-Mail an [Mitarbeiter E], Bezzola Denoeth. Der Inhalt der E-Mail lautet folgendermassen:<sup>49</sup>

*„Hallo [Vorname Mitarbeiter E],*

*[...]*

*Mir ist im Moment viel wichtiger, wie die „Zusammenarbeit [Bauprojekt 1]“ aussieht.*

*Gruss*

*[Mitarbeiter G]“*

40. Auf dieser E-Mail antwortete [Mitarbeiter E] Folgendes:

*„Hallo [Vorname Mitarbeiter G].*

*[...]*

*Betreffend [Bauprojekt 1] müssen wir wohl bei Gelegenheit zusammensitzen und auch grundsätzliches bezüglich Marktverhalten und Zusammenarbeit diskutieren. Werde schauen ob [Vorname Mitarbeiter F] gelegentlich Zeit findet. Melde mich bei Dir.*

*Gruss [Vorname Mitarbeiter E]“*

E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter E]@bezzola-denoeth.ch] an [[keine Verfahrenspartei]@...] mit Betreff „[Bauprojekt 1]“

41. [Mitarbeiter E], Bezzola Denoeth, sendete am [...] um 13:50 Uhr die folgende E-Mail an die Firma [keine Verfahrenspartei]. Der Inhalt dieser E-Mail lautet folgendermassen:<sup>50</sup>

*„Denke Prader ist nur an der Sicherung und am Aushub interessiert.*

*Sind aktuell viele am rechnen. Diverse mit großem Interesse. Denke aber Ihr habt in Bezug auf Deponie klare Vorteile.*

*Gruß [Vorname Mitarbeiter E]“*

E-Mail vom [...] von [keine Verfahrenspartei]@...] an [Mitarbeiter E]@bezzola-denoeth.ch] mit Betreff „[Bauprojekt 1]“

42. [...], [keine Verfahrenspartei], verschickte daraufhin um 14:08 Uhr die folgende E-Mail an [Mitarbeiter E]:<sup>51</sup>

*„Bun di [Vorname Mitarbeiter E]*

*Habe auch von der Fa. Prader AG eine Preisanfrage für den Abtransport von Aushubmaterial erhalten.*

<sup>49</sup> Act. IX.C.035, pag. 54 (22-0039).

<sup>50</sup> Act. III.I.020, pag. 1.

<sup>51</sup> Act. III.I.020, pag. 1.

*Es ist anzunehmen, dass Prader AG auch die Baumeisterarbeiten offeriert!*

[...]

Gruss [...]“

#### Vergabeantrag der [...] vom [...]

43. Gemäss Auskunft der [...] war die Eingabefrist am [...]. Eine erste Abgebotsrunde fand im [...] statt.<sup>52</sup> Gemäss Vergabeantrag vom [...] der [...] wurden die folgenden Offertsummen nach Abgebot eingereicht:<sup>53</sup>

	Summe inkl. MWST	Summe Netto exkl. MWST <sup>54</sup>
Bezzola Denoth AG, Scuol	[...]	[...]
[keine Verfahrenspartei]	[...]	[...]
PRADER AG, Davos Platz	[...]	[...]

44. Der Zuschlag erging schliesslich an Bezzola Denoth.

#### **B.1.3.2 Auskünfte von Parteien**

##### Eingabe der Bezzola Denoth vom 4. Dezember 2012 und vom 1. Februar 2013

45. Im Rahmen ihrer Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden zeigte Bezzola Denoth das vorliegende Projekt an. Sie gab als Bemerkung zum vorliegenden Bauprojekt an: [...]<sup>55</sup>

46. Mit der Ergänzung der Selbstanzeige vom 1. Februar 2013 reichte Bezzola Denoth zwei E-Mails vom [...] bzw. vom [...] an PRADER<sup>56</sup> sowie eine E-Mail an [keine Verfahrenspartei] vom [...] mit der entsprechenden Antwort ein.<sup>57</sup>

##### Aussage der Bezzola Denoth vom 26. Oktober 2015

47. [Mitarbeiter E], Bezzola Denoth, sagte aus, dass das Projekt [Bauprojekt 1] im Jahr [...] offeriert worden, aber der Baubeginn vermutlich im Jahr [...] oder [...] gewesen sei. Die Vergabe sei im [...] erfolgt. Bezzola Denoth habe den Zuschlag erhalten.

48. Auf Vorhalt der E-Mail vom [...] bestätigte [Mitarbeiter E] die angefügte Bemerkung [...].<sup>58</sup>

49. [Mitarbeiter E] sagte aus, dass die Firma PRADER im Unterengadin gar kein Hochbau mache. Er nehme an, dass sich die PRADER die Arbeit für die Erstellung der Offerte habe sparen wollen. Er nehme weiter an, dass die PRADER sich gar nicht habe leisten können, der [...], [...], die Abgabe einer Offerte zu verweigern. Er denke, dass ihn Herr [A] der PRADER angefragt habe, ob er ihm eine Offerte zukommen lassen könne. Ansonsten hätte [Mitarbeiter E] gar nicht gewusst, dass die PRADER angefragt worden sei.<sup>59</sup>

<sup>52</sup> Act. 20, pag. 6 (22-0460).

<sup>53</sup> Act. 20 (22-0460).

<sup>54</sup> Auf dem Vergabeantrag finden sich lediglich die Nettosummen exkl. MWST.

<sup>55</sup> Act. IX.C.027, pag. 21 (25-0039).

<sup>56</sup> Act. IX.C.035, pag. 51 und 52 (25-0039).

<sup>57</sup> Act. IX.C.035, pag. 54 (25-0039).

<sup>58</sup> Act. IX.C.060, Zeile 255 (25-0039).

<sup>59</sup> Act. IX.C.060, Zeilen 256 ff. (25-0039).

50. Auf Vorhalt der E-Mails vom [...] (vgl. Rz 39 f.) sagte [Mitarbeiter E] zudem aus, dass beabsichtigt gewesen sei, bei diesem Bauprojekt eine ARGE mit [keine Verfahrenspartei] zu bilden. Die Zusammenarbeit bzw. die ARGE sei jedoch nicht zustande gekommen. Die Situation sei so gewesen, dass es sich um ein sehr grosses Bauprojekt gehandelt habe und die Frist sehr eng gewesen sei. Aus diesen Gründen habe er mit [Mitarbeiter G] der [keine Verfahrenspartei] über eine mögliche Zusammenarbeit diskutiert.<sup>60</sup>

#### Aussage der PRADER vom 25. Februar 2016

51. Anlässlich der Einvernahme vom 25. Februar 2016 bestätigt [Mitarbeiter A],<sup>61</sup> [Funktion] der METTLER PRADER,<sup>62</sup> auf Vorhalt der E-Mail vom [...] in den Grundzügen die Aussagen von [Mitarbeiter E]. Die METTLER PRADER hatte dabei zu diesem Zeitpunkt noch keine Einsicht in die Selbstanzeige der Bezzola Denoth (vgl. Rz 20).

52. [Mitarbeiter A] sagte aus, dass die PRADER in den letzten 25 Jahren nie ausserhalb von Davos im Hochbau tätig gewesen sei. Da [...] und [...] sehr wichtige Kunden von PRADER im Raum Davos seien, habe er sie nicht verärgern wollen.<sup>63</sup> Er sagte aus, dass die PRADER dort eine „Pro-Forma-Offerte“ eingereicht habe. Er nehme an, dass er die Bezzola Denoth angerufen und ihr gesagt habe, er müsse die Offerte „pro forma“ einreichen und wollte sich die Arbeit der Berechnung der Offerte sparen. Sie habe aber Bezzola Denoth keinen Schutz gewährt.

53. Auf Rückfrage des Rechtsvertreters der Zindel-Gesellschaften sagte [Mitarbeiter A] aus, dass die PRADER in den letzten 25 Jahren nie im Unterengadin im Hochbau tätig gewesen sei (auch nicht heute). Die PRADER sei damit keine Konkurrentin der Bezzola Denoth im Bereich Hochbau im Unterengadin gewesen.<sup>64</sup>

#### Eingabe der Zindel-Gesellschaften vom 12. Mai 2016

54. Die Zindel-Gesellschaften wiederholten in ihrer Eingabe, dass PRADER bei diesem Projekt nur eine „Pro-Forma-Offerte“ eingereicht habe. Hätte PRADER keine Offerte eingereicht, so hätte dies die künftige Geschäftsbeziehung mit [...] und [Bauherr] belasten können. Da PRADER in den letzten 25 Jahren noch nie einen Hochbau im Engadin realisiert habe, sei sie in Bezug auf das zur Diskussion stehende Hochbauobjekt in keinem Wettbewerbsverhältnis zu Bezzola Denoth gestanden. Entsprechend habe der Informationsaustausch auch nicht zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führen können.<sup>65</sup>

### **B.1.4 Beweiswürdigung**

#### **B.1.4.1 Konsens**

55. Die beiden E-Mails vom [...] und [...] stellen, zusammen mit den ihnen angehängten Offerten, objektive Beweismittel dar, die in unmittelbarem und konkretem Bezug zur vorgeworfenen Verhaltensweise stehen. Die darin enthaltenen Sätze „*Die Offerte können Sie in dieser Form angeben. Die Preise wurden angepasst*“ lassen keinen anderen Schluss zu, als dass damit PRADER gebeten wurde, eine höhere Offerte einzugeben und Bezzola Denoth bei diesem Bauprojekt nicht zu konkurrenzieren.

---

<sup>60</sup> Act. IX.C.060, Zeilen 237 ff. (25-0039).

<sup>61</sup> Act. 17 (22-0460).

<sup>62</sup> Herr [A] sei gemäss eigenen Aussagen seit [...] für die PRADER AG tätig. Seit [...] sei er [Funktion] der METTLER PRADER gewesen.

<sup>63</sup> Act. 17, Zeilen 80-81 (22-0460).

<sup>64</sup> Act. 17, Zeilen 128 ff. (22-0460).

<sup>65</sup> Act. 29 (22-0460).

56. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb Bezzola Denoth eine Offerte für PRADER vorkalkulieren sollte, welche tiefer als ihre Offerte ist. Es würde sich damit, entgegen der Aussage von PRADER, nicht um eine „Pro-Forma-Offerte“ handeln. Mit „Pro-Forma-Offerte“ meinte PRADER wohl eine Offerte für ein Projekt, an dem sie kein Interesse an der Ausführung hatte. Bezzola Denoth spricht in diesem Zusammenhang von „Alibieingabe“ (Rz 45). Darunter versteht sie eine Eingabe für Projekte, „*bei denen man auf Grund fehlender Kapazitäten oder anderer Hindernisse kein Interesse an der Arbeit besteht*“.<sup>66</sup> Solche Offerten unterscheiden sich nicht von normalen Offerten. Im Kontext privater Submissionen handelt sich hierbei um einen Antrag zum Abschluss eines Vertrages. An seinen Antrag bzw. seine Offerte ist das Bauunternehmen gebunden (Art. 5 Abs. 1 OR). Die Kenntnis des Bauherrn, ob die Submittentin eine sog. „Pro-Forma-Offerte“ (ohne Interesse an der Ausführung) oder eine Offerte mit Ausführungsinteresse einreicht, ist nicht entscheidend. In beiden Fällen liegen verbindliche Offerten vor, welche in die Auswahl der Offerten einhergehen und bei Annahme durch den Bauherrn zum Vertragsabschluss führen.

57. Mit der Zusendung einer vorkalkulierten Offerte und dem Begleitsatz „*Die Offerte können Sie in dieser Form eingeben*“ bzw. „*Die Differenzen zwischen den einzelnen Offerten sind nicht allzu gross, also kaum Abgebote möglich*“<sup>67</sup> war für die Beteiligten klar, dass die Summe der SIA-Datei bereits über der Offertsumme von Bezzola Denoth lag und somit in dieser Grössenordnung eingegeben werden sollte, keinesfalls jedoch bedeutend tiefer. Daran ändert auch nichts, dass in den beiden E-Mails nicht erwähnt ist, dass PRADER höher eingeben sollte als Bezzola Denoth und dass die Offertsumme von Bezzola Denoth auch nicht angegeben ist.

58. Zudem wurde von Bezzola Denoth eingestanden, dass die E-Mails vom [...] und [...] einen – in den Worten von [...] belegen (Rz 48).

59. Die beiden E-Mails sind klar und die Aussagen von [Mitarbeiter E] sowie von [Mitarbeiter A] glaubwürdig. Vor diesem Hintergrund ist erstellt, dass Bezzola Denoth und PRADER den übereinstimmenden Willen äusserten, ihre Angebote beim Bauprojekt [Bauprojekt 1] preislich zu koordinieren.

60. Dass PRADER – wie von Bezzola Denoth behauptet<sup>68</sup> – aus eigener und freier Entscheidung beschlossen habe, bei dieser Ausschreibung der Bauherrschaft ein höheres Angebot zu unterbreiten, mag allenfalls zutreffen. Allerdings war Bezzola Denoth damit einverstanden, eine höhere Eingabe für PRADER zu berechnen und hat ihr diese auch zur Verfügung gestellt. Dabei wäre es Bezzola Denoth ohne Weiteres frei gestanden, sich am fraglichen Informationsaustausch mit PRADER nicht zu beteiligen. Da Bezzola Denoth sowohl ihre eigene Eingabesumme als auch diejenige von PRADER berechnet hat, steht fest, dass zwischen ihr und PRADER eine Einigung darüber zustande gekommen war, preislich koordinierte Angebote einzureichen.

61. Vor diesem Hintergrund ist erstellt, dass Bezzola Denoth und PRADER den übereinstimmenden Willen äusserten, ihre Angebote bei der Ausschreibung [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollte PRADER bei dieser Ausschreibung höher eingeben als Bezzola Denoth. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

#### **B.1.4.2 Verfolgter Zweck**

62. Als Zweck für die Vorbereitung der Offerte sowie für den Versand der SIA-Datei an PRADER wurde von Bezzola Denoth in ihrer Eingabe vom 4. Dezember 2012 und 1. Februar 2013 genannt, dass PRADER möglicherweise eine „Alibi-Offerte“ habe einreichen wollen. PRADER brachte auch vor, dass sie beim Bauprojekt [Bauprojekt 1] eine „Pro-Forma-Offerte“ eingereicht habe.

---

<sup>66</sup> Act. IX.C.035, pag. 26 (25-0039).

<sup>67</sup> Act. IX.C.035, pag. 52 (25-0039).

<sup>68</sup> Act. 63, Rz 4 (22-0460).

63. Diesen Äusserungen der Parteien ist zu entnehmen, dass PRADER mit ihrer Offerte den Zuschlag nicht erhalten wollte. Die Angebotskoordination bezweckte zum einen, die Zuschlagchancen für Bezzola Denoth zu wahren und zum anderen zu vermeiden, dass PRADER selber den Zuschlag erhalten würde. Dem von den Parteien an den Tag gelegten Verhalten war immanent, dass dieses auch darauf abzielte, den Wettbewerb unter den Beteiligten zu verhindern. Dass PRADER für Bezzola Denoth aufgrund der Projektlage nicht in einem Wettbewerbsverhältnis zu Bezzola Denoth gewesen sein soll, wie sie behauptete, ist nicht glaubhaft. Der Anfahrtsweg von Davos nach [...] von [...] wäre zu bewältigen gewesen. Auch sonst bestanden für PRADER keine grundsätzlichen Hindernisse, ein Projekt dieser Art und Grössenordnung auszuführen. Daran ändert auch nichts, dass sie im Engadin in der Vergangenheit nicht im Bereich Hochbau tätig war. Jedenfalls konnte Bezzola Denoth nicht zum Vornherein ausschliessen, dass sich PRADER um den Zuschlag für das entsprechende Bauprojekt bemühen wollte. Dies wird insbesondere auch durch die E-Mail von [...], [keine Verfahrenspartei], an [Mitarbeiter E] vom [...] belegt (Rz 42). Darin teilte dieser [Mitarbeiter E] mit, dass die [keine Verfahrenspartei] eine Preis Anfrage für den Abtransport von Aushubmaterial erhalten habe. Es sei anzunehmen, dass PRADER auch die Baumeisterarbeiten offerieren werde. Nach dem Gesagten bestand der Zweck der Angebotskoordination – neben möglichen weiteren Zielen – auch darin, sich nicht zu konkurrenzieren. Dass die Beteiligten mit ihrem Verhalten ausschliesslich andere Zwecke verfolgten, kann bei der vorliegend zu beurteilenden Verhaltensweise ausgeschlossen werden.

64. Damit ist erstellt, dass Bezzola Denoth und PRADER mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei der Ausschreibung des Bauprojekts [Bauprojekt 1] nicht zu konkurrenzieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

#### **B.1.4.3 Rolle der Beteiligten**

65. Vorliegend ist die Rolle der Beteiligten, insbesondere die Rolle von Bezzola Denoth 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 der Offerte ein initiierender Kontakt für die Angebotskoordination stattfand und von wem gegebenenfalls die Initiative für die Angebotskoordination ausging. Zweitens ist zu prüfen, welche Rolle die Unternehmen bei der Organisation und Durchsetzung der untersuchten Verhaltensweise einnahmen.

##### Initiative für die Angebotskoordination

66. Aus dem Wortlaut der E-Mails vom [...] und [...] von [Mitarbeiter E] an PRADER geht klar hervor, dass diesbezüglich zwischen [Mitarbeiter E] und [Mitarbeiter A] ein vorgängiger Kontakt stattgefunden haben muss. Dies geht aus den Worten „*gemäss Absprache mit [Mitarbeiter DJ]*“ hervor.<sup>69</sup> Zudem lässt auch die in beiden E-Mails vom [...] sowie vom [...] verwendete Wendung „*Im Anhang nochmals eine leicht überarbeitet SIA*“ bzw. „*sende ich Ihnen eine SIA 451*“ auf einen vorgängig erfolgten Kontakt schliessen.

67. Somit ist erstellt, dass vor Versand der E-Mails vom [...] und [...] ein vorgängiger Kontakt stattfand. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

68. Wer in casu die Initiative für die Angebotskoordination ergriffen hat, ist den vorliegenden Urkunden nicht zu entnehmen.

69. Gemäss übereinstimmenden Parteiaussagen gehen [Mitarbeiter E] und [Mitarbeiter A] davon aus, dass die Kontaktaufnahme von der PRADER erfolgt ist (Rz 49 und 52). Damit ist erstellt, dass PRADER Bezzola Denoth im Hinblick auf die Angebotskoordinierung kontaktiert hat.

---

<sup>69</sup> Act. IX.C.035, pag. 52 (25-0039).

## Rolle bei der Organisation und Umsetzung der untersuchten Verhaltensweise

70. [Mitarbeiter E] wandte sich in seinen beiden E-Mails vom [...] und [...] an [Mitarbeiter A]. Inhalt dieser Nachrichten bildete insbesondere die jeweilige Offertsumme in Bezug auf das Bauprojekt [Bauprojekt 1]. Zudem war beiden E-Mails eine gerechnete SIA-Datei angehängt.

71. Zwischen den beiden gerechneten und [Mitarbeiter A] zugestellten SIA-Dateien vom [...] und [...] besteht lediglich ein zahlenmässig geringfügiger Unterschied. Dies unterstreicht, dass die genaue Höhe der Offertsumme PRADERS für Bezzola Denoth von Bedeutung war.

72. PRADER reichte im Anschluss an die E-Mails von Bezzola Denoth schliesslich eine Offerte in der Höhe von CHF [...] ein. Bezzola Denoth selber offerierte beim Bauprojekt [Bauprojekt 1] zu einem Betrag von CHF [...] (nach Abgebot), womit sie schliesslich auch den Zuschlag erhielt.

73. Damit ist erstellt, dass Bezzola Denoth die beiden E-Mails inkl. kalkulierter SIA-Dateien verfasst und verschickt hat, welche zur Koordination der Angebote und deren Eingabehöhe erforderlich waren. PRADER beschränkte sich darauf, ihr Angebot entsprechend den beiden E-Mails von Bezzola Denoth einzugeben.

### **B.1.4.4 Umsetzung und Auswirkungen**

74. Gemäss den Angaben [...] haben Bezzola Denoth und PRADER folgende Offertsummen eingereicht:<sup>70</sup>

	Offertsumme per E-Mail (inkl. MWST) in CHF	Eingabesumme (inkl. MWST) in CHF
Bezzola Denoth	k.A.	[...] <sup>71</sup>
PRADER	[...]	[...]

75. Somit reichte PRADER eine Offerte ein, welche überschlagsmässig der Offertsumme entspricht, welche sie am [...] von der Bezzola Denoth erhalten hatte.

76. Damit ist erstellt, dass sich PRADER im Ergebnis an die getroffene Abmachung hielt. Die Unternehmen handelten gemäss ihrem Konsens. Weiter ist erwiesen, dass sich Bezzola Denoth und PRADER in Bezug auf das Bauprojekt [Bauprojekt 1] nicht konkurrenzten. Daraus bestehen keine vernünftigen Zweifel. Bezzola Denoth erhielt schliesslich den Zuschlag.

### **B.1.5 Beweisergebnis**

77. Nach dem Gesagten ist bewiesen, dass Bezzola Denoth und PRADER den übereinstimmenden Willen geäussert haben, ihre Angebote beim Projekt [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollte PRADER eine höhere Offerte einreichen als die Bezzola Denoth. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. Weiter ist bewiesen, dass PRADER in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – eine Offerte einreichte, die über dem von Bezzola Denoth eingegebenen Preis lag. Die Konkurrenz zwischen den beiden Unternehmen war damit ausgeschaltet. Der Zuschlag wurde der Bezzola Denoth erteilt.

---

<sup>70</sup> Act. 20 (22-0460).

<sup>71</sup> Offertsumme vom [...] (vor Abgebot), Act. 20, S. 18 (22-0460).

## **B.2 Erwägungen**

### **B.2.1 Geltungsbereich**

#### **B.2.1.1 Persönlicher Geltungsbereich**

78. Das Kartellgesetz 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<sup>bis</sup> KG). Vorliegend traten die von den Untersuchungsadressatinnen betriebenen Unternehmen Bezzola Denoth/Foffa Conrad sowie die Zindel-Gesellschaften als wirtschaftlich unabhängige Anbieter von Gütern und Dienstleistungen (Hoch- und Tiefbau) im Wirtschaftsprozess auf. Das KG ist damit in persönlicher Hinsicht anwendbar.

#### **B.2.1.2 Verfügungsadressatinnen**

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

80. Verfügungsadressatin ist vorliegend die METTLER PRADER, als Nachfolgerin der durch Fusion absorbierten und direkt in die vorgeworfene Verhaltensweise involvierte PRADER, sowie Bezzola Denoth, als direkt in die vorgeworfene Verhaltensweise involvierte Gesellschaft. Die ZINDEL GRUPPE AG, als Muttergesellschaft der METTLER PRADER AG (vgl. Rz 5), sowie die Foffa Conrad, als Muttergesellschaft der Bezzola Denoth (Rz 2), sind ebenfalls als Verfügungsadressatinnen zu berücksichtigen.

81. Somit ist die vorliegende Verfügung an folgende Gesellschaften zu richten:

- Bezzola Denoth AG, Scuol
- Foffa Conrad AG, Zernez
- METTLER PRADER AG, Chur
- ZINDEL GRUPPE AG, Chur

#### **B.2.1.3 Sachlicher Geltungsbereich**

82. 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).

83. Ob die Parteien eine Wettbewerbsabrede getroffen haben, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung noch im Einzelnen zu prüfen sein (vgl. dazu Rz 87 ff.). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und an dieser Stelle auf deren Wiedergabe verzichtet.

#### **B.2.1.4 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich**

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

### **B.2.2 Vorbehaltene Vorschriften**

85. 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).

86. 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.

### **B.2.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede**

87. 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).

88. Im Folgenden ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt (vgl. Rz 89 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 (vgl. Rz 103 ff.).

#### **B.2.3.1 Wettbewerbsabrede**

89. 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, wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden.

90. 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. Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen.

##### **B.2.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken**

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

92. Beweismässig ist erstellt, dass Bezzola Denoth und PRADER den übereinstimmenden, wirklichen Willen geäussert haben, ihre Angebote beim Bauprojekt [Bauprojekt 1], zu koordinieren. Konkret sollte PRADER bei dieser Ausschreibung zu einem höheren Preis offerieren als Bezzola Denoth (Rz 77).

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

94. Beizufügen ist, dass eine solche Angebotskoordination im Einklang mit der Rechtsprechung der Wettbewerbsbehörden als „Schutz“ verstanden werden kann. „Schutz“ bedeutet dabei, dass Unternehmen in Bezug auf ein Bauprojekt vor der Eingabe ihrer Offerten gemeinsam festlegen, welches Unternehmen unter ihnen den Zuschlag erhalten soll. Das dadurch begünstigte Unternehmen erhält bei der Bewerbung um das Projekt „Schutz“ von den anderen Unternehmen. Die Umsetzung der Schutzfestlegung erfolgt in der Regel dadurch, dass sich diejenigen Unternehmen, welche Schutz versprochen haben, dazu bereit erklären, Offerten mit höheren Eingabesummen, sogenannte Stützofferten, einzureichen oder bewusst auf eine

Offerteingabe zu verzichten.<sup>72</sup> Auch im vorliegenden Fall lassen sich die Rollen der Beteiligten so zuordnen. Konkret war Bezzola Denoth die Rolle der Schutznehmerin zugeordnet, während PRADER diejenige der Schutzgeberin innehatte.

### **B.2.3.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung**

95. 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. Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext verdeutlicht – alternativ voraus, nicht kumulativ.

96. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben. 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.<sup>73</sup> Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Dass das Verhalten von PRADER allenfalls nicht primär darauf zielte („Pro-Forma-Offerte“), den Wettbewerb zu beeinflussen, ist nicht von Belang. Wie erwiesen (Rz 62 ff.), bezweckten die beteiligten Unternehmen mit der Angebotskoordination – zumindest auch – sich nicht zu konkurrenzieren. [...] lud lediglich drei Unternehmen ein, darunter Bezzola Denoth und PRADER. Bei Einladungsverfahren bei öffentlichen Ausschreibungen verlangt die Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen, mindestens einen „ortsfremden“ Anbieter einzuladen. Dies hat den Zweck, den Wettbewerb innerhalb einer Submission zu beleben.<sup>74</sup> Selbst wenn private Bauherren nicht an diese Vorgabe gebunden sind, zeigt der darin verankerte Gedanke, dass die [...] mit der Einladung einer ortsfremden Anbieterin, der PRADER, Wettbewerb von „ausserhalb“ gewünscht hatte. Die Bezzola Denoth und PRADER vorgeworfene Verhaltensweise wirkte dem entgegen, womit eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und bewirkt wurde.

97. Die Zindel-Gesellschaften machten geltend, dass PRADER in den letzten 25 Jahren nie ein Hochbauprojekt im Unterengadin ausgeführt habe und daher bei diesem Projekt nicht in einem Wettbewerbsverhältnis zu Bezzola Denoth gestanden habe. PRADER habe kein Interesse an der Ausführung dieses Auftrags im Unterengadin gehabt und sich gegenüber [...] und [...] „gezwungen“ gesehen, wenigstens „pro forma“ eine Offerte einzureichen. Ohne den Informationsaustausch mit Bezzola Denoth hätte sie gar keine Offerte eingereicht.<sup>75</sup> Somit könne ein Informationsaustausch zwischen Bezzola Denoth und PRADER gar keine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt haben. Auch Bezzola Denoth stellte sich auf den Standpunkt, dass PRADER keine „echte Konkurrentin“ gewesen sei. Vielmehr habe PRADER ihre Offerte „ausser Konkurrenz“ abgegeben.<sup>76</sup>

---

<sup>72</sup> Zum Ganzen RPW 2012/2, 273 Rz 6, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2013/4, 527 Rz 6, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2015/2 201 Rz 6, *Tunnelreinigung*.

<sup>73</sup> RPW 2013/4, 560 Rz 180, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>74</sup> Art. 35 Abs. 2 der Verordnung vom 11.12.1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; SR 172.056.11).

<sup>75</sup> Act. 81, S. 8 (22-0460).

<sup>76</sup> Act. 63, Rz 4 ff. (22-0460).

98. Wie die WEKO bereits in vorangegangenen Submissionsfällen festgehalten hat, stellt die Einreichung einer mit einer Konkurrentin abgestimmten höheren Offerte eine wettbewerbsrelevante Abrede dar, selbst wenn das betreffende Unternehmen an der Erteilung des Auftrags nicht interessiert war.<sup>77</sup> Eine (eingeladene) Bauunternehmung steht nämlich unabhängig der Grösse ihres Interessens am Zuschlag für ein konkretes Projekt mit anderen (eingeladenen) Bauunternehmungen auf gleicher Marktstufe in einem (zumindest potenziellen) Wettbewerbsverhältnis. Wenn sie an der Submission teilnimmt und eine Offerte einreicht, wird sie eine aktuelle Konkurrentin. Dies unabhängig vom Umstand, ob die Submittentin diese Art Arbeiten in dieser Region bereits vorgängig ausführte oder nicht. Der Bauherr geht davon aus, dass ein Unternehmen, welches eine Offerte einreicht, auch in der Lage ist, das Projekt auszuführen und berücksichtigt eine Offerte entsprechend als Konkurrenzprodukt zu anderen Offerten. Aus der Tatsache, dass PRADER im Unterengadin bislang nie Hochbauprojekte ausführte, ergibt sich nicht, dass diese keine Konkurrentin zu Bezzola Denoth darstellte. Sie ist eine „ortsfremde“ Anbieterin, von welcher durchaus Wettbewerb ausging (vgl. Rz 84). Damit ist – entgegen den Vorbringen der Parteien – ein Wettbewerbsverhältnis zwischen PRADER und Bezzola Denoth zu bejahen. Von einem „Zwang“ von PRADER, aufgrund sonstiger Geschäftsbeziehung zur Bauherrin eine Offerte einreichen zu müssen, kann nicht ausgegangen werden. Es steht einer Submittentin frei, einer Bauherrin z.B. mitzuteilen, dass sie nicht zu dem vorgeschlagenen Zeitpunkt, aber zu einem späteren Zeitpunkt offerieren könne, dass sie unabhängig von der Einreichung einer Offerte weiterhin gerne mit der Bauherrin zusammenarbeite oder etwa, dass sie im Engadin keinen Hochbau betreibe. Eine Bauherrin dürfte eine solche Aussage einer abgesprochenen und damit verzerrten Offerte bevorzugen.

99. Weiter sei darauf hingewiesen, dass Anzeichen dafür bestehen, dass PRADER – entgegen der Darstellung [Mitarbeiter A]s – sehr wohl am Auftrag interessiert gewesen sein könnte, insbesondere an der Sicherung und am Aushub des [Bauprojekt 1]. Dies ergibt sich dadurch, dass sie eine Offerte für den Abtransport von Aushubmaterial für das Projekt [Bauprojekt 1] bei [keine Verfahrenspartei] einholte und diese gemäss E-Mail annahm, dass PRADER auch die Baumeisterarbeiten zu offerieren gedachte (vgl. Rz 42). Falls PRADER tatsächlich keinerlei Interesse am Auftrag gehabt hätte, hätte keine Notwendigkeit bestanden, von [keine Verfahrenspartei] eine Offerte für den Abtransport von Aushubmaterial anzufordern. Der Umstand, dass PRADER offensichtlich Interesse an der Sicherung und am Aushub des Projektes [Bauprojekt 1] hatte, spricht dafür, dass sie auch Interesse an den Baumeisterarbeiten gehabt haben könnte. Bei einer derartig bedeutenden Auftragssumme würde es sich wohl lohnen, neben den Tiefbauarbeiten auch die Baumeisterarbeiten auszuführen, zumal sich diesfalls die benötigten Ressourcen bereits vor Ort befänden. Die PRADER stellte – entgegen ihrer Behauptung – bei diesem Projekt eine Konkurrentin von Bezzola Denoth dar.

100. Somit war die vorliegende Abrede objektiv geeignet ist, den Wettbewerb einzuschränken. Damit liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor. 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 62 ff.). Somit war die vorliegende Abrede nicht nur (objektiv) geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, sondern es bestand auch eine dahingehende Absicht der Abredeteilnehmer.

### **B.2.3.1.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen**

101. Die Parteien waren als Unternehmen auf derselben Marktstufe tätig und als solche Konkurrenten hinsichtlich der Vergabe des Bauobjekts [Bauprojekt 1]. Die vorliegende Abrede ist somit horizontaler Natur.

---

<sup>77</sup> RPW 2009/3, 205 Rz 56, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*. RPW 2012/2, 342 Rz 561, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2013/4, 5601 f. Rz 175 und 185 ff, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

### **B.2.3.2 Zwischenergebnis**

102. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Parteien in Bezug auf den [Bauprojekt 1] 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.

### **B.2.3.3 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs**

103. 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.

#### **B.2.3.3.1 Vermutung der Beseitigung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG**

104. Gegenstand der vorliegenden Wettbewerbsabrede zwischen Bezzola Denoth und PRADER ist die Preisfestsetzung der Angebote und gleichzeitig die Steuerung der Zuschlagserteilung, womit eine Aufteilung des Auftrags und damit der Geschäftspartner unter den Abredeteilnehmenden erfolgt. Dabei handelt es sich um die beiden typischerweise, regelmässig auch in Kombination anzutreffenden Abredegegenstände von sogenannten Submissionsabreden. Die vorliegenden Submissionsabreden sind sowohl unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a als auch Bst. c KG zu subsumieren. Dementsprechend ist vorliegend die gesetzliche Vermutungsbasis gegeben, womit die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu vermuten ist.

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

#### **B.2.3.3.2 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung**

106. 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 zwischen den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt.

107. 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.

108. Im Folgenden gilt es zu prüfen, ob die 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 auswirkt. In einem zweiten Schritt ist alsdann zu prüfen, ob der auf den relevanten Märkten trotz des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede noch verbleibende aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb wirksamen Wettbewerb herzustellen und damit die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag.

### **B.2.3.3.2.1 Relevanter Markt**

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

110. Bei dieser Abgrenzung sind Sinn und Zweck der Marktabgrenzung zu berücksichtigen. Diese liegen weniger darin, eine allgemeingültige Marktdefinition für einen Wirtschaftsbereich zu schaffen, als vielmehr darin, die (ökonomischen) Wirkungen einer konkret untersuchten Wettbewerbsbeschränkung zu beurteilen. 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*

111. 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. 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.

112. Für den vorliegenden Fall war die [...], welche den [Bauprojekt 1] nachgefragt hat, Marktgegenseite der Parteien.

#### *(ii) Sachlich und räumlich relevanter Markt*

113. 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 VKU, der hier analog anzuwenden ist).

114. Die vorliegende Wettbewerbsabrede bezog sich jeweils auf das betreffende Hochbauprojekt. Der sachlich relevante Markt umfasst vorliegend die Bauleistungen betreffend den [Bauprojekt 1].

115. 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).

116. Das vorliegende Bauprojekt ist naturgemäss an den Ort der Ausführung gebunden, also vorliegend an [...]. 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.

117. 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 Unternehmen aus dem Engadin sowie aus Davos eine Offerte eingereicht. Aus diesem Grund bildet vorliegend das gesamte Engadin sowie dessen angrenzende Gebiete, welche von [...] mit einer ähnlichen Fahrdistanz zu erreichen sind, den räumlich relevanten Markt.

### **B.2.3.3.2.2 Aussenwettbewerb**

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

119. 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 offerierende Unternehmen [keine Verfahrenspartei] identifiziert.

120. PRADER und Bezzola Denoth machen in diesem Zusammenhang geltend, dass der Preiswettbewerb funktioniert habe. [keine Verfahrenspartei] habe Druck auf Bezzola Denoth ausgeübt, was zu einem intensiven Preiswettbewerb geführt habe. [Keine Verfahrenspartei] habe zuerst das günstigste Angebot eingereicht. Im Rahmen der ersten Abgebotsrunde habe sie den Preis gesenkt, sei aber von Bezzola unterboten worden. Der Preiswettbewerb habe offensichtlich funktioniert, was eine Beseitigung des Wettbewerbs ausschliesse.

121. Fest steht im vorliegenden Fall, dass [keine Verfahrenspartei] ebenfalls eine Offerte eingereicht hat. Dass sie sich an der Abrede beteiligt hat, ist nicht bewiesen. Sie ist daher als aktuelle Aussenwettbewerberin zu qualifizieren. Weitere Aussenwettbewerber nahmen nicht an der Ausschreibung teil. Im Folgenden ist zu würdigen, wie intensiv der Konkurrenzdruck war, der von [keine Verfahrenspartei] ausging.

122. [Keine Verfahrenspartei] war im Unterengadin nach eigenen Angaben fast ausschliesslich für die öffentliche Hand in den Bereichen Hoch- und Tiefbau tätig. Private Hochbauprojekte hätten nicht in ihrem Fokus gestanden und seien von ihr nicht bearbeitet worden.<sup>78</sup> Der von ihr ausgegangene Konkurrenzdruck auf die Abredeteilnehmer ist als eher schwach zu werten. Dies zeigt sich auch daran, dass die Abrede erfolgreich war und Bezzola Denoth trotz der [keine Verfahrenspartei] als Aussenwettbewerberin den Zuschlag erhielt. Bei Submissionen gilt der Grundsatz: „The winner takes it all“. Erhält der geschützte Abredeteilnehmer – hier trotz Angeboten durch „abrededefreie“ Dritte resp. der Möglichkeit dieser zur Angebotsabgabe – den Zuschlag, hält er 100 % des abgesprochenen relevanten Marktes. Es liesse sich nun argumentieren, die allfällige Möglichkeit „abrededefreier“ Dritter, ebenfalls Angebote einzureichen, resp. deren effektive Angebotsabgabe wirke sich disziplinierend auf die in den abgesprochenen Offerten angebotenen Preise aus, insbesondere auf diejenigen der geschützten Offerte. Dem mag bis zu einem gewissen Grad so sein, doch entscheidend ist dies vorliegend letztlich nicht. Denn wie das Ergebnis beweist, war dieser (aktuelle resp. potenzielle) Aussenwettbewerb jedenfalls nicht ausreichend stark, um die von den Abredeteilnehmern vereinbarte Zuteilung des betroffenen Geschäftspartners unterlaufen zu können; der geschützte Abredeteilnehmer hält eben trotz des allfälligen Aussenwettbewerbs am Schluss 100 % des Marktes. Ausreichender Aussenwettbewerb, der die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegen würde, liegt daher nicht vor.<sup>79</sup>

### **B.2.3.3.2.3 Innenwettbewerb**

123. PRADER hielt sich an die Abrede, indem sie beim Bauprojekt [Bauprojekt 1], eine höhere Offerte einreichte als Bezzola Denoth (Rz 74 ff.). Somit bestand kein Innenwettbewerb. Nach dem Gesagten kann die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt werden. Es handelt sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG.

---

<sup>78</sup> Act. IX.B.7, pag. 4 (25-0038).

<sup>79</sup> Vgl. auch RPW 2013/4, 596 Rz 852, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

#### B.2.3.4 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

124. Selbst wenn man – entgegen der Beurteilung der WEKO – von einer Widerlegung der Beseitigungsvermutung ausgehen würde, läge zumindest eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, wie folgende Ausführungen zeigen.

125. 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.<sup>80</sup> 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.<sup>81</sup> 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.<sup>82</sup>

126. Der vorliegenden Wettbewerbsabrede war ein nicht unbedeutendes Schädigungspotenzial immanent. Als horizontale Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG; vgl. Rz 104) betraf sie zentrale Wettbewerbsparameter. Zudem wurde sie umgesetzt. Damit entfiel zwischen den Abredeteilnehmern jeglicher Innenwettbewerb. Schliesslich erhielt mit Bezzola Denoth dasjenige Unternehmen den Zuschlag, das von den Abredeteilnehmern hierfür vorgesehen war.

127. Die Bagatellschwelle ist – bezogen auf den relevanten Markt (Rz 109 ff. hiervor) – bei weitem überschritten. Das Kriterium der Erheblichkeit ist somit gegeben.

#### B.2.3.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

128. Wollte man, entgegen der Beurteilung der WEKO, von einer Widerlegung der Beseitigungsvermutung ausgehen, liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor. Es ist dann 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.

129. Rechtfertigungsgründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) sind bei der vorliegenden Wettbewerbsabrede nicht ersichtlich und wurden von den Parteien auch nicht vorgebracht. Die Wettbewerbsabrede stellt daher auch dann eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar, wenn die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs als widerlegt erachtet würde.

---

<sup>80</sup> 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*.

<sup>81</sup> 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*.

<sup>82</sup> 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*.

### B.2.3.6 Ergebnis

130. Im vorliegenden Fall lässt sich die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung nicht widerlegen, vielmehr bestätigt sich diese Vermutungsfolge als materiell zutreffend und richtig. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ist daher nicht möglich.

131. Diese wettbewerbsbeseitigende Abrede in Bezug auf das Projekt [Bauprojekt 1] ist gestützt auf Art. 5 Abs. 1 und 3 Bst. a und c KG unzulässig.

132. Falls entgegen der Beurteilung der WEKO von einer Widerlegung der Beseitigungsvermutung auszugehen wäre, läge zumindest eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, welche aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG nicht gerechtfertigt ist.

### B.2.4 Massnahmen

#### B.2.4.1 Anordnung von Massnahmen

133. 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.<sup>83</sup>

134. Die Unternehmen Bezzola Denoth, Foffa Conrad, METTLER PRADER und ZINDEL 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.

135. Insbesondere wird den genannten Unternehmen untersagt:

- Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht auf eine Offerteingabe anzufragen oder 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 – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen; davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit
  - a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) sowie
  - b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.

136. 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.

---

<sup>83</sup> RPW 2013/4, 643 Rz 1028 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2015/2, 235 Rz 266 ff., *Tunnelreinigung*.

137. 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.<sup>84</sup>

#### **B.2.4.2 Sanktionierung**

138. 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.

##### **B.2.4.2.1 Voraussetzungen**

139. Sämtliche Parteien erfüllen vorliegend den Unternehmensbegriff nach Art. 2 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> KG und haben durch den Verstoss gegen Art. 5 Abs. 1 und 3 KG eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG begangen.

140. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen handelten und die kartellrechtswidrige Submissionsabsprache trafen, taten dies vorsätzlich 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 zeichnungsberechtigt waren und 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.

##### **B.2.4.2.2 Bemessung**

###### **B.2.4.2.2.1 Konkrete Sanktionsbemessung**

141. 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.

142. 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 Verhältnismässigkeit<sup>85</sup> und der Gleichbehandlung begrenzt wird.<sup>86</sup> 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.<sup>87</sup>

---

<sup>84</sup> 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*.

<sup>85</sup> Art. 2 Abs. 2 SVKG.

<sup>86</sup> RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

<sup>87</sup> RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

## a) Basisbetrag

143. 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.).

144. Das an der Submissionsabrede beteiligte Unternehmen Bezzola Denoth erzielte im von der vorliegenden abgesprochenen Submission betroffenen Markt einen Umsatz. Hingegen erzielte PRADER keinen Umsatz, da ihr die Rolle der Schutzgeberin zugedacht war.

145. Zu klären ist zunächst das Verhältnis zwischen Art. 49a KG und Art. 3 SVKG. Art. 49a KG bildet die formell-gesetzliche Rechtsgrundlage für die Sanktionierung von kartellrechtlich unzulässigen Verhaltensweisen. Diese Bestimmung sieht in Abs. 1 eine Sanktionierung von Unternehmen vor, welche sich an einer unzulässigen Abrede beteiligt haben. Dagegen bezieht sich der Normgehalt der Ordnungsbestimmung von Art. 3 SVKG lediglich auf die Frage, *wie* die Sanktion zu bemessen ist. Dies bringt auch der entsprechende Abschnittstitel „Sanktionsbemessung“ der SVKG zum Ausdruck. Zu den Sanktionsvoraussetzungen äussert sich Art. 3 SVKG nicht. Vielmehr sind diese – auf Gesetzesstufe – in Art. 49a KG geregelt.<sup>88</sup>

146. 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 Ordnungsgeber nicht gewollt gewesen sein. 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. Insofern 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.

147. Vor diesem Hintergrund ist vorliegend – unter Berücksichtigung der vom Gesetz- und Ordnungsgeber 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.

148. Vorliegend wird als Basisumsatz für beide abredebeteiligten Unternehmen die Offertsumme von Bezzola Denoth exklusive Mehrwertsteuer in Höhe von CHF [...] herangezogen (vgl. Rz 43), denn dieser Betrag 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.<sup>89</sup> Konkret ergibt sich daraus für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

149. 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

---

<sup>88</sup> Dazu auch RPW 2013/4, 951, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>89</sup> Vgl. RPW 2013/4, 618 Rz 956, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

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.

150. Bezzola Denoth als Schutznehmerin sowie PRADER als schützendes Unternehmen beteiligten sich an einer Abrede, welche den Preis sowie auch die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatten. 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.

151. Aus diesen Gründen ist der vorliegende Kartellrechtsverstoss als schwerwiegend zu werten.

152. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erachtet die Behörde für Bezzola Denoth als erfolgreiche Schutznehmerin der Submissionsabrede einen Basisbetrag von 10 Prozent des erzielten Umsatzes als angemessen, d.h. CHF [...].

153. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erachtet die Behörde für PRADER als „schützendes“ Unternehmen bei erfolgreicher Schutzgabe einen Basisbetrag von CHF [...] als angemessen.

154. Gegen diese Festlegung des Basisbetrags brachte PRADER in ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats im Wesentlichen Folgendes vor:

- Falls die WEKO die „Pro-Forma-Offerten“ zu Unrecht als „Schutzgewährungen“ qualifiziere, könne der Sanktionsbetrag nicht aufgrund von Umsätzen, welche PRADER gar nicht erzielt habe, festgesetzt werden. Dies laufe den Bestimmungen von Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 3 SVKG zuwider, die gebieten würden, dass der vom Unternehmen auf dem relevanten Markt erzielte Umsatz die Basis für die Bussenberechnung bilde. Eine solche Sanktionsbemessung verstosse gegen das Legalitätsprinzip und das strafrechtliche Analogieverbot.
- Weiter würden dadurch auch der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt.<sup>90</sup> Das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot verbiete, im vorliegenden Fall eine neue Methode zur Bussenberechnung anzuwenden, die zur massiv höheren Bussen führe als in allen vorangegangenen Entscheiden der WEKO.<sup>91</sup> Die WEKO habe sich in den früheren Submissionsentscheiden im Kanton Aargau<sup>92</sup> und Zürich<sup>93</sup> bei der Sanktionsberechnung im Zusammenhang mit Stützofferten weder am Volumen der Stützofferten noch am erzielten Umsatz der Schutznehmerin orientiert. Sonst werde der gleiche Umsatz mehrfach herangezogen, um die Busse für mehrere Unternehmen zu berechnen. Dies würde bedeuten, dass der gleiche Franken-Umsatz zweimal sanktioniert würde.<sup>94</sup> In den beiden erwähnten Entscheiden habe die WEKO nur

---

<sup>90</sup> Act. 64, Rz 39 (22-0460).

<sup>91</sup> Act. 64, Rz 155 ff. (22-0460).

<sup>92</sup> RPW 2012/2, 270 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

<sup>93</sup> RPW 2013/4, 524 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>94</sup> Act. 64, Rz 65-68 (22-0460).

Pauschalsanktionen zwischen CHF 5'000 und 50'000 verhängt, wenn sich ein Unternehmen an Submissionsabreden beteiligt, aber selber keine Umsätze aus den abgesprochenen Submissionen erzielt habe. Z.B. sei Walo – eines der grössten Bauunternehmen der Schweiz – im Aargauer Fall für Absprachen im Zusammenhang mit [3-10] Objekten eine Sanktion von CHF 50'000 auferlegt worden. Gegenüber einem mehr als 15 Mal kleineren Unternehmen, das an weniger angeblicher Absprachen beteiligt gewesen sei, verstosse die Verhängung einer 10 Mal höheren Busse gegen das Gleichbehandlungsgebot.<sup>95</sup>

155. Den Vorwürfen, dass vorliegend das Legalitätsprinzip und das strafrechtliche Analogieverbot verletzt würden, ist wie folgt zu entgegnen: Der Grundsatz der Legalität („nulla poena sine lege“) ist vom Bundesgesetzgeber ausdrücklich in Art. 1 StGB verankert worden. Explizit findet sich die Regel auch in Art. 7 EMRK. Im Rahmen des Kartellverwaltungsrechts gilt das Legalitätsprinzip nicht gestützt auf Art. 1 StGB, sondern es fliesst direkt aus dem Verfassungs- bzw. Konventionsrecht. Der Grundsatz „nulla poena sine lege“ ist verletzt, wenn eine Person oder ein Unternehmen wegen einer Handlung, die im Gesetz überhaupt nicht als strafbar bezeichnet ist, strafrechtlich verfolgt wird, oder wenn eine Handlung, derentwegen eine Person oder ein Unternehmen strafrechtlich verfolgt wird, zwar in einem Gesetz mit Strafe bedroht ist, dieses Gesetz selber aber nicht als rechtsbeständig angesehen werden kann, oder endlich, wenn der Richter eine Handlung unter ein Strafgesetz subsumiert, die darunter auch bei weitestgehender Auslegung nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen nicht subsumiert werden kann.<sup>96</sup>

156. PRADER behauptet nicht, dass preisliche Angebotskoordinierungen zwischen Bauunternehmen im Allgemeinen kartellrechtlich zulässig seien oder für die Sanktionierung eines solchen Verhaltens gar keine gesetzliche Grundlage bestehe. Vielmehr macht sie geltend, dass der Basisbetrag für sie – soweit sie sich vorliegend unzulässig verhalten habe, was sie bestreitet – in Anwendung der einschlägigen Sanktionsbemessungsbestimmungen Null zu betragen habe.<sup>97</sup> Insofern betrifft die vorliegende Streitfrage nicht das Legalitätsprinzip, sondern die Auslegung und Anwendung von Art. 49a KG und Art. 3 SVKG.

157. Wie gezeigt worden ist, findet sich die (formell-gesetzliche) Grundlage für die Sanktionierung von Unternehmen, die sich an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligt haben, in Art. 49a KG. Diese Norm wird in Bezug auf die Sanktionsbemessung auf Verordnungsstufe durch die Vorschriften von Art. 2 ff. SVKG konkretisiert. Soweit Art. 3 SVKG jedoch bei der Berechnung des Basisbetrags am erzielten Umsatz im relevanten Markt anknüpft, beschränkt sich dessen Gehalt auf Fälle, in denen das fehlbare Unternehmen tatsächlich einen solchen Umsatz erwirtschaftet hat (Rz 145 f. hiervor). Bei „schutzgebenden“ Unternehmen trifft dies wesensgemäss nicht zu. Hier ist der Basisbetrag hilfsweise unter Berücksichtigung der Eingabesumme des „schutznehmenden“ Unternehmens zu bestimmen, zumal dieser Betrag die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen Submission widerspiegelt (Rz 147 hiervor). Allerdings gebietet es das Sanktionsbemessungskriterium der „Schwere“ des Verstosses (vgl. Art. 49a Abs. 1 KG), den Basisbetrag beim „schutzgebenden“ Unternehmen tiefer anzusetzen als beim „schutznehmenden“ Unternehmen. Von diesen Prämissen ausgehend, ist es korrekt, den Basisbetrag von PRADER vorliegend auf CHF [...] festzulegen, also auf rund die Hälfte des Basisbetrags des „schutznehmenden“ Unternehmens (vgl. Rz 148 hiervor). Nach dem Gesagten ist PRADER in Bezug auf den Vorwurf der Verletzung des Legalitätsprinzips und des strafrechtlichen Analogieverbots nicht zu hören.

158. Soweit sich PRADER auf Sanktionsberechnungen in früheren Entscheidungen der WEKO zu Einzelsubmissionsabreden beruft und eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots moniert, ist ihr ebenfalls nicht zu folgen. Der Anspruch auf Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1

---

<sup>95</sup> Act. 64, Rz 89-92 (22-0460).

<sup>96</sup> BGE 112 Ia 107 E. 3a S. 112.

<sup>97</sup> Act. 64, Rz 54 (22-0460).

BV) gebietet, Gleiches nach Massgabe der Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe der Ungleichheit ungleich zu behandeln. Das Rechtsgleichheitsgebot wird insbesondere verletzt, wenn gleiche Sachverhalte ohne sachliche Gründe ungleich behandelt werden.<sup>98</sup> Das Gleichheitsprinzip und der Grundsatz der Rechtssicherheit verlangen, dass an einer eingelebten Praxis in der Regel festgehalten wird. Sie stehen aber einer Praxisänderung nicht entgegen, sofern diese auf sachlichen Gründen beruht.<sup>99</sup>

159. Die WEKO entschied im Dezember 2011 im Fall *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*, dass auch nicht umsatzgenerierende, jedoch kartellrechtswidrige Verhaltensweisen im Rahmen von Einzelsubmissionsabreden zu sanktionieren sind. Die Sanktion legte sie bei schutzgebenden Unternehmen – unter Berücksichtigung der Höhe der Offertsummen und der Unternehmensgrösse – pauschal fest.<sup>100</sup> Im Fall *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* hielt die WEKO mit Verfügung vom April 2013 fest, dass bezüglich der Sanktionierung von nicht umsatzgenerierendem Verhalten keine gefestigte Praxis bestehe. Sie begründete eingehend, weshalb die korrekte Anwendung von Art. 49a KG, in Abweichung vom Entscheid im Aargauer Fall, gebiete, bei nicht umsatzgenerierendem Verhalten wie etwa der Einreichung von Stützofferten keine Pauschalsanktionen zu verhängen, sondern einen Basisbetrag festzulegen sei, der sich am Volumen des relevanten Markts orientiere. Einzig aus dem Umstand heraus, dass es sich bei der betreffenden Untersuchung um ein Parallelverfahren zum Aargauer Fall handelte, wandte sie schliesslich dennoch die gleiche Sanktionsbemessungsmethode an.<sup>101</sup> Diese Verfügung der WEKO erwuchs in Rechtskraft.

160. Im vorliegenden Verfahren steht der korrekten Anwendung von Art. 49a KG, wie sie von der WEKO im Fall *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* aufgezeigt worden ist, nichts entgegen. Dabei ist Folgendes zu beachten:

- Das vorliegende Verfahren steht – anders als der Zürcher Fall – in keinem Zusammenhang zur Untersuchung *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*, weder in prozessualer Hinsicht noch in Bezug auf die zu beurteilenden Sachverhalte.
- Wie bereits in der Verfügung *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* festgehalten worden ist, lässt sich aus den bisherigen Entscheiden der WEKO zu Einzelsubmissionsabreden keine gefestigte Praxis zur Frage ableiten, wie die Sanktion bei nicht umsatzgenerierendem, aber unzulässigem Verhalten zu berechnen ist.<sup>102</sup> Eine Praxisänderung liegt somit nicht vor. Daher erübrigt sich zu prüfen, ob die – hier vorgenommene – Orientierung des Basisbetrags bei Stützofferten am Volumen der betroffenen Submission anstelle der Verhängung von Pauschalsanktionen als zulässige Praxisänderung zu werten wäre. Es besteht hierzu gar keine eingelebte Praxis, die nun geändert wird.
- Schliesslich kann sich PRADER auch nicht auf ihr allfälliges Vertrauen in frühere Entscheidungen der WEKO berufen, wie sie es mit ihren Vorbringen zum „Verbot der Rückwirkung“ andeutet.<sup>103</sup> Konkret bringt sie vor, dass sich die vertretenen Unternehmen im vorliegenden Kontext nicht am Entscheid der WEKO im Zürcher Fall aus dem Jahr 2013 hätten orientieren können, selbst wenn sie diesen unverzüglich nach Publikation studiert hätten. Sowohl im Zürcher Fall als auch im Aargauer Fall kam die WEKO zum Schluss, dass es sich bei der Abgabe von Stützofferten um eine kartellrechtswidrige und sanktio-

<sup>98</sup> BGE 131 I 91 E. 3.4 S. 102 f. mit Hinweisen.

<sup>99</sup> BGE 134 V 359 E. 8.1 S. 366; BGE 127 I 49 E. 3c S. 52; je mit Hinweisen.

<sup>100</sup> RPW 2012/2, 1089 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

<sup>101</sup> Zum Ganzen RPW 2013/4, 943 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>102</sup> RPW 2013/4, 944 f., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>103</sup> Zum Vorbringen von PRADER der „unzulässigen echten Rückwirkung“ Act. 64, Rz 93 ff. (22-0460).

nierbare Verhaltensweise handelt. Soweit ein Unternehmen seinen Entscheid, rechtmässig oder unrechtmässig zu handeln, von der anwendbaren Sanktionsberechnungsmethode abhängig machen will, steht es ihm zum Vornherein nicht zu, sich diesbezüglich auf ihr Vertrauen in frühere Entscheidungen zu berufen. Ihr Vertrauen wäre nicht berechtigt und verdiente keinen Schutz. Im Übrigen ist zu betonen, dass kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht besteht.

161. Der Vollständigkeit halber ist beizufügen, dass die höhere Sanktion von PRADER im vorliegenden Fall im Verhältnis zu den Sanktionsbeträgen in den Fällen Aargau und Zürich – im Sinne einer Gesamtwürdigung – auch das höhere Submissionsvolumen widerspiegelt, das von der Wettbewerbsabrede betroffen ist. So stellten die einzelnen Volumen der von den unzulässigen Abreden tangierten Strassen- und Tiefbauprojekten in den Fällen Kanton Aargau und Zürich nur einen Bruchteil des Volumens der vorliegenden Submission dar. Selbst die Umbricht AG, welcher im Aargauer Fall die höchste Sanktion auferlegt worden ist, erzielte mit [10-20] Schutznahmen „nur“ einen Umsatz zwischen CHF [7-8] Mio. (inkl. MwSt.).<sup>104</sup> Die Höhe einer einzelnen Schutznahme bzw. einer Stützofferte wies daher ein viel geringeres Volumen als im vorliegenden Fall auf. Gemäss Verfügung überschritten die von der Untersuchung im Kanton Aargau betroffenen Projekte den Betrag von CHF 2 Mio. nicht.<sup>105</sup> Allein das Objekt [Bauprojekt 1] der vorliegenden Untersuchung weist ein Volumen über CHF [...] auf (vgl. Rz 42). Somit ist der vorliegende Fall von der Tragweite nicht gleich wie die Fälle im Kanton Aargau und Zürich. Wenn im vorliegenden Fall bei der Sanktionsbemessung nur die Anzahl Stützofferten von PRADER zu berücksichtigen wäre, würde dies im Verhältnis zur Schwere des Verstosses zu einer zu geringen Sanktion führen. Dem Schädigungspotenzial, dem betroffenen Volumen und der präventiven Wirkung, die eine Sanktion entfalten soll, wäre nicht gebührend Rechnung getragen.

#### **b) Dauer des Verstosses**

162. 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).

163. Der vorliegende Kartellrechtsverstoss bezieht sich auf Leistungen im Rahmen eines einzelnen Bauprojekts, nämlich der Erstellung des [Bauprojekt 1]. Der Wettbewerbsverstoss betrifft damit einen relativ kurzen Zeitraum. Folglich ist der Basisbetrag nicht zu erhöhen.

#### **c) Erschwerende Umstände**

164. 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*

165. 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,

---

<sup>104</sup> RPW 2012/2, 407 Rz 1097, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

<sup>105</sup> RPW 2012/2, 392 Rz 989, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

eine konkludente Aufforderung oder eine motivierende Einladung (allenfalls unter Inaussichtstellen von Anreizen oder Drohungen).<sup>106</sup>

166. Vorliegend ist erstellt (Rz 69), dass PRADER Bezzola Denoth beim Bauprojekt [Bauprojekt 1] im Hinblick auf die Angebotskoordinierung kontaktiert hat. Für die Bejahung einer anstiftenden Rolle genügt die Herstellung des Erstkontakts hingegen nicht. Vielmehr wären weitere Elemente wie etwa ein motivierendes Verhalten oder eine Anreizsetzung erforderlich. Solche zusätzlichen Elemente lassen sich den erhobenen Beweismitteln nicht entnehmen. Eine Straferhöhung infolge einer anstiftenden Rolle im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG scheidet damit aus.

#### *Führende Rolle*

167. 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.<sup>107</sup>

168. Da der Verordnungsgeber 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.<sup>108</sup> 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 sein<sup>109</sup> oder eine besondere, konkrete Verantwortung für dessen Funktionieren getragen haben.<sup>110</sup> 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.<sup>111</sup> 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.<sup>112</sup> 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

---

<sup>106</sup> 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.

<sup>107</sup> 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 (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.

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

<sup>109</sup> 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*.

<sup>110</sup> 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*.

<sup>111</sup> 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*.

<sup>112</sup> 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*.

Vertretung einiger Mitglieder im Kartell übernahm oder die meisten Vorschläge zur Arbeitsweise des Kartells machte.<sup>113</sup> 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.

169. Vorliegend steht fest, dass Bezzola Denoth zwei E-Mails vom [...] bzw. [...] an PRADER zusandte. Darin gab sie ihr an, welchen Preis sie der Bauherrschaft offerieren sollten (vgl. Rz 73 hiervor). 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.<sup>114</sup> In casu war der für Bezzola Denoth damit verbundene organisatorische und intellektuelle Aufwand nur gering. Eine tragende Rolle von Bezzola Denoth bei der Organisation sowie der Durchführung des Kartells liegt somit nicht vor. Zu würdigen ist sodann die Interessenlage der Beteiligten, wonach das Interesse von Bezzola Denoth an der Angebotskoordination als „Schutznehmerin“ grösser gewesen sein dürfte als dasjenige von PRADER. Eine solche Interessensasymmetrie liegt bei einzelprojektbezogenen Submissionsabreden 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 Bezzola Denoth zu bejahen.

170. Im Ergebnis liegen damit zwar gewisse Elemente vor, die für die Erfüllung der obgenannten Voraussetzungen und damit für eine führende Rolle von Bezzola Denoth 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.

#### *Wiederholter Verstoss*

171. Gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a SVKG wird der Betrag nach den Art. 3 und 4 erhöht, wenn das Unternehmen wiederholt gegen das Kartellgesetz verstossen hat. Die Foffa Conrad-Gruppe war in mehrere Verhaltensweisen bzw. Wettbewerbsverstösse innerhalb des vorliegenden Verfahrens, wie auch in den Untersuchungen 22-0458, 22-0459, 22-0461, 22-0463, 22-0464, 22-0465 und 22-0467 involviert. Die Zindel-Gesellschaften waren in mehrere Verhaltensweisen bzw. Wettbewerbsverstösse innerhalb des vorliegenden Verfahrens, wie auch in die Untersuchung 22-0457 involviert. Somit ist für beide Unternehmen zu prüfen, ob ein Zuschlag aufgrund eines wiederholten Verstosses gegen das KG angewendet werden soll.

172. Sämtliche der genannten Verfahren entstammen der ursprünglichen Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden, welche aus verfahrensökonomischen Gründen am 23. November 2015 in zehn verschiedene Verfahren getrennt wurden. Diese Verfahren befinden sich in verschiedenen Verfahrensstadien; einige stehen kurz vor dem Abschluss, andere befinden

---

<sup>113</sup> 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).

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

sich noch in der Ermittlungsphase. Um einen Zuschlag aufgrund eines wiederholten Verstosses beantragen zu können, bedarf es eines Gesamtbildes sämtlicher Verhaltensweisen des entsprechenden Unternehmens innerhalb der Verfahren, welche der Untersuchung 22-0433 entstammten. Aus den oben erklärten Gründen ist eine gesamthafte Beurteilung der Wiederholung vorliegend nicht möglich.

173. Eine Beurteilung der wiederholten Verstösse lediglich innerhalb eines abgetrennten Verfahrens wäre ebenfalls nicht adäquat und gerecht, da diese allein davon abhängen würde, wie die verschiedenen Verhaltensweisen prozessual gruppiert wurden. Einzelne abgetrennte Verfahren umfassen lediglich ein einziges Projekt, während in anderen, wie dem vorliegenden, mehrere Verhaltensweisen beurteilt werden. Aus diesen Gründen wird auf einen Zuschlag aufgrund eines wiederholten Verstosses gegen das KG verzichtet.

#### **d) Mildernde Umstände**

174. Es sind keine mildernden Umstände ersichtlich.

#### **B.2.4.2.2 Selbstanzeige – Vollständiger/teilweiser Erlass der Sanktion**

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

##### Foffa Conrad-Gruppe

176. Wie oben unter Verfahrensgeschichte (Rz 8) ersichtlich, reichte die Foffa Conrad-Gruppe<sup>115</sup> am 9. November 2012 eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Unterengadin ein. Die Foffa Conrad-Gruppe reichte zahlreiche Ergänzungen zu ihrer Selbstanzeige ein, insbesondere die Eingaben vom 4. Dezember 2012 und vom 1. Februar 2013, welche auch das Projekt [Bauprojekt 1] betreffen.

177. Bezzola Denoth zeigte kurz nach Untersuchungseröffnung das Bauprojekt [Bauprojekt 1] als Wettbewerbsverstoss an. Bezzola Denoth reichte zudem entscheidende Beweismittel ein, wie die relevante E-Mail-Korrespondenz, und kooperierte auch sonst mit den Wettbewerbsbehörden, jedenfalls bis zum Abschluss der Ermittlungen durch das Sekretariat (vgl. zur Relativierung der Selbstanzeige Rz 180). Bezzola Denoth legte während des Verfahrens unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die Abrede vor und erläuterte und präziserte diese den Wettbewerbsbehörden ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Somit besteht für die Foffa Conrad-Gruppe in Bezug auf das Bauprojekt [Bauprojekt 1], aufgrund einer Feststellungskooperation i.S.v. Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, die Möglichkeit eines Sanktionserlasses.

178. Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG erlässt die WEKO die Sanktion nur, wenn das Unternehmen kein anderes Unternehmen zur Teilnahme an dem Wettbewerbsverstoss gezwungen hat und weder eine anstiftende noch eine führende Rolle im betreffenden Wettbewerbsverstoss ausgeübt hat.

179. Es liegen im vorliegenden Fall keine Hinweise vor, dass Bezzola Denoth die PRADER zur Teilnahme an dem Wettbewerbsverstoss gezwungen hat.<sup>116</sup> Wie gezeigt worden ist (vgl. Rz 165 ff.), sind die Voraussetzungen zur Annahme einer anstiftenden oder führenden

---

<sup>115</sup> Die Selbstanzeige wie auch deren Ergänzungen der Foffa Conrad und der Bezzola Denoth erfolgten jeweils gleichzeitig und im Namen beider Unternehmen.

<sup>116</sup> Beispiel, in dem ein Unternehmen zur Teilnahme an einem Wettbewerbsverstoss gezwungen wurde: RPW 2009/2, 156 Rz 90 f., *Felco/Landi*. In diesem Fall übte Felco Druck auf Landi aus, damit diese die Preise erhöhen würde. Landi hatte nicht die Absicht, die Preise zu erhöhen, stimmte der Preiserhöhung jedoch zu, um weitere Produkte der Felco in ihrer Produktpalette behalten zu können.

Rolle von Bezzola Denoth im Zusammenhang mit dem vorliegenden Wettbewerbsverstoss nicht gegeben.

180. Damit wären bei der Foffa Conrad-Gruppe die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass grundsätzlich erfüllt. Näher zu beleuchten ist jedoch ihr Kooperationsverhalten nach Abschluss der Ermittlungen durch das Sekretariat. In ihrer Stellungnahme vom 14. Juni 2017 zum Antrag des Sekretariats äusserte sich die Foffa Conrad-Gruppe unter anderem wie folgt:

- „Das Verhalten der beiden Parteien war „untypisch“, weil es eben kein Konkurrenzverhältnis gab. Die Parteien wollten nicht ihre Eingabesummen absprechen. [...] Das Verhalten der Parteien war daher zu einer Beschränkung des tatsächlichen Wettbewerbs von vornherein nicht geeignet“.<sup>117</sup>
- „Anders als das Sekretariat im Rahmen des verfolgten Zwecks annimmt, ging es weder darum, die Zuschlagschancen für Bezzola Denoth zu wahren, noch darum, den Wettbewerb unter den Beteiligten zu verhindern“.<sup>118</sup>
- „Nur rein theoretisch ist es zutreffend, dass Prader bei Zuschlagserteilung grundsätzlich das fragliche Projekt hätte ausführen können. Das wäre aber nur unter Inkaufnahme eines Verlustes möglich gewesen und war somit in der Praxis irrelevant. Prader war daher wegen der zu grossen Entfernung keine echte Konkurrentin für dieses [...]“.<sup>119</sup>

181. Zusammenfassend behauptete die Foffa Conrad-Gruppe in ihrer Stellungnahme vom 14. Juni 2017 schliesslich, dass das im Antrag festgehaltene Beweisergebnis nicht zutreffe.<sup>120</sup>

182. An der Anhörung vor der WEKO am 4. September 2017 erwiderte der Rechtsvertreter der Foffa Conrad-Gruppe auf Nachfrage des Präsidenten der WEKO, dass seine Mandantin ihre Selbstanzeige nicht zurückziehen möchte. Sollte die WEKO solche Informationsaustausche bei „Pro-Forma-Angeboten“ als Wettbewerbsabreden beurteilen und sanktionieren, möchte sie an ihrer Selbstanzeige festhalten.<sup>121</sup>

183. Wie zu zeigen ist, hat dieses Verhalten der Foffa Conrad-Gruppe für die Beurteilung ihrer Selbstanzeige Folgen.

184. Im Rahmen einer Selbstanzeige muss das Unternehmen Klarheit über den Sachverhalt schaffen. Dies betrifft den gesamten kartellrechtlich relevanten Sachverhalt, der sowohl objektive als auch subjektive Elemente umfasst. Das bedeutet namentlich, dass das Unternehmen aufdecken muss, welches der verfolgte Zweck der angezeigten Verhaltensweise war, wie das Verhalten durch das Unternehmen umgesetzt wurde sowie – soweit Informationen und Beweismittel dazu vorhanden sind – wie die Umsetzung durch andere beteiligte Unternehmen erfolgt ist. Zu diesem Zweck kann das Unternehmen insbesondere vorbestehende Beweismittel einreichen und Protokollaussagen tätigen. Keine Selbstanzeige liegt typischerweise dann vor, 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. Nicht erforderlich ist demgegenüber, dass sich das Unternehmen schuldig bekennt, einen bestimmten kartellrechtlichen Tatbestand verletzt zu haben, oder dass es eine rechtliche Würdigung der offengelegten Tatsachen vornimmt (z.B. bezüglich der Frage der Erheblichkeit).<sup>122</sup>

---

<sup>117</sup> Act. 63, Rz 4 (22-0460).

<sup>118</sup> Act. 63, Rz 5 (22-0460).

<sup>119</sup> Act. 63, Rz 6 (22-0460).

<sup>120</sup> Act. 63, Rz 6 (22-0460).

<sup>121</sup> Act. 79, Zeilen 49 ff. (22-0460).

<sup>122</sup> Zum Ganzen Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO Bonusregelung (Selbstanzeige) vom 8.9.2014, Rz 5.

185. Mit ihren Vorbringen im Rahmen der Stellungnahme zum Antrag stellt sich die Foffa Conrad-Gruppe nicht nur gegen die rechtliche Würdigung der Behörde, was bei der Beurteilung ihrer Selbstanzeige unberücksichtigt zu bleiben hat. Sie bestreitet auch den erwiesenen rechtserheblichen Sachverhalt, der vorliegend im Beweisergebnis (Rz 77) abgebildet ist. Insbesondere stellt sie den erwiesenen Konsens zur Angebotskoordination in Abrede; die Parteien hätten ihre Eingabesummen nicht absprechen wollen. Ebenso bestreitet, sie – was ebenfalls bewiesen ist –, dass die Parteien mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei der Ausschreibung des Bauprojekts [Bauprojekt 1] nicht zu konkurrenzieren. Damit distanziert sie sich auch von ihrer früheren Aussage, wonach es sich bei ihrem Verhalten im Zusammenhang mit dem Bauprojekt [Bauprojekt 1] um einen [...] handle (vgl. Rz 47 hiervor).

186. Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. c KG setzt der vollständige Sanktionserlass unter anderem voraus, dass das selbstanzeigende Unternehmen während der gesamten Dauer des Verfahrens ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug mit der Behörde zusammenarbeitet. Indem die Foffa Conrad-Gruppe nun wesentliche Elemente des erwiesenen Sachverhalts bestreitet, insbesondere betreffend den Konsens und den verfolgten Zweck, sind die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass nicht gegeben.

187. Zu prüfen ist, welche Rechtsfolge dies nach sich zieht. Dabei ist zu beachten, dass in der SVKG der vollständige Sanktionserlass infolge Selbstanzeige im dritten Abschnitt (Art. 8 ff. SVKG) geregelt ist, während sich die *Reduktion* der Sanktion infolge Selbstanzeige nach den Vorschriften im vierten Abschnitt (Art. 12 ff. SVKG) richtet. Im Lichte der Verordnungssystematik scheint es naheliegend, die Höhe der Sanktionsreduktion in jedem Fall nach den Bestimmungen von Art. 12 ff. SVKG festzulegen, wenn die Kriterien für einen vollständigen Sanktionserlass nicht gegeben sind. Danach käme ein selbstanzeigendes Unternehmen, das – wie vorliegend die Foffa Conrad-Gruppe – die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass mit Ausnahme der vollumfänglichen Kooperation erfüllt, in den Genuss einer Sanktionsreduktion von höchstens 50 %.

188. Neben dem systematischen Auslegungselement sind allerdings die weiteren Auslegungskriterien zu beachten, namentlich der Sinn und Zweck der Norm (teleologische Auslegung). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Anforderungen an die Kooperation von Selbstanzeigern in qualitativer und quantitativer Hinsicht hoch sind. Bei einem Selbstanzeiger etwa, dessen Kooperation grundsätzlich als gut zu werten ist, der aber seiner Kooperationsobligation in einem bestimmten Punkt nicht nachkommt, wäre es allenfalls stossend, die höchstmögliche Sanktionsreduktion – anstelle eines vollständigen Sanktionserlass – auf 50 % zu begrenzen. Auch bei der Auslegung und Anwendung von Ordnungsbestimmungen ist der Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 2 BV) zu beachten. Dass der Ordnungsgeber bei einem Selbstanzeiger, der ansonsten die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass erfüllt, bei mangelhafter Kooperation die höchstmögliche Sanktionsreduktion in jedem Fall und ungeachtet der konkreten Umstände des Einzelfalls auf 50 % festlegen wollte, ist nicht ersichtlich. Mit einer solchen Regelung nähme man in Kauf, das Verhältnismässigkeitsprinzip im Einzelfall zu unterlaufen. Dies kann nicht der Sinn und Zweck der Norm sein.

189. Dagegen führt die systematische Auslegung nicht zu einem hinreichend klaren Ergebnis, um einen anderen Normgehalt anzunehmen. Die Abschnittstitel als solche und der logische Aufbau der SVKG schliessen nicht aus, dass im Einzelfall – trotz mangelhafter Kooperation – eine Sanktionsreduktion von mehr als 50% gewährt wird. Auch die historische Auslegung ist nicht eindeutig. Dem Ordnungsgeber lag lediglich daran, dass eine erste Selbstanzeigerin umfassend mit den Wettbewerbsbehörden kooperiert. Dies ist auch dann gewährleistet, wenn der Kooperationsmangel keine Deckelung der maximalen Sanktionsreduktion auf 50 % zur Folge hat. Vor diesem Hintergrund ist Art. 8 Abs. 2 Bst. c SVKG so auszulegen, dass bei mangelhafter Kooperation die Sanktionsreduktion nach den Umständen des Einzelfalls festzulegen ist. Dabei hat die Behörde ihr Ermessen pflichtgemäss auszuüben. Namentlich hat sie der Art und dem Schweregrad des konkreten Kooperationsmangels Rechnung zu tragen. An die höchstmögliche Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG von 50 % ist sie nicht gebunden.

190. Diesem Auslegungsergebnis folgend, sind die Art und Schwere der mangelhaften Kooperation der Foffa Conrad-Gruppe zu würdigen. Dabei ist zu beachten, dass die Foffa Conrad-Gruppe nun wesentliche Elemente des erwiesenen Sachverhalts in Abrede stellt. Dies spricht dafür, ihre mangelhafte Kooperation gewichtig zu berücksichtigen. Allerdings werden diese Abstriche durch ihre gute Zusammenarbeit mit der Behörde in vorangehenden Verfahrensstadien teilweise aufgewogen. Immerhin lieferte sie der Behörde bereits in einer frühen Phase des Verfahrens zentrale Beweismittel, die den Nachweis des vorliegenden Kartellrechtsverstosses massgebend erleichterten. Gesamthaft betrachtet erscheint der Kooperation der Foffa Conrad-Gruppe daher dennoch eine Sanktionsreduktion von 85 % angemessen.

#### Zindel-Gesellschaften

191. Die Zindel-Gesellschaften reichten keine Selbstanzeige ein.

#### **B.2.4.2.2.3 Ergebnis**

192. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die Wettbewerbsbehörde in Bezug auf das Bauprojekt [Bauprojekt 1] eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien angemessen (vgl. dazu Verfügungsadressatinnen, Rz 81):

- Bezzola Denoth und Foffa Conrad: CHF [...]
- METTLER PRADER und ZINDEL: CHF [...] .

### **C [Bauprojekt 2], Baumeisterarbeiten ([...])**

#### **C.1 Sachverhalt**

##### **C.1.1 Beweisthema**

193. Im Folgenden ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob zwischen Bezzola Denoth und PRADER übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich des Bauprojekts [Bauprojekt 2], [...], Baumeisterarbeiten (nachfolgend: [Bauprojekt 2]), aus dem Jahr [...] zu koordinieren (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Ist dies zu bejahen, sind folgende Sachverhaltsfragen zu prüfen:

- welchen Zweck Bezzola Denoth und PRADER mit der Angebotskoordination verfolgten (Rz 213 f.);
- welche Rollen die einzelnen Unternehmen im Zusammenhang mit der Angebotskoordination ausübten (Rz 215 ff.);
- ob sich Bezzola Denoth und PRADER tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die Angebotskoordination verhielten und welche Auswirkungen dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte (Rz 223 ff.).

##### **C.1.2 Beweismittel**

194. Zur Beurteilung dieser Sachverhaltsfragen stützt sich die Behörde auf folgende Beweismittel:

### C.1.2.1 Urkunden

E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter E]@bezzola-denoth.ch an [H]@prader-gr.ch

195. Am [...] sendete [Mitarbeiter E], Bezzola Denoth, eine E-Mail an [H], PRADER, mit vier angehängten Dokumenten mit dem Betreff „[Bauprojekt 2]“. Der Inhalt dieser E-Mail lautet folgendermassen:<sup>123</sup>

*„Hallo [Vorname Mitarbeiter H].*

*Im Anhang entsprechende Dokumente. SIA ist eingabefertig. Tech. Bericht zur info.*

*Eingabe netto inkl. MWST Fr. [Summe]*

*Gruß und Dank*

*[Vorname Mitarbeiter E]“*

*[...]*

196. Gemäss [...] haben die folgenden Unternehmen eine Offerte eingereicht:<sup>124</sup>

	Eingereichte Offertsumme (inkl. MWST) in CHF
Bezzola Denoth AG, Scuol	[...]
[Keine Verfahrenspartei]	[...]
PRADER AG, Davos Platz	[...]

### C.1.2.2 Auskünfte von Parteien

Eingabe von Bezzola Denoth vom 4. Dezember 2012 und vom 1. Februar 2013

197. Im Rahmen ihrer Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden zeigte Bezzola Denoth ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem vorliegenden Projekt an. Sie gab als Bemerkung zu diesem Bauprojekt an: [...].<sup>125</sup>

198. Mit der Ergänzung der Selbstanzeige vom 1. Februar 2013 reichte Bezzola Denoth die E-Mail vom [...] an PRADER ein (vgl. Rz 195).<sup>126</sup> Sie gab als Bemerkung zu diesem Bauprojekt an: [...].<sup>127</sup>

Aussage der Bezzola Denoth vom 26. Oktober 2015

199. Anlässlich der mündlichen Ergänzung der Bonusmeldung der Bezzola Denoth vom 26. Oktober 2015 sagte [Mitarbeiter E] aus, dass er [...].<sup>128</sup>

200. Auf die Frage, ob die angehängten Dokumente zu der E-Mail vom [...] die Offerten der Bezzola Denoth enthielten, antwortete [Mitarbeiter E], dass es sich um eine Offerte handle, die er in einem ersten Entwurf so gerechnet habe. Die Bezzola Denoth habe später zu einem

<sup>123</sup> Act. IX.C.035, pag. 42 (25-0039).

<sup>124</sup> Act. IX.C.060, Beilage 8, pag. 261 (25-0039).

<sup>125</sup> Act. IX.C.027, pag. 19 (25-0039).

<sup>126</sup> Act. IX.C.035, pag. 42 (25-0039).

<sup>127</sup> Act. IX.C.035, pag. 60 (25-0039).

<sup>128</sup> Act. IX.C.060, Zeilen 563 ff. (25-0039).

tieferen Preis eingegeben. Die PRADER habe vermutlich diese Offerte übernommen und so eingegeben. Der minime Preisunterschied im Vergleich zum Offertöffnungsprotokoll sei wohl auf Rundungen zurückzuführen.<sup>129</sup>

#### Eingabe der Zindel-Gesellschaften vom 12. Mai 2016

201. Die Zindel-Gesellschaften führten in ihrer Eingabe vom 12. Mai 2016 aus, dass die PRADER aus Davos bei diesem Projekt [Bauprojekt 2] nicht zu konkurrenzfähigen Bedingungen anbieten können. Deshalb sei für PRADER klar gewesen, dass man für dieses Projekt nicht offerieren werde.

202. Dass PRADER trotzdem eine Offerte einreichte, sei allein darauf zurückzuführen, dass [...] die PRADER ausdrücklich um eine Offerte gebeten habe. [...] habe offenbar die Befürchtung gehabt, dass auf die Ausschreibung nur ein oder zwei Offerten eingehen würden, was die Submission in Frage gestellt hätte. Die Tatsache, dass gemäss Offertöffnung nur gerade drei Offerten (darunter die „Pro-Forma-Offerte“ von PRADER) eingegangen seien, bestätige, dass diese Befürchtung begründet gewesen sei.

203. Ein gutes Einvernehmen mit [...] sei für jedes [...] wichtig. Deshalb habe PRADER diesen Wunsch des [...] kaum abschlagen können. Um wenigstens den Aufwand für die gewünschte „Pro-Forma-Offerte“ möglichst tief zu halten, habe PRADER die Bezzola Denoth gebeten, ihr die Eckpunkte ihrer Offerte mitzuteilen.

204. Die Zindel-Gesellschaften führten in ihrer Eingabe vom 12. Mai 2016 ferner aus, dass PRADER bei diesem Projekt von sich aus nicht offeriert hätte. Somit sei PRADER in Bezug auf dieses Projekt kein Wettbewerber von Bezzola Denoth gewesen. Der Informationsaustausch könne deshalb auch nicht zu einer Wettbewerbsbeschränkung geführt haben.<sup>130</sup>

#### **C.1.2.3 Auskünfte von Dritten**

##### Zeugenaussage von [H] vom 15. März 2016

205. [H], [Funktion] der PRADER,<sup>131</sup> sagte aus, dass die PRADER in der Lage gewesen sei, das vorliegende Projekt [Bauprojekt 2] auszuführen. Man baue seit langem an „[Bauprojekt 2]“ und er wisse nicht mehr, ob er das vorliegende Projekt selber gerechnet habe. Jedoch habe PRADER keine derartigen Projekte im Engadin ausgeführt, weil die Versetzkosten oder Fahrspesen zu hoch seien.

206. Aufgrund der Ausschreibung sei die PRADER an die Begehung gegangen. [...] habe ihn gebeten, einzugeben, da dieser befürchtet habe, nur eine oder zwei Offerten bei dieser Ausschreibung zu bekommen. [H] habe darauf geantwortet, dass PRADER nicht konkurrenzfähig sein werde. [...] habe ihn gebeten, trotzdem einzugeben.

207. [Mitarbeiter E] habe ihn gefragt, ob er eingeben werde. [H] habe [Mitarbeiter E] geantwortet, dass PRADER wahrscheinlich nicht eingeben werde, da der Aufwand zur Berechnung der Offerte zu hoch sei. Daraufhin habe ihm [Mitarbeiter E] gesagt, dass dieser [H] etwas senden werde, was PRADER dann eingeben könne. Aus diesem Grund habe er die E-Mail vom [...] erhalten.<sup>132</sup>

---

<sup>129</sup> Act. IX.C.060, Zeilen 571 ff. (25-0039).

<sup>130</sup> Act. 29 (22-0460).

<sup>131</sup> Act. 26 (22-0460).

<sup>132</sup> Act. 26, Zeilen 112 ff. (22-0460).

208. Auf Vorhalt der E-Mail vom [...] bestätigte [H], dass die PRADER zu der Eingabesumme von [...] eingeben sollte. Auf die Frage des Sekretariats, ob PRADER bei diesem Projekt Bezzola Denoth „Schutz“ gewährt habe, antwortete [H], dass es „beinahe ein Schutz“ gewesen sei. Allerdings habe die PRADER die Eingabesumme der Bezzola Denoth nicht gekannt.<sup>133</sup>

### C.1.3 Beweiswürdigung

#### C.1.3.1 Konsens

209. Die E-Mail vom [...] sowie die ihr angehängten Dokumente (insbesondere SIA-Datei) stellen objektive Beweismittel dar, die in unmittelbarem und konkretem Bezug auf die vorgelegte Verhaltensweise stehen. Der darin enthaltene Satz „SIA ist eingabefertig“ lässt keinen anderen Schluss zu, als dass damit PRADER gebeten wurde, eine höhere Offerte einzugeben und Bezzola Denoth bei diesem Bauprojekt nicht zu konkurrenzieren.

210. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb Bezzola Denoth eine Offerte für PRADER vorkalkulieren sollte, welche tiefer als ihre Offerte ist. Es würde sich damit, entgegen den Ausführungen von PRADER vom 12. Mai 2016, nicht um eine „Pro-Forma-Offerte“ handeln. Mit „Pro-Forma-Offerte“ meinte PRADER wohl eine Offerte für ein Projekt, an dem PRADER kein Interesse an der Ausführung hat. Mit der Zusendung einer vorkalkulierten Offerte und dem Begleitsatz „SIA ist eingabefertig“ war für die Beteiligten klar, dass die Summe der SIA-Datei bereits über der Offertsumme von Bezzola Denoth lag und somit in dieser Grössenordnung eingegeben werden sollte, keinesfalls jedoch bedeutend tiefer. Daran ändert auch nichts, dass in der E-Mail vom [...] nicht erwähnt ist, dass PRADER höher eingeben sollte als Bezzola Denoth, ebenso wenig, dass darin die Offertsumme von Bezzola Denoth nicht angegeben ist.

211. Zudem wurde von Bezzola Denoth mit der Bemerkung [...]“<sup>134</sup> eingestanden, dass die E-Mail vom [...] eine Angebotskoordination belegt (Rz 198).

212. Die E-Mail ist klar und die Aussagen von [Mitarbeiter E] sowie von [H] sind glaubwürdig. Zudem hat METTLER PRADER die Aussagen des Zeugen [H] bestätigt. Vor diesem Hintergrund ist erstellt, dass Bezzola Denoth und PRADER den übereinstimmenden Willen äusseren, ihre Angebote beim Bauprojekt [Bauprojekt 2] zu koordinieren. Konkret sollte PRADER höher eingeben als Bezzola Denoth. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

#### C.1.3.2 Verfolgter Zweck

213. Als Zweck für den Versand der SIA-Datei an PRADER wurde von Bezzola Denoth in ihrer Eingabe vom 4. Dezember 2012 und 1. Februar 2013 genannt, [...]. Damit brachte sie zum Ausdruck, dass sich die Parteien bei der zu beurteilenden Ausschreibung nicht konkurrenzieren sollten.

214. Wie erstellt ist (Rz 209 ff.), lag zwischen den Parteien ein Konsens vor, ihre Angebote beim Bauprojekt [Bauprojekt 2] zu koordinieren. Einem Konsens über einen solchen Inhalt ist immanent, dass die Beteiligten darauf zielten, sich nicht zu konkurrenzieren. Vielmehr wollten sie im Einvernehmen darüber entscheiden, bei welchem Unternehmen die Chancen für die Zuschlagserteilung aufrechterhalten werden sollten. Damit ist erstellt, dass Bezzola Denoth und PRADER mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei der Ausschreibung des Bauprojekts [Bauprojekt 2] nicht zu konkurrenzieren.

#### C.1.3.3 Rolle der Beteiligten

215. Vorliegend ist die Rolle der Beteiligten, insbesondere die Rolle von Bezzola Denoth als Schutznehmerin bei der Initiative zur Angebotskoordination sowie bei der Organisation und

---

<sup>133</sup> Act. 26, Zeilen 168 ff. (22-0460).

<sup>134</sup> Act. IX.C.035, pag. 60 (25-0039).

Umsetzung der untersuchten Verhaltensweise zu würdigen. Zuerst ist zu prüfen, ob vor dem Versand der Offerte ein initiierender Kontakt für die Angebotskoordination stattfand und von wem gegebenenfalls die Initiative für die Angebotskoordination ausging. Zweitens ist zu prüfen, welche Rolle die Beteiligten bei der Organisation und Durchsetzung der untersuchten Verhaltensweise einnahmen.

#### Initiative für die Angebotskoordination

216. Aus dem Wortlaut der E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter E] an PRADER geht nicht direkt hervor, dass zwischen [Mitarbeiter E] und [H] ein vorgängiger Kontakt stattfand. Jedoch sprechen das Fehlen einer Einleitung sowie der Umstand, dass eine SIA-Datei mitversendet wurde, für einen vorgängigen Kontakt.

217. Wer vorliegend die Initiative für die Angebotskoordination ergriffen hat, ist den vorliegenden Urkunden nicht zu entnehmen.

218. Die vorliegenden Informationen zur Initiativergreifung sind widersprüchlich. Gemäss Zeugenaussagen von [H] ging die Initiative zur vorliegenden Angebotskoordination von Bezzola Denoth aus (Rz 207). Demgegenüber bat PRADER, gemäss Eingabe der Zindel-Gesellschaft vom 12. Mai 2016, die Bezzola Denoth, ihr die Eckpunkte ihrer Offerte mitzuteilen, um den Aufwand für die gewünschte „Pro-Forma-Offerte“ möglichst tief zu halten.

219. Letztlich 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 vom 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

220. [Mitarbeiter E] wandte sich in seiner E-Mail vom [...] an PRADER. Inhalt dieser Nachricht bildete insbesondere die Offertsumme in Bezug auf das Bauprojekt [Bauprojekt 2] inkl. diverser Anhänge, wie z.B. einer gerechneten SIA-Datei und eines technischen Berichtes.

221. PRADER reichte im Anschluss an die E-Mail von Bezzola Denoth schliesslich eine Offerte in der Höhe von CHF [...] ein. Bezzola Denoth selber offerierte beim Bauprojekt [Bauprojekt 2] zu einem Betrag von CHF [...], womit sie schliesslich auch den Zuschlag erhielt.

222. Damit ist erstellt, dass Bezzola Denoth die E-Mail inkl. kalkulierter SIA-Dateien sowie den technischen Bericht verschickte, welche zur Koordination der Angebote und deren Eingabehöhe erforderlich war. PRADER beschränkte sich darauf, ihr Angebot entsprechend der E-Mail von Bezzola Denoth vom [...] einzugeben.

#### **C.1.3.4 Umsetzung und Auswirkungen**

223. Gemäss [...] haben Bezzola Denoth und PRADER die folgenden Offertsumme eingereicht.<sup>135</sup>

	Offertsumme per E-Mail (inkl. MWST) in CHF	Eingabesumme (inkl. MWST) in CHF
Bezzola Denoth	k.A.	[...]
PRADER	[...]	[...]

<sup>135</sup> Act. IX.C.060, Beilage 8, pag. 265 (25-0039).

224. Somit reichte PRADER eine Offerte ein, welche überschlagsmässig der Offertsumme entsprach, welche ihr Bezzola Denoth in der E-Mail vom [...] angegeben hat.

225. Daraus ergibt sich, dass sich PRADER im Ergebnis an die getroffene Abmachung hielt. Die beteiligten Unternehmen handelten gemäss ihrem Konsens. Weiter ist erstellt, dass sich Bezzola Denoth und PRADER in Bezug auf das Bauprojekt [Bauprojekt 2] nicht konkurrenzieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Bezzola Denoth erhielt schliesslich den Zuschlag.

#### **C.1.4 Beweisergebnis**

226. Nach dem Gesagten ist bewiesen, dass Bezzola Denoth und PRADER den übereinstimmenden Willen geäussert haben, ihre Angebote beim Projekt [Bauprojekt 2] zu koordinieren. Konkret sollte PRADER eine höhere Offerte einreichen als Bezzola Denoth. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. Weiter ist bewiesen, dass PRADER in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – eine Offerte einreichte, die über dem von Bezzola Denoth eingegebenen Preis lag. Die Konkurrenz zwischen den beiden Unternehmen war damit ausgeschaltet. Der Zuschlag wurde der Bezzola Denoth erteilt.

### **C.2 Erwägungen**

227. Das Kartellgesetz 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<sup>bis</sup> KG). Vorliegend traten die von den Untersuchungsadressatinnen betriebenen Unternehmen Bezzola Denoth/Foffa Conrad sowie die Zindel-Gesellschaften als wirtschaftlich unabhängige Anbieter von Gütern und Dienstleistungen (Hoch- und Tiefbau) im Wirtschaftsprozess auf. Das KG ist damit in persönlicher Hinsicht anwendbar.

#### **C.2.1 Geltungsbereich**

##### **C.2.2 Persönlicher Geltungsbereich**

228. Das Kartellgesetz 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<sup>bis</sup> KG). Vorliegend traten die von den Untersuchungsadressatinnen betriebenen Unternehmen Bezzola Denoth/Foffa Conrad sowie die Zindel-Gesellschaften als wirtschaftlich unabhängige Anbieter von Gütern und Dienstleistungen (Hoch- und Tiefbau) im Wirtschaftsprozess auf. Das KG ist damit in persönlicher Hinsicht anwendbar.

##### **C.2.3 Verfügungsadressatinnen**

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

230. Verfügungsadressatin ist vorliegend die METTLER PRADER, als Nachfolgerin der durch Fusion absorbierten und direkt in die vorgeworfene Verhaltensweise involvierte PRADER, sowie Bezzola Denoth, als direkt in die vorgeworfene Verhaltensweise involvierte Gesellschaft. Die ZINDEL GRUPPE AG, als Muttergesellschaft der METTLER PRADER AG (vgl. Rz 5), sowie die Foffa Conrad, als Muttergesellschaft der Bezzola Denoth (Rz 2), sind ebenfalls als Verfügungsadressatinnen zu berücksichtigen.

231. Somit ist die vorliegende Verfügung an folgende Gesellschaften zu richten:

- Bezzola Denoth AG, Scuol
- Foffa Conrad AG, Zernez
- METTLER PRADER AG, Chur
- ZINDEL GRUPPE AG, Chur

#### **C.2.4 Sachlicher Geltungsbereich**

232. 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).

233. Ob die Parteien eine Wettbewerbsabrede getroffen haben, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung noch im Einzelnen zu prüfen sein (vgl. dazu Rz 237 ff.). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und an dieser Stelle auf deren Wiedergabe verzichtet.

#### **C.2.5 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich**

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

#### **C.2.6 Vorbehaltene Vorschriften**

235. 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).

236. 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.

#### **C.2.7 Unzulässige Wettbewerbsabrede**

237. 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).

238. Im Folgenden ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt (vgl. Rz 239 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 (vgl. Rz 251 ff.).

##### **C.2.7.1 Wettbewerbsabrede**

239. 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, wobei

sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden.

240. 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. Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen.

#### **C.2.7.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken**

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

242. Beweismässig ist erstellt, dass Bezzola Denoth und PRADER den übereinstimmenden, wirklichen Willen geäussert haben, ihre Angebote beim Bauprojekt [Bauprojekt 2] zu koordinieren. Konkret sollte PRADER bei dieser Ausschreibung zu einem höheren Preis offerieren als Bezzola Denoth (Rz 209 ff.).

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

#### **C.2.7.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung**

244. 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. Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext verdeutlicht – alternativ voraus, nicht kumulativ.

245. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen „die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“. 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. Dass das Verhalten von PRADER allenfalls nicht primär darauf zielte („Pro-Forma-Offerte“), den Wettbewerb zu beeinflussen, ist nicht von Belang. Wie erwiesen, (Rz 213 f.), bezweckten die beteiligten Unternehmen mit der Angebotskoordination – zumindest auch – sich nicht zu konkurrenzieren.

246. METTLER PRADER machte geltend, dass PRADER von sich aus nicht offeriert hätte und nur auf ausdrücklichen Wunsch [...] eine Offerte eingereicht habe. Aus Davos habe PRADER diese Baumeisterarbeiten nicht zu konkurrenzfähigen Bedingungen anbieten können. Somit sei PRADER in Bezug auf dieses Projekt kein Wettbewerber von Bezzola Denoth gewesen. Der Informationsaustausch könne deshalb auch nicht zu einer Wettbewerbsbeschränkung geführt haben.

247. Dem ist zu erwidern, dass Unternehmen, welche eine Offerte im Rahmen einer Ausschreibung einreichen, als Konkurrenten gelten. Selbst vom Bauherrn angefragte Unternehmen, welche keine Offerte einreichen, stellen ebenfalls, wenn auch potenzielle, Konkurrenten dar und dies unabhängig vom Umstand, ob die Submittentin diese Art Arbeiten in dieser Region bereits vorgängig ausführte oder nicht. Grundsätzlich geht ein Bauherr davon aus, dass

ein Unternehmen, welches eine Offerte einreicht, auch in der Lage ist, das Projekt auszuführen.<sup>136</sup> Dies bestätigt auch METTLER PRADER, wonach [...] ausdrücklich eine Offerte von PRADER aus Davos gewünscht habe. Wenn [...] PRADER nicht als eine mögliche Konkurrentin angesehen hätte, hätte [...] nicht eine Offerte von PRADER gewünscht. Wie schon oben ausgeführt, kann von einer „ortsfremden“ Anbieterin durchaus Wettbewerbsdruck ausgehen (vgl. Rz 96). Zudem zeigt die Offerte von [keine Verfahrenspartei] aus [...], dass das Projekt auch für weiter entfernte Anbieterinnen nicht uninteressant war.

248. Somit war die vorliegende Abrede objektiv geeignet, den Wettbewerb einzuschränken, womit eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt. 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 213 f.). Somit war die vorliegende Abrede nicht nur (objektiv) geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, sondern es bestand auch eine dahingehende Absicht der Abredeteilnehmer.

### **C.2.7.1.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen**

249. Bezzola Denoth und PRADER sind als Unternehmen auf derselben Marktstufe tätig und als solche Konkurrenten hinsichtlich der von öffentlichen Stellen oder von Privaten ausgeschriebenen Aufträge für Bauleistungen. Die vorliegende Abrede ist somit horizontaler Natur.

### **C.2.7.2 Zwischenergebnis**

250. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Parteien in Bezug auf das Projekt [Bauprojekt 2], 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.2.7.3 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs**

251. 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.2.7.3.1 Vermutung der Beseitigung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG**

252. Gegenstand der vorliegenden Wettbewerbsabrede zwischen Bezzola Denoth und PRADER ist die Preisfestsetzung der Angebote und gleichzeitig die Steuerung der Zuschlagserteilung, womit eine Aufteilung des Auftrags und damit der Geschäftspartner unter den Abredeteilnehmenden erfolgt. Dabei handelt es sich um die beiden typischerweise, regelmässig auch in Kombination anzutreffenden Abredegegenstände von sogenannten Submissionsabreden. Die vorliegenden Submissionsabreden sind sowohl unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a als auch Bst. c KG zu subsumieren. Dementsprechend ist vorliegend die gesetzliche Vermutungsbasis gegeben, womit die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu vermuten ist.

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

---

<sup>136</sup> Wie das Unternehmen das Projekt auszuführen gedenkt, ist nicht erheblich. Ein Unternehmen ohne entsprechende Kompetenzen oder den erforderlichen Kapazitäten in den nachgefragten Bauleistungen bedarf zur Ausführung des Auftrages z.B. einem Subunternehmer, einer ARGE, der Anstellung zusätzlichen Personals usw.

### **C.2.7.3.2 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung**

254. 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 zwischen den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt.

255. 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.

256. Im Folgenden gilt es zu prüfen, ob die 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 einer Wettbewerbsabrede noch verbleibende aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb wirksamen Wettbewerb herzustellen und damit die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag.

#### **C.2.7.3.2.1 Relevanter Markt**

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

258. Bei dieser Abgrenzung sind Sinn und Zweck der Marktabgrenzung zu berücksichtigen. Diese liegen weniger darin, eine allgemeingültige Marktdefinition für einen Wirtschaftsbereich zu schaffen, als vielmehr darin, die (ökonomischen) Wirkungen einer konkret untersuchten Wettbewerbsbeschränkung zu beurteilen. Zudem ist die Bestimmung des relevanten Marktes für die Höhe der Sanktion von Bedeutung (siehe unten Rz 283 ff.). Daraus folgt zwingend, dass die Marktabgrenzung davon abhängig ist, welche (mögliche) Wettbewerbsbeschränkung konkret untersucht wird.

##### *(i) Marktgegenseite*

259. 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. 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.

260. Beim vorliegenden Fall war [...], welches das Projekt [Bauprojekt 2] nachgefragt hat, Marktgegenseite der Parteien.

##### *(ii) Sachlich und räumlich relevanter Markt*

261. 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 VKU, der hier analog anzuwenden ist).

262. Die vorliegende Wettbewerbsabrede bezog sich jeweils auf das betreffende Projekt. Der sachlich relevante Markt umfasst vorliegend die Bauleistungen betreffend [Bauprojekt 2].

263. 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).

264. Das vorliegende Bauprojekt ist naturgemäss an den Ort der Ausführung gebunden, also vorliegend an [...]. 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.

265. 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 Unternehmen aus dem Engadin sowie aus [...] eine Offerte eingereicht. Aus diesem Grund bildet vorliegend das gesamte Engadin sowie dessen angrenzende Gebiete, welche von [...] mit einer ähnlichen Fahrdistanz zu erreichen sind, den räumlich relevanten Markt.

#### **C.2.7.3.2 Aussenwettbewerb**

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

267. Beim vorliegend zu beurteilenden Projekt wurden die entsprechenden Arbeiten durch [...] vergeben. Aussenwettbewerb (aktueller wie auch potenzieller) konnte damit ausschliesslich durch Unternehmen, welche eine Offerte einreichten und die sich nicht gleichzeitig an der Abrede beteiligten, entstehen. Das Unternehmen, von welchem damit überhaupt ein wirksamer Aussenwettbewerb ausgehen konnte, ist durch das offerierende Unternehmen [keine Verfahrenspartei] identifiziert.

268. Die vorliegende Abrede war erfolgreich, da das zu schützende Unternehmen Bezzola Denoth den Zuschlag wie vereinbart erhielt. Somit lag bezüglich der vorliegend ausgeschriebenen Bauleistungen kein ausreichender Aussenwettbewerb vor, der die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt.

#### **C.2.7.3.2.3 Innenwettbewerb**

269. PRADER hielt sich an die Abrede, indem sie beim Bauprojekt [Bauprojekt 2] eine höhere Offerte einreichte als Bezzola Denoth (Rz 223 ff.). Somit bestand kein Innenwettbewerb. Nach dem Gesagten kann die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt werden. Es handelt sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG.

#### **C.2.7.4 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs**

270. Selbst wenn man – entgegen der Beurteilung der WEKO – von einer Widerlegung der Beseitigungsvermutung ausgehen würde, läge zumindest eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, wie folgende Ausführungen zeigen.

271. 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.<sup>137</sup> Das Gericht stellte sodann klar, dass

---

<sup>137</sup> 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.

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.<sup>138</sup> 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.<sup>139</sup>

272. Der vorliegenden Wettbewerbsabrede war ein nicht unbedeutendes Schädigungspotenzial immanent. Als horizontale Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG; vgl. Rz 252) betraf sie zentrale Wettbewerbsparameter. Zudem wurde sie umgesetzt. Damit entfiel zwischen den Abredeteilnehmern jeglicher Innenwettbewerb. Schliesslich erhielt mit Bezzola Denoth dasjenige Unternehmen den Zuschlag, das von den Abredeteilnehmern hierfür vorgesehen war.

273. Die Bagatellschwelle ist – bezogen auf den relevanten Markt (Rz 257 ff. hiervor) – bei weitem überschritten. Das Kriterium der Erheblichkeit ist somit gegeben.

### C.2.7.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

274. Wollte man, entgegen der Beurteilung der WEKO, von einer Widerlegung der Beseitigungsvermutung ausgehen, liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor. Es ist dann 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.

275. Rechtfertigungsgründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) sind bei der vorliegenden Wettbewerbsabrede nicht ersichtlich und wurden von den Parteien auch nicht vorgebracht. Die Wettbewerbsabrede stellt daher auch dann eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar, wenn die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs als widerlegt erachtet würde.

### C.2.7.6 Ergebnis

276. Im vorliegenden Fall lässt sich die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung nicht widerlegen, vielmehr bestätigt sich diese Vermutungsfolge als materiell zutreffend und richtig. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ist daher nicht möglich. Diese wettbewerbsbeseitigende Abrede in Bezug auf das Projekt [Bauprojekt 2] ist gestützt auf Art. 5 Abs. 1 i.V.m. 3 Bst. a und c KG unzulässig und gemäss Art. 49a Abs. 1 KG sanktionierbar.

277. Falls entgegen der Beurteilung der WEKO von einer Widerlegung der Beseitigungsvermutung auszugehen wäre, läge zumindest eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, welche aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG nicht gerechtfertigt ist.

---

<sup>138</sup> 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*.

<sup>139</sup> 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.2.8 Massnahmen

### C.2.8.1 Anordnung von Massnahmen

278. 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.<sup>140</sup>

279. Die Unternehmen Bezzola Denoth, Foffa Conrad, METTLER PRADER und ZINDEL 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.

280. Insbesondere wird den genannten Unternehmen untersagt:

- Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht auf eine Offerteingabe anzufragen oder 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 – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen; davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit
  - a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) sowie
  - b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.

281. Die Voraussetzungen für die Anordnung dieser Massnahmen sind gegeben (vgl. dazu auch die Ausführungen in Rz 136).

282. 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.<sup>141</sup>

### C.2.8.2 Sanktionierung

283. 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.

---

<sup>140</sup> RPW 2013/4, 643 Rz 1028 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2015/2, 235 Rz 266 ff., *Tunnelreinigung*.

<sup>141</sup> 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*.

### C.2.8.2.1 Voraussetzungen

284. Sämtliche Parteien erfüllen vorliegend den Unternehmensbegriff nach Art. 2 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> KG und haben durch den Verstoss gegen Art. 5 Abs. 1 und 3 KG eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG begangen.

285. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen handelten und die kartellrechtswidrige Submissionsabsprache trafen, taten dies vorsätzlich 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 zeichnungsberechtigt waren und 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.2.8.2.2 Bemessung

#### C.2.8.2.2.1 Konkrete Sanktionsberechnung

286. 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.

287. 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 Verhältnismässigkeit<sup>142</sup> und der Gleichbehandlung begrenzt wird.<sup>143</sup> 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.<sup>144</sup>

#### a) Basisbetrag

288. 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.).

289. Das an der Submissionsabrede beteiligte Unternehmen Bezzola Denoth erzielte im von der vorliegenden abgesprochenen Submission betroffenen Markt einen Umsatz.

290. Hingegen erzielte PRADER keinen Umsatz, da ihr die Rolle der Schutzgeberin zugeacht war. Art. 49a Abs. 1 KG sieht eine Sanktionierung von Unternehmen vor, welche sich an einer 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

---

<sup>142</sup> Art. 2 Abs. 2 SVKG.

<sup>143</sup> RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

<sup>144</sup> RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

der Regelung von Art. 3 SVKG und kann vom Verordnungsgeber nicht gewollt gewesen sein. In Bezug auf die Vorbringen von PRADER kann auf die vorangehenden Ausführungen betreffend die Submissionsabrede im Zusammenhang mit dem Bauprojekt [Bauprojekt 1] verwiesen werden (zum Ganzen Rz 154 ff. hiervor).

291. 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.

292. Vorliegend wird als Basisumsatz für beide abredebeteiligten Unternehmen die Offertsumme von Bezzola Denoth exklusive Mehrwertsteuer in Höhe von CHF [...] herangezogen (vgl. Rz 196). Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

293. 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.

294. Bezzola Denoth als Schutznehmerin sowie PRADER 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. Zudem wurde der Wettbewerb beseitigt.

295. Aus diesen Gründen ist der vorliegende Kartellrechtsverstoss als schwerwiegend zu werten.

296. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erachtet die Behörde für Bezzola Denoth als erfolgreiche Schutznehmerin der Submissionsabrede einen Basisbetrag von 10 Prozent des erzielten Umsatzes als angemessen, d.h. CHF [...].

297. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erachtet die Wettbewerbsbehörde für PRADER als „schützendes“ Unternehmen bei erfolgreicher Schutzgabe ein Basisbetrag von CHF [...] als angemessen.

## **b) Dauer des Verstosses**

298. 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).

299. Der vorliegende Kartellrechtsverstoss bezieht sich auf Leistungen im Rahmen eines einzelnen Bauprojekts. Der Wettbewerbsverstoss betrifft damit einen relativ kurzen Zeitraum. Folglich ist der Basisbetrag nicht zu erhöhen.

### c) Erschwerende Umstände

300. Gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG wird der Betrag nach den Art. 3 und 4 zusätzlich erhöht, wenn das betreffende Unternehmen z.B. 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 Verordnungsgeber nicht definiert. Vorliegend werden Anstiftung und führende Rolle separat geprüft.

#### *Anstiftung*

301. 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 zum 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).<sup>145</sup>

302. Wie in Rz 219 ausgeführt, ist nicht erstellt, dass eine Verfahrenspartei beim Bauprojekt [Bauprojekt 2] die Initiative zur Angebotskoordination ergriff. Eine anstiftende Rolle eines der beteiligten Unternehmen ist daher zum Vornherein ausgeschlossen.

303. Des Weiteren ist zu prüfen, ob eine der Verfahrensparteien allenfalls eine führende Rolle ausübte.

#### *Führende Rolle*

304. Zu den Kriterien im Zusammenhang mit der führenden Rolle kann auf die Ausführungen in Rz 167 f. verwiesen werden.

305. Vorliegend steht fest, dass Bezzola Denoth die E-Mail vom [...] an PRADER zusandte. Darin gab sie ihr an, welchen Preis sie der Bauherrschaft offerieren sollte (vgl. Rz 222 hiervor). 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.<sup>146</sup> In casu war der für Bezzola Denoth damit verbundene organisatorische und intellektuelle Aufwand nur gering. Eine tragende Rolle von Bezzola Denoth bei der Organisation sowie der Durchführung des Kartells liegt somit nicht vor. Zu würdigen ist sodann die Interessenlage der Beteiligten, wonach das Interesse von Bezzola Denoth an der Angebotskoordination als „Schutznehmerin“ grösser gewesen sein dürfte als dasjenige von PRADER. Eine solche Interessensasymmetrie liegt bei einzelprojektbezogenen Submissionsabreden 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 Bezzola Denoth zu bejahen.

306. Im Ergebnis liegen damit zwar gewisse Elemente vor, die für die Erfüllung der obgenannten Voraussetzungen und damit für eine führende Rolle von Bezzola Denoth 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.

---

<sup>145</sup> RPW 2016/3, 751 Rz 224, *Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör*; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 106), Art. 49a N 76.

<sup>146</sup> Vgl. auch RPW 2013/4, 627 Rz 983, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

307. Es sind keine weiteren erschwerenden Umstände ersichtlich.<sup>147</sup>

#### **d) Mildernde Umstände**

308. Es sind keine mildernden Umstände ersichtlich.

309. Die Tatsache, dass [...] auf die Einreichung einer Offerte durch PRADER, bestanden hat, selbst wenn diese nicht konkurrenzfähig sein sollte, ist nicht als mildernder Umstand zu berücksichtigen. [...] hat PRADER nicht dazu ermutigt, eine Offerte einzureichen, die durch die Koordination mit einer Konkurrentin zustande gekommen ist. Die Einreichung einer nicht konkurrenzfähigen Offerte an sich wäre unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden. Unzulässig ist jedoch, diese mit einer Mitbewerberin abzustimmen.<sup>148</sup> Zudem wäre es der PRADER offen gestanden, [...] mitzuteilen, dass sie nicht offerieren könne oder wolle.

#### **C.2.8.2.2 Selbstanzeige – Vollständiger/teilweiser Erlass der Sanktion**

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

##### Foffa Conrad-Gruppe

311. Wie oben unter Verfahrensgeschichte (Rz 8) ersichtlich, reichte die Foffa Conrad-Gruppe<sup>149</sup> am 9. 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. Die Foffa Conrad-Gruppe reichte zahlreiche Ergänzungen zu ihrer Selbstanzeige ein, insbesondere die Eingaben vom 4. Dezember 2012 und vom 1. Februar 2013, welche auch das Projekt [Bauprojekt 2] betreffen.

312. Bezzola Denoth zeigte kurz nach Untersuchungseröffnung das Bauprojekt [Bauprojekt 2] als Wettbewerbsverstoss an. Bezzola Denoth reichte auch entscheidende Beweismittel ein, wie die relevante Korrespondenz per E-Mail, und kooperierte auch sonst mit den Wettbewerbsbehörden, jedenfalls bis zum Abschluss der Ermittlungen durch das Sekretariat (vgl. zur Relativierung der Selbstanzeige Rz 315 ff.). Bezzola Denoth legte während des Verfahrens unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die Abrede vor und erläuterte und präzierte diese den Wettbewerbsbehörden ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Somit besteht für Foffa Conrad in Bezug auf das Bauprojekt [Bauprojekt 2], aufgrund einer Feststellungskooperation i.S.v. Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, die Möglichkeit eines Sanktionserlasses.

313. Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG erlässt die WEKO die Sanktion nur, wenn das Unternehmen kein anderes Unternehmen zur Teilnahme an dem Wettbewerbsverstoss gezwungen hat und weder eine anstiftende noch eine führende Rolle im betreffenden Wettbewerbsverstoss ausgeübt hat.

314. Es liegen im vorliegenden Fall keine Hinweise vor, dass Bezzola Denoth die PRADER zur Teilnahme an dem Wettbewerbsverstoss gezwungen hat.<sup>150</sup> Wie gezeigt worden ist (vgl.

---

<sup>147</sup> Betreffend den Verzicht auf einen Zuschlag für den wiederholten Verstoss gegen das Kartellgesetz als erschwerender Umstand kann auf die Ausführungen in Rz 171 ff. verwiesen werden.

<sup>148</sup> RPW 2013/4, 562 Rz 187, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>149</sup> Die Selbstanzeige wie auch deren Ergänzungen der Foffa Conrad und der Bezzola Denoth erfolgten jeweils gleichzeitig und im Namen beider Unternehmen.

<sup>150</sup> Beispiel, in dem ein Unternehmen zur Teilnahme an einem Wettbewerbsverstoss gezwungen wurde: RPW 2009/2, 156 Rz 90 f., *Felco/Landi*. In diesem Fall übte Felco Druck auf Landi aus, damit diese die Preise erhöhen würde. Landi hatte nicht die Absicht, die Preise zu erhöhen, stimmte der Preiserhöhung jedoch zu, um weitere Produkte der Felco in ihrer Produktpalette behalten zu können.

Rz 300 ff.), sind die Voraussetzungen zur Annahme einer anstiftenden oder führenden Rolle von Bezzola Denoth im Zusammenhang mit dem vorliegenden Verstoss nicht gegeben.

315. Damit wären bei der Foffa Conrad-Gruppe die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass grundsätzlich erfüllt. Wie beim Bauprojekt [Bauprojekt 1] bestreitet die Foffa Conrad-Gruppe in ihrer Stellungnahme vom 14. Juni 2017 zum Antrag des Sekretariats jedoch den erwiesenen rechtserheblichen Sachverhalt, der vorliegend im Beweisergebnis (Rz 226) abgebildet ist. Insbesondere stellt sie den erwiesenen Konsens zur Angebotskoordination in Abrede. Ebenso bestreitet, sie – was ebenfalls bewiesen ist –, dass die Parteien mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei der Ausschreibung des Bauprojekts [Bauprojekt 2] nicht zu konkurrenzieren. Damit distanziert sie sich auch von ihrer früheren Aussage, wonach sie von PRADER beim Bauprojekt [Bauprojekt 2] [...] (vgl. Rz 195 f. hiervor).

316. Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. c KG setzt der vollständige Sanktionserlass unter anderem voraus, dass das selbstanzeigende Unternehmen während der gesamten Dauer des Verfahrens ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug mit der Behörde zusammenarbeitet. Indem die Foffa Conrad-Gruppe nun wesentliche Elemente des erwiesenen Sachverhalts bestreitet, insbesondere betreffend den Konsens und den verfolgten Zweck, sind die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass nicht gegeben (zum Ganzen Rz 182 ff. hier vor).

317. Unter dem Gesichtspunkt der Art und Schwere der mangelhaften Kooperation der Foffa Conrad-Gruppe ist zu beachten, dass die Foffa Conrad-Gruppe nun wesentliche Elemente des erwiesenen Sachverhalts in Abrede stellt. Dies spricht dafür, ihre mangelhafte Kooperation gewichtig zu berücksichtigen. Allerdings werden diese Abstriche durch ihre gute Zusammenarbeit mit der Behörde in vorangehenden Verfahrensstadien teilweise aufgewogen. Immerhin lieferte sie der Behörde bereits in einer frühen Phase des Verfahrens zentrale Beweismittel, die den Nachweis des vorliegenden Kartellrechtsverstosses massgebend erleichterten. Gesamthaft betrachtet erscheint der Kooperation der Foffa Conrad-Gruppe daher dennoch eine Sanktionsreduktion von 85 % angemessen.

### **C.2.8.2.2.3 Ergebnis**

318. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die Wettbewerbsbehörde in Bezug auf das Projekt [Bauprojekt 2] eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien angemessen (vgl. dazu Verfügungsadressatinnen, Rz 231):

- Bezzola Denoth und Foffa Conrad: CHF [...]
- METTLER PRADER und ZINDEL: CHF [...].

## **D [Bauprojekt 3], [...] ([...])**

### **D.1 Sachverhalt**

#### **D.1.1 Beweisthema**

319. Im Folgenden ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob zwischen Crestageo und Foffa Conrad übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich des Bauprojekts [Bauprojekt 3] in [...] (nachfolgend: [Bauprojekt 3]) aus dem Jahr [...] zu koordinieren (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Ist dies zu bejahen, sind folgende Sachverhaltsfragen zu prüfen:

- welchen Zweck Crestageo und Foffa Conrad mit der Angebotskoordination verfolgten (Rz 340);

- welche Rollen die einzelnen Unternehmen im Zusammenhang mit der Angebotskoordination ausübten (Rz 344 ff.);
- ob sich Crestageo und Foffa Conrad tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die Angebotskoordination verhielten und welche Auswirkungen dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte (Rz 352 f.).

## D.1.2 Beweismittel

320. Zur Beurteilung dieser Sachverhaltsfragen stützt sich die Behörde auf folgende Beweismittel:

### D.1.2.1 Urkunden

#### Fax vom [...] von [Zindel AG METTLER AG CHUR] an Foffa Conrad (Deckblatt)

321. Am [...] um 9.18 Uhr sendete [Mitarbeiter C], Crestageo, ein Faxschreiben an [Mitarbeiter F], Foffa Conrad. Allerdings liegt den Wettbewerbsbehörden hiervon lediglich das Deckblatt vor. Gemäss Deckblatt enthielt das Faxschreiben insgesamt 17 Seiten. Der Text des Deckblattes des Faxes mit dem Betreff [Bauprojekt 3]“ lautet folgendermassen:<sup>151</sup>

*„Sehr geehrter Herr [F]*

*Gemäss Absprache mit [Mitarbeiter B] erhalten Sie anbei unsere Offerte für das eingangs erwähnte Objekt. Bitte passen Sie die Preise noch an.*

*Besten Dank.*

*Freundliche Grüsse*

*CRESTAGEO AG*

*i.A. [Mitarbeiter C]“*

#### Schreiben [...] vom [...]

322. Gemäss dem von Crestageo eingereichten Schreiben [...] vom [...] mit dem Vermerk „Arbeitsvergaben [Bauprojekt 3] und [...]“ sei das vorliegende Projekt durch [...] nicht bewilligt und daher schliesslich verworfen worden.<sup>152</sup>

### D.1.2.2 Auskünfte von Parteien

#### Eingabe der Foffa Conrad vom 30. November 2012 und vom 1. Februar 2013

323. Im Rahmen ihrer Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden zeigte Foffa Conrad das vorliegende Projekt an, indem sie in ihrer Offertenliste dieses Projekt mit einem Kreuz versah.<sup>153</sup>

324. Mit der Ergänzung der Selbstanzeige vom 1. Februar 2013 reichte Foffa Conrad das Fax vom [...] der Crestageo ein (vgl. Rz 321).<sup>154</sup> Sie gab als Bemerkung betreffend dieses Bauprojekt an:“(Spezialarbeit). (Fax, Beilage 4“).<sup>155</sup>

<sup>151</sup> Act. IX.C.035, Beilage 4, pag. 11 (25-0039).

<sup>152</sup> Act. 16, pag. 9 (22-0460).

<sup>153</sup> Act. IX.C.024, pag. 18 (25-0039).

<sup>154</sup> Act. IX.C.035, pag. 11 (25-0039).

<sup>155</sup> Act. IX.C.035, pag. 4 (25-0039).

### Aussage der Foffa Conrad vom 27. Oktober 2015

325. Anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige der Foffa Conrad vom 27. Oktober 2015 sagte [Mitarbeiter F] in Bezug auf diesem Projekt aus, dass mit der Bezeichnung „abgesprochen“ gemeint sei, dass die Absprache darin bestand, dass Foffa Conrad höher eingeben würde als die Crestageo.<sup>156</sup>

326. Seiner Aussage nach hätte die Foffa Conrad diese Arbeit aufgrund der Anforderungen gar nicht alleine ausführen können. [...].<sup>157</sup> Auf die Frage hin, weshalb Foffa Conrad dem Bauherrn nicht mitgeteilt habe, dass sie bei einer solchen Spezialarbeit nicht in der Lage sei, die Arbeit selber auszuführen, gab [Mitarbeiter F] strategische Gründe an. [Geschäftsgeheimnis].<sup>158</sup>

327. Auf die Frage nach dem Interesse der Crestageo an einer höheren Offerte von Foffa Conrad sagte [Mitarbeiter F] aus, [...].<sup>159</sup>

328. Auf die Frage der Ergreifung der Initiative bei dieser Absprache antwortete [Mitarbeiter F], dass er dies nicht mehr genau sagen könne. Mit der Crestageo habe Foffa Conrad verschiedentlich zusammengearbeitet, auch in Rahmen von Arbeitsgemeinschaften. Dies aus dem Grund, dass die Crestageo über Kompetenzen verfüge, welche die Foffa Conrad nicht besitze.<sup>160</sup>

### Aussage der Crestageo vom 25. Februar 2016

329. Die Crestageo, aussagend durch [Mitarbeiter B], sagte aus, dass es bei diesem Projekt nicht um eine [...], sondern um eine [...] gegangen sei. Diese [...] sei eine spezielle Arbeit, auf welche Crestageo u.a. auch spezialisiert sei. Es habe sich um ein Einladungsverfahren gehandelt, bei welchem zwei Spezialisten (Crestageo und [keine Verfahrenspartei]) und der einheimische Unternehmer (Foffa Conrad) eingeladen worden seien. Allenfalls seien weitere Unternehmer eingeladen worden. Er nehme an, dass die Foffa Conrad habe eingeben wollen, jedoch nicht am Auftrag interessiert gewesen sei.

330. Auf Vorhalt des Fax-Deckblattes vom [...] mit der Aufforderung „*Bitte passen Sie die Preise noch an*“ sagte [Mitarbeiter B] aus, dass er davon ausgehe, dass [Mitarbeiter F] einen höheren Preis habe eingeben wollen, damit er den Auftrag nicht bekommen würde. Also habe [Mitarbeiter F] „anpassen müssen“, um den Auftrag nicht zu erhalten.

331. Die Frage, ob Crestageo von Foffa Conrad geschützt worden sei, verneinte [Mitarbeiter B]. Es sei darum gegangen, dass Foffa Conrad den Auftrag nicht erhalten würde.

332. Tatsache sei, dass Crestageo den Auftrag erhalten habe, das Projekt jedoch bis heute nicht ausgeführt worden sei.<sup>161</sup>

### Eingabe der Zindel-Gesellschaften vom 12. Mai 2016

333. Die Crestageo führte in ihrer Eingabe vom 12. Mai 2016 aus, dass es sich um eine [...] gehandelt habe. [...] habe entschieden, das Gesamtprojekt, in welchem [...] lediglich einen Teil bildete, bis auf weiteres nicht zu realisieren.

334. Da Foffa Conrad aber häufig für [...] tätig gewesen sei, habe sich Foffa Conrad verpflichtet gefühlt, der ausschreibenden [...] zumindest „pro forma“ eine Offerte einzureichen. Allein

---

<sup>156</sup> Act. IX.C.061, Zeile 156 (25-0039).

<sup>157</sup> Act. IX.C.061, Zeilen 158 ff. (25-0039).

<sup>158</sup> Act. IX.C.061, Zeilen 174 ff. (25-0039).

<sup>159</sup> Act. IX.C.061, Zeilen 178 ff. (25-0039).

<sup>160</sup> Act. IX.C.061, Zeilen 158 ff. (25-0039).

<sup>161</sup> Act. 16 (22-0460).

deshalb habe Foffa Conrad die Crestageo gebeten, ihr die Eckpunkte ihrer Offerte zukommen zu lassen, damit sie [...] eine solche „Pro-Forma-Offerte“ habe einreichen können.

335. Foffa Conrad sei damals nicht in der Lage gewesen, solche [...] zu erstellen, da ihr die dafür notwendige technische Kompetenz wie auch die Erfahrung gefehlt habe. Da Foffa Conrad das Objekt gar nicht hätte ausführen können, sei Foffa Conrad für dieses Projekt auch kein Konkurrent von Crestageo gewesen. In Bezug auf dieses Objekt habe es an einem Wettbewerbsverhältnis zwischen Foffa Conrad und Crestageo gefehlt. Der Informationsaustausch habe deshalb auch nicht zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen können. Zudem sei das Projekt gar nicht realisiert worden. Damit könne per Definition der Wettbewerb nie in relevanter Art und Weise beschränkt worden sein.<sup>162</sup>

### **D.1.3 Beweiswürdigung**

#### **D.1.3.1 Konsens**

336. Das Fax vom [...] sowie die ihr angehängten Dokumente (gemäss Deckblatt die Offerte von Crestageo) stellen objektive Beweismittel dar, die in unmittelbarem und konkretem Bezug zur vorgeworfenen Verhaltensweise stehen. Der darin enthaltene Satz „*Bitte passen Sie die Preise noch an*“ lässt keinen anderen Schluss zu, als dass damit Foffa Conrad gebeten wurde, eine höhere Offerte einzugeben und Crestageo bei diesem Bauprojekt nicht zu konkurrenzieren.

337. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb Crestageo ihre eigene Offerte Foffa Conrad zustellen sollte, damit Foffa Conrad die Preise nach unten anpasst und Crestageo unterbietet. Es würde sich damit, entgegen den Ausführungen von Crestageo vom 12. Mai 2016, nicht um eine „Pro-Forma-Offerte“ handeln. Unter „Pro-Forma-Offerte“ verstand Crestageo wohl eine nicht ernst gemeinte Offerte, welche in aller Regel einen höheren Preis aufweist. Mit der Zusendung ihrer eigenen Offerte war für die Beteiligten klar, dass Foffa Conrad die Summe nach oben anpassen sollte und somit höher eingegeben sollte als Crestageo, keinesfalls jedoch bedeutend tiefer. Daran ändert auch nichts, dass auf dem Deckblatt des Faxes nicht erwähnt ist, dass Foffa Conrad höher eingeben sollte als Crestageo.

338. Zudem wurde von Foffa Conrad eingestanden, dass [...], wonach Foffa Conrad höher eingeben sollte als Crestageo (Rz 325).

339. Vor diesem Hintergrund ist erstellt, dass Foffa Conrad und Crestageo den übereinstimmenden Willen äusserten, ihre Angebote bei der Ausschreibung [Bauprojekt 3] zu koordinieren. Konkret sollte die Foffa Conrad höher eingeben als Crestageo. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

#### **D.1.3.2 Verfolgter Zweck**

340. Als Zweck für den Versand des Faxes an Foffa Conrad wird von Foffa Conrad in ihrer Eingabe vom 30. November 2012 und 1. Februar 2013 genannt, dass sie [...] (Rz 325). [...] (Rz 327).

341. Es wird von Crestageo bestritten, dass der Zweck des Faxes darin bestand, dass Crestageo von Foffa Conrad geschützt wurde und somit den Auftrag erhalten sollte. Vielmehr sagte Crestageo aus, dass es darum gegangen sei, dass Foffa Conrad nicht zum Auftrag kommen sollte (Rz 330 f.)

342. Die Aussage von Crestageo, wonach es darum gegangen sei, dass Foffa Conrad den Auftrag nicht erhalten sollte, ist gleichbedeutend mit einer Begünstigung im Wettbewerb von Crestageo. Insbesondere bei einem Einladungsverfahren mit, wie vorliegend, lediglich drei

---

<sup>162</sup> Act. 29 (22-0460).

Submittentinnen übt ein derartiger Konsens einen bedeutenden Einfluss auf die Zuschlagerteilung, vorliegend zugunsten von Crestageo, aus. Zudem war Foffa Conrad im Vergabeverfahren als Konkurrentin von Crestageo zu betrachten. Zwar hätte sie das Projekt wegen dessen spezifischer Natur (wohl) nicht alleine ausführen können. Wie [Mitarbeiter F] aber darlegte, hätte sie hierfür ein Subunternehmen beiziehen können.

343. Weiter ist zu beachten, dass einem Konsens über eine Angebotskoordination immanent ist, dass die Beteiligten darauf zielen, sich nicht zu konkurrenzieren. Dies trifft auch vorliegend zu. Crestageo und Foffa Conrad wollten im Einvernehmen darüber entscheiden, bei welchem Unternehmen die Chancen für die Zuschlagerteilung aufrechterhalten werden sollte. Damit ist erstellt, dass Foffa Conrad und Crestageo mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei der Ausschreibung des Bauprojekts [Bauprojekt 3] nicht zu konkurrenzieren.

### **D.1.3.3 Rolle der Beteiligten**

344. Vorliegend ist die Rolle der Beteiligten, insbesondere die Rolle von Crestageo 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 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 die Crestageo bei der Organisation und Durchsetzung der untersuchten Verhaltensweise einnahm.

#### Initiative für die Angebotskoordination

345. Aus dem Wortlaut des Deckblattes des Faxschreibens vom [...] von Crestageo an Foffa Conrad geht hervor, dass zwischen beiden Unternehmen ein vorgängiger Kontakt stattfand [„Gemäss Absprache mit Mitarbeiter B“].

346. Somit ist erstellt, dass vor Versand des Faxschreibens vom [...] ein vorgängiger Kontakt stattfand.

347. Auf die Frage der Ergreifung der Initiative bei dieser Absprache antwortete [Mitarbeiter F] anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige der Foffa Conrad vom 27. Oktober 2015, dass er dies nicht mehr genau sagen könne.

348. [Mitarbeiter B], Crestageo, äusserte sich nicht zur Initiativergreifung.

349. 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

350. Im Auftrag von [Mitarbeiter B] wandte sich „[Mitarbeiter C]“ mit Faxschreiben vom [...] an [Mitarbeiter F]. Gemäss Deckblatt wurde damit die Offerte von Crestageo in Bezug auf das Bauprojekt [Bauprojekt 3] mitversendet. Crestageo erteilte Anweisungen, wie einzugeben sei und bedankte sich zum Schluss.

351. Damit ist erstellt, dass Crestageo die die Faxnachricht inkl. Offerte verschickte, welche zur Koordination der Angebote und deren Eingabehöhe erforderlich war. Foffa Conrad beschränkte sich bezüglich der Organisation darauf, ihr Angebot entsprechend der Offerte von Crestageo einzugeben.

#### D.1.3.4 Umsetzung und Auswirkungen

352. Gemäss den Auskünften der Parteien haben Crestageo und Foffa Conrad folgende Offertsummen beim Projekt [Bauprojekt 3] eingereicht:

	Eingabesumme (inkl. MWST) in CHF
Crestageo, Chur	[...] <sup>163</sup>
Foffa Conrad, Zernez	[...] <sup>164</sup>

353. Daraus ergibt sich, dass sich Foffa Conrad im Ergebnis an die getroffene Abmachung hielt, indem sie eine höhere Offerte einreichte als Crestageo. Die Unternehmen handelten gemäss ihrem Konsens. Weiter ist erstellt, dass sich Crestageo und Foffa Conrad in Bezug auf das Bauprojekt [Bauprojekt 3] nicht konkurrenzten. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Crestageo erhielt schliesslich, gemäss ihrer eigenen Aussage, den Zuschlag.

#### D.1.4 Beweisergebnis

354. Nach dem Gesagten ist bewiesen, dass Crestageo und Foffa Conrad den übereinstimmenden Willen geäussert haben, ihre Angebote beim Projekt [Bauprojekt 3] zu koordinieren. Konkret sollte Foffa Conrad eine höhere Offerte eingeben als Crestageo. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. Weiter ist bewiesen, dass Foffa Conrad in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – eine Offerte einreichte, die über dem von Crestageo eingegebenen Preis lag. Die Konkurrenz zwischen den beiden Unternehmen war damit ausgeschaltet. Der Zuschlag wurde der Crestageo erteilt. Allerdings wurde das Projekt gar nicht ausgeführt.

## D.2 Erwägungen

### D.2.1 Geltungsbereich

#### D.2.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

355. Das Kartellgesetz 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<sup>bis</sup> KG). Vorliegend traten die von den Untersuchungsadressatinnen betriebenen Unternehmen Bezzola Denoth/Foffa Conrad sowie die Zindel-Gesellschaften als wirtschaftlich unabhängige Anbieter von Gütern und Dienstleistungen (Hoch- und Tiefbau) im Wirtschaftsprozess auf. Das KG ist damit in persönlicher Hinsicht anwendbar.

#### D.2.1.2 Verfügungsadressatinnen

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

357. Verfügungsadressatinnen sind vorliegend die Crestageo sowie die ZINDEL GRUPPE AG als Muttergesellschaft der Crestageo (vgl. Rz 4) und Foffa Conrad.

<sup>163</sup> Act. 16, Zeile 143 (22-0460).

<sup>164</sup> Act. IX.C.024, pag. 18 (25-0039).

358. Somit ist die vorliegende Verfügung an folgende Gesellschaften zu richten:

- Crestageo AG, Chur
- Foffa Conrad AG, Zernez
- ZINDEL GRUPPE AG, Chur

## **D.2.2 Sachlicher Geltungsbereich**

359. 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).

360. Ob die Parteien eine Wettbewerbsabrede getroffen haben, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung noch im Einzelnen zu prüfen sein (vgl. dazu Rz 363). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und an dieser Stelle auf deren Wiedergabe verzichtet.

## **D.2.3 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich**

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

## **D.2.4 Vorbehaltene Vorschriften**

362. 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.

## **D.2.5 Unzulässige Wettbewerbsabrede**

363. 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).

364. Im Folgenden ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt (vgl. Rz 365 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 (vgl. Rz 378 ff.).

### **D.2.5.1 Wettbewerbsabrede**

365. 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, wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden.

366. 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. Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen.

### D.2.5.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

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

368. Beweismässig ist erstellt, dass Crestageo und Foffa Conrad den übereinstimmenden, wirklichen Willen geäussert haben, ihre Angebote zu koordinieren. Konkret sollte Foffa Conrad beim Bauprojekt [Bauprojekt 3] zu einem höheren Preis offerieren als Crestageo (Rz 339).

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

### D.2.5.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

370. 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. Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext verdeutlicht – alternativ voraus, nicht kumulativ.

371. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen „die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“. 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.<sup>165</sup> Dass Foffa Conrad und Crestageo mit ihrem Verhalten allenfalls nicht primär den Wettbewerb beeinflussen wollten, ist nicht von Belang. Wie erwiesen (Rz 340 ff.), bezweckten die beteiligten Unternehmen mit der Angebotskoordination – zumindest auch – sich nicht zu konkurrenzieren.

372. Crestageo machte geltend, dass Foffa Conrad nicht in der Lage gewesen sei, diese speziellen Arbeiten alleine bzw. zu marktgerechten Preisen durchzuführen. Somit sei Foffa Conrad damals<sup>166</sup> in Bezug auf dieses Projekt kein Wettbewerber der Crestageo gewesen. Der Informationsaustausch könne deshalb auch nicht zu einer Wettbewerbsbeschränkung geführt haben. Umso mehr, als das Projekt gar nicht ausgeführt worden sei.

373. Wie bereits erwähnt (Rz 247), stellt ein Unternehmen, welches eine Offerte im Rahmen einer Ausschreibung einreicht, im Allgemeinen einen Konkurrenten dar. Selbst vom Bauherrn angefragte Unternehmen, welche keine Offerte einreichen, stellen ebenfalls, wenn auch potenzielle, Konkurrenten dar und dies unabhängig vom Umstand, ob der Submittent über die notwendige Kompetenz oder Erfahrung in den nachgefragten Bauleistungen verfügt. Der Bauherr geht davon aus, dass ein Unternehmen, welches eine Offerte einreicht, auch in der Lage ist, das Projekt auszuführen.<sup>167</sup> Dies hat Foffa Conrad im vorliegenden Fall ausdrücklich bestätigt. [Geschäftsgeheimnis]. Nach ihren Angaben habe sie in der Vergangenheit bereits im Rahmen von Arbeitsgemeinschaften mit Crestageo bei derartigen Arbeiten zusammengearbeitet (vgl. Rz 326).

---

<sup>165</sup> 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*.

<sup>166</sup> Gemäss der Aussage von Crestageo sei Foffa Conrad heute, nach dem Zusammenschluss mit Nicol. Hartmann & Cie. AG, in der Lage, derartige Arbeiten durchzuführen.

<sup>167</sup> Wie das Unternehmen das Projekt auszuführen gedenkt, ist nicht erheblich. Ein Unternehmen ohne entsprechende Kompetenzen oder den erforderlichen Kapazitäten in den nachgefragten Bauleistungen bedarf zur Ausführung des Auftrages z.B. einem Subunternehmer, einer ARGE, der Anstellung zusätzlichen Personals usw.

374. Der Umstand, dass das Projekt aufgrund der Ablehnung an [...] schliesslich nicht ausgeführt wurde, spielt für das Bestehen einer Wettbewerbsabrede keine Rolle, wird aber bei der Sanktionierung berücksichtigt (Rz 416 f.). Die Behauptung der Zindel-Gesellschaften, es sei bei diesem Projekt gar nie zu einem Wettbewerb gekommen, der hätte beschränkt werden können<sup>168</sup>, überzeugt nicht. Das betreffende Projekt wurde ausgeschrieben und an Crestageo vergeben. Durch die Angebotskoordinierung verfälschten die Abredeteilnehmer den Ausschreibungsprozess. Vorliegend wurden die Wettbewerbskräfte dabei gar derart ausgehebelt, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt worden ist (vgl. Rz 379 ff. hiernach). Dass es letztlich nicht zur Ausführung des Projekts kam, ändert an diesem Befund nichts. Das Kartellrecht schützt den Wettbewerb an sich und nicht ein bestimmtes Ergebnis des Wettbewerbs, etwa dass ein Bauprojekt zu bestimmten Konditionen oder überhaupt realisiert wird.

375. Somit war die vorliegende Abrede objektiv geeignet, den Wettbewerb einzuschränken, womit eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt.

#### **D.2.5.1.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen**

376. Crestageo und Foffa Conrad waren als Unternehmen auf derselben Marktstufe tätig und als solche Konkurrenten hinsichtlich der Vergabe des Bauobjekts [Bauprojekt 3]. Die vorliegende Abrede ist somit horizontaler Natur.

#### **D.2.5.2 Zwischenergebnis**

377. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Crestageo und Foffa Conrad in Bezug auf das Projekt [Bauprojekt 3] 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.

#### **D.2.5.3 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs**

378. 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.

##### **D.2.5.3.1 Vermutung der Beseitigung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG**

379. Gegenstand der vorliegenden Wettbewerbsabrede zwischen Crestageo und Foffa Conrad bildete die Preisfestsetzung der Angebote und gleichzeitig die Steuerung der Zuschlagserteilung, womit eine Aufteilung des Auftrags und damit der Geschäftspartner unter den Abredeteilnehmenden erfolgt. Dabei handelt es sich um die beiden typischerweise, regelmässig auch in Kombination anzutreffenden Abredegegenstände von sogenannten Submissionsabreden. Die vorliegenden Submissionsabreden sind sowohl unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a als auch Bst. c KG zu subsumieren. Dementsprechend ist vorliegend die gesetzliche Vermutungsbasis gegeben, womit die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu vermuten ist.

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

---

<sup>168</sup> Vgl. Act. 64, Rz 30 f. (22-0460).

### **D.2.5.3.2 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung**

381. 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 zwischen den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt.

382. 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.

383. Im Folgenden gilt es zu prüfen, ob die 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 auswirkt. In einem zweiten Schritt ist alsdann zu prüfen, ob der auf den relevanten Märkten trotz des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede noch verbleibende aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb wirksamen Wettbewerb herzustellen und damit die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag.

#### **D.2.5.3.2.1 Relevanter Markt**

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

##### *(i) Marktgegenseite*

385. Beim vorliegenden Fall bildete [...], welche das Projekt [Bauprojekt 3] nachgefragt hat, Marktgegenseite der Parteien.

##### *(ii) Sachlich und räumlich relevanter Markt*

386. Es wird auf die Ausführungen in Rz 113 ff. verwiesen, welche hier analog gelten. Somit bildet die Ausschreibung [Bauprojekt 3] den sachlich relevanten Markt.

387. Die vorliegende Wettbewerbsabrede bezog sich auf das betreffende [...]. Solche Projekte umfassen besondere Arbeiten, welche lediglich durch auf Naturschutzgefahren spezialisierte Firmen ausgeführt werden können.

388. Das vorliegende Bauprojekt ist naturgemäss an den Ort der Ausführung gebunden, also in der vorliegenden Untersuchung an [...]. Aufgrund der besonderen Natur der zur Ausführung des vorliegenden Projektes benötigten Spezialarbeiten, zieht die Marktgegenseite für deren Ausführung, anders als bei gewöhnlichen Bauleistungen, auch weiter entfernte Anbieter, z.T. auch ausserhalb der Kantons Grenzen, in Betracht. Tatsächlich haben beim vorliegenden Projekt Unternehmen aus den Kantonen Graubünden und Appenzell Ausserrhoden offeriert. Aus diesem Grund bildet vorliegend mindestens der Kanton Graubünden den räumlich relevanten Markt.

#### **D.2.5.3.2.2 Aussenwettbewerb**

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

390. Beim vorliegend zu beurteilenden Projekt wurden die entsprechenden Arbeiten durch eine öffentliche Stelle im Einladungsverfahren 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 offerierende Unternehmen [keine Verfahrenspartei], identifiziert.

391. Die vorliegende Abrede war erfolgreich, da das zu schützende Unternehmen Crestageo den Zuschlag wie vereinbart erhielt. Somit liegt bezüglich der vorliegend ausgeschriebenen Bauleistungen kein ausreichender Aussenwettbewerb vor, der die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt.<sup>169</sup>

#### **D.2.5.3.2 Innenwettbewerb**

392. Foffa Conrad hielt sich an die Abrede, indem sie beim Projekt [Bauprojekt 3] eine höhere Offerte einreichte als Crestageo (Rz 353). Somit bestand kein Innenwettbewerb. Nach dem Gesagten kann die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt werden. Es handelt sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG.

#### **D.2.5.4 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs**

393. Selbst wenn man – entgegen der Beurteilung der WEKO – von einer Widerlegung der Beseitigungsvermutung ausgehen würde, läge zumindest eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, wie folgende Ausführungen zeigen.

394. 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.<sup>170</sup> 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.<sup>171</sup> 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.<sup>172</sup>

395. Der vorliegenden Wettbewerbsabrede war ein nicht unbedeutendes Schädigungspotenzial immanent. Als horizontale Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG; vgl. Rz 379) betraf sie zentrale Wettbewerbsparameter. Zudem wurde sie umgesetzt. Damit entfiel zwischen den Abredeteilnehmern jeglicher Innenwettbewerb. Schliesslich erhielt mit Bezzola Denoth dasjenige Unternehmen den Zuschlag, das von den Abredeteilnehmern hierfür vorgesehen war.

396. Die Bagatellschwelle ist – bezogen auf den relevanten Markt (Rz 384 ff. hiervor) – bei weitem überschritten. Das Kriterium der Erheblichkeit ist somit gegeben.

---

<sup>169</sup> Vgl. RPW 2013/4, 599 Rz 868; *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*. In diesem Verfahren ging die WEKO trotz Abbruch der Ausschreibung von einer wettbewerbsbeseitigenden Abrede aus.

<sup>170</sup> 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*.

<sup>171</sup> 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*.

<sup>172</sup> 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*.

### D.2.5.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

397. Wollte man, entgegen der Beurteilung der WEKO, von einer Widerlegung der Beseitigungsvermutung ausgehen, liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor. Es ist dann 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.

398. Rechtfertigungsgründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) sind bei der vorliegenden Wettbewerbsabrede nicht ersichtlich und wurden von den Parteien auch nicht vorgebracht. Die Wettbewerbsabrede stellt daher auch dann eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar, wenn die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs als widerlegt erachtet würde.

### D.2.5.6 Ergebnis

399. Im vorliegenden Fall lässt sich die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung nicht widerlegen, vielmehr bestätigt sich diese Vermutungsfolge als materiell zutreffend und richtig. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ist daher nicht möglich. Diese wettbewerbsbeseitigende Abrede in Bezug auf das Projekt [Bauprojekt 3] ist gestützt auf Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG unzulässig und. Das Projekt wurde schliesslich nicht ausgeführt.

400. Falls entgegen der Beurteilung der WEKO von einer Widerlegung der Beseitigungsvermutung auszugehen wäre, läge zumindest eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, welche aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG nicht gerechtfertigt ist.

## D.2.6 Massnahmen

### D.2.6.1 Anordnung von Massnahmen

401. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmen 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.<sup>173</sup>

402. Die Unternehmen Crestageo, Foffa Conrad und ZINDEL werden unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) dazu verpflichtet, Verhaltensweisen zu unterlassen, welche unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG darstellen.

403. Insbesondere wird den genannten Unternehmen untersagt:

- Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht auf eine Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;

---

<sup>173</sup> RPW 2013/4, 643 Rz 1028 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2015/2, 235 Rz 266 ff., *Tunnelreinigung*.

- 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, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen; davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit
  - a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) sowie
  - b) der Mitwirkung an der Auftrags Erfüllung als Subunternehmer.

404. Die Voraussetzungen für die Anordnung dieser Massnahmen sind gegeben (vgl. dazu auch die Ausführungen in Rz 136).

405. 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.<sup>174</sup>

### **D.2.6.2 Sanktionierung**

406. 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.

#### **D.2.6.2.1 Voraussetzungen**

407. Sämtliche Parteien erfüllen vorliegend den Unternehmensbegriff nach Art. 2 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> KG und haben durch den Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 und 3 KG eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG begangen.

408. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen handelten und die kartellrechtswidrige Submissionsabsprache trafen, taten dies vorsätzlich 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 zeichnungsberechtigt waren und 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.

#### **D.2.6.2.2 Bemessung**

409. 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.

---

<sup>174</sup> 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*.

410. 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 Verhältnismässigkeit<sup>175</sup> und der Gleichbehandlung begrenzt wird.<sup>176</sup> 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.<sup>177</sup>

#### **D.2.6.2.2.1 Konkrete Sanktionsbemessung**

##### **a) Basisbetrag**

411. 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.).

412. Keines der an der Submissionsabrede beteiligten Unternehmen erzielte im von der vorliegenden abgesprochenen Submission betroffenen Markt einen Umsatz, da das Projekt gar nicht ausgeführt worden ist. 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. Analoges gilt auch in casu, wenn auch aus einem anderen Grund. Es ist erstellt, dass eine Wettbewerbsabrede vorlag, die schliesslich zur vorgesehenen Zuschlagserteilung führte. Da das Projekt nicht ausgeführt wurde, hat jedoch keines der beteiligten Unternehmen einen Umsatz erzielt.

413. Eine derartige Nicht-Sanktionierung 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 (zum Ganzen Rz 145 ff. hiavor).

414. 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 dem schützenden, noch vom schutznehmenden Unternehmen beim Bauprojekt [Bauprojekt 3] einen Umsatz erzielt. Daher ist ersatzweise der Umsatz heranzuziehen, den die geschützte Gesellschaft beim Bauprojekt abredegemäss hätte erzielen sollen. Denn dieser Umsatz reflektiert letztlich die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen

---

<sup>175</sup> Art. 2 Abs. 2 SVKG.

<sup>176</sup> RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

<sup>177</sup> RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

Submission und damit des entsprechenden Marktes und gibt dadurch Aufschluss über die Tragweite und das Schädigungspotenzial des Kartellrechtsverstosses.<sup>178</sup> Im vorliegenden Fall handelt es sich dabei um die Offertsumme von Crestageo, als schutznehmendes Unternehmen, von CHF [...] exkl. MWST (vgl. Rz 352). Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

415. 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.

416. Crestageo als, da sie keinen Umsatz erzielte, erfolglose Schutznehmerin sowie Foffa Conrad 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.

417. Allerdings wurde das betreffende Bauprojekt aufgrund äusserer Umstände, nämlich durch die Ablehnung durch [...], letztlich nicht ausgeführt.<sup>179</sup> Diesem Umstand ist unter dem Gesichtspunkt der Art und Schwere des Verstosses Rechnung zu tragen.

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

419. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für Crestageo als erfolglose Schutznehmerin der Submissionsabrede ein Basisbetrag von CHF [...] als angemessen.

420. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für Foffa Conrad als schützendes Unternehmen ein Basisbetrag von CHF [...] als angemessen.

## **b) Dauer des Verstosses**

421. Der vorliegende Kartellrechtsverstoss bezieht sich auf Leistungen im Rahmen eines einzelnen Bauprojekts. Der Wettbewerbsverstoss betrifft damit einen relativ kurzen Zeitraum. Folglich ist der Basisbetrag nicht zu erhöhen.

## **c) Erschwerende Umstände**

422. 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

---

<sup>178</sup> Vgl. RPW 2013/4, 618 Rz 956, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>179</sup> Vgl. RPW 2013/4, 590 Rz 754, sowie 599 Rz 867 ff.; *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*. In diesem Verfahren wurden die Ausschreibungen, anders als im vorliegenden Fall, u.a. aufgrund abredebedingt überhöhter Preise abgebrochen.

Rolle wird in Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG genannt, aber vom Verordnungsgeber nicht definiert. Vorliegend werden Anstiftung und führende Rolle separat geprüft.

### *Anstiftung*

423. 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).<sup>180</sup>

424. Wie in Rz 349 ausgeführt, ist nicht erstellt, dass eine Verfahrenspartei beim Bauprojekt [Bauprojekt 3] 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*

425. Zu den Kriterien im Zusammenhang mit der führenden Rolle kann auf die Ausführungen in Rz 167 f. verwiesen werden.

426. Vorliegend steht fest, dass Crestageo die Faxnachricht inkl. Offerte vom [...] Foffa Conrad zusandte. 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.<sup>181</sup> In casu war der für Crestageo damit verbundene organisatorische und intellektuelle Aufwand nur gering. Eine tragende Rolle von Crestageo bei der Organisation sowie der Durchführung des Kartells liegt somit nicht vor. Zu würdigen ist sodann die Interessenlage der Beteiligten, wonach das Interesse von Crestageo an der Angebotskoordination als „Schutznehmerin“ grösser gewesen sein dürfte als dasjenige von Foffa Conrad. Eine solche Interessensasymmetrie liegt bei einzelprojektbezogenen Submissionsabreden 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 Crestageo zu bejahen.

427. Im Ergebnis liegen damit zwar gewisse Elemente vor, die für die Erfüllung der obgenannten Voraussetzungen und damit für eine führende Rolle von Crestageo 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.

428. Es sind keine weiteren erschwerenden Umstände ersichtlich.<sup>182</sup>

## **d) Mildernde Umstände**

429. Es sind keine mildernden Umstände ersichtlich.

<sup>180</sup> RPW 2016/3, 751 Rz 224, *Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör*; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 106), Art. 49a N 76.

<sup>181</sup> Vgl. auch RPW 2013/4, 627 Rz 983, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>182</sup> Betreffend den Verzicht auf einen Zuschlag für den wiederholten Verstoss gegen das Kartellgesetz als erschwerender Umstand kann auf die Ausführungen in Rz 171 ff. verwiesen werden.

#### **D.2.6.2.2.2Selbstanzeige – Vollständiger/teilweiser Erlass der Sanktion**

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

##### Foffa Conrad-Gruppe

431. Wie oben unter Verfahrensgeschichte (Rz 8) ersichtlich, reichte die Foffa Conrad-Gruppe<sup>183</sup> am 9. 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 mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Unterengadin ein. Die Foffa Conrad-Gruppe reichte zahlreiche Ergänzungen zu ihrer Selbstanzeige ein, insbesondere die Eingaben vom 4. Dezember 2012 und vom 1. Februar 2013, welche auch das Projekt [Bauprojekt 3] betreffen.

432. Foffa Conrad zeigte kurz nach Untersuchungseröffnung das Bauprojekt [Bauprojekt 3] als Wettbewerbsverstoss an. Bezzola Denoth reichte auch entscheidende Beweismittel ein, wie die relevante Korrespondenz per Fax, und kooperierte auch sonst mit den Wettbewerbsbehörden. Foffa Conrad legte während des Verfahrens unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die Abrede vor und erläuterte und präzierte diese den Wettbewerbsbehörden ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Somit besteht für Foffa Conrad in Bezug auf das Bauprojekt [Bauprojekt 3], aufgrund einer Feststellungskooperation i.S.v. Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, die Möglichkeit eines Sanktionserlasses.

433. Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG erlässt die WEKO die Sanktion nur, wenn das Unternehmen kein anderes Unternehmen zur Teilnahme an dem Wettbewerbsverstoss gezwungen hat und weder eine anstiftende noch eine führende Rolle im betreffenden Wettbewerbsverstoss ausgeübt hat.

434. Es liegen im vorliegenden Fall weder Hinweise dafür vor, dass Foffa Conrad die Crestageo zur Teilnahme am Wettbewerbsverstoss gezwungen hätte,<sup>184</sup> noch, dass sie eine anstiftende oder führende Rolle in Bezug auf das Bauprojekt [Bauprojekt 3] ausübte. Anders als bei den Bauprojekten [Bauprojekt 1] und [Bauprojekt 2] ist den Ausführungen der Foffa Conrad-Gruppe in ihrer Stellungnahme vom 14. Juni 2017 zum Projekt [Bauprojekt 3] keine (eindeutige) Relativierung der Selbstanzeige zu entnehmen. Daher kann Foffa Conrad in Bezug auf das Projekt [Bauprojekt 3] die Sanktion vollständig erlassen werden.

#### **D.2.6.2.2.3Ergebnis**

435. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die Wettbewerbsbehörde in Bezug auf das Bauprojekt [Bauprojekt 3] eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien angemessen (vgl. dazu Verfügungsadressatinnen, Rz 358):

- Crestageo und ZINDEL: CHF [...]
- Foffa Conrad: CHF 0

---

<sup>183</sup> Die Selbstanzeige wie auch deren Ergänzungen der Foffa Conrad und der Bezzola Denoth erfolgten jeweils gleichzeitig und im Namen beider Unternehmen.

<sup>184</sup> Beispiel, in dem ein Unternehmen zur Teilnahme an einem Wettbewerbsverstoss gezwungen wurde: RPW 2009/2, 156 Rz 90 f., *Felco/Landi*. In diesem Fall übte Felco Druck auf Landi aus, damit diese die Preise erhöhen würde. Landi hatte nicht die Absicht, die Preise zu erhöhen, stimmte der Preiserhöhung jedoch zu, um weitere Produkte der Felco in ihrer Produktpalette behalten zu können.

## **E Punt Pedra, Strecke Scuol – Ramosch (2008)**

### **E.1 Sachverhalt**

#### **E.1.1 Beweisthema**

436. Im Folgenden ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob zwischen Bezzola Denoth und PRADER übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich des Bauprojekts Punt Pedra, Strecke Scuol – Ramosch, aus dem Jahr 2008 (nachfolgend: Punt Pedra) zu koordinieren (Vorliegen eines natürlichen Konsenses), oder – falls dies zu verneinen ist – sie ihre Angebote in anderer Form aufeinander abstimmten.

#### **E.1.2 Beweismittel**

##### **E.1.2.1 Urkunden**

437. Im Rahmen der zu beurteilenden Sachverhaltsfragen ist folgende E-Mail von [Mitarbeiter E], Bezzola Denoth, an [Mitarbeiter F], Foffa Conrad, vom [...] betreffend „Prader, Herr [D]“<sup>185</sup> zu würdigen:

E-Mail von [Mitarbeiter E]@bezzola-denoth.ch an [Mitarbeiter F]@foffa-conrad.ch vom 8. Februar 2008

*„Hallo [Vorname Mitarbeiter F].*

*Habe mit Herrn [D] Kontakt gehabt. Offeriert die Punt Pedra ebenfalls. Hat aber kaum Interesse, ist ihm zu klein. Wir müssten eventuell kurz vor Eingabe nochmals mit Ihm in Kontakt treten.*

*Herr [D] wäre allerdings an den Fräs- und Bohrarbeiten [...] interessiert. Habe Ihm auch die Offertunterlagen Belag [Bauprojekt 2] zukommen lassen.*

*Würde wohl Sinn machen Ihn auf diese Art ein wenig einzubinden.*

*Gruss [Vorname Mitarbeiter E]“*

##### **E.1.2.2 Auskünfte von Parteien**

Aussage der Foffa Conrad vom 27. Oktober 2015

438. [Mitarbeiter F], Foffa Conrad, gab am 27. Oktober 2015 zu Protokoll, dass der in der E-Mail vom 8. Februar 2008 von [Mitarbeiter E] erwähnte Kontakt mit PRADER im Hinblick auf eine Subunternehmerofferte von PRADER erfolgt sei. Es sei darum gegangen, von PRADER gewisse Subunternehmerleistungen erbringen zu lassen, damit diese „zufrieden“ sei.<sup>186</sup>

Aussage der PRADER vom 25. Februar 2016

439. [Mitarbeiter D], PRADER, sagte am 25. Februar 2016 auf Vorhalt der E-Mail von [Mitarbeiter E] vom 8. Februar 2008<sup>187</sup> aus, dass es wohl einen telefonischen Kontakt mit Bezzola Denoth im Zusammenhang mit dem Bauprojekt Punt Pedra gegeben habe. PRADER sei zu diesem Zeitpunkt in der Entscheidungsphase gewesen, ob sie eingeben wolle oder nicht. Sie habe schliesslich darauf verzichtet, beim besagten Projekt eine Offerte einzureichen. Ob

---

<sup>185</sup> Act. III.D.072.

<sup>186</sup> Act. IX.C.061, Zeilen 657 ff. (25-0039).

<sup>187</sup> Act. III.D.072.

Bezzola Denoth – wie in der E-Mail erwähnt – nochmals mit ihm in Kontakt getreten sei, wisse er nicht. Er gehe nicht davon aus, dass Bezzola Denoth bzw. Foffa Conrad PRADER ihre Offerte geschickt habe. Ob der Kontakt zwischen Bezzola Denoth und PRADER im Hinblick auf eine „Schutzgewährung“ erfolgt sei, wisse er nicht.<sup>188</sup>

### E.1.3 Beweiswürdigung

440. Die Parteien räumten ein, dass es zwischen Bezzola Denoth und PRADER im Zusammenhang mit dem Bauprojekt Punt Pedra einen Kontakt gegeben habe. Neben den übereinstimmenden Parteiaussagen ist dies auch aufgrund der E-Mail von [Mitarbeiter E] an [Mitarbeiter F] vom 8. Februar 2008<sup>189</sup> erstellt. Allerdings brachte [Mitarbeiter F] vor, dass dieser Kontakt im Hinblick auf eine Subunternehmerofferte von PRADER erfolgt sei. Ob dies zutrifft, ist fraglich. Dem Text der E-Mail vom 8. Februar 2008 sind jedenfalls keine Hinweise auf ein allfälliges Subunternehmerverhältnis zu entnehmen. Auch [Mitarbeiter D] wies anlässlich seiner Befragung an keiner Stelle auf ein Subunternehmerverhältnis hin. Mit Blick auf die nachfolgenden Ausführungen braucht diese Frage jedoch nicht abschliessend erörtert zu werden.

441. Unbestritten ist, dass PRADER beim betreffenden Bauprojekt keine Offerte einreichte. Zwar ist es möglich, dass dieser Eingabeverzicht auf den Kontakt zwischen Bezzola Denoth und PRADER zurückzuführen ist. Die erhobenen Beweismittel schaffen jedoch keine hinreichende Grundlage, um dies als erwiesen zu erachten. Vielmehr ist es durchaus denkbar, dass PRADER im Rahmen ihrer internen Projektanalyse und -beurteilung selbständig und unabhängig von Bezzola Denoth zum Schluss gelangte, auf eine Teilnahme am Wettbewerb betreffend das Bauprojekt Punt Pedra zu verzichten. Insofern bestehen erhebliche und unüberwindbare Zweifel daran, dass es zwischen Bezzola Denoth und PRADER einen Konsens gab, ihre Angebote zu koordinieren, ebenso daran, dass sie ihre Angebote in anderer Form aufeinander abstimmten. Im Einklang mit dem Grundsatz *in dubio pro reo* kann den Parteien damit weder ein Konsens zur Angebotskoordination noch eine Verhaltensabstimmung in anderer Form nachgewiesen werden.

### E.1.4 Beweisergebnis

442. Dass zwischen Bezzola Denoth und PRADER übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich des Bauprojekts Punt Pedra zu koordinieren, ist nicht erstellt. Ebenso wenig lässt die Beweislage den Schluss zu, dass die beiden Unternehmen ihre Angebote in anderer Form aufeinander abstimmten.

## E.2 Erwägungen

443. Zu prüfen ist, ob Bezzola Denoth und PRADER in Bezug auf das Bauprojekt Punt Pedra aus dem Jahr 2008 eine Wettbewerbsabrede getroffen haben. 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).

444. 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.

445. Vorliegend ist nicht erwiesen, dass zwischen Bezzola Denoth und PRADER ein Konsens vorlag, ihre Angebote zu koordinieren. Auch ist nicht erstellt, dass sie ihre Angebote in anderer

---

<sup>188</sup> Act. 18, Zeilen 76 ff. (22-0460).

<sup>189</sup> Act. III.D.072.

Form aufeinander abgestimmten (Rz 442). Damit fehlt es am bewussten und gewollten Zusammenwirken der beiden Unternehmen. Der Tatbestand der Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG ist nicht erfüllt.

446. In Bezug auf das Bauprojekt Punt Pedra ist das vorliegende Verfahren daher ohne Folgen einzustellen.

## **F Gesamtsanktion**

### **F.1 Sanktionsübersicht**

447. Zur Berechnung der Gesamtsanktion werden die projektspezifischen Sanktionsbeträge bezüglich der Wettbewerbsverstöße bei den Projekten [Bauprojekt 1] (Rz 192), [Bauprojekt 2] (Rz 318) und [Bauprojekt 3] (Rz 435) addiert. Die nachfolgende Tabelle fasst die einzelnen Schritte der Sanktionsbemessung in Bezug auf die vier untersuchten Bauprojekte zusammen:

	Bezzola De- noth	Foffa Conrad	Foffa Conrad- Gruppe	Crestageo	PRADER	ZINDEL
<b>[Bauprojekt 1]</b>						
Basisbetrag	[...]				[...]	
Dauer						
erschwerende/ mildernde Um- stände					0	
Selbstanzeige	- 85 %					
<b>Total [Baupro- jekt 1]</b>	<b>[...]</b>	<b>-</b>	<b>[...]</b>	<b>-</b>	<b>[...]</b>	<b>[...]</b>
<b>[Bauprojekt 2]</b>						
Basisbetrag	[...]				[...]	
Dauer						
erschwerende/ mildernde Um- stände						
Selbstanzeige	- 85 %					
<b>Total [Baupro- jekt 2]</b>	<b>[...]</b>	<b>-</b>	<b>[...]</b>	<b>-</b>	<b>[...]</b>	<b>[...]</b>
<b>[Bauprojekt 3]</b>						
Basisbetrag		[...]		[...]		
Dauer		-		-		
erschwerende/ mildernde Um- stände		0		0		
Selbstanzeige		- 100 %		-		
<b>Total [Baupro- jekt 3]</b>		<b>0</b>	<b>0</b>	<b>[...]</b>		<b>[...]</b>
<b>Punt Pedra</b>						
<b>Ergebnis Punt Pedra</b>	eingestellt				eingestellt	
<b>Total in CHF</b>	<b>[100'000- 200'000]</b>	<b>0</b>	<b>[100'000- 200'000]</b>	<b>[1-20'000]</b>	<b>[300'000- 500'000]</b>	<b>[300'000- 500'000]</b>

448. Somit beträgt die Gesamtsanktion für Bezzola Denoth und Foffa Conrad solidarisch CHF [100-200'000]. Für Crestageo und ZINDEL beträgt die Gesamtsanktion solidarisch CHF [1-20'000]. Für METTLER PRADER und ZINDEL beträgt die Gesamtsanktion solidarisch CHF [300'000-500'000].

## F.2 Maximalsanktion

449. 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.<sup>190</sup>

### F.3 Verhältnismässigkeitsprüfung

450. Schliesslich muss eine Sanktion als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen finanziell tragbar sein.<sup>191</sup> Dies ist vorliegend betreffend die Foffa Conrad-Gruppe und die Zindel-Gesellschaften zu bejahen. Anzeichen, dass Foffa Conrad-Gruppe und die Zindel-Gesellschaften durch die oben genannten Sanktionsbeträge in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würden, bestehen keine. Im Übrigen wird die Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes von beiden Unternehmensgruppen auch nicht geltend gemacht.

## G Kosten

451. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG<sup>192</sup> ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

452. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen. Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatinnen zu bejahen.

453. Ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung horizontaler Wettbewerbsabreden 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.<sup>193</sup> Auch vorliegend werden die Gebühren den Parteien zu gleichen Teilen auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV<sup>194</sup>). Da die Aufteilung der Verfahrenskosten nicht davon abhängen soll, ob eine an einem Kartell beteiligte Gesellschaft in eine Konzernstruktur eingebunden ist oder nicht, ist in der vorliegenden Untersuchung das Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> KG als „ein Kopf“ zu zählen, unabhängig davon, aus wie vielen juristischen Personen dieses Unternehmen besteht. Auch vorliegend werden die Gebühren den Parteien – unter Vorbehalt der vorangehenden Ausführungen bezüglich Konzernstrukturen – zu gleichen Teilen auferlegt.

454. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100 bis 400. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG). Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 200 bis CHF 290.

455. 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

---

<sup>190</sup> Dies unabhängig davon, ob sich die Maximalsanktion auf die gesamte Untersuchung oder auf die einzelnen Bauprojekte bezieht.

<sup>191</sup> Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150, *Elektroinstallationsbetriebe Bern* m.w.H.

<sup>192</sup> Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

<sup>193</sup> RPW 2009/3, 221 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>194</sup> Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

von CHF 40'000 dem vorliegenden Verfahren zugerechnet. Zusätzlich entfallen auf das vorliegende Verfahren folgende Gebühren, die auf der Grundlage der nach der Verfahrenstrennung aufgewendeten Stunden zu berechnen sind :

- 99 Stunden zu CHF 200, ergebend CHF 19'800.
- 17 Stunden zu CHF 290, ergebend CHF 4'930.

456. Demnach beläuft sich die Gebühr insgesamt auf CHF 64'730. Davon ist aufgrund des Ermittlungsaufwands für das Projekt Punt Pedra ein Viertel der Kosten zulasten der Staatskasse auszuscheiden, ausmachend CHF 16'184. Wie aufgezeigt worden ist (vgl. Rz 442), hat sich der Vorwurf betreffend dieses Projekt nicht erhärtet.

457. Die restlichen Verfahrenskosten von CHF 48'547.50 sind der Foffa Conrad-Gruppe sowie den Zindel-Gesellschaften zu gleichen Teilen aufzuerlegen. Je Unternehmen betragen sie CHF 24'273. Innerhalb der Foffa Conrad-Gruppe und der Zindel-Gesellschaften sind die Verfahrenskosten von den einzelnen Gesellschaften nach Massgabe ihrer Beteiligung an den Wettbewerbsverstössen zu tragen, wobei die jeweiligen Muttergesellschaften (Foffa Conrad und ZINDEL) mit dem gesamten auf ihr Unternehmen fallenden Anteil an den Verfahrenskosten zu belasten ist. Dabei ist zu beachten, dass sich Bezzola Denoth und METTLER PRADER an zwei Wettbewerbsverstössen beteiligten, Crestageo an einem Wettbewerbsverstoss. Vor diesem Hintergrund hat Foffa Conrad einen Anteil an den Verfahrenskosten von CHF 24'273 zu tragen, davon CHF 16'182 solidarisch mit Bezzola Denoth. Crestageo und ZINDEL tragen solidarisch einen Anteil an den Verfahrenskosten von CHF 8'091 METTLER PRADER und ZINDEL sind Verfahrenskosten von CHF 16'182 solidarisch aufzuerlegen.

## H Gesamtergebnis

458. Zusammenfassend kommt die Wettbewerbskommission gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

459. Die zwischen Bezzola Denoth und PRADER in Bezug auf das Projekt [Bauprojekt 1] getroffene Vereinbarung stellt eine *Wettbewerbsabrede* im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG über den Preis und die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern dar. Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann *nicht widerlegt* werden. Die Abrede führt somit zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt in Bezug auf das Projekt [Bauprojekt 1] und ist unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und 3 KG (vgl. Rz 131). Selbst wenn die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs als umgestossen zu erachten wäre, läge eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, die nicht gerechtfertigt und somit unzulässig wäre.

460. Die zwischen Bezzola Denoth und PRADER in Bezug auf das Projekt [Bauprojekt 2] getroffene Vereinbarung stellt eine *Wettbewerbsabrede* im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG über den Preis und die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern dar. Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann *nicht widerlegt* werden. Die Abrede führt somit zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt in Bezug auf das Projekt [Bauprojekt 2] und ist unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und 3 KG (vgl. Rz 276). Selbst wenn die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs als umgestossen zu erachten wäre, läge eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, die nicht gerechtfertigt und somit unzulässig wäre.

461. Die zwischen Crestageo und Foffa Conrad in Bezug auf das Projekt [Bauprojekt 3] getroffene Vereinbarung stellt eine *Wettbewerbsabrede* im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG über den Preis und die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern dar. Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann *nicht widerlegt* werden. Die Abrede führt somit zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt in Bezug auf das Projekt [Bauprojekt 3] und ist unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und 3 KG. Selbst wenn die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs als

umgestossen zu erachten wäre, läge eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vor, die nicht gerechtfertigt und somit unzulässig wäre. Allerdings wurde das Projekt nicht ausgeführt (vgl. Rz 399).

462. Die Hinweise für einen möglichen Wettbewerbsverstoss von Bezzola Denoth und PRADER in Bezug auf das Projekt Punt Pedra haben sich nicht erhärtet. Das Verfahren in Bezug auf das Bauprojekt Punt Pedra wird daher eingestellt (Rz 446). Ein Anteil der Verfahrenskosten in Höhe von CHF 16'184 wird dementsprechend zu Lasten der Staatskasse ausgeschieden.

463. Bezzola Denoth, Crestageo, Foffa Conrad, METTLER PRADER und ZINDEL werden unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) dazu verpflichtet, Verhaltensweisen zu unterlassen, welche eine unzulässige Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 und 3 KG darstellen (siehe dazu Rz 133 ff., 278 ff., 401 ff.).

464. Die Zindel-Gesellschaften sowie die Foffa Conrad-Gruppe waren an diesen unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt. Sie sind dafür gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren. Unter Würdigung aller Umstände und der zu berücksichtigenden sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren ist eine Belastung mit folgenden Beträgen angemessen: Bezzola Denoth und Foffa Conrad solidarisch CHF [100'000-200'000], Crestageo und ZINDEL solidarisch CHF [1-20'000], METTLER PRADER und ZINDEL solidarisch CHF [300'000-500'000].

465. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die in Rz 464 genannten Unternehmen die Verfahrenskosten (abzüglich der Verfahrenskosten in Bezug auf das Projekt Punt Pedra, vgl. Rz 462) zu tragen (vgl. Rz 457).

# I Dispositiv

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

1. Der Bezzola Denoth AG, der Foffa Conrad AG, der Crestageo AG, der METTLER PRADER AG und der ZINDEL GRUPPE AG wird untersagt
  - 1.1 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 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, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen; davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit
    - a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) sowie
    - b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.
2. Mit Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG wegen Beteiligung an gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabreden mit folgenden Beträgen belastet werden:
  - 2.1. die Bezzola Denoth AG, Scuol, sowie die Foffa Conrad AG, Zernez, solidarisch mit einem Betrag von CHF [100'000-200'000].
  - 2.2. die Crestageo AG, Chur, sowie die ZINDEL GRUPPE AG, Chur, solidarisch mit einem Betrag von CHF [1-20'000].
  - 2.3. die METTLER PRADER AG, Chur, sowie die ZINDEL GRUPPE AG, Chur, solidarisch mit einem Betrag von CHF [300'000-500'000]
3. In Bezug auf den Vorwurf der unzulässigen Wettbewerbsabrede im Zusammenhang mit dem Bauprojekt Punt Pedra, Strecke Scuol – Ramosch (2008), wird das vorliegende Verfahren ohne Folgen eingestellt.
4. Die Verfahrenskosten betragen CHF 64'730 und werden folgendermassen auferlegt:
  - 4.1. Die Foffa Conrad AG trägt CHF 24'273, davon CHF 16'182 solidarisch mit der Bezzola Denoth AG.
  - 4.2. Die Crestageo AG und die ZINDEL GRUPPE AG tragen solidarisch CHF 8'091.
  - 4.3. Die METTLER PRADER AG und die ZINDEL GRUPPE AG tragen solidarisch CHF 16'182.
  - 4.4. Die übrigen Verfahrenskosten von CHF 16'184 gehen zulasten der Staatskasse.
5. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
  - Bezzola Denoth AG, Fonds 235, 7550 Scuol,
  - Foffa Conrad AG, Scheschna Nr. 294, 7530 Zernez,beide vertreten durch RA Dr. Gerald Brei, Eversheds Sutherland AG, Stadelhoferstrasse 22, 8001 Zürich;

- Crestageo AG, Felsenaustrasse 47, 7000 Chur,
- METTLER PRADER AG, Felsenaustrasse 47, 7000 Chur,
- ZINDEL GRUPPE AG, Felsenaustrasse 47, 7000 Chur,  
alle drei vertreten durch RA Dr. Reto Jacobs, Walder Wyss AG, Seefeldstrasse 123,  
Postfach, 8034 Zürich.

### **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.