



**Hinweis:**

**Diese Verfügung wurde von einer Partei beim Bundesverwaltungsgericht angefochten und ist derzeit dort hängig (Stand: September 2018). Sie ist daher gegenüber der beschwerdeführenden Partei 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

### **22-0461: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin IV ([Bauprojekt 1])**

wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

---

gegen

1. **D. Martinelli AG**, Via San Gian 46, 7500 St. Moritz  
vertreten durch RA Dr. Seraina Denoth, Fischer Rechtsanwälte GmbH, Selnaustrasse 6, 8001 Zürich;
2. **Foffa Conrad AG**, Scheschna Nr. 294, 7530 Zernez  
vertreten durch RA Dr. Gerald Brei, Eversheds Sutherland AG, Stadelhoferstrasse 22, 8001 Zürich.

---

Besetzung

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

---

## Inhaltsverzeichnis

<b>A</b>	<b>Verfahren</b> .....	<b>3</b>
A.1	Gegenstand der Untersuchung.....	3
A.2	Untersuchungsadressatinnen.....	3
A.2.1	D. Martinelli AG, St. Moritz.....	3
A.2.2	Foffa Conrad AG, Zernez.....	3
A.3	Verfahrensgeschichte.....	3
<b>B</b>	<b>Sachverhalt</b> .....	<b>6</b>
B.1	Vorbemerkungen zum Beweis.....	6
B.1.1	Beweiswürdigung und Beweismass.....	6
B.1.2	Verwertbarkeit der Aussagen von Martinelli vom 30. Oktober 2015.....	6
B.2	Beweisthema.....	8
B.3	Beweismittel.....	8
B.3.1	Urkunden.....	8
B.3.2	Auskünfte von Parteien.....	9
B.3.3	Auskünfte von Dritten.....	10
B.4	Beweiswürdigung.....	11
B.4.1	Konsens.....	11
B.4.2	Verfolgter Zweck.....	12
B.4.3	Rolle der Beteiligten.....	12
B.4.4	Umsetzung und Auswirkungen.....	13
B.5	Beweisergebnis.....	13
<b>C</b>	<b>Erwägungen</b> .....	<b>14</b>
C.1	Geltungsbereich.....	14
C.1.1	Persönlicher Geltungsbereich.....	14
C.1.2	Verfügungsadressatinnen.....	14
C.1.3	Sachlicher Geltungsbereich.....	14
C.1.4	Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich.....	14
C.2	Vorbehaltene Vorschriften.....	14
C.3	Unzulässige Wettbewerbsabrede.....	15
C.3.1	Wettbewerbsabrede.....	15
C.3.2	Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs.....	17
C.3.3	Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs.....	19
C.3.4	Rechtfertigung aus Effizienzgründen.....	20
C.3.5	Ergebnis.....	20
C.4	Massnahmen.....	20
C.4.1	Anordnung von Massnahmen.....	20
C.4.2	Sanktionierung.....	21
<b>D</b>	<b>Kosten</b> .....	<b>30</b>
<b>E</b>	<b>Dispositiv</b> .....	<b>32</b>

## A Verfahren

### A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet die Frage, ob die D. Martinelli AG, St. Moritz und die Foffa Conrad AG, Zernez, in Bezug auf die Ausschreibung [Bauprojekt 1], im [...] (nachfolgend: [Bauprojekt 1]) eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG<sup>1</sup> getroffen haben.

### A.2 Untersuchungsadressatinnen

#### A.2.1 D. Martinelli AG, St. Moritz

2. Die D. Martinelli AG (nachfolgend: Martinelli) mit Sitz in St. Moritz ist seit 2004 im Handelsregister eingetragen und bezweckt demnach den Betrieb einer Bauunternehmung, eines Gipsergeschäftes sowie den Handel und die Verwaltung von Immobilien. Martinelli beschäftigt ca. 80 Mitarbeitende.

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

3. Die Foffa Conrad AG (nachfolgend: Foffa Conrad) mit Sitz in Zernez wurde im Jahr 1950 gegründet. Foffa Conrad ist ebenfalls in den Bereichen Hoch- und Tiefbau im Münstertal und im Engadin tätig. Neben Zernez verfügt Foffa Conrad über Standorte in Val Müstair, Scuol und Samnaun. In der Hochsaison beschäftigt sie über 130 Mitarbeiter.<sup>2</sup>

### A.3 Verfahrensgeschichte

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

5. Am 12. November 2012 reichte Foffa Conrad eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG<sup>3</sup> betreffend dem Gebiet Oberengadin<sup>4</sup> ein. Am 12. November 2012<sup>5</sup> und am 12. Dezember 2012<sup>6</sup> ergänzte Foffa Conrad ihre Bonusmeldung auch betreffend das vorliegende Projekt. Am 1. Februar 2013 reichte Foffa Conrad eine Ergänzung der Selbstanzeige unter anderem betreffend [Bauprojekt 1]<sup>7</sup> sowie die E-Mail von Martinelli vom [...] betreffend dieses Projekt ein.<sup>8</sup>

---

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

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

<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.020 (25-0039). Die Akten des vorliegenden Verfahrens setzen sich aus den Akten bis und mit der Verfahrenstrennung vom 23. November 2015 (Aktenverzeichnis 22-0433) und den Akten nach der Verfahrenstrennung (Aktenverzeichnis 22-0461) zusammen. Ist bei der Angabe der Aktenstücke (Act.) kein Hinweis auf das Aktenverzeichnis vermerkt, sind diese im Aktenverzeichnis 22-0433 erfasst. Die Nummer der Selbstanzeigedossiers (25er) wurde ebenfalls angegeben.

<sup>5</sup> Act. IX.C.010, pag. 8 (25-0039).

<sup>6</sup> Act. IX.C.029, pag. 34 (25-0039).

<sup>7</sup> Act. IX.C.035, pag. 5 (25-0039).

<sup>8</sup> Act. IX.C.035, Beilage 6, pag. 14 (25-0039).

6. Am 22. April und am 23. April 2013 dehnte das Sekretariat die Untersuchung in örtlicher Hinsicht auf den gesamten Kanton Graubünden und in persönlicher Hinsicht auf weitere Unternehmen aus und führte weitere Hausdurchsuchungen durch.
7. Am 27. Oktober 2015 wurde [Mitarbeiter A], [Funktion bei] Foffa Conrad, im Rahmen der Selbstanzeige der Foffa Conrad befragt.<sup>9</sup>
8. Am 30. Oktober 2015 führte das Sekretariat mit [Mitarbeiter B], [Funktion bei] Martinelli,<sup>10</sup> eine Einvernahme durch.
9. 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 Martinelli<sup>11</sup> aus und trennte anschliessend die Untersuchung „22-0461: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin IV“ von der Untersuchung „22-0433: Bauleistungen Graubünden“ ab.<sup>12</sup>
10. Das Sekretariat stellte am 19. Februar 2016 der privaten Bauherrschaft, der [...] einen Fragenbogen zu, welcher am 26. Februar 2016<sup>13</sup> unbeantwortet beim Sekretariat einging. Die Bauherrschaft begründete die fehlende Beantwortung damit, dass sie mit der Ausschreibung eine Totalunternehmerin, die [TU], beauftragt habe und daher selber über keine Ausschreibungsunterlagen zu diesem Projekt verfüge. Am 20. Juli 2016 stellte das Sekretariat daher der für das Bauvorhaben zuständigen Totalunternehmerin, der [TU], einen Fragenbogen zu, welcher am 12. September 2016<sup>14</sup> beantwortet beim Sekretariat einging.
11. 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>15</sup>
12. 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>16</sup>
13. Am 21. November 2016 verfügten die Wettbewerbsbehörden eine Verwendungsbeschränkung in Bezug auf die elektronisch versendeten Beilagen der Selbstanzeigedossiers.<sup>17</sup>
14. Am 12. Dezember 2016 verfügten die Wettbewerbsbehörden eine Verwendungsbeschränkung in Bezug auf die Einsicht in die eigentlichen Selbstanzeigen in den Räumlichkeiten des Sekretariats.<sup>18</sup>
15. Am 29. März 2017 stellte das Sekretariat den Parteien den Antrag an die WEKO zur Stellungnahme gemäss Art. 30 Abs. 2 KG zu.<sup>19</sup> Es beantragte im Wesentlichen, dass Martinelli wegen Beteiligung an einer gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabrede mit einer Sanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG von CHF [...] zu belasten sei. Foffa Conrad sei mit einem Betrag von CHF [...] zu belasten.

---

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

<sup>10</sup> Act. IV.027.

<sup>11</sup> Act. I.513.

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

<sup>13</sup> Act. 4 (22-0461).

<sup>14</sup> Act. 15 (22-0461).

<sup>15</sup> Act. 5 (22-0461).

<sup>16</sup> Act. 10 und 11 (22-0461).

<sup>17</sup> Act. 19 (22-0461).

<sup>18</sup> Act. 20-21 (22-0461).

<sup>19</sup> Act. 27 und 28 (22-0461).

16. Zeitnah gewährte das Sekretariat auf elektronischem Weg Einsicht in diejenigen Verfahrensakten, welche seit dem 7. Juni 2016 neu ins Dossier aufgenommen worden waren<sup>20</sup>. Die Einsicht in die Beilagen zu den Selbstanzeigen erfolgte am 30. März 2017 durch Versand der elektronischen Aktenverzeichnisse.<sup>21</sup> Zudem hatten die Verfahrensparteien die Gelegenheit, ab 3. April 2017 in die eigentlichen Selbstanzeigen vor Ort in den Räumlichkeiten des Sekretariats einzusehen. Martinelli nahm am 31. Mai 2017<sup>22</sup> und Foffa Conrad am 20. April 2017 in den Räumlichkeiten des Sekretariats Einsicht in die Selbstanzeigen.

17. Mit Eingabe vom 13. Juni 2017<sup>23</sup> nahm Martinelli zum Antrag des Sekretariats Stellung. Martinelli bestreitet die Absicht, den Wettbewerb beeinflussen gewollt zu haben, und jegliche Wettbewerbsabrede i.S. von Art. 4 Abs. 1 KG. Der Austausch zwischen Martinelli und Foffa Conrad habe weder eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt noch bewirkt. Der räumlich relevante Markt sei lokal auf das Oberengadin zu begrenzen. Es wird auch bestritten, dass die Parteien vorsätzlich oder eventualvorsätzlich eine Absprache eingegangen seien. Schliesslich sei ein allfälliger Verstoss von Martinelli verwirkt, da die Untersuchung gegen sie am 23. November 2015 erweitert wurde. Die Untersuchung sei gegen Martinelli einzustellen. Es seien keine Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und keine Kosten aufzuerlegen. [...]. Im Einzelnen wird – soweit geboten – auf die vorgebrachten Punkte an entsprechender Stelle in der Verfügung näher eingegangen. Martinelli beantragte keine Anhörung durch die WEKO, wollte aber an der Anhörung der Foffa Conrad am 4. September 2017 teilnehmen.

18. Mit Eingabe vom 14. Juni 2017 nahm Foffa Conrad ebenfalls zum Antrag des Sekretariats Stellung und wünschte eine Anhörung durch die WEKO.<sup>24</sup> Sie wurde am 4. September 2017 durch die WEKO angehört. Dabei wurde sie durch [Mitarbeiter A], [Mitarbeiter C] und ihren Rechtsvertreter vertreten.<sup>25</sup>

19. In ihrer Eingabe vom 14. Juni 2017<sup>26</sup> und an der Anhörung vom 4. September 2017 vertrat Foffa Conrad die Auffassung, dass ihre „Alibi-Offerte“ zu einer Beschränkung des Wettbewerbs von vornherein nicht geeignet sei. Wenn Foffa Conrad zum damaligen Zeitpunkt keine Kapazität für die Ausführung eines solchen Grossprojekts gehabt habe, habe durch ihre „Pro-Forma-Offerte“ (bei der ihr Martinelli aus Gefälligkeit geholfen hatte) der Wettbewerb nicht beschränkt werden können. Unter diesen Umständen sei ihr Verhalten „rational und ökonomisch sinnvoll“ gewesen.

20. Mit Schreiben vom 15. August 2017 an die Foffa Conrad 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 dem [Bauprojekt 1] zumindest potenzielle Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse gehabt habe.<sup>27</sup> Daraufhin antwortete die Foffa Conrad mit Eingabe vom 21. August 2017, dass potenzielle Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht ausgeschlossen werden könnten.

21. Die Akteneinsicht wurde den Parteien durch die elektronische Zustellung vom 3. Juli 2017,<sup>28</sup> 25. August 2017,<sup>29</sup> und 6. September 2017<sup>30</sup> gewährt.

---

<sup>20</sup> Act. 30 (22-0461).

<sup>21</sup> Act. 29 (22-0461).

<sup>22</sup> Act. 38 (22-0461).

<sup>23</sup> Act. 40 (22-0461).

<sup>24</sup> Act. 41 (22-0461).

<sup>25</sup> Vgl. Protokoll der Anhörung: Act. 59 (22-0461).

<sup>26</sup> Act. 41 (22-0461).

<sup>27</sup> Act. 50 (22-0461/25-0039).

<sup>28</sup> Act. 43a (22-0461).

<sup>29</sup> Act. 56 und 57 (22-0461).

<sup>30</sup> Act. 60 (22-0461).

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

## **B Sachverhalt**

### **B.1 Vorbemerkungen zum Beweis**

#### **B.1.1 Beweismässigkeit und Beweismass**

23. Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)<sup>31</sup> anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Auch im Kartellverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweismässigkeit (Art. 39 KG i. V. m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP<sup>32</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>33</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>34</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>35</sup> Diesen Grundsätzen ist im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen zum Sachverhalt Rechnung zu tragen.

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

#### **B.1.2 Verwertbarkeit der Aussagen von Martinelli vom 30. Oktober 2015**

25. In ihrer Stellungnahme vom 13. Juni 2017 bringt Martinelli vor, dass die Wettbewerbsbehörden im Zusammenhang mit der Einvernahme von [Mitarbeiter B], [Funktion] von Martinelli, ihre Verfahrensrechte verletzt haben. Konkret führt sie aus, dass [Mitarbeiter B] berechtigterweise davon ausgegangen sei, dass er als „Zeuge“ aussagen werde. Es sei ihm zu diesem Zeitpunkt nicht bewusst gewesen, dass die Aussagen, die er gemacht habe, gegen Martinelli verwendet werden könnten. Darauf hätte er hingewiesen werden müssen. Über das vorgeworfene Verhalten habe Martinelli erst an der Einvernahme vom 30. Oktober 2015 Kenntnis erhalten. Verfahrensrechtlich verstosse dies gegen das Recht, über eine Beteiligung in

---

<sup>31</sup> Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

<sup>32</sup> Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

<sup>33</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 24.3.2003, E. 3.5; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

<sup>34</sup> Vgl. z.B. BGE 124 IV 86, E. 2a.

<sup>35</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.H.

einem Verfahren in Kenntnis gesetzt zu werden und genügend Zeit zur Vorbereitung der Verteidigung zu erhalten. Die Aussagen von [Mitarbeiter B] vom 30. Oktober 2015 seien unzulässig erlangte Beweise und dürften im vorliegenden Verfahren nicht verwertet werden.<sup>36</sup>

26. Weder das Kartellgesetz noch das VwVG kennt eine Bestimmung zu den Beweisverwertungsverboten. Wann im Rahmen von Einvernahmen erhobene Beweismittel nicht verwertet werden dürfen, ist daher anhand der verfassungs- und völkerrechtlichen Prinzipien, allgemeiner Rechtsgrundsätze und allenfalls durch Analogien zu anderen Rechtsgebieten zu beurteilen. Damit ein Beweisverwertungsverbot überhaupt zur Diskussion stehen kann, ist allerdings vorausgesetzt, dass die Behörde die fraglichen Beweismittel rechtswidrig erlangt hat.<sup>37</sup> Hat die Behörde bei der Erhebung rechtskonform gehandelt, das heisst sämtliche Normen der Rechtsordnung beachtet, scheidet das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots zum Vornherein aus. Im Folgenden ist daher zu beurteilen, ob die Wettbewerbsbehörden im Zusammenhang mit der fraglichen Einvernahme gegen Rechtsnormen verstossen haben.<sup>38</sup> Solche Rechtsnormen können im Gesetz oder im Verfassungs- und Völkerrecht verankert sein.

27. Mit Schreiben vom 18. September 2015 lud die Behörde [Mitarbeiter B] im vorliegenden Verfahren vor, am 30. Oktober 2015 für Martinelli auszusagen.<sup>39</sup> Nach Hinweisen zur Verfahrensgeschichte und zum Verfahrensgegenstand wies sie darauf hin, dass die Untersuchung nicht gegen Martinelli eröffnet worden sei. Es könne jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass das Verfahren gegen Martinelli auszudehnen sei. Im Rahmen der Untersuchungsermittlungen führe das Sekretariat daher eine Einvernahme mit Martinelli als allfällig von der Untersuchung betroffene Unternehmung durch. Weiter orientierte die Behörde Martinelli über ihr Recht, eine Rechtsvertreterin oder einen Rechtsvertreter beizuziehen. Zudem wies die Behörde auf den Gegenstand der Einvernahme hin.

28. Anlässlich der Einvernahme vom 30. Oktober 2015<sup>40</sup> wiederholte das Sekretariat einleitend diese Hinweise zur Stellung von Martinelli im Verfahren, zu deren Recht auf Rechtsbeistand sowie zum Gegenstand der Einvernahme. Zudem belehrte es [Mitarbeiter B] wie folgt über sein Aussageverweigerungsrecht:

*„Sie sind nicht verpflichtet, Aussagen zu machen. Sie haben das Recht, die Aussage ohne Begründung generell oder mit Bezug auf einzelne Fragen zu verweigern. Wenn Sie Aussagen machen, werden diese protokolliert und können als Beweismittel verwendet werden.“*

29. Bei dieser Sachlage ist nicht ersichtlich, inwiefern die Behörde im Zusammenhang mit der strittigen Einvernahme Rechtsvorschriften verletzt haben soll. Insbesondere stellte sie eine ordnungsgemässe Vorladung aus, orientierte die befragte Person über den konkreten Befragungsgegenstand und belehrte sie über ihre Rechte, insbesondere betreffend das Aussageverweigerungsrecht (vgl. nemo-tenetur-Grundsatz). Hierzu ist beizufügen, dass das Verfahren zum damaligen Zeitpunkt noch nicht gegen Martinelli ausgedehnt worden war, aber dies zum Zeitpunkt der Einvernahme nicht ausgeschlossen werden konnte. Dies teilte die Behörde Martinelli sowohl in der Vorladung als auch anlässlich der Einvernahme explizit mit. Aufgrund ihrer Stellung im Verfahren gewährte die Behörde Martinelli sämtliche Rechte, die auch einer Partei zugestanden hätten (analog der Stellung einer Auskunftsperson im Strafverfahren; vgl. Art. 178 ff. StPO).

---

<sup>36</sup> Act. 40, Rz 106 (22-0461).

<sup>37</sup> Vgl. SEBASTIAN LUBIG, Beweisverwertungsverbote im Kartellverfahrensrecht der Europäischen Gemeinschaft, eine Untersuchung zu den gemeinschaftsrechtlichen Grenzen einer Beweisverwertung in behördlichen Kartellverfahren, 2007, 28.

<sup>38</sup> Vgl. zu diesem Prüfschritt im Zusammenhang mit Beweisverwertungsverböten auch Urteil des BVGer A-7342/2008 und A-7426/2008 vom 5.3.2009, E. 8.3.

<sup>39</sup> Act. I.351.

<sup>40</sup> Act. IV.028.

30. Damit handelte die Behörde im Zusammenhang mit der strittigen Einvernahme im Einklang mit sämtlichen Rechtsnormen. Rechtskonform erlangte Beweismittel können zum Vorneherein nicht mit einem Beweisverwertungsverbot belegt sein. Die Aussagen von [Mitarbeiter B] vom 30. Oktober 2015 dürfen im vorliegenden Verfahren verwendet werden.

## B.2 Beweisthema

31. Im Folgenden ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob zwischen Martinelli und Foffa Conrad übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich des Bauprojekts [Bauprojekt 1] aus dem [...] zu koordinieren (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Ist dies zu bejahen, sind folgende Sachverhaltsfragen zu prüfen:

- welchen Zweck Martinelli und Foffa Conrad mit der Angebotskoordination verfolgten (Rz 51 ff.);
- welche Rollen die einzelnen Unternehmen im Zusammenhang mit der Angebotskoordination ausübten (Rz 54);
- ob sich Martinelli und Foffa Conrad tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die Angebotskoordination verhielten und welche Auswirkungen dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte (Rz 63).

## B.3 Beweismittel

32. Im Zusammenhang mit der vorgeworfenen Verhaltensweise liegen folgende Beweismittel vor:

### B.3.1 Urkunden

E-Mail vom [...] von [info@martinelli-bau.ch] an [...]@foffa-conrad.ch]

33. Es liegt eine E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter D] der Martinelli an [Mitarbeiter A] der Foffa Conrad mit Betreff „Offerte [Bauprojekt 1]“ mit dem folgenden Inhalt vor:<sup>41</sup>

*„Sehr geehrter Herr [Mitarbeiter A]*

*In der Beilage senden wir Ihnen die Offerte für das [Bauprojekt 1] als SIA451-Datei. Sie können die beiliegende Offerte direkt so mit dieser Summe eingeben:*

*Brutto gem. beiliegender Offerte Fr. [...]*

<i>./.</i> Rabatt 0 %	<i>Fr. 0.00</i>
<i>./.</i> Skonto 2 %	<i>Fr. [...]</i>
<i>MWSt. 7.6 %</i>	<i>Fr. [...]</i>
<i>Total Eingabe Foffa Netto</i>	<i>Fr. [...]</i>

*Mit bestem Dank und freundlichen Grüssen  
D. Martinelli AG  
[Mitarbeiter D]“*

Vergabeantrag der [TU]

34. Gemäss der [TU] fand nach ordentlichen Offerteingaben eine Abgebotsrunde statt. Die Offertunterlagen der nicht berücksichtigten Baufirmen seien nach Abschluss der Bauphase

---

<sup>41</sup> Act. IX.C.035, Beilage 6, pag. 14 (25-0039).



vernichtet worden. Entsprechend verfüge [TU], mit Ausnahme derjenigen von Martinelli, nicht mehr über die ursprünglichen Eingabesummen. Aus dem Vergabeantrag können somit nur noch die Offertsummen (inkl. MWST) nach Durchführung der Abgebotsrunde rekonstruiert werden.<sup>42</sup>

Unternehmen	Abgebotsumme (inkl. MWST) in CHF
D. Martinelli AG, St. Moritz	[...]
[keine Verfahrenspartei]	[...]
[keine Verfahrenspartei]	[...]
[keine Verfahrenspartei]	[...]
[keine Verfahrenspartei]	[...]
Foffa Conrad AG, Zernez	[...]
[keine Verfahrenspartei]	[...]

\*Nicht Partei des vorliegenden Verfahrens

35. Die Arbeiten wurden schliesslich an Martinelli zu einem Preis in der Höhe von CHF [...] <sup>43</sup> inkl. MWST vergeben.

### B.3.2 Auskünfte von Parteien

#### Aussagen der Foffa Conrad vom 12. November 2012, 12. Dezember 2012 und 1. Februar 2013

36. [Mitarbeiter A] sagte am 12. November 2012 aus, dass es vorkomme, dass Foffa Conrad sich mit einem lokalen Unternehmer zusammentue und mit dessen Hilfe eine eigene Offerte einbebe. Dabei handle es sich wohl, nach dem Studium der Verfügung i.S. Kanton Aargau, um eine Stützofferte im Sinne des Kartellrechts. Aber solche „Stützofferten“ würden Foffa Conrad eigentlich gar nichts bringen. Die meisten Stützofferten, die vorgekommen seien, seien solche, bei welchen Foffa Conrad eben gar kein Interesse gehabt habe. Ansonsten habe Foffa Conrad kaum Arbeiten im Oberengadin ausgeführt. Stützofferten habe sie dort abgegeben, wie die Oberengadiner umgekehrt auch im Unterengadin Stützofferten abgegeben hätten.<sup>44</sup>

37. [Mitarbeiter A] übergab dem Sekretariat anlässlich seiner Auskunft vom 12. November 2012 eine Liste mit von Foffa Conrad gerechneten Offerten.<sup>45</sup> Zu diesem Dokument sagte [Mitarbeiter A] aus, dass er die Projekte auf der Liste mit Kreuzen markiert habe, bei welchen es seines Wissens und gemäss seinen Recherchen Absprachen gegeben habe. Was angekreuzt sei, dort hätten sicher Abreden stattgefunden. Das Projekt [Bauprojekt 1] ist auf der Liste mit einem Kreuz versehen.<sup>46</sup>

38. Am 19. November 2012 forderte das Sekretariat Foffa Conrad im Nachgang zur Ergänzung der Bonusmeldung vom 12. November 2012 schriftlich auf, von ihr in Aussicht gestellte Informationen nachzureichen, so z.B. anzugeben, welches Unternehmen bei den gekennzeichneten Projekten der Liste vom 12. November 2012 Initiatorin im Zusammenhang mit der

<sup>42</sup> Act. 15, pag. 3 f. (22-0461).

<sup>43</sup> Revidierte Offerte vom 30.10.2008, Act. 15, Beilage 5 (22-0461).

<sup>44</sup> Act. IX.C.005, pag. 4 (25-0039).

<sup>45</sup> Act. IX.C.007 bis IX.C.019 (25-0039).

<sup>46</sup> Act. IX.C.010, pag. 8 (25-0039).

Abgabe einer Schutzofferte war. Foffa Conrad reichte anschliessend am 30. November 2012 per E-Mail entsprechende Informationen ein.

39. Auf der Liste, welche am 12. Dezember 2012 eingereicht wurde, ist auch das Hochbauprojekt [Bauprojekt 1] als Absprache bezeichnet.<sup>47</sup> In Bezug auf das [Bauprojekt 1] ist die Liste ansonsten identisch mit derjenigen vom 30. November 2012.

40. Auf der Zusammenstellung der abgesprochenen Projekte vom 1. Februar 2013 ist beim [Bauprojekt 1] die folgende Bemerkung vermerkt „Keine Kapazität für diese Arbeit Alibi-Offerte (Mail von Martinelli, Beilage 6)“.<sup>48</sup> Die E-Mail vom [...] von Martinelli wurde ebenfalls eingereicht.<sup>49</sup>

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

41. Am 27. Oktober 2015 sagte [Mitarbeiter A], [Funktion bei] Foffa Conrad aus, dass er von der [TU] um eine Offerte für dieses Projekt gebeten worden sei. Er habe eine Eingabe machen wollen, obwohl er keine Kapazität für dieses Projekt gehabt habe. Wenn er keine Offerte bei diesem Projekt eingereicht hätte, wäre er sonst vermutlich nicht mehr von der [TU] angefragt bzw. eingeladen worden. Die Erstellung einer Offerte für ein solches Grossprojekt würde etwa drei bis vier Wochen dauern, wenn man dies seriös machen wolle. Es sei das Paradebeispiel für eine „Alibi-offerte“.<sup>50</sup>

42. [Mitarbeiter A] glaube, sich zu erinnern, dass er [Mitarbeiter B], Martinelli, angerufen und angefragt habe, ob dieser ihm eine Offerte zuschicken könne. Es sei gemäss [Mitarbeiter A] klar gewesen, dass Martinelli die Arbeiten ausführen würde, da diese der [...] des [Bauprojekt 1] gewesen sei und in der Vergangenheit bereits Baumeisterarbeiten für das [Bauprojekt 1] ausgeführt habe.<sup>51</sup>

#### Aussage der Martinelli vom 30. Oktober 2015

43. Anlässlich der Parteieinvernahme vom 30. Oktober 2015 sagte [Mitarbeiter B], [Funktion] der Martinelli, aus, dass Martinelli beim [Bauprojekt 1] der [...] sei. Er nehme an, dass die Foffa Conrad kein Interesse gehabt habe, die Offerte für das vorliegende Projekt zu rechnen. Er gehe davon aus, dass die Initiative für den Versand der E-Mail vom [...] von Foffa Conrad ausgegangen sei. Gemäss [Mitarbeiter B] habe Foffa Conrad die Martinelli allerdings nicht „geschützt“. Er habe [Mitarbeiter A] nie mitgeteilt, dass dieser einen höheren Betrag eingeben solle. Es habe noch viele andere Submittentinnen gegeben. Diesen Unternehmen habe Martinelli ihre Offerte nicht zugestellt.<sup>52</sup>

### **B.3.3 Auskünfte von Dritten**

44. Auf die Frage, ob und wenn ja, weshalb Unternehmen zur Offertstellung eingeladen wurden, deren Sitz weiter als 15 km von [...] entfernt liegt, gab die [TU] bekannt, dass sie die Foffa Conrad aus Zernez eingeladen habe. Die Foffa Conrad sei eine im Hochbau tätige Engadiner Baufirma mit entsprechender Kapazität. Ihre Einladung sei gemäss Angaben der [TU] zur Verbesserung der Konkurrenzsituation bei der Offertstellung und wegen der sehr guten Geschäftskontakte der Foffa Conrad in der Region erfolgt. Da [TU] als Totalunternehmerin mit der Bauherrschaft [Geschäftsgeheimnis] vereinbart habe, habe sie ein starkes eigenes Interesse an einem konkurrenzfähigen Angebot ihrer Subunternehmer gehabt. Zudem seien, wie schon bei den vorangehenden Bauetappen, alle angefragten Unternehmungen aufgrund der

<sup>47</sup> Act. IX.C.029, pag. 34 (25-0039).

<sup>48</sup> Act. IX.C.035, pag. 5 (25-0039).

<sup>49</sup> Act. IX.C.035, Beilage 6, pag. 14 (25-0039).

<sup>50</sup> Act. IX.C.061, Zeilen 258 ff. (25-0039).

<sup>51</sup> Act. IX.C.061, Zeilen 267 ff. (25-0039).

<sup>52</sup> Act. IV.028, Zeilen 115 ff.

grossen Bedeutung des Bauauftrages daran interessiert gewesen, konkurrenzfähige Offerten einzureichen.<sup>53</sup>

## B.4 Beweiswürdigung

### B.4.1 Konsens

45. Die E-Mail vom [...] der Martinelli an Foffa Conrad und die ihr angehängte SIA-Datei stellen objektive Beweismittel dar, die in unmittelbarem und konkretem Bezug zum Untersuchungsgegenstand stehen.

46. Der darin enthaltene Satz „*In der Beilage senden wir Ihnen die Offerte für das [Bauprojekt 1] als SIA451-Datei. Sie können die beiliegende Offerte direkt so mit dieser Summe eingeben: [...]*“ lässt keinen anderen Schluss zu, als dass Martinelli vorher mit Foffa Conrad eine Abmachung getroffen hat. Die Foffa Conrad wurde damit gebeten, sich bei ihrer Eingabe an der von Martinelli vorkalkulierten Offertsumme zu orientieren bzw. nicht bedeutend tiefer einzugeben.

47. Zudem wurde von Foffa Conrad eingestanden, dass sie keine Kapazität für diese Arbeit gehabt habe, aber trotzdem eine „Alibi-Offerte“ einreichen wollte und aus diesem Grund Martinelli kontaktiert habe.

48. Die Bedeutung der E-Mail ist eindeutig und klar, die Aussagen von Foffa Conrad glaubhaft, die Zustellung der Offerte von Martinelli an Foffa Conrad nur vor dem Hintergrund eines Konsenses nachvollziehbar. Daran ändert auch nichts, dass in der E-Mail vom [...] nicht erwähnt ist, dass Foffa Conrad höher eingeben sollte als Martinelli und darin die Offertsumme von Martinelli nicht angegeben ist.

49. Auch die Aussagen von [Mitarbeiter B], Martinelli, vermögen dieses Beweisergebnis nicht umzustossen. Konkret bestritt dieser zwar, dass es einen Konsens gegeben habe, wonach Foffa Conrad höher als Martinelli eingeben sollte. Es sind aber keine Gründe ersichtlich, weshalb Martinelli ansonsten eine Offerte für Foffa Conrad hätte vorkalkulieren sollen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Erhalt einer durchkalkulierten Offerte es Foffa Conrad ermöglicht hätte, auf deren Basis ohne grösseren Aufwand selber eine Offerte – allenfalls mit tieferen Preisen – einreichen zu können. Dies wiederum bedeutet, dass sich Martinelli mit der Zustellung seiner Offerte an einen Konkurrenten der Gefahr einer Konkurrenzofferte aussetzt, was für eine im Wettbewerb stehende Unternehmung kein rationales Verhalten darstellt. Martinelli stellte folglich einem Konkurrenzunternehmen, diesfalls Foffa Conrad, nur dann eine vorkalkulierte Offerte zu, wenn sie sicher sein konnte, dass dieses Konkurrenzunternehmen nicht bedeutend tiefer als Martinelli eingeben würde. Es bedurfte gemäss E-Mail von Martinelli an Foffa Conrad auch nicht mehr einer expliziten Aufforderung seitens von Martinelli an Foffa Conrad, dass Letztere der Bauherrschaft ein Angebot mit einer höheren Offertsumme eingeben soll. Mit der Zusendung einer vorkalkulierten Offerte und dem Begleitsatz „*Sie können die beiliegende Offerte direkt so mit dieser Summe eingeben*“ muss für die Beteiligten klar gewesen sein, dass diese Offerte bereits über der Offertsumme von Martinelli lag und somit in dieser Grössenordnung eingegeben werden sollte, keinesfalls jedoch bedeutend tiefer. Somit ist die Aussage von Martinelli, wonach vor dem Versand der E-Mail kein Konsens bestanden habe, dass Foffa Conrad höher als Martinelli eingeben sollte, unglaubhaft.

50. Vor diesem Hintergrund ist erstellt, dass Martinelli und Foffa Conrad den übereinstimmenden Willen äusserten, ihre Angebote bei der Ausschreibung [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollte Foffa Conrad höher eingeben als Martinelli. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

---

<sup>53</sup> Act. 15 (22-0461).

## B.4.2 Verfolgter Zweck

51. Von Foffa Conrad wurde angegeben, dass sie über keine Kapazität für die Durchführung der Arbeit verfügt habe, aber trotzdem eine Eingabe machen wollen. Aus diesem Grund habe sie den Aufwand der Berechnung vermeiden wollen. Die Eingabe von Foffa Conrad habe gemäss [Mitarbeiter A] keinen Einfluss auf die Konkurrenz haben sollen.<sup>54</sup>

52. Es mag zutreffen, dass die beteiligten Unternehmen mit ihrem Verhalten nicht primär bezweckten, die Wettbewerbsverhältnisse im Zusammenhang mit der Ausschreibung [Bauprojekt 1] zu beeinflussen. Allerdings ist der von den Parteien an den Tag gelegten Verhaltensweise immanent, dass sie auch darauf abzielte, den Wettbewerb unter den Beteiligten zu verhindern. Die Beteiligten sollten sich nicht konkurrenzieren. Vielmehr wollten sie im Einvernehmen darüber entscheiden, welches Unternehmen den Auftrag erhalten soll. Dass Foffa Conrad für Martinelli zum Vornherein kein Konkurrent gewesen sein soll, wie [Mitarbeiter A] behauptete<sup>55</sup>, ist nicht glaubhaft. Vielmehr wäre sie grundsätzlich in der Lage gewesen, ein Projekt dieser Art, Grössenordnung und Lage auszuführen. Immerhin nennt sie auf ihrer Homepage selber [...] als Bereiche des Hochbaus, in denen sie tätig ist<sup>56</sup>, und beschäftigt in der Hochsaison über 130 Mitarbeitende (dazu Rz 3). Dass es für sie zum damaligen Zeitpunkt allenfalls schwierig gewesen wäre, die nötigen Kapazitäten aufzubringen, um das Bauprojekt auszuführen<sup>57</sup>, konnte Martinelli nicht wissen, jedenfalls nicht zum Vornherein. Insofern 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.

53. Daraus ergibt sich, dass für Foffa Conrad und Martinelli der Zweck der Angebotskoordination auch darin bestand, sich bei der Ausschreibung des [Bauprojekts 1] nicht zu konkurrenzieren.

## B.4.3 Rolle der Beteiligten

54. Vorliegend ist die Rolle der Beteiligten 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 Beteiligten bei der Organisation und Durchsetzung der untersuchten Verhaltensweise einnahmen.

### Initiative für die Angebotskoordination

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

56. Zudem sagte [Mitarbeiter A] aus, dass er glaube, [Mitarbeiter B] angerufen und angefragt zu haben, ob dieser ihm eine Offerte zuschicken könnte. Es war gemäss [Mitarbeiter A] klar, dass Martinelli die Arbeiten ausführen würde, da er der „[...]“ des [Bauprojekt 1] gewesen sei und in der Vergangenheit bereits [...] ausgeführt habe.

57. [Mitarbeiter B] ging ebenfalls davon aus, dass die Initiative für den Versand der E-Mail vom [...] auf Foffa Conrad zurückzuführen sei. Die Initiative sei sicher nicht von [Mitarbeiter D]

---

<sup>54</sup> Act. IX.C.061, Zeilen 280 ff. (25-0039)

<sup>55</sup> Act. IX.C.061, Zeilen 282 f. (25-0039).

<sup>56</sup> Vgl. <<http://foffa-conrad.ch/geschaeftsbereiche/hochbau.html>> (28.3.2017).

<sup>57</sup> Vgl. Act. IX.C.061, Zeilen 289 f. (25-0039).

ausgegangen, dieser würde nicht von sich aus eine solche Offerte schicken. Vielleicht habe [Mitarbeiter A] [Mitarbeiter D] angefragt.

58. Damit ist erstellt, dass Foffa Conrad Martinelli im Hinblick auf die Angebotskoordination kontaktiert hat.

#### Rolle bei der Organisation und Umsetzung der untersuchten Verhaltensweise

59. Martinelli wandte sich in ihrer E-Mail vom [...] an [Mitarbeiter A], Foffa Conrad. Inhalt dieser Nachricht von Martinelli bildete insbesondere die Offertsumme in Bezug auf das [Bauprojekt 1]. Martinelli erteilte darin [Mitarbeiter A] klare Anweisungen, wie einzugeben sei, inkl. bezüglich Rabatte und Skonti, und bedankte sich am Schluss.

60. [Mitarbeiter A] sagte im Rahmen der Aussage der Foffa Conrad vom 27. Oktober 2015 aus, dass er von der [TU] um eine Offerte für dieses Projekt gebeten worden sei. Er habe eine Eingabe machen wollen, obwohl er keine Kapazität für dieses Projekt gehabt habe.

61. Foffa Conrad reichte im Anschluss an die E-Mail von Martinelli schliesslich eine Offerte in der Höhe von CHF [...]<sup>58</sup> ein. Martinelli selber offerierte beim [Bauprojekt 1] zu einem Betrag von CHF [...] (nach Abgebot), womit sie schliesslich auch den Zuschlag erhielt.

62. Damit ist erstellt, dass Martinelli die E-Mail inkl. kalkulierter SIA-Datei verfasst und verschickt hat, welche zur Koordination der Angebote und deren Eingabehöhe erforderlich war. Foffa Conrad beschränkte sich darauf, ihr Angebot entsprechend der E-Mail von Martinelli einzugeben.

#### **B.4.4 Umsetzung und Auswirkungen**

63. Gemäss dem Vergabeantrag der [TU] gab Martinelli (nach Abgebotsrunde) für CHF [...] ein. Gemäss interner Liste gab Foffa Conrad für CHF [...] für das [Bauprojekt 1] ein.<sup>59</sup>

64. Somit reichte Foffa Conrad eine Eingabe ein, welche überschlagsmässig der E-Mail vom [...] entspricht.

	Offertsumme per E-Mail (inkl. MWST) in CHF	Offertsumme (inkl. MWST) in CHF
Martinelli	nicht bekannt	[...]
Foffa Conrad	[...]	[...]

65. Daraus ergibt sich, dass sich Foffa Conrad im Ergebnis an die getroffene Abmachung hielt. Beide Unternehmen handelten gemäss ihrem Konsens. Es bestehen keine vernünftigen Zweifel daran, dass Foffa Conrad und Martinelli in Bezug auf das [Bauprojekt 1] sich nicht konkurrenzten. Erstellt ist zudem, dass es weitere Eingaben gab (dazu Rz 34). Martinelli erhielt schliesslich den Zuschlag.

#### **B.5 Beweisergebnis**

66. Nach dem Gesagten ist bewiesen, dass Martinelli und Foffa Conrad durch ihr Verhalten den übereinstimmenden Willen geäussert haben, ihre Angebote beim [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollte Foffa Conrad eine höhere Offerte einreichen als Martinelli. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. Weiter ist bewiesen, dass Foffa Conrad in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen

<sup>58</sup> Act. IX.C.11, pag. 8 (25-0039). Summe Exkl. MWST: CHF [...].

<sup>59</sup> Act. IX.C.11, pag. 8 (25-0039). Summe Exkl. MWST: CHF [...].

gen – eine Offerte einreichte, die über dem von Martinelli eingegebenen Preis lag. Die Konkurrenz zwischen den beiden Unternehmen war damit ausgeschaltet. Der Zuschlag wurde Martinelli erteilt.

## **C Erwägungen**

### **C.1 Geltungsbereich**

#### **C.1.1 Persönlicher Geltungsbereich**

67. 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). Beide Parteien erfüllen vorliegend die Merkmale privatrechtlicher Unternehmen, womit das KG in persönlicher Hinsicht anwendbar ist.

#### **C.1.2 Verfügungsadressatinnen**

68. Adressatinnen einer wettbewerbsrechtlichen Verfügung können diejenigen natürlichen oder juristischen Personen sein, welche die Unternehmung betreiben bzw. deren Rechtsträgerinnen sie sind.<sup>60</sup>

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

- Foffa Conrad AG, Zernez
- D. Martinelli AG, St. Moritz

#### **C.1.3 Sachlicher Geltungsbereich**

70. 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).

71. Ob die Parteien eine Wettbewerbsabrede getroffen haben, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung noch im Einzelnen zu prüfen sein (vgl. dazu Rz 77 ff.). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und an dieser Stelle auf deren Wiedergabe verzichtet.

#### **C.1.4 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich**

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

### **C.2 Vorbehaltene Vorschriften**

73. 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

---

<sup>60</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 27 ff., 67, *ADSL II*.

sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

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

### **C.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede**

75. 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).

76. Im Folgenden ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt (vgl. Rz 77 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 89 ff.).

#### **C.3.1 Wettbewerbsabrede**

77. 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,<sup>61</sup> wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden<sup>62</sup>.

78. 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.<sup>63</sup> Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen.

##### **C.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken**

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

80. Beweismässig ist erstellt, dass Martinelli und Foffa Conrad den übereinstimmenden, wirklichen Willen geäussert haben, ihre Angebote beim [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollte Foffa Conrad zu einem höheren Preis offerieren als Martinelli (Rz 50).

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

##### **C.3.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung**

82. 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.<sup>64</sup> Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter

<sup>61</sup> Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>62</sup> RPW 2013/4, 559 Rz 167, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>63</sup> RPW 2009/3, 204 Rz 50, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>64</sup> RPW 2013/4, 560 Rz 178, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

(wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.<sup>65</sup> Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext verdeutlicht – alternativ voraus, nicht kumulativ.<sup>66</sup>

83. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben.<sup>67</sup> 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>68</sup>

84. Die vorliegende Abrede beinhaltete, das Eingabeverhalten zwischen den Parteien in Bezug auf das [Bauprojekt 1] zu koordinieren (Rz 45 ff.). Ein solcher Abredeinhalt ist in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Darüber hinaus ist vorliegend – obwohl dies nicht notwendig ist – erwiesen, dass die Abredeteilnehmer mit ihrem Verhalten auch in subjektiver Hinsicht bezweckten, sich nicht zu konkurrenzieren (Rz 52 f.). Somit war die vorliegende Abrede nicht nur (objektiv) geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, sondern es bestand auch eine dahingehende Absicht der Abredeteilnehmer.

85. Dass Foffa Conrad („Alibi-Offerte“) und Martinelli (keinen „Schutz“) nach eigenen Angaben nicht primär den Wettbewerb beeinflussen wollten, ist nicht von Belang. Die [TU] hat sich mit der Einladung der Foffa Conrad aus dem Unterengadin einen erhöhten Wettbewerb im Oberengadin erhofft (Rz 44). Mit der Abrede fiel der Wettbewerbsdruck eines ausserhalb des Oberengadins ansässigen Unternehmens weg. 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>69</sup> Selbst wenn private Bauherren nicht an diese Vorgabe gebunden sind, zeigt der darin verankerte Gedanke, dass die [TU] mit der Einladung einer ortsfremden Anbieterin, der Foffa Conrad, Wettbewerb von „ausserhalb“ gewünscht hatte. Die Foffa Conrad und Martinelli vorgeworfene Verhaltensweise wirkte diesem Wunsch entgegen, womit eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und bewirkt wurde (vgl. zur Wirkung der Abrede auch Rz105 ff.).

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

### **C.3.1.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen**

87. Die beiden Parteien waren als Unternehmen auf derselben Marktstufe tätig und als solche Konkurrentinnen hinsichtlich der Vergabe des zu beurteilenden Bauprojekts. Die vorliegende Abrede ist somit horizontaler Natur.

### **C.3.1.4 Zwischenergebnis**

88. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Parteien in Bezug auf [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.

<sup>65</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>66</sup> Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, *BMW*.

<sup>67</sup> RPW 2013/4, 560 Rz 180, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>68</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>69</sup> Art. 35 Abs. 2 der Verordnung vom 11.12.1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB; SR 172.056.11).



### **C.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs**

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

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

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

90. Gegenstand der vorliegenden Wettbewerbsabrede zwischen Foffa Conrad und Martinelli 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 vorliegende Submissionsabrede ist sowohl unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a als auch Bst. c KG zu subsumieren.<sup>70</sup>

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

#### **C.3.2.2 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung**

92. 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.

93. 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.<sup>71</sup>

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

##### **C.3.2.2.1 Relevanter Markt**

95. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.<sup>72</sup>

<sup>70</sup> RPW 2013/4, 592 ff. Rz 820., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* m.w.H.

<sup>71</sup> Siehe in diesem Sinne auch das Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 381 f. E. 9, *Implenia (Ticino) SA/WEKO*.

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

96. 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.<sup>73</sup> Zudem ist die Bestimmung des relevanten Markts für die Höhe der Sanktion von Bedeutung (siehe unten Rz 133 ff.). Daraus folgt zwingend, dass die Marktabgrenzung davon abhängig ist, welche (mögliche) Wettbewerbsbeschränkung konkret untersucht wird.

(i) *Marktgegenseite*

97. 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.<sup>74</sup> 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.

98. Für den vorliegenden Fall bildete die private Bauherrin, die [...], welche [Bauprojekt 1] nachgefragt hat, Marktgegenseite der Parteien.

(ii) *Sachlich und räumlich relevanter Markt*

99. 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<sup>75</sup>, der hier analog anzuwenden ist).<sup>76</sup>

100. Die vorliegende Wettbewerbsabrede bezog sich auf das betreffende Hochbauprojekt. Der sachlich relevante Markt umfasst daher die Bauleistungen betreffend [Bauprojekt 1].

101. 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).<sup>77</sup>

102. Das vorliegende Bauprojekt ist naturgemäss an den Ort der Ausführung gebunden, also in der vorliegenden Untersuchung 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.

103. 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 Chur

---

<sup>73</sup> Exemplarisch OECD, Market Definition, DAF/COMP(2012)19, S. 11; RAINER TRAUOGOTT, Zur Abgrenzung von Märkten, WuW 1998, 929–939, 929; TILL STEINVORTH, Probleme der geografischen Markt-abgrenzung, WuW 10/2014, S. 924–937; vgl. auch ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz 532; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 2 KG N 94; MARCEL MEINHARDT/ASTRID WASER/JUDITH BISCHOF, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 10 KG N 40.

<sup>74</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 269, ADSL II; RETO HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich 2005, Rz 281.

<sup>75</sup> Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

<sup>76</sup> BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>77</sup> BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

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.3.2.2.2 Innenwettbewerb**

104. Wie in Rz 63 f. dargelegt, gab Foffa Conrad schliesslich tatsächlich eine höhere Offerte ein als Martinelli. Es ist somit kein Innenwettbewerb zwischen Foffa Conrad und Martinelli ersichtlich.

#### **C.3.2.2.3 Aussenwettbewerb**

105. 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.

106. 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. Die Unternehmen, von welchen damit überhaupt ein wirksamer Aussenwettbewerb ausgehen konnte, sind durch die offerierenden Unternehmen [keine Verfahrenspartei], [keine Verfahrenspartei], [keine Verfahrenspartei], [keine Verfahrenspartei] und [keine Verfahrenspartei] identifiziert.

107. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die weiteren fünf offerierenden Unternehmen ([keine Verfahrensparteien]) in die Abrede involviert waren. Somit waren lediglich zwei von sieben Unternehmen in die Abrede involviert.

108. Aufgrund ihrer Grösse, ihres Sitzes (mit Ausnahme von [TU]), ihrer Tätigkeit im Hochbau sowie von Referenzobjekten<sup>78</sup> erwecken sämtliche offerierenden Unternehmen den Eindruck, dass sie in der Lage gewesen wären, das Projekt [Bauprojekt 1] auszuführen. Zudem bestätigte [TU], dass, wie schon bei [Bauprojekt 1], alle angefragten Unternehmungen wegen der grossen Bedeutung des Bauauftrages daran interessiert waren, konkurrenzfähige Offerten einzureichen. Dass von den nicht an der Abrede beteiligten Unternehmen eine gewisse disziplinierende Wirkung ausging, kann im vorliegenden Einzelfall wohl nicht von der Hand gewiesen werden. Somit ist die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umgestossen.

### **C.3.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs**

109. 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>79</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>80</sup> Quantitative Aspekte sind hierbei nicht zu prüfen. Schliesslich ist nicht erforderlich, dass sich die betreffenden

---

<sup>78</sup> [...].

<sup>79</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>80</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*.

Abreden tatsächlich negativ auf den Wettbewerb ausgewirkt haben. Es genügt, dass sie den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.<sup>81</sup>

110. Der vorliegenden Wettbewerbsabrede war ein nicht unbedeutendes Schädigungspotenzial immanent. Als horizontale Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG; vgl. Rz 90) betraf sie zentrale Wettbewerbsparameter. Zudem wurde sie umgesetzt. Damit entfiel zwischen den Abredeteilnehmern jeglicher Innenwettbewerb. Schliesslich erhielt mit Martinelli dasjenige Unternehmen den Zuschlag, das von den Abredeteilnehmern hierfür vorgesehen war.

111. Die Bagatellschwelle ist – bezogen auf den relevanten Markt (Rz 95 ff. hiervor) – bei weitem überschritten. Das Kriterium der Erheblichkeit ist somit gegeben.

### **C.3.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen**

112. Es sind keine Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) ersichtlich, welche die vorliegende Wettbewerbsabrede rechtfertigen könnten. Solche wurden von den Parteien auch nicht vorgebracht. Die Wettbewerbsabrede stellt daher eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar.

### **C.3.5 Ergebnis**

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

## **C.4 Massnahmen**

### **C.4.1 Anordnung von Massnahmen**

114. 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>82</sup>

115. Die Unternehmen Martinelli und Foffa Conrad 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.

116. 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 rechts-

---

<sup>81</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*.

<sup>82</sup> RPW 2013/4, 643 Rz 1028 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2015/2, 235 Rz 266 ff., *Tunnelreinigung*.

kräftiger 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.

117. 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.

118. 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>83</sup>

## **C.4.2 Sanktionierung**

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

### **C.4.2.1 Voraussetzungen**

120. Beide 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 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KG eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG begangen.

121. 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.4.2.2 Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht**

122. Die Sanktionierung ist gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ausgeschlossen, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist.

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

---

<sup>83</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*.

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

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

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

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

127. Im vorliegenden Fall wurde die Untersuchung gegenüber Foffa Conrad am 30. Oktober 2012 eröffnet. Am 23. November 2015 wurde sie gegenüber Martinelli ausgedehnt. Es stellt sich die Frage, ob mit der Eröffnung der Untersuchung gegenüber Foffa Conrad am 30. Oktober 2012 die Frist für die Sanktionierbarkeit gewahrt. Da die Untersuchung mit dem Gegenstand „Wettbewerbsbeschränkungen im Unterengadin“ 2012 eröffnet wurde, war das vorliegende Projekt, welches im Oberengadin liegt, nicht vom damaligen Untersuchungsgegenstand erfasst. Am 22. April 2013 wurde die Untersuchung auf den gesamten Kanton Graubünden ausgedehnt. Die Ausdehnung wurde im Schweizerischen Handelsblatt publiziert.<sup>84</sup> Mit der Ausdehnung vom 22. April 2013 ist die Frist für die Sanktionierbarkeit gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG gewahrt, und zwar gegenüber allen Verfahrensparteien. Daher können die Verfahrensparteien aufgrund der 5-jährigen Frist nach Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG für Kartellrechtsverstösse, die nach dem 22. April 2008 eingestellt worden sind, gebüsst werden. Das relevante Projekt der vorliegenden Untersuchung wurde nach diesem Zeitpunkt, nämlich im [...], vergeben. Folglich kann der in diesem Zusammenhang begangene Kartellrechtsverstoss sanktioniert werden.

128. Daran vermögen auch die Vorbringen von Martinelli nichts zu ändern. Konkret vertritt sie den Standpunkt, dass im Hinblick auf eine Sanktionierung von Martinelli erst auf den Zeitpunkt der Untersuchungsausdehnung gegen sie vom 23. November 2015 abgestützt werden könne. Da das Projekt im [...] vergeben worden sei, sei die 5-jährige Verwirkungsfrist seit der Ausübung bzw. Beendigung des relevanten Verhaltens abgelaufen.<sup>85</sup> Wie gezeigt worden ist

---

<sup>84</sup> SHAB vom 28.05.2013 [siehe auch Act. I.080].

<sup>85</sup> Act. 40, Rz 59 ff (22-0461).

(Rz 123 ff. hiervor), ist die Bestimmung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG nicht unternehmensbezogen, sondern tatbezogen auszulegen. Massgebend für die fünfjährige Frist ist somit der Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bzw. vorliegend der räumlichen Verfahrensausdehnung auf den gesamten Kanton Graubünden vom 22. April 2013. Auch die von Martinelli gerügte Verletzung des Anklage- bzw. Akkusationsprinzip ist unbegründet. Mit den Vorwürfen gegen sie wurde Martinelli an der Einvernahme vom 30. Oktober 2015 und mit der Mitteilung der Verfahrensausdehnung vom 23. November 2015, spätestens aber mit dem Antrag des Sekretariats vom 29. März 2017 hinreichend konfrontiert. Dazu konnte sie schriftlich Stellung nehmen. Zudem hätte sie auch von der WEKO mündlich angehört werden können, worauf sie verzichtete.

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

### **C.4.2.3 Bemessung**

#### **C.4.2.3.1 Konkrete Sanktionsbemessung**

130. 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.

131. 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>86</sup> und der Gleichbehandlung begrenzt wird.<sup>87</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>88</sup>

132. Das Bundesgericht hat jüngst dazu bestätigt, dass Direktsanktionen nicht nur bei Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG verhängt werden können, die den Wettbewerb beseitigen. Vielmehr ist eine direkte Sanktionierung auch möglich, wenn die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umgestossen wird und bloss eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt, die nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt werden kann.<sup>89</sup>

#### **a) Basisbetrag**

133. 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.).

134. Das an der Submissionsabrede beteiligte Unternehmen Martinelli erzielte im von der vorliegenden abgesprochenen Submission betroffenen Markt einen Umsatz.

135. Hingegen erzielte Foffa Conrad keinen Umsatz, da ihr die Rolle der Schutzgeberin zugedacht 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

---

<sup>86</sup> Art. 2 Abs. 2 SVKG.

<sup>87</sup> RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

<sup>88</sup> RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>89</sup> Urteil des BGer vom 28. Juni 2016 (2C\_180/2014), RPW 2017/2, 360 E. 9.4.6, *GABA*.

den in Art. 49a Abs. 3 KG abschliessend aufgeführten Gründen vorgesehen. Eine rein auf der Basis des eigenen Umsatzes zu bemessende Sanktion würde bei Abredebeteiligten, 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.

136. 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.

137. Vorliegend wird als Basisumsatz für beide abredebeteiligten Unternehmen die Offertsumme von Martinelli exklusive Mehrwertsteuer in der Höhe von CHF [...] herangezogen (vgl. Rz 35). 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>90</sup> Konkret ergibt sich daraus für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

138. 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.

139. Martinelli als Schutznehmerin sowie Foffa Conrad als schützendes Unternehmen beteiligten sich an Abreden, 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. Hingegen wurde der Wettbewerb nicht beseitigt, sondern erheblich beeinträchtigt.

140. Aus diesen Gründen ist der vorliegende Kartellrechtsverstoss als mittelschwer bis schwerwiegend zu werten.

141. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für Martinelli als erfolgreiche Schutznehmerin der Submissionsabrede ein Basisbetrag von 8 Prozent des erzielten Umsatzes als angemessen, d.h. CHF [...].

142. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für Foffa Conrad als „schützendes“ Unternehmen ein Basisbetrag von CHF [...] als angemessen.<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> Vgl. RPW 2013/4, 618 Rz 956, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>91</sup> RPW 2013/4, 616 f. Rz 951, 6. bis 8. Lemma, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*: „Dabei ist eine Orientierung am Volumen des relevanten Markts – wie dies auch dem Art. 3 SVKG zu Grunde liegenden Gedanken entspricht – naheliegend. Dass es sich dabei um einen nicht effektiv von diesem Unternehmen erzielten Umsatz handelt, ist zwar zutreffend doch liegt dies in der Natur der Sache und könnte auch durch eine andere Art der Bestimmung des Basisbetrags nicht geändert werden.[...] Sodann beabsichtigt die WEKO, die hier aufgeführte Praxis auch künftig bei Einzelsubmissionsabreden und -märkten anzuwenden.“



## b) Dauer des Verstosses

143. 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).

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

## c) Erschwerende Umstände

145. 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*

146. 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>92</sup>

147. Vorliegend ist erstellt (Rz 58), dass Foffa Conrad Martinelli beim [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*

148. 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>93</sup>

149. Da der Ordnungsgeber die führende Rolle nicht definiert hat und die Anzahl diesbezüglicher Entscheide der WEKO bis anhin gering ausfällt, ist rechtsvergleichend die Praxis der EU-Kommission heranzuziehen. Auch die EU-Kommission beachtet bei der Berechnung der Sanktionshöhe die Rolle des Anführers als erschwerenden Umstand.<sup>94</sup> Rechtsvergleichend

---

<sup>92</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>93</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 92), 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>94</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.

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>95</sup> oder eine besondere, konkrete Verantwortung für dessen Funktionieren getragen haben.<sup>96</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>97</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>98</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 Vertretung einiger Mitglieder im Kartell übernahm oder die meisten Vorschläge zur Arbeitsweise des Kartells machte.<sup>99</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.

150. Vorliegend steht fest, dass Martinelli die E-Mail vom [...] an Foffa Conrad zusandte. Darin gab sie ihr an, welchen Preis sie der Bauherrschaft offerieren sollte (vgl. Rz 33 hiavor). 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>100</sup> In casu war der für Martinelli damit verbundene organisatorische und intellektuelle Aufwand nur gering. Eine tragende Rolle von Martinelli bei der Organisation sowie der Durchführung des Kartells liegt somit nicht vor. Zu würdigen ist sodann die Interessenlage der Beteiligten, wonach das Interesse von Martinelli 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 Martinelli zu bejahen.

151. Im Ergebnis liegen damit zwar gewisse Elemente vor, die für die Erfüllung der obgenannten Voraussetzungen und damit für eine führende Rolle von Martinelli 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 Umsetzungshand-

---

<sup>95</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>96</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>97</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>98</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*.

<sup>99</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>100</sup> Vgl. auch RPW 2013/4, 627 Rz 983, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

lungen 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.

#### **d) Mildernde Umstände**

152. Es sind keine mildernden Umstände ersichtlich.

#### **C.4.2.4 Maximalsanktion**

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

#### **C.4.2.5 Selbstanzeige – Vollständiger/teilweiser Erlass der Sanktion**

##### Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion

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

##### Foffa Conrad

155. Wie oben unter Verfahrensgeschichte (Rz 4 ff.) ersichtlich, reichte Foffa Conrad am 12. 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 Oberengadin ein. Foffa Conrad reichte zahlreiche Ergänzungen zu ihrer Selbstanzeige ein, insbesondere die Eingaben vom 4. Dezember 2012 und vom 1. Februar 2013, welche auch das vorliegende Bauobjekt in [...] betreffen.

156. Foffa Conrad zeigte kurz nach Untersuchungseröffnung das [Bauprojekt 1] als Wettbewerbsverstoss an. Sie reichte auch entscheidende Beweismittel (insbesondere die E-Mail vom [...]) ein und kooperierte auch sonst mit der Wettbewerbsbehörde bis zum Abschluss der Ermittlungen durch das Sekretariat. Somit ist Foffa Conrad die erste Selbstanzeigerin in der vorliegenden Untersuchung 22-0461 Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin IV.

157. 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 nicht die anstiftende oder führende Rolle im betreffenden Wettbewerbsverstoss eingenommen hat.

158. Es liegen im vorliegenden Fall keine Hinweise vor, dass Foffa Conrad die Martinelli zur Teilnahme an dem Wettbewerbsverstoss gezwungen hätte. Wie gezeigt worden ist (vgl. Rz 151), sind die Voraussetzungen zur Annahme einer anstiftenden oder führenden Rolle von Foffa Conrad im Zusammenhang mit dem vorliegenden Wettbewerbsverstoss nicht gegeben.

159. Damit wären bei der Foffa Conrad 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 unter anderem wie folgt:

*„Anders als das Sekretariat im Rahmen des verfolgten Zwecks annimmt ging es weder darum, den Wettbewerb unter den Beteiligten zu verhindern, noch darum, im Einvernehmen zu entscheiden, welches Unternehmen den Auftrag erhalten soll.“*

*„Wenn Foffa Conrad zum damaligen Zeitpunkt keine Kapazität für die Ausführung eines solchen Grossprojekts hatte, konnte durch ihre „Pro-Forma-Offerte“ (bei der ihr Martinelli aus Gefälligkeit geholfen hatte) der Wettbewerb nicht beschränkt werden. Das Beweisergebnis (Rz. 52 des Antrags) ist infolgedessen vom festgestellten Sachverhalt nicht gedeckt. Bei dessen unbefangener und lebensnaher Bewertung war die Konkurrenz zwischen Foffa Conrad und Martinelli nicht „ausgeschaltet“, sondern bestand von vornherein nicht.“<sup>101</sup>*

160. Zusammenfassend behauptete die Foffa Conrad in ihrer Stellungnahme vom 14. Juni 2017 schliesslich, dass das im Antrag festgehaltene Beweisergebnis nicht zutreffe.<sup>102</sup>

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

162. 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>103</sup>

163. Mit ihren Vorbringen im Rahmen der Stellungnahme zum Antrag stellt sich die Foffa Conrad 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 66) 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 [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 um eine „Absprache“ handle (vgl. Rz 39 hiavor).

164. Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. c SVKG 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 nun wesentliche Elemente des erwiesenen Sachverhalts bestreitet, insbesondere betreffend den Konsens und den verfolgten Zweck, sind die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass nicht gegeben.

165. 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 Ordnungssystematik scheint es naheliegend, die Höhe der Sanktionsreduktion in jedem Fall nach den Best-

---

<sup>101</sup> Act. 41, Rz 5 und 6 (22-0461).

<sup>102</sup> Act. 41, Rz 6 (22-0461)

<sup>103</sup> Zum Ganzen Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO Bonusregelung (Selbstanzeige) vom 8.9.2014, Rz 5.

immungen 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 – die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass mit Ausnahme der vollumfänglichen Kooperation erfüllt, in den Genuss einer Sanktionsreduktion von höchstens 50 %.

166. 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 Kooperationsobliegenheit 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 Verordnungsbestimmungen ist der Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 2 BV) zu beachten. Dass der Verordnungsgeber 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.

167. 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 Verordnungsgeber 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.

168. Diesem Auslegungsergebnis folgend, sind die Art und Schwere der mangelhaften Kooperation der Foffa Conrad zu würdigen. Dabei ist zu beachten, dass die Foffa Conrad 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 daher dennoch eine Sanktionsreduktion von 85 % angemessen.

#### **C.4.2.6 Verhältnismässigkeitsprüfung**

169. Schliesslich muss eine Sanktion als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen finanziell tragbar sein.<sup>104</sup> Die Höhe der Busse ist dahingehend zu begrenzen, dass die Sanktion weder die Wettbewerbs- noch die Existenzfähigkeit des betroffenen Unternehmens bedroht. Der Sanktionsbetrag muss zur finanziellen Leistungsfähig-

---

<sup>104</sup> Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150, *Elektroinstallationsbetriebe Bern* m.w.H.

keit des Unternehmens in einem angemessenen Verhältnis stehen. Gleichzeitig ist im Interesse der Präventivwirkung und Durchsetzbarkeit des Kartellgesetzes grundsätzlich im Minimum die infolge des Verstosses unzulässigerweise erzielte Kartellrente abzuschöpfen.<sup>105</sup>

170. [...].<sup>106</sup> [...] <sup>107</sup> [...].

171. [...] <sup>108</sup> [...].

172. [...].

173. [...].

#### C.4.2.7 Ergebnis

174. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die Wettbewerbsbehörde eine Verwaltungsanktion in folgender Höhe als dem Verstoß der Parteien angemessen:

- Foffa Conrad: CHF [1 – 20'000]
- Martinelli: CHF [...].

## D Kosten

175. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG<sup>109</sup> ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

176. 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.

177. Ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung einer horizontalen Wettbewerbsabrede Gegenstand eines Verfahrens, so gelten grundsätzlich alle an der Abrede Beteiligten gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens. Dementsprechend gestaltet sich die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, gemäss welcher – in Ermangelung besonderer Umstände, die das Ergebnis als stossend erscheinen liessen – eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten vorgenommen wurde. Insbesondere Gleichheits-, aber auch Praktikabilitätserwägungen, stehen dabei im Vordergrund.<sup>110</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>111</sup>).

178. 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

---

<sup>105</sup> Vgl. ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*. Siehe des Weiteren auch RPW 2010/4, 765 Rz 432, *Baubeschläge*; RPW 2013/2, 142 Rz 332, *Abrede im Speditionsbereich*.

<sup>106</sup> Act. 40, Rz 96 ff. (22-0461).

<sup>107</sup> Act. 47 und 58 (22-0461).

<sup>108</sup> [...].

<sup>109</sup> Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

<sup>110</sup> RPW 2009/3, 221 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>111</sup> Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

den Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG). Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 130 bis 290.

179. Die vorliegende Untersuchung wurde mit Verfügung vom 23. November 2015 von der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden getrennt. Vom aus der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden bis dahin entstandenen Verfahrensaufwand wird ein Anteil von CHF 15'000 dem vorliegenden Verfahren zugerechnet. Es wurden vor der Verfahrenstrennung mehrere Ermittlungshandlungen (insbesondere Einvernahmen) in Bezug auf das vorliegende Bauprojekt durchgeführt. Zusätzlich entfallen auf das vorliegende Verfahren folgende Gebühren, die auf der Grundlage der nach der Verfahrenstrennung aufgewendeten Stunden zu berechnen sind :

- 66 Stunden zu CHF 200, ergebend CHF 13'200
- 13 Stunden zu CHF 290, ergebend CHF 3'770

180. Demnach beläuft sich die Gebühr insgesamt auf CHF 31'970.

181. Die Foffa Conrad und Martinelli zu gleichen Teilen auferlegten Verfahrenskosten betragen je Unternehmen CHF 15'985.

182. Aufgrund der Verhältnismässigkeitsprüfung (vgl. Rz 169 ff.) hat Martinelli einen Anteil von CHF [...]. Die übrigen Verfahrenskosten gehen zulasten der Staatskasse.

## **E Dispositiv**

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

1. Der D. Martinelli AG und der Foffa Conrad 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 der gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabrede mit folgenden Beträgen belastet werden:
  - 2.1 D. Martinelli AG, St. Moritz, mit einem Betrag von CHF [...].
  - 2.2 Foffa Conrad AG, Zernez, mit einem Betrag von CHF [1 – 20'000].
3. Die Verfahrenskosten betragen CHF 31'970 und werden folgendermassen auferlegt:
  - 3.1 Die D. Martinelli AG trägt CHF [...].
  - 3.2 Die Foffa Conrad trägt CHF 15'985.
  - 3.3 Die übrigen Verfahrenskosten gehen zulasten der Staatskasse.
4. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
  - D. Martinelli AG, Via San Gian 46, 7500 St. Moritz;  
vertreten durch RA Dr. Seraina Denoth, Fischer Rechtsanwälte GmbH, Selnaustrasse 6, 8001 Zürich
  - Foffa Conrad AG, Scheschna Nr. 294, 7530 Zernez,  
vertreten durch RA Dr. Gerald Brei, Eversheds Sutherland AG, Stadelhoferstrasse 22, 8001 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.