



Hinweis:

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

Verfügung vom 2. Oktober 2017

in Sachen

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

22-04uu: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin U ([Bauprojekt 1])

wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

gegen

1. **Bezzola Denoth AG**, Fond 235, 7550 Scuol
vertreten durch RA Dr. Gerald Brei, Eversheds Sutherland AG, Stadelhoferstrasse 22, 8001 Zürich
2. **D. Martinelli AG**, Via San Gian 46, 7500 St. Moritz
vertreten durch RA Dr. Seraina Denoth, Fischer Rechtsanwälte GmbH, Selnaustrasse 6, 8001 Zürich
3. **Implenia Schweiz AG**, Industriestrasse 24, 8305 Dietlikon
vertreten durch RA Dr. Marcel Meinhardt, RA Dr. Frank Bremer, RA Anna Katharina Burri, Lenz & Staehelin, Brandschenkestrasse 24, 8027 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

A	Verfahren	4
A.1	Gegenstand der Untersuchung.....	4
A.2	Untersuchungsadressatinnen.....	4
A.2.1	Bezzola Denoth AG, Scuol.....	4
A.2.2	D. Martinelli AG, St. Moritz.....	4
A.2.3	Implenia Schweiz AG, Dietlikon.....	4
A.3	Verfahrensgeschichte.....	4
B	Sachverhalt	8
B.1	Vorbemerkungen zum Beweis.....	8
B.1.1	Beweiswürdigung und Beweismass.....	8
B.1.2	Verwertbarkeit der Aussagen von Martinelli vom 30. Oktober 2015.....	9
B.2	Beweisthema.....	10
B.3	Beweismittel.....	10
B.3.1	Urkunden.....	11
B.3.2	Auskünfte von Parteien.....	12
B.4	Beweiswürdigung.....	13
B.4.1	Konsens.....	13
B.4.2	Verfolgter Zweck.....	14
B.4.3	Rolle der Beteiligten.....	15
B.4.4	Umsetzung und Auswirkungen.....	16
B.5	Beweisergebnis.....	16
C	Erwägungen	17
C.1	Geltungsbereich.....	17
C.1.1	Persönlicher Geltungsbereich.....	17
C.1.2	Verfügungsadressatinnen.....	17
C.1.3	Sachlicher Geltungsbereich.....	17
C.1.4	Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich.....	17
C.2	Vorbehaltene Vorschriften.....	17
C.3	Unzulässige Wettbewerbsabrede.....	18
C.3.1	Wettbewerbsabrede.....	18
C.3.2	Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs.....	20
C.3.3	Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs.....	22
C.3.4	Rechtfertigung aus Effizienzgründen.....	23
C.3.5	Ergebnis.....	23
C.4	Massnahmen.....	23
C.4.1	Anordnung von Massnahmen.....	23
C.4.2	Sanktionierung.....	24
D	Kosten	34
E	Dispositiv	36

A Verfahren

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet die Frage, ob die Bezzola Denoth AG, Scuol, die D. Martinelli AG, St. Moritz, sowie die Implenia Schweiz AG, Dietlikon, in Bezug auf die Ausschreibung [Bauprojekt 1], aus dem Jahr [...] (nachfolgend: [Bauprojekt 1]) eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG¹ getroffen haben.

A.2 Untersuchungsadressatinnen

A.2.1 Bezzola Denoth AG, Scuol

2. Die Bezzola Denoth AG (nachfolgend: Bezzola Denoth) mit Sitz in Scuol ist seit 2005 im Handelsregister eingetragen und bezweckt demnach die Übernahme und Ausführung von Hoch- und Tiefbauten aller Art sowie den Handel mit Baumaterialien.

A.2.2 D. Martinelli AG, St. Moritz

3. 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.2.3 Implenia Schweiz AG, Dietlikon

4. Die Implenia Schweiz AG (nachfolgend: Implenia) mit Sitz in Dietlikon entstand 2006 aus dem Zusammenschluss von Zschokke und Batigroup. Laut Handelsregister bezweckt sie den Betrieb eines Bauunternehmens. Ihr Geschäftsbereich umfasst u.a. im In- und Ausland die Planung, Leitung und Ausführung von Bauleistungen im Hoch- und Tiefbau für fremde und eigene Rechnung. Die Implenia verfügt über zahlreiche Standorte, u.a. auch in [...].

A.3 Verfahrensgeschichte

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

6. Am 1. November 2012, also noch während der Hausdurchsuchung, reichte Implenia eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG ein,² welche sie mehrfach ergänzte.

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

² Act. IX.A.1 (25-0037). Die Akten des vorliegenden IX. 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 22-04uu) 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 (25-er) wurde ebenfalls angegeben

7. Am 9. November 2012 reichte Bezzola Denoth eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG³ betreffend dem Gebiet Unterengadin⁴ ein. Am 4. Dezember 2012 ergänzte Bezzola Denoth ihre Bonusmeldung auch betreffend das vorliegende Projekt.⁵ Am 1. Februar 2013 reichte Bezzola Denoth eine Ergänzung der Selbstanzeige insbesondere betreffend das vorliegende Projekt ein.⁶
8. Im Rahmen der mündlichen Ergänzungen der Selbstanzeige vom 16. November 2012 zeigte Implenja zwei Hochbauprojekte im Kanton Graubünden an und präziserte, dass sie im Engadin nicht im Hochbau tätig sei.⁷
9. Mit Schreiben vom 28. Februar 2013⁸ fragte das Sekretariat bei Implenja nach, ob die zwei angezeigten Hochbauprojekte am 16. November 2012 die einzigen Hochbauprojekte im Kanton Graubünden seien, welche durch die interne Untersuchung bei Implenja hätten identifiziert werden können und ob die Bonusmeldung im Bereich Hochbau weiterhin den ganzen Kanton Graubünden betreffe oder nur gewisse Teile davon.
10. Mit Eingabe vom 4. April 2013⁹ zeigte Implenja weitere Hochbauprojekte im Kanton Graubünden, die nicht im Engadin gelegen waren, an und wiederholte, dass sie im Bereich des Hochbaus – ausser im Engadin – im ganzen Kanton Graubünden tätig sei.¹⁰
11. 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.
12. Am 23. April 2013 teilte das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO Implenja mit, dass die Voraussetzungen für den vollständigen Sanktionserlass nach Art. 9 Abs. 3 Bst. a-c SVKG für die von ihr angezeigten unzulässigen Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit dem Verfahren 22-0433: Bauleistungen Graubünden durch Implenja erfüllt waren.¹¹
13. Mit Schreiben vom 23. Oktober 2015 gab das Sekretariat Implenja die Möglichkeit, deren Selbstanzeige u.a. im Zusammenhang mit dem [Bauprojekt 1] zu ergänzen.¹²
14. Am 26. Oktober 2015 wurde [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth, im Rahmen der Selbstanzeige der Bezzola Denoth zu einem allfälligen Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit dem [Bauprojekt 1] befragt.¹³
15. Am 18. November 2015 ergänzte Implenja ihre Bonusmeldung auch in Bezug auf das vorliegend zu beurteilende Projekt.¹⁴
16. 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 Martinelli¹⁵ aus und trennte anschliessend die Untersuchung „22-04uu:

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

⁴ Act. IX.C.003 (25-0039).

⁵ Act. IX.C.027, pag. 18 (25-0039).

⁶ Act. IX.C.035, pag. 35 und 36 (25-0039).

⁷ Act. IX.A.11 (25-0037).

⁸ Act. IX.A.24 (25-0037).

⁹ Act. IX.A.28 (25-0037).

¹⁰ Act. IX.A.28, S. 17 (25-0037).

¹¹ Act. IX.A.44 (25-0037).

¹² Act. IX.A.51 (25-0037).

¹³ Act. IX.C.060 (25-0039).

¹⁴ Act. IX.A.53, pag. 3 (25-0037).

¹⁵ Act. I.513.

Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin U“ von der Untersuchung „22-0433: Bauleistungen Graubünden“ ab.¹⁶

17. Am 17. Dezember 2015 ergänzte Implenla ihre Selbstanzeige erneut in Bezug auf das vorliegend zu beurteilende Projekt.¹⁷

18. Das Sekretariat stellte am [...] 2016 der Bauherrschaft einen Fragenbogen zu, welcher am [...] 2016¹⁸ fristgerecht und beantwortet beim Sekretariat einging.

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

20. Am 22. Juli 2016²⁰ ergänzte Implenla ihre Selbstanzeige erneut in Bezug auf das vorliegend zu beurteilende Projekt.

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

22. Am 10. November 2016²² reichte die Implenla die nun mit Hilfe eines externen IT-Experten lesbar gemachten SIA-Dateien nach.

23. Am 21. November 2016 verfügten die Wettbewerbsbehörden eine Verwendungsbeschränkung in Bezug auf die elektronisch versendeten Beilagen der Selbstanzeigedossiers.²³

24. Am 12. Dezember 2016 verfügten die Wettbewerbsbehörden eine Verwendungsbeschränkung in Bezug auf die Einsicht in die eigentlichen Selbstanzeigen in den Räumlichkeiten des Sekretariats.²⁴

25. Am 29. März 2017 stellte das Sekretariat den Parteien den Antrag an die WEKO zur Stellungnahme gemäss Art. 30 Abs. 2 KG zu. Es beantragte im Wesentlichen, dass Bezzola Denoth 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. Martinelli sei mit einem Betrag von CHF [...] und Implenla mit einem Betrag von CHF [...] zu belasten.

26. Zeitnah gewährte das Sekretariat auf elektronischem Weg Einsicht in diejenigen Verfahrensakten, welche seit dem 7. Juni 2016 neu ins Dossier aufgenommen worden waren.²⁵ Die Einsicht in die Beilagen zu den Selbstanzeigen erfolgte am 30. März 2017 durch Versand der elektronischen Aktenverzeichnisse.²⁶ Zudem hatten die Verfahrensparteien die Gelegenheit, ab 3. April 2017 in die eigentlichen Selbstanzeigen vor Ort in den Räumlichkeiten des Sekretariats einzusehen.²⁷ Implenla nahm zwischen 3. und 6. April 2017²⁸ sowie am 29. August

¹⁶ Act. I.505, I.513 und I.520.

¹⁷ Act. 2 (22-04uu/25-0037).

¹⁸ [...].

¹⁹ Act. 5 (22-04uu).

²⁰ Act. 9 (22-04uu/25-0037).

²¹ Act. 10, 11 und 12 (22-04uu).

²² Act. 30 (22-04uu/25-0037).

²³ Act. 32–34 (22-04uu).

²⁴ Act. 37–39 (22-04uu).

²⁵ Act. 50 (22-04uu).

²⁶ Act. 49 (22-04uu).

²⁷ Act. 69 (22-04uu).

²⁸ Act. 52-55 (22-04uu).

2017²⁹ in den Räumlichkeiten des Sekretariats Einsicht in die Selbstanzeigen, Martinelli am 31. Mai 2017³⁰.

27. Mit Eingabe vom 14. Juni 2017³¹ bezog Martinelli zum Antrag des Sekretariats Stellung. Martinelli bestreitet die Absicht, den Wettbewerb beeinflussen gewollt zu haben und jegliche Absprache. Auf die einzelnen Vorbringen wird – soweit geboten – an entsprechender Stelle der Verfügung näher eingegangen. Sie beantragte keine Anhörung durch die WEKO, wollte aber bei der Anhörung der Implenja und der Bezzola Denoth anwesend sein. In ihrer Stellungnahme stellte Martinelli folgende Anträge:

1. Die Untersuchung gegen D. Martinelli AG sei einzustellen;
2. D. Martinelli AG sei keine Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG aufzuerlegen;
3. D. Martinelli AG seien keine Kosten aufzuerlegen.

28. Mit Eingabe vom 14. Juni 2017³² nahm Bezzola Denoth zum Antrag des Sekretariats Stellung und wünschte eine Anhörung durch die WEKO. Bezzola Denoth wurde am 4. September 2017 durch die WEKO angehört. Dabei wurde sie durch [Mitarbeiter B], [Mitarbeiter A] und ihren Rechtsvertreter vertreten.³³

29. In ihrer Stellungnahme vom 14. Juni 2017 sowie an der Anhörung vom 4. September 2017 beantragte Bezzola Denoth, dass ihr die Sanktion im vorliegenden Verfahren vollständig zu erlassen sei. Konkret stellte sie das im Antrag des Sekretariats festgehaltene Beweisergebnis weitgehend in Frage und begründete auch in rechtlicher Hinsicht ihren abweichenden Standpunkt. Martinelli und Implenja seien keine „echten“ Konkurrentinnen der Bezzola Denoth für das [Bauprojekt 1] gewesen, weil sie aufgrund der zu grossen Entfernung bislang keine Hochbauten im Unterengadin ausgeführt hätten.³⁴ Daher könne der Informationstausch weder eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken noch bewirken. Die Bezzola Denoth habe zwar „Schutz“ von Martinelli und Implenja bekommen. Allerdings sei nicht eindeutig, was die Beteiligten darunter jeweils verstanden hätten. Die jeweils bilateralen Kontakte sprächen viel mehr für einen Gefallen als für eine (aussichtlose) „Zuschlagsteuerung“ der drei Unternehmen.³⁵ Nicht nur das Vorliegen einer Abrede sei fraglich, sondern auch ob das Verhalten der Parteien die Beseitigung des Wettbewerbs herbeigeführt habe. [2-5] Unternehmen hätten ein unbeeinflusstes Angebot eingereicht, was die Beseitigung des Wettbewerbs ausschliessen würde.³⁶ Bezzola Denoth habe den Zuschlag bei [Bauprojekt 1] erhalten, weil sie das konkurrenzfähigste Angebot eingereicht habe. Auf die einzelnen Vorbringen von Bezzola Denoth wird – soweit geboten – an entsprechender Stelle in der Verfügung näher eingegangen.

30. Mit Eingabe vom 21. Juni 2017³⁷ nahm Implenja zum Antrag des Sekretariats Stellung und wünschte eine Anhörung durch die WEKO. Implenja wurde am 4. September 2017 durch die WEKO angehört. Dabei wurde sie durch [Mitarbeiter C] und ihre Rechtsvertreter vertreten.³⁸

31. In ihrer Stellungnahme vom 21. Juni 2017 und an der Anhörung vom 4. September 2017 machte Implenja geltend, dass sie im November 2012 im Verfahren 22-0433 Bauleistungen

²⁹ Act. 95 (22-04uu).

³⁰ Act. 69 (22-04uu).

³¹ Act. 70 (22-04uu).

³² Act. 96 (22-04uu).

³³ Vgl. Protokoll der Anhörung Act. 96 (22-04uu).

³⁴ Act. 96, Rz 8 und 9 (22-04uu).

³⁵ Act. 96, Rz 7

³⁶ Act. 96, Rz 14 (22-04uu).

³⁷ Act. 72 (22-04uu).

³⁸ Vgl. Protokoll der Anhörung: Act. 97 (22-04uu) und 98 (22-04uu/25-0037).

Unterengadin als erstes Unternehmen eine Selbstanzeige eingereicht und mit der Wettbewerbsbehörde kooperiert habe. Somit sei Implenia als erste Selbstanzeigerin die Sanktion vollständig zu erlassen. Auf die einzelnen Vorbringen wird – soweit geboten – an entsprechender Stelle in der Verfügung näher eingegangen.

32. 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.³⁹ Daraufhin antwortete die Bezzola Denoth mit Eingabe vom 21. August 2017, dass potenzielle Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht ausgeschlossen werden könnten.⁴⁰

33. Die Akteneinsicht wurde den Parteien durch die elektronische Zustellung vom 5. Juli 2017,⁴¹ 25. August 2017,⁴² 6. und 19. September 2017 gewährt.

34. Implenia reichte am 12. September 2017 eine zusätzliche Stellungnahme ein.⁴³

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

B Sachverhalt

B.1 Vorbemerkungen zum Beweis

B.1.1 Beweismässigkeit und Beweismass

36. Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)⁴⁴ 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 BZP⁴⁵). 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.⁴⁶ 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.⁴⁷ 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, ins-

³⁹ Act. 85 (22-04uu/25-0039).

⁴⁰ Act. 87 (22-04uu/25-0039).

⁴¹ Act. 78 (22-04uu).

⁴² Act. 91 und 92 (22-04uu).

⁴³ Act. 99 (22-04uu) und Act. 100 (22-04uu/25-0037).

⁴⁴ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

⁴⁵ Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

⁴⁶ Urteil des BVer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2 f., *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.2 f., *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; vgl. auch etwa Urteil des BVer 2A.500/2002 vom 24.3.2003, E. 3.5; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

⁴⁷ Vgl. z.B. BGE 124 IV 86, E. 2a.

besondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, eine strikte Beweisführung regelmässig aus.⁴⁸ Diesen Grundsätzen ist im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen zum Sachverhalt Rechnung zu tragen.

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

37. In ihrer Stellungnahme vom 13. Juni 2017 bringt Martinelli vor, dass die Wettbewerbsbehörden im Zusammenhang mit der Einvernahme von [Mitarbeiter D], [Funktion] von Martinelli, ihre Verfahrensrechte verletzt haben. Konkret führt sie aus, dass [Mitarbeiter D] 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 einem Verfahren in Kenntnis gesetzt zu werden und genügend Zeit zur Vorbereitung der Verteidigung zu erhalten. Die Aussagen von [Mitarbeiter D] vom 30. Oktober 2015 seien unzulässig erlangte Beweise und dürften im vorliegenden Verfahren nicht verwertet werden.⁴⁹

38. 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.⁵⁰ 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.⁵¹ Solche Rechtsnormen können im Gesetz oder im Verfassungs- und Völkerrecht verankert sein.

39. Mit Schreiben vom 18. September 2015 lud die Behörde [Mitarbeiter D] im vorliegenden Verfahren vor, am 30. Oktober 2015 für Martinelli auszusagen.⁵² 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. Auf den Gegenstand der Einvernahme wies die Behörde wie folgt hin:

„Gegenstand der Einvernahme werden mögliche Wettbewerbsverstösse in der Baubranche im Engadin bilden, insbesondere im Zusammenhang mit dem [Bauprojekt 1] aus dem Jahr [...]“

⁴⁸ 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.

⁴⁹ Act. 70, Rz 10 und 66 ff. (22-04uu).

⁵⁰ Vgl. SEBASTIAN LUBIG, Beweisverwertungsverbote im Kartellverfahrensrecht der Europäischen Gemeinschaft, eine Untersuchung zu den gemeinschaftsrechtlichen Grenzen einer Beweisverwertung in behördlichen Kartellverfahren, 2007, 28.

⁵¹ Vgl. zu diesem Prüfschritt im Zusammenhang mit Beweisverwertungsverboten auch Urteil des BVGer A-7342/2008 und A-7426/2008 vom 5.3.2009, E. 8.3.

⁵² Act. I.351.

40. Anlässlich der Einvernahme vom 30. Oktober 2015⁵³ 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 D] 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.“

41. 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).

42. 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 D] vom 30. Oktober 2015 dürfen im vorliegenden Verfahren verwendet werden.

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

B.2 Beweisthema

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

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

B.3 Beweismittel

45. Zur Beurteilen dieser Sachverhaltsfragen stützt sich die Behörde auf folgende Beweismittel:

⁵³ Act. IV.028.

B.3.1 Urkunden

E-Mail vom [...] von [[Mitarbeiter A]@bezzola-denoth.ch] an [[Mitarbeiter E]@implenia.com]

46. Es liegt eine E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth an [Mitarbeiter E], Im-
plenia mit dem Betreff „[Bauprojekt 1]“ mit dem folgenden Inhalt vor:⁵⁴

„Sehr geehrter Herr [Mitarbeiter E].

In der Beilage erhalten sie die abgeänderte Offerte Baumeisterarbeiten.

Unsere Eingabe beläuft sich auf netto inkl. MWSt Fr. [...].

*Die gesendete SIA sollte eine Summe netto inkl. MWSt. von Fr. [...] aufweisen ([2–4]
%)*

Herzlichen Dank für Ihre Bemühungen.

Mit freundlichen Grüßen

Bezzola Denoth AG

[Mitarbeiter A]“

E-Mail vom [...] von [[Mitarbeiter A]@bezzola-denoth.ch] an [[Mitarbeiter D]@martinelli-
bau.ch]

47. Es liegt zudem eine E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth an [Mitarbeiter
D], Martinelli mit dem Betreff „[Bauprojekt 1] / [...] / [...]“ mit dem folgenden Inhalt vor:⁵⁵

„Hallo [Mitarbeiter D].

Im Anhang die entsprechenden SIA Dateien.

[Bauprojekt 1] sollte falls alles i.o. ist eine Summe von Fr. [...] inkl. MwSt. ergeben.

[...] / [...] eine Summe von Fr. [...] inkl. MwSt.

Du bist mit dieser Eingabe ca. [2.5–5] % über unserem Preis.

*Danke für deine Bemühungen. Freu mich jedes Mal etwas von Dir zu hören. Kurze
Gedanken an [...].*

[Mitarbeiter A]“

Offertvergleich der Bauherrschaft

48. Gemäss den Informationen der Bauherrschaft, der [...],⁵⁶ wurden die [9–11] folgenden
Unternehmen um eine Offerte angefragt. [6–9] davon haben eine Offerte eingereicht:

	Eingereichte Offerten (inkl. MWST) in CHF ⁵⁷
Bezzola Denoth, Scuol	[...]
Martinelli, St. Moritz	[...]
Implenia Bau AG, [...]	[...]
[Weitere Bauunternehmungen, die nicht Verfahrensparteien sind]	[...]

⁵⁴ Act. IX.C.035, pag. 35, Beilage 12 (25-0039) wie auch Act. 9 (22-04uu/25-0037).

⁵⁵ Act. IX.C.035, pag. 36, Beilage 12 (25-0039).

⁵⁶ Act. 4 (22-04uu).

⁵⁷ Act. 4 (22-04uu).

49. Die Arbeiten wurden schliesslich nach Verhandlungen mit einem Vertreter der Bauherrschaft zu einem Preis in der Höhe von CHF [...] an die Firma Bezzola Denoth vergeben.⁵⁸

B.3.2 Auskünfte von Parteien

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

50. Im Rahmen ihrer Kooperation mit der Wettbewerbsbehörde zeigte Bezzola Denoth ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem vorliegenden Projekt an. Sie gab als Bemerkung in Bezug auf das vorliegende Bauobjekt an: [...].⁵⁹

51. In ihrer Ergänzung der Selbstanzeige vom 1. Februar 2013 bemerkte Bezzola Denoth zu dem Projekt, [...].⁶⁰ Bezzola Denoth hat zudem die E-Mails vom [...] bzw. [...] an Implenja bzw. Martinelli eingereicht.⁶¹

Aussage der Bezzola Denoth vom 26. Oktober 2015

52. Anlässlich der mündlichen Ergänzung der Bonusmeldung der Bezzola Denoth vom 26. Oktober 2015 sagte [Mitarbeiter A] aus, dass die E-Mails vom [...] und [...] belegen würden, dass [...].⁶² Er nehme an, dass Martinelli und Implenja ihn um die Bekanntgabe seiner Offerte gebeten hätten. Martinelli sei im Unterengadin überhaupt nicht tätig, es sei sehr aussergewöhnlich, dass die Martinelli für ein Projekt im Unterengadin Ausschreibungsunterlagen erhalten habe.⁶³ Bei Implenja sei die gleiche Situation wie bei Martinelli vorgelegen. Die Implenja mache im ganzen Engadin eigentlich keine Hochbauten. Die Implenja sei offensichtlich um die Eingabe einer Offerte angefragt worden. Sie habe sich an Bezzola Denoth gewandt und [Mitarbeiter A] habe der Implenja eine Eingabesumme durchgegeben.⁶⁴ Gemäss Aussage von [Mitarbeiter A] handle es sich in der E-Mail vom [...] wohl um die Offerte, welche Martinelli habe eingeben sollten. In beiden Fällen sei die Initiative für den Kontakt von Implenja bzw. Martinelli ausgegangen.⁶⁵ Zwischen den beiden Kontakten habe ein grosser zeitlicher Abstand von fast einem Monat bestanden.

Eingabe der Implenja vom 18. November 2015, vom 17. Dezember 2015, vom 22. Juli 2016 und 10. November 2016

53. Gemäss Eingabe der Implenja vom 18. November 2015⁶⁶ im Rahmen ihrer Selbstanzeige sei Herr [Mitarbeiter E] für die Offertstellung beim [Bauprojekt 1] zuständig gewesen.

54. Gemäss den Angaben von [Mitarbeiter E] hätten bei diesem Hochbauobjekt objektive Anhaltspunkte für Unregelmässigkeiten bei der Offertstellung infolge fehlender Kalkulation bestanden. Im SAP-Programm der Implenja fehle eine entsprechende Preiskalkulation. Zwar seien Preisanfragen an Lieferanten eingeholt worden und im physischen Dossier deren Offerten abgelegt. Diese scheinen aber nicht oder nur teilweise in die Offertberechnung eingeflossen zu sein. Eine mögliche Erklärung sei, dass die Preisanfragen nur zur Plausibilitätsprüfung der Offerte eingeholt wurden. Nach Aussage von [Mitarbeiter E] seien gewisse Normpositionen deutlich über dem Marktpreis angesetzt worden. Eine mögliche Erklärung dafür sei, dass der

⁵⁸ Act. 4 (22-04uu).

⁵⁹ Act. IX.C.027, pag. 73 (25-0039).

⁶⁰ Act. IX.C.035, pag. 60 (25-0039).

⁶¹ Act. IX.C.035, pag. 35 und 36 (25-0039).

⁶² Act. IX.C.060, Zeile 349 (25-0039).

⁶³ Act. IX.C.060, Zeilen 362 ff. (25-0039).

⁶⁴ Act. IX.C.060, Zeilen 372 ff. (25-0039).

⁶⁵ Act. IX.C.060, Zeilen 362 (Martinelli) und 377 (Implenja) (25-0039).

⁶⁶ Act. IX.A.53, pag. 4 f. und Beilage 2, pag. 287 (25-0037).

Eingabepreis koordiniert worden sei. Er könne sich aber an die Offerte und an die genauen Umstände nicht mehr erinnern.⁶⁷

55. Am 17. Dezember 2015 bestätigte die Implenia auf Nachfrage des Sekretariats, dass sie im Engadin keine Hochbauprojekte ausgeführt habe.⁶⁸

56. Am 22. Juli 2016 reichte die Implenia die E-Mail von Bezzola Denoth an sie vom [...] ein.⁶⁹ Es handelte sich um dieselbe E-Mail, welche auch von Bezzola Denoth eingereicht wurde.⁷⁰

57. Am 10. November 2016 reichte die Implenia die SIA-Datei ein, welche der E-Mail vom [...] angehängt war. Die SIA-Datei weist eine Offertsumme von CHF [...] (inkl. MWST) auf.⁷¹

Aussage der Martinelli vom 30. Oktober 2015

58. [Mitarbeiter D], Martinelli, gab am 30. Oktober 2015 an, dass ihm das [Bauprojekt 1] – wie in der gleichen E-Mail vom [...] erwähnte Projekt [...] / [...] – gar nichts sage.

59. Er wisse nicht mehr, wie er auf die E-Mail vom [...] reagiert habe und wer die Initiative zum Versand dieser E-Mail ergriffen habe.⁷² Er wisse nicht mehr, ob Martinelli eine solche höhere Offerte eingegeben habe. Wenn die Martinelli eine solche höhere Offerte eingegeben habe, sei es darum gegangen, Bezzola Denoth „Schutz“ zu gewähren.⁷³ Die Martinelli habe nie ein Bauprojekt im Unterengadin ausgeführt.⁷⁴ Am 3. November 2015 teilte [Mitarbeiter D] dem Sekretariat mit, dass er nach Kontrolle seiner Unterlagen keine entsprechenden Unterlagen (Begleitbrief etc.) gefunden habe, dass die Martinelli beim Objekt [Bauprojekt 1] eine Eingabe gemacht hätte (vgl. zur Verwertbarkeit der Aussagen von [Mitarbeiter D] Rz 37 ff. hier- vor).⁷⁵

B.4 Beweiswürdigung

B.4.1 Konsens

60. Die beiden E-Mails vom [...] und vom [...] (Rz 46 f.) stellen, zusammen mit den ihnen angehängten Offerten, objektive Beweismittel dar, die in unmittelbarem und konkretem Bezug zum vorgeworfenen Kartellrechtsverstoss stehen.

61. Die in der E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A] an [Mitarbeiter E] verwendete Formulierung: „*Unsere Eingabe beläuft sich auf netto inkl. MWSt Fr. [...]. Die gesendete SIA sollte eine Summe netto inkl. MWSt. von Fr. [...] aufweisen ([2–4]%)*“ bedeutet, dass die Eingabe von Implenia um [2–4] % höher sein sollte als diejenige von Bezzola Denoth. Dies lässt keinen anderen Schluss zu, als dass damit Implenia gebeten wurde, eine höhere Offerte einzugeben und Implenia Bezzola Denoth bei diesem Bauprojekt nicht konkurrenzieren sollte. Dies wird durch die Aussage von [Mitarbeiter E], Implenia, gestützt, wonach gewisse Normpositionen deutlich über dem Marktpreis angesetzt worden seien und dies durch eine mögliche Koordination des Eingabepreises zu erklären wäre. An die konkreten Umstände konnte sich Herr [Mitarbeiter E] jedoch nicht mehr erinnern.

⁶⁷ Act. IX.A.53, pag. 4 f. und Beilage 2, pag. 287 (25-0037).

⁶⁸ Act. 2, pag. 5 (22-04uu/25-0037).

⁶⁹ Act. 9 (22-04uu/25-0037).

⁷⁰ Act. IX.C.035, pag. 35 (25-0039).

⁷¹ Act. 30 (22-04uu/25-0037).

⁷² Act. IV.028, Zeilen 237 und 242.

⁷³ Act. IV.028, Zeilen 233 ff.

⁷⁴ Act. IV.028, Zeile 259.

⁷⁵ Act. I.468.

62. Analoge Schlüsse sind aus der E-Mail von [Mitarbeiter A] an [Mitarbeiter D] vom [...] zu ziehen. Der darin enthaltene Satz „*Du bist mit dieser Eingabe ca. [2.5–5] % über unserem Preis*“ lässt keinen anderen Schluss zu, als dass damit Martinelli aufgefordert wurde, eine höhere Offerte einzugeben und Martinelli Bezzola Denoth bei diesem Bauprojekt nicht konkurrenzieren sollte.

63. Weder von Martinelli⁷⁶ noch von Implenia wurde die Angebotskoordination mit Bezzola Denoth bestritten. Auch Bezzola Denoth räumte ein, dass sie in Bezug auf dieses Projekt von den beiden Unternehmen „Schutz“ erhielt.

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

B.4.2 Verfolgter Zweck

65. Bezzola Denoth räumte in ihrer Eingabe vom 4. Dezember 2012 und 1. Februar 2013 ein, von Martinelli und Implenia „Schutz“ erhalten zu haben. Allerdings gab [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth, am 26. Oktober 2015 zu Protokoll, dass er Implenia und Martinelli die Eingabesummen aus „reinem Entgegenkommen“ bekanntgegeben habe. Martinelli und Implenia seien im Unterengadin nicht tätig gewesen. Die Bezzola Denoth habe keinen Nutzen davon gehabt, dass „Nichtmarktteilnehmer“ im Unterengadin eine Offerte eingeben würden.⁷⁷ Gemäss der Aussage von Martinelli sei es, wenn die Martinelli eine solche höhere Offerte eingeben habe, darum gegangen, Bezzola Denoth „Schutz“ zu gewähren.⁷⁸ Implenia äusserte sich nicht zum verfolgten Zweck, bestätigte demgegenüber, dass es höchstwahrscheinlich eine Koordinierung gab.⁷⁹

66. Bezzola Denoth und Martinelli verwendeten vorliegend beide den Begriff „Schutz“. Im vorliegenden Kontext brachten sie damit zum Ausdruck, dass sich die Parteien bei der zu beurteilenden Ausschreibung nicht konkurrenzieren sollten. Dem von den Parteien an den Tag gelegten Verhalten ist immanent, dass dieses 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 sollte. Dass Martinelli und Implenia für Bezzola Denoth aufgrund der Projektlage zum Vornherein keine Konkurrentinnen gewesen sein sollen, wie [Mitarbeiter A] behauptete, ist nicht glaubhaft. Der Anfahrtsweg von [...] (Martinelli) und [...] (Implenia) nach [...] von [...] wäre zu bewältigen gewesen. Auch sonst bestanden für Martinelli und Implenia keine grundsätzlichen Hindernisse, ein Projekt dieser Art und Grössenordnung auszuführen. Jedenfalls konnte Bezzola Denoth nicht zum Vornherein ausschliessen, dass sich Martinelli und Implenia um den Zuschlag für das entsprechende Bauprojekt bemühen wollten. 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.

67. Damit ist erstellt, dass Bezzola Denoth, Martinelli und Implenia mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei der Ausschreibung des [Bauprojekt 1] nicht zu konkurrenzieren.

⁷⁶ Jedenfalls im Rahmen der Einvernahme vom 30. Oktober 2015.

⁷⁷ Act. IX.C.060, Zeilen 362 ff. und 378 ff. (25-0039).

⁷⁸ Act. IV.028, Zeilen 233 ff.

⁷⁹ Act. IX.A.53, pag. 4 f. und Beilage 2, pag. 287 (25-0037).

B.4.3 Rolle der Beteiligten

68. Vorliegend ist die Rolle der Beteiligten, insbesondere die Rolle von Bezzola Denoth als Schutznehmerin bei der Initiative zur Angebotskoordination sowie bei der Organisation und Umsetzung der untersuchten Verhaltensweise zu würdigen. Zuerst ist zu prüfen, ob vor dem Versand der Offerte ein initiierender Kontakt für die Angebotskoordination stattfand und von wem gegebenenfalls die Initiative für die Angebotskoordination ausging. Zweitens ist zu prüfen, welche Rolle die Bezzola Denoth bei der Organisation und Durchsetzung der untersuchten Verhaltensweise einnahm.

Initiative für die Angebotskoordination

69. Aus dem Wortlaut der E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth, an [Mitarbeiter D], Martinelli, geht hervor, dass zwischen beiden ein vorgängiger Kontakt stattfand [„*Freu mich jedes Mal etwas von Dir zu hören.*“].⁸⁰

70. Auch [Mitarbeiter D] bestätigte anlässlich seiner Einvernahme vom 30. Oktober 2015 zur dieser E-Mail vom [...], dass [Mitarbeiter A] wohl vor Versand der E-Mail angerufen habe. Eine solche E-Mail werde nicht einfach so verschickt.⁸¹

71. Die Wendung in der E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A] an [Mitarbeiter E], Implenia⁸² „*In der Beilage erhalten sie die abgeänderte Offerte Baumeisterarbeiten*“ ohne vorgängige Einleitung sowie der Umstand, dass es sich um eine *abgeänderte* Offerte handelte, lassen darauf schliessen, dass sich Adressat und Empfänger vorgängig über dieses Projekt austauschten.

72. Somit ist erstellt, dass vor Versand der E-Mails vom [...] bzw. vom [...] ein vorgängiger Kontakt stattfand.

73. Wer vorliegend die Initiative für die Angebotskoordination ergriffen hat, ist den Urkunden nicht zu entnehmen. Die entsprechenden Parteiaussagen dazu sind, wohl aufgrund fehlender Erinnerung, widersprüchlich. Zwar wurde von Bezzola Denoth angenommen, dass möglicherweise ein vorangehender Kontakt von Martinelli und von Implenia ausgegangen sei.⁸³ Dies wird jedoch weder durch Dokumente belegt, noch können sich Martinelli und Implenia an das Vorgehen in diesem Fall erinnern.⁸⁴

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

Rolle bei der Organisation und Umsetzung der untersuchten Verhaltensweise

75. [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth, wandte sich in seinen beiden E-Mails vom [...] an [Mitarbeiter D] (Martinelli) bzw. vom [...] an [Mitarbeiter E] (Implenia). Inhalt dieser Nachrichten von [Mitarbeiter A] bildete insbesondere die jeweilige Offertsumme in Bezug auf das [Bauprojekt 1]. In beiden Mails erteilte [Mitarbeiter A] klare Anweisungen, wie einzugeben sei und bedankte sich zum Schluss für die „Bemühungen“.

76. Gemäss Aussage von [Mitarbeiter A] vom 26. Oktober 2015 sei Martinelli im Unterengadin überhaupt nicht tätig und es sei sehr aussergewöhnlich, dass die Martinelli für ein Projekt

⁸⁰ Dies wurde auch durch die Aussage von [Mitarbeiter A] bestätigt, Act. IX.C.060, Zeilen 362 ff. (25-0039).

⁸¹ Act.IV.028, Zeilen 198 ff.

⁸² Act. IX.C.035, pag. 35 (25-0039) und Act. 9 (22-04uu/25-0037).

⁸³ Act. IX.C.060, Zeilen 362 (Martinelli) und 377 (Implenia) (25-0039).

⁸⁴ Auf die Frage hin, wer die Initiative zum Versand der E-Mail vom [...] ergriffen habe, erwiderte [Mitarbeiter D], dass er dies nicht wisse, Act. IV.028, Zeilen 178–179.

im Unterengadin Ausschreibungsunterlagen erhalten habe. Bei Implenia sei die gleiche Situation wie bei Martinelli. Die Implenia mache im ganzen Engadin eigentlich keine Hochbauten.

77. Martinelli reichte im Anschluss an die E-Mail von [Mitarbeiter A] schliesslich eine Offerte in der Höhe von CHF [...] ein, Implenia eine solche in der Höhe von CHF [...]. Bezzola Denoth selber offerierte beim [Bauprojekt 1] zu einem Betrag von CHF [...], womit sie schliesslich auch den Zuschlag erhielt.

78. Damit ist erstellt, dass Bezzola Denoth die zwei E-Mails verfasst und verschickt hat, welche zur Koordination der Angebote und deren Eingabehöhe erforderlich waren. Martinelli und Implenia beschränkten sich darauf, ihre Angebote entsprechend den E-Mails von Bezzola Denoth einzugeben.

B.4.4 Umsetzung und Auswirkungen

79. Gemäss den Angaben der Bauherrin, der [...], gab Bezzola Denoth für das Bauprojekt [Bauprojekt 1] eine Offerte mit einer Gesamtsumme (inkl. MWST) von CHF [...], Martinelli mit einer Summe von CHF [...] und Implenia mit einer Summe von CHF [...] ein.⁸⁵

80. Somit reichten Martinelli und Implenia Offerten ein, welche überschlagsmässig den Eingaben der E-Mails vom [...] bzw. [...] entsprechen.

	Offertsumme per E-Mail (inkl. MWST) in CHF	Eingereichte Offertsumme (inkl. MWST) in CHF ⁸⁶
Bezzola Denoth	[...]	[...]
Implenia	[...] ⁸⁷	[...]
Martinelli	[...]	[...]

81. Daraus ergibt sich, dass sich sowohl Bezzola Denoth, Martinelli und an die getroffene Abmachung hielten. Sämtliche Unternehmen handelten gemäss ihrem Konsens. Weiter ist erstellt, dass sich Bezzola Denoth, Martinelli und Implenia in Bezug auf das [Bauprojekt 1] nicht konkurrenzten. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Bezzola Denoth erhielt schliesslich den Zuschlag.

B.5 Beweisergebnis

82. Nach dem Gesagten ist bewiesen, dass Bezzola Denoth, Martinelli und Implenia durch ihr Verhalten den übereinstimmenden Willen geäussert haben, ihre Angebote beim Projekt [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollten Martinelli und Implenia höhere Offerten einreichen als Bezzola Denoth. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist bewiesen, dass Martinelli und Implenia in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – jeweils eine Offerte einreichten, die über dem von Bezzola Denoth eingegebenen Preis lag. Der Zuschlag wurde der Bezzola Denoth erteilt.

⁸⁵ Act. 4 (22-04uu).

⁸⁶ Act. 4 (22-04uu).

⁸⁷ Act. 30, pag. 3 (22-04uu/25-0037).

C Erwägungen

C.1 Geltungsbereich

C.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

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

C.1.2 Verfügungsadressatinnen

84. Wie das Bundesverwaltungsgericht festgehalten hat, können lediglich diejenigen natürlichen oder juristischen Personen Adressatinnen einer wettbewerbsbehördlichen Verfügung sein, welche die Unternehmung betreiben bzw. deren Rechtsträgerinnen sie sind.⁸⁸

85. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die Implenia über zahlreiche Standorte verfügt, so wie auch der im Zusammenhang mit dem [Bauprojekt 1] oftmals erwähnte Standort in [...]. Da dieser in der Form einer Gesellschaft nicht im Handelsregister eingetragen ist, ist lediglich die Implenia Schweiz AG und nicht etwa deren Standort in [...] als Verfügungsadressatin zu betrachten.

Somit bestehen vorliegend folgende Verfügungsadressatinnen:

- Bezzola Denoth AG, Scuol
- D. Martinelli AG, St. Moritz
- Implenia Schweiz AG, Dietlikon

C.1.3 Sachlicher Geltungsbereich

86. 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).

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

C.1.4 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich

88. Auf Ausführungen zum örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes kann vorliegend verzichtet werden.

C.2 Vorbehaltene Vorschriften

89. 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

⁸⁸ Vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 27 ff., 67, *ADSL II*.

unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

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

C.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede

91. 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).

92. Im Folgenden ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt (vgl. Rz 93 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 105 ff.).

C.3.1 Wettbewerbsabrede

93. 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,⁸⁹ wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden⁹⁰.

94. 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.⁹¹ Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen.

C.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

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

96. Beweismässig ist erstellt, dass Bezzola Denoth, Martinelli und Implenia den übereinstimmenden wirklichen Willen geäussert haben, ihre Angebote beim [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollten Martinelli und Implenia bei dieser Ausschreibung zu einem höheren Preis offerieren als Bezzola Denoth (Rz 60 ff.).

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

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

⁸⁹ Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁹⁰ RPW 2013/4, 559 Rz 167, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

⁹¹ RPW 2009/3, 204 Rz 50, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

mit höheren Eingabesummen, sogenannte Stützofferten, einzureichen oder bewusst auf eine Offerteingabe zu verzichten.⁹² Auch im vorliegenden Fall lassen sich die Rollen der Beteiligten so zuordnen. Konkret war Bezzola Denoth die Rolle der Schutznehmerin zugeordnet, während Martinelli und Implenja diejenige der Schutzgeberinnen innehatten.

C.3.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

99. 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.⁹³ Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.⁹⁴ Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext verdeutlicht – alternativ voraus, nicht kumulativ.⁹⁵

100. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen *„die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“*.⁹⁶ 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.⁹⁷

101. Die vorliegende Abrede beinhaltete, die Angebote zwischen den Parteien in Bezug auf das [Bauprojekt 1] zu koordinieren (Rz 60 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 65 f.). Somit war die vorliegende Abrede nicht nur (objektiv) geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, sondern es bestand auch eine dahingehende Absicht der Abredeteilnehmer.

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

C.3.1.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

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

C.3.1.4 Zwischenergebnis

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

⁹² Zum Ganzen RPW 2012/2, 273 Rz 6, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2013/4, 527 Rz 6, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2015/2 201 Rz 6, *Tunnelreinigung*.

⁹³ RPW 2013/4, 560 Rz 178, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

⁹⁴ 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*.

⁹⁵ Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, *BMW*.

⁹⁶ RPW 2013/4, 560 Rz 180, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

⁹⁷ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

C.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

105. 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 des Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

106. Gegenstand der vorliegenden Wettbewerbsabrede zwischen Bezzola Denoth, Martinelli und Implenia 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 Submissionsabsprachen. Solche Submissionsabsprachen sind sowohl unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a als auch Bst. c KG zu subsumieren.⁹⁸

107. 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 gesetzlich vermuteten Wettbewerbsbeseitigung

108. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt.

109. 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.⁹⁹

110. 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 einer Wettbewerbsabrede 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

111. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.¹⁰⁰

⁹⁸ RPW 2013/4, 592 ff. Rz 820., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* m.w.H.

⁹⁹ Siehe in diesem Sinne auch das Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 381 f. E. 9, *Implenia (Ticino) SA/WEKO*.

¹⁰⁰ BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

112. 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.¹⁰¹ Zudem ist die Bestimmung des relevanten Markts für die Höhe der Sanktion von Bedeutung (siehe unten Rz 140 ff.). Daraus folgt zwingend, dass die Marktabgrenzung davon abhängig ist, welche (mögliche) Wettbewerbsbeschränkung konkret untersucht wird.

(i) *Marktgegenseite*

113. Für sämtliche Aspekte der Marktabgrenzung kommt es auf die Sichtweise der Marktgegenseite an. „Marktgegenseite“ sind dabei die Abnehmer derjenigen Leistung, die Gegenstand der untersuchten (möglichen) Wettbewerbsbeschränkung ist.¹⁰² 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.

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

(ii) *Sachlich und räumlich relevanter Markt*

115. 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 VKU¹⁰³, der hier analog anzuwenden ist).¹⁰⁴

116. Die vorliegende Wettbewerbsabrede bezog sich auf das betreffende Hochbauobjekt. Die Bauherrin, die [...], bildet die Marktgegenseite. Sie fragt Hochbauleistungen nach ihren Wünschen nach.

117. 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).¹⁰⁵

118. 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.

119. Aufgrund der Projektgrösse und den geographischen Gegebenheiten (Alpenpässe, Distanzen, fehlende Schnellstrassen) des Engadins ist davon auszugehen, dass in den meisten Fällen lokal tätige Bauunternehmen eine wirtschaftliche Offerte einreichen konnten. Tatsächlich haben beim vorliegenden Projekt Unternehmen aus dem Engadin sowie aus [...] eine Offerte eingereicht. Aus diesem Grund bilden vorliegend das gesamte Engadin sowie dessen

¹⁰¹ Exemplarisch OECD, Market Definition, DAF/COMP(2012)19, S. 11; RAINER TRAUGOTT, Zur Abgrenzung von Märkten, WuW 1998, 929–939, 929; TILL STEINVORTH, Probleme der geografischen Markt-abgrenzung, WuW 10/2014, S. 924–937; vgl. auch ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz 532; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 2 KG N 94; MARCEL MEINHARDT/ASTRID WASER/JUDITH BISCHOF, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 10 KG N 40.

¹⁰² 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.

¹⁰³ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

¹⁰⁴ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁰⁵ 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*.

angrenzende Gebiete, welche von [...] mit einer ähnlichen Fahrdistanz zu erreichen sind, den räumlich relevanten Markt.

C.3.2.2.2 Innenwettbewerb

120. Martinelli und Implenia hielten sich an die Abrede, indem sie beim [Bauprojekt 1] höhere Offerten einreichten als Bezzola Denoth (Rz 79 ff.). Somit bestand kein Innenwettbewerb.

C.3.2.2.3 Aussenwettbewerb

121. 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.

122. Im vorliegend zu beurteilenden Projekt [Bauprojekt 1] 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 ein wirksamer Aussenwettbewerb ausgehen konnte, sind durch die offerierenden Unternehmen [keine Verfahrensparteien] identifiziert. Somit waren mit Bezzola Denoth, Martinelli und Implenia drei von [6–9] Unternehmen in die Abrede involviert, welche das Projekt hätten gewinnen können.

123. Die vorliegende Abrede war zwar erfolgreich, da das zu schützende Unternehmen Bezzola Denoth den Zuschlag wie vereinbart erhielt. Allerdings haben [2–5] von [6–9] Submittenten nicht an der Absprache teilgenommen. Es ist anzunehmen, dass von diesen Unternehmen ein gewisser Konkurrenzdruck ausging, zumal es sich bei [keine Verfahrenspartei] um einen grösseren Wettbewerber und bei [keine Verfahrenspartei] um ein im Unterengadin gelegenes Unternehmen handelte. Somit liegt bezüglich der vorliegend ausgeschriebenen Bauleistungen ausreichender Aussenwettbewerb vor, der die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt.¹⁰⁶ Zu prüfen ist im Folgenden, ob eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gegeben ist.

C.3.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

124. 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.¹⁰⁷ 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.¹⁰⁸ Quantitative Aspekte sind hierbei nicht zu prüfen. Schliesslich ist nicht erforderlich, dass sich die betreffenden Abreden tatsächlich negativ auf den Wettbewerb ausgewirkt haben. Es genügt, dass sie den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.¹⁰⁹

125. Der vorliegenden Wettbewerbsabrede war ein nicht unbedeutendes Schädigungspotenzial immanent. Als horizontale Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c

¹⁰⁶ Vgl. dazu auch RPW 2013/4, 596 Rz 852 f., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

¹⁰⁷ 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*.

¹⁰⁸ Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28.6.2016, RPW 2017/2, 350 E. 5.2, *GABA*.

¹⁰⁹ Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28.6.2016, RPW 2017/2, 353 E. 5.4.2, *GABA*.

KG; vgl. Rz 107) betraf sie zentrale Wettbewerbsparameter. Zudem wurde sie umgesetzt. Damit entfiel zwischen den Abredeteilnehmern jeglicher Innenwettbewerb. Schliesslich erhielt mit Bezzola Denoth dasjenige Unternehmen den Zuschlag, das von den Abredeteilnehmern hierfür vorgesehen war.

126. Die Bagatellschwelle ist – bezogen auf den relevanten Markt (Rz 111 ff. hiervor) – bei weitem überschritten.

C.3.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

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

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

128. Rechtfertigungsgründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) sind bei der vorliegenden Wettbewerbsabrede nicht ersichtlich und wurden von den Parteien auch nicht vorgebracht. Die Wettbewerbsabrede stellt daher eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar.

C.3.5 Ergebnis

129. Im vorliegenden Fall lässt sich die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegen. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ist nicht ersichtlich. Diese erhebliche Abrede in Bezug auf das [Bauprojekt 1] ist gestützt auf Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG unzulässig.

C.4 Massnahmen

C.4.1 Anordnung von Massnahmen

130. 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.¹¹⁰

131. Die Unternehmen Bezzola Denoth, Martinelli und Implenia 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.

132. 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;

¹¹⁰ RPW 2013/4, 643 Rz 1028 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2015/2, 235 Rz 266 ff., *Tunnelreinigung*.

- sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen; davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit
 - a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) sowie
 - b) der Mitwirkung an der Auftrags Erfüllung als Subunternehmer.

133. 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.

134. 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.¹¹¹

C.4.2 Sanktionierung

135. 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

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

137. 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 Bemessung

C.4.2.2.1 Konkrete Sanktionsbemessung

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

¹¹¹ 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*.

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.

139. 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 Verhältnismässigkeit¹¹² und der Gleichbehandlung begrenzt wird.¹¹³ 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.¹¹⁴

a) Basisbetrag

140. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf 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.).

141. Das an der Submissionsabrede beteiligte Unternehmen Bezzola Denoth erzielte bei der vorliegenden abgesprochenen Submission einen Umsatz in der Höhe von CHF [...] exkl. MWST (Rz 49).

142. Hingegen erzielten Martinelli und Implenia keinen Umsatz, da ihnen die Rolle der Schutzgeber zugeordnet war. Art. 49a Abs. 1 KG sieht eine Sanktionierung von Unternehmen vor, welche sich an einer Abrede beteiligt haben. Das Entfallen der Belastung ist auf Gesetzesstufe nur aus den in Art. 49a Abs. 3 KG abschliessend aufgeführten Gründen vorgesehen. Eine rein auf der Basis des eigenen Umsatzes zu bemessende Sanktion würde bei Abredeteiligen, deren Schutznahme erfolglos blieb oder die durch eine Stützofferte den designierten Zuschlagsempfänger schützen sollten, aufgrund fehlenden Umsatzes zu einer Nicht-Sanktionierung führen, die in Art. 49a KG nicht vorgesehen ist. Dieses Ergebnis entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Regelung von Art. 3 SVKG und kann vom Verordnungsgeber nicht gewollt gewesen sein. Kartellrechtliche Sanktionen dienen nicht nur der Abschöpfung der Kartellrente, sondern weisen auch pönalen Charakter auf und sollen die Präventivwirkung des Kartellrechts verstärken. Dieser *ratio legis* der kartellrechtlichen Sanktionsvorschriften liefe es zuwider, wenn „schutzgebende“ Unternehmen straffrei ausgehen würden. Namentlich ist auch den Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung nicht zu entnehmen, dass bei einer solchen Sachlage auf eine Sanktionierung zu verzichten ist. Insofern ergibt die Auslegung von Art. 3 SVKG, dass sich deren Konkretisierung der Sanktionsbemessung auf Fälle beschränkt, in denen ein Unternehmen tatsächlich einen Umsatz im relevanten Markt erzielt hat. Sofern ein Unternehmen im relevanten Markt keinen Umsatz erwirtschaftet hat, ist für dieses das in Art. 3 SVKG vorgesehene Kriterium des tatsächlichen Umsatzes nicht zu berücksichtigen, um die Höhe der in Art. 49a KG vorgesehenen Sanktion festzulegen.

143. Vor diesem Hintergrund ist vorliegend – unter Berücksichtigung der vom Gesetz- und Verordnungsgeber in Art. 49a KG und Art. 3 SVKG getroffenen Wertungen – ein Basisbetrag zu bestimmen, der einerseits den von der Submissionsabrede betroffenen Umsatz einbezieht und andererseits die Schwere und Art des Verstosses berücksichtigt.

144. Vorliegend wurde, wie oben dargelegt, beim strittigen Bauprojekt durch Bezzola Denoth ein Umsatz erzielt. Daher wird als Basisumsatz für die drei abredeteiligen Unternehmen die Offertsumme von Bezzola Denoth exklusive Mehrwertsteuer in der Höhe von CHF [...] herangezogen (vgl. Rz 249). Denn dieser Betrag reflektiert letztlich die wirtschaftliche Bedeutung

¹¹² Art. 2 Abs. 2 SVKG.

¹¹³ RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

¹¹⁴ RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

der fraglichen Submission und damit des entsprechenden Marktes und gibt dadurch Aufschluss über die Tragweite und das Schädigungspotenzial des Kartellrechtsverstosses. Konkret ergibt sich daraus für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

145. 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 %, 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.

146. Bezzola Denoth als Schutznehmerin sowie Martinelli und Implenia als schützende Unternehmen beteiligten sich an Abreden, welche den Preis sowie auch die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand haben. Sämtliche 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. Schliesslich ist zu beachten, dass die vorliegende Submissionsabrede den wirksamen Wettbewerb nicht beseitigt hat, sondern den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt hat.

147. Aus diesen Gründen ist der vorliegende Kartellrechtsverstoss von Bezzola Denoth, Martinelli und Implenia als schwerwiegend zu werten.

148. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint damit für Bezzola Denoth als erfolgreiche Schutznehmerin der Submissionsabrede ein Basisbetrag von CHF [...] und für Implenia sowie Martinelli als schützende Unternehmen ein Basisbetrag von je CHF [...] als angemessen.

b) Dauer des Verstosses

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

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

c) Erschwerende Umstände

151. Gemäss Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG wird der Betrag nach den Artikeln 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 Verordnungsgeber nicht definiert. Vorliegend werden Anstiftung und führende Rolle separat geprüft.

Anstiftung

152. 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).¹¹⁵

153. Wie in Rz 74 ausgeführt, ist nicht erstellt, welche Verfahrenspartei beim [Bauprojekt 1] die Initiative zur Angebotskoordination ergriff. Welches Unternehmen diese Koordination letztlich initiierte, lässt sich nicht erstellen und muss daher offen gelassen werden. Des Weiteren ist zu prüfen, ob eine der Verfahrensparteien allenfalls eine führende Rolle ausübte.

Führende Rolle

154. 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.¹¹⁶

155. Da der Verordnungsgeber die führende Rolle nicht definiert hat und die Anzahl diesbezüglicher Entscheide der WEKO bis anhin gering ausfällt, ist rechtsvergleichend die Praxis der EU-Kommission heranzuziehen. Auch die EU-Kommission beachtet bei der Berechnung der Sanktionshöhe die Rolle des Anführers als erschwerenden Umstand.¹¹⁷ Rechtsvergleichend sei daher auf die entsprechende Praxis der EU-Gerichte hingewiesen. Demnach muss ein Unternehmen, um als Anführer eines Kartells eingestuft zu werden, eine wichtige Antriebskraft für das Kartell gewesen sein¹¹⁸ oder eine besondere, konkrete Verantwortung für dessen Funktionieren getragen haben.¹¹⁹ 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.¹²⁰ 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.¹²¹ 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.¹²² Hierbei handelt es sich aber nicht um einen abschliessenden

¹¹⁵ 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.

¹¹⁶ 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 115), 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.

¹¹⁷ 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.

¹¹⁸ 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*.

¹¹⁹ 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*.

¹²⁰ 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*.

¹²¹ 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*.

¹²² 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

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.

156. Vorliegend steht fest, dass Bezzola Denoth die E-Mails vom [...] bzw. [...] inkl. kalkulierter SIA-Dateien an Martinelli und Implenia zusandte. Darin gab sie ihnen an, welchen Preis sie der Bauherrschaft offerieren sollten (vgl. Rz 46 f. hiervor). Diese Angabe der Höhe der Schutzofferte ist nicht als Tatbeitrag zu werten, der isoliert betrachtet zur Annahme einer führenden Rolle führt. Vielmehr liegt eine solche Handlung in der Natur einer einzelsubmissionsbezogenen preislichen Angebotskoordination.¹²³ In casu war der für Bezzola Denoth damit verbundene organisatorische und intellektuelle Aufwand nur gering. Eine tragende Rolle von Bezzola Denoth bei der Organisation sowie der Durchführung des Kartells liegt somit nicht vor. Zu würdigen ist sodann die Interessenlage der Beteiligten, wonach das Interesse von Bezzola Denoth an der Angebotskoordination als „Schutznehmerin“ grösser gewesen sein dürfte als dasjenige von Martinelli und Implenia. Eine solche Interessensasymmetrie liegt bei einzelprojektbezogenen Submissionsabreden ebenfalls in der Natur der Sache und begründet für sich alleine keine führende Rolle. Zusammengefasst, in einer Gesamtbetrachtung, sind die für eine führende Rolle sprechenden Kriterien (Organisation, Durchführung, Interessenslage) zu wenig ausgeprägt, um eine solche für Bezzola Denoth zu bejahen.

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

d) Mildernde Umstände

158. Es sind keine mildernden Umstände ersichtlich.

C.4.2.2.2 Maximalsanktion

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

C.4.2.2.3 Selbstanzeige – Vollständiger/teilweiser Erlass der Sanktion

Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion

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

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).

¹²³ Vgl. auch RPW 2013/4, 627 Rz 983, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

Implenia

161. Wie oben im Abschnitt zur Verfahrensgeschichte (Rz 5 ff.) ersichtlich, zeigte Implenia im Verfahren „22-0433: Bauleistungen Graubünden“ am 1. November 2012 eine mutmassliche Wettbewerbsabrede an.¹²⁴ Im Folgenden ist zu beurteilen, ob und gegebenenfalls ab wann die Eingaben von Implenia in Bezug auf den vorliegenden Verfahrensgegenstand als Selbstanzeige zu qualifizieren sind. Dabei ist insbesondere auf die Vorbringen von Implenia einzugehen, dass sie im vorliegenden Verfahren als erstes Unternehmen mit der Behörde kooperiert habe und ihr die Sanktion daher vollständig zu erlassen sei.¹²⁵

162. Bei der Eingabe von Implenia vom 1. November 2012¹²⁶ handelte es sich um den sogenannten „Marker“. Der „Marker“ beinhaltet die Erklärung, dass das Unternehmen eine Selbstanzeige einreichen wird. Der „Marker“ ist damit der eigentlichen Selbstanzeige vorgelagert und ist inhaltlich weniger umfangreich als die Selbstanzeige.¹²⁷ In inhaltlicher Hinsicht stellte Implenia in ihrem „Marker“ klar, dass die angezeigte mutmassliche Wettbewerbsabrede das Unter- und das Oberengadin im Markt für Strassenbau betreffe. Mit E-Mail vom 1. November 2012 bestätigte das Sekretariat den Eingang des „Markers“ von Implenia.¹²⁸

163. In der Folge ergänzte Implenia ihre Selbstanzeige im Rahmen von diversen mündlichen Eingaben zu Protokoll. Eine erste solche Ergänzung erfolgte bereits am 1. November 2012.¹²⁹ Ihre Sachverhaltsauskünfte bezogen sich auf den Bereich Strassenbau im Kanton Graubünden. Zum Bereich Hochbau im Engadin äusserte sie sich nicht.¹³⁰

164. Mit Faxschreiben vom 7. November 2012¹³¹ dehnte Implenia den gesetzten „Marker“ aus. Konkret teilte sie mit, dass sie Anzeichen habe, dass im Kanton Graubünden *ausserhalb* des Unterengadins auch mutmassliche Wettbewerbsabreden im Markt für Hochbau getroffen worden seien. Möglicherweise sei es auf diesem Markt für einzelne Projekte zu Abreden zwischen Wettbewerbern über die Koordinierung und Zuweisung von Projekten sowie mutmasslich zu Abgeltungszahlungen im Bereich von Submissionen gekommen. Das Sekretariat bestätigte auch den Eingang dieses erweiterten „Markers“.¹³²

165. Die weiteren Ergänzungen der Selbstanzeige von Implenia vom 9. November 2012¹³³, 16. November 2012¹³⁴, 23. November 2012¹³⁵ und 21. Dezember 2012¹³⁶ betrafen ebenfalls nicht allfällige Wettbewerbsverstösse im Zusammenhang mit Hochbauprojekten im Engadin. In der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige vom 16. November 2012 zeigte sie zwar ihr Verhalten im Zusammenhang mit zwei Hochbauprojekten ausserhalb des Engadins an. In Bezug auf das Engadin hielt sie indes fest, dass sie in dieser Region nicht im Bereich Hochbau tätig sei.

¹²⁴ Act. IX.A.1 (25-0037).

¹²⁵ Act. 72 (22-04uu), Rz 17 ff.

¹²⁶ Act. IX.A.1 (25-0037).

¹²⁷ Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO Bonusregelung (Selbstanzeige) vom 8.9.2014, Rz 24.

¹²⁸ Act. IX.A.2 (25-0037).

¹²⁹ Act. IX.A.3 (25-0037).

¹³⁰ Vgl. Act. IX.A.1 (25-0037), Zeile 167 f.

¹³¹ Act. IX.A.5 (25-0037).

¹³² Act. IX.A.6 (25-0037).

¹³³ Act. IX.A.8 (25-0037).

¹³⁴ Act. IX.A.11 (25-0037).

¹³⁵ Act. IX.A.13 (25-0037).

¹³⁶ Act. IX.A.16 (25-0037).

166. Mit Schreiben vom 28. Februar 2013¹³⁷ ersuchte das Sekretariat Implenia, der Behörde mitzuteilen, ob sie im Rahmen der internen Untersuchung weitere Hochbauprojekte habe identifizieren können, in deren Zusammenhang möglicherweise Wettbewerbsabreden getroffen worden seien, sowie ob sich ihre Selbstanzeige im Bereich Hochbau auf den gesamten Kanton Graubünden beziehe oder nur auf gewisse Teile des Kantons Graubünden. Neue Informationen hätten Einfluss auf die Markerbestätigung, insbesondere im Bereich Hochbau. Daraufhin bestätigte Implenia mit Eingabe vom 4. April 2013¹³⁸, dass sie im Engadin nicht im Hochbau tätig sei. Die weiteren Hochbauprojekte, die sie anzeigte, lagen nicht im Engadin.

167. Bei dieser Sachlage ist zu folgern, dass in der Selbstanzeige von Implenia der Bereich Hochbau im Engadin ausgeklammert war. Der vorliegend zu beurteilende Wettbewerbsverstoss war somit (zunächst) nicht von der Selbstanzeige von Implenia erfasst. Im Folgenden ist auf die weitere Korrespondenz im Zusammenhang mit der Selbstanzeige von Implenia einzugehen.

168. Mit Schreiben vom 23. April 2013 teilten die Wettbewerbsbehörden Implenia mit, dass sie die Voraussetzungen für den vollständigen Erlass der Sanktion nach Art. 8 Abs. 1 SVKG in Bezug auf die von ihr angezeigten, unzulässigen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG betreffend das Verfahren 22-0433 Bauleistungen Graubünden als gegeben erachten würden (Art. 9 Abs. 3 lit. a SVKG). In den darauffolgenden Ergänzungen der Selbstanzeige äusserte sich Implenia weiterhin nicht zu allfälligen Wettbewerbsverstössen im Zusammenhang mit Hochbauprojekten im Engadin.

169. Am 23. Oktober 2015 gab das Sekretariat Implenia die Möglichkeit, ihre Selbstanzeige u.a. im Zusammenhang mit dem [Bauprojekt 1] zu ergänzen. Am 18. November 2015 und am 17. Dezember 2015 ergänzte Implenia ihre Selbstanzeige in Bezug auf das vorliegend zu beurteilende Projekt und reichte beim Sekretariat die zugehörige E-Mail-Korrespondenz ein. Am 22. Juli 2016 und am 10. November 2016 reichte Implenia beim Sekretariat zusätzlich die mittlerweile von ihr entschlüsselten E-Mail-Anhänge ein.

170. Somit kam Implenia erst am 18. November 2015, also über drei Jahre nach Untersuchungseröffnung, im Rahmen einer mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige auf Nachfrage des Sekretariates zum ersten Mal auf das [Bauprojekt 1] zu sprechen. Implenia gestand darin ein, dass „objektive Anhaltspunkte für Unregelmässigkeiten bei der Offertstellung“ bestehen würden. Die fehlende Preiskalkulation im SAP-Programm deute darauf hin, dass die Preise ohne Kalkulation lediglich eingetragen worden seien. Eine mögliche Erklärung dafür sei, dass der Eingabepreis mit anderen Unternehmen koordiniert worden sei. Die Beteiligung Implenias am Wettbewerbsverstoss wurde damit zumindest nicht bestritten.

171. Zu diesem späten Zeitpunkt verfügte das Sekretariat bereits über Beweismittel, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen (Art. 8 Abs. 4 Bst. b SVKG).

172. Zusammenfassend erstattete Implenia zwar als erstes Unternehmen Selbstanzeige im Verfahren „22-0433: Bauleistungen Graubünden“. Ihre Selbstanzeige erstreckte sich jedoch nicht auf Hochbauprojekte im Engadin (vgl. Rz 161) und somit auch nicht auf den vorliegend zu beurteilenden Wettbewerbsverstoss. Diesbezüglich lag (zunächst) keine Selbstanzeige von Implenia vor.

173. Beizufügen ist in diesem Zusammenhang Folgendes: Es ist möglich, dass der angezeigte Sachverhalt im „Marker“ zunächst relativ offen formuliert wird und anschliessend im Rahmen von Ergänzungen der Selbstanzeige präzisiert und konkretisiert wird. Weiter ist unbestritten, dass eine solche Vervollständigung der Selbstanzeige bei komplexen Sachverhalten – wie in der vorliegenden Untersuchung – eine gewisse Zeit beansprucht. Insofern ist es möglich, dass eine Selbstanzeigerin ihre Sachverhaltsschilderungen innert angemessener Frist ergänzt, ohne den durch den „Marker“ bestimmten Rang der eingegangenen Selbstanzeigen zu verlieren. Innerhalb welchen Zeitraums eine solche Konkretisierung zu erfolgen hat,

¹³⁷ Act. IX.A.26 (25-0037).

¹³⁸ Act. IX.A.28 (25-0037).

richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Vorliegend ist zu beachten, dass Implenla trotz Nachfrage des Sekretariats im Februar 2013 keine Informationen betreffend den Bereich Hochbau im Engadin über möglicherweise abgesprochene Projekte lieferte. Wenn sie erst ca. drei Jahre später, auf Nachfrage des Sekretariats, in Bezug auf das strittige Bauprojekt Sachverhaltsauskünfte tätigt, kann dies jedenfalls nicht mehr als Vervollständigung des ursprünglichen „Markers“ betrachtet werden. Nicht von Bedeutung ist dabei, dass vorliegend keine Anzeichen bestehen, dass Implenla der Behörde ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem strittigen Bauprojekt absichtlich verschwiegen hat.

174. Schliesslich kann Implenla im vorliegenden Kontext auch nichts aus der Mitteilung der Wettbewerbsbehörden gemäss Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG vom 23. April 2013 zu ihren Gunsten ableiten. Die Mitteilung vom 23. April 2013 bezog sich ausdrücklich auf die von Implenla angezeigten Wettbewerbsabreden. In Bezug auf mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Zusammenhang mit Hochbauprojekten im Engadin lag zu diesem Zeitpunkt – wie erörtert worden ist – keine Selbstanzeige von Implenla vor. Irrelevant ist auch, dass vorliegend mit Zwischenverfügung vom 23. November 2013 eine Verfahrenstrennung stattgefunden hat. Diese gründete in prozessökonomischen Überlegungen und ändert an der materiellen Beurteilung der untersuchten Sachverhalte nichts, insbesondere auch nicht in Bezug auf die Reihenfolge der Selbstanzeigen. Die Würdigung der Eingaben von Implenla unter dem Gesichtspunkt des Selbstanzeigegehalts würde zum gleichen Ergebnis führen, wenn der vorliegend beurteilte Wettbewerbsverstoss verfahrensmässig zusammen mit anderen Sachverhalten behandelt worden wäre.

175. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die mündlichen Eingaben zu Protokoll von Implenla ab Ende 2015 als Selbstanzeige in Bezug auf den vorliegend zu beurteilenden Wettbewerbsverstoss zu werten sind. Falls dies zutrifft, ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Reduktion der Sanktion gegeben sind, wobei die Wichtigkeit des Beitrages des Unternehmens zum Verfahrenserfolg zu berücksichtigen ist.

176. Die auf Nachfrage des Sekretariates hin erfolgten Ausführungen von Implenla zum [Bauprojekt 1] erfolgten über drei Jahre nach denjenigen von Bezzola Denoth (Rz 178). Seit dem Hinweis Ende 2015 durch das Sekretariat ist die Kooperation von Implenla von guter Qualität. Implenla bemühte sich insbesondere, allfällige Beweismittel zum Projekt [Bauprojekt 1] aufzufinden und dem Sekretariat zu erläutern, auch wenn diese Beweismittel (mit Ausnahme der Anhänge) dem Sekretariat bereits durch Bezzola Denoth vorgelegt wurden. Implenla bemühte sich zudem erfolgreich, den durch das Sekretariat nicht lesbaren Anhang der E-Mail vom [...] zu öffnen und stellte diesen dem Sekretariat anschliessend zur Verfügung. Damit ist der Selbstanzeigegehalt der Eingaben von Implenla ab Ende 2015 in Bezug auf den vorliegend zu beurteilenden Wettbewerbsverstoss zu bejahen.

177. Unter Berücksichtigung der erörterten Umstände des Einzelfalls gewährt die WEKO Implenla im Rahmen ihrer Selbstanzeige eine Sanktionsreduktion von 30 Prozent.

Bezzola Denoth

178. Wie oben unter Verfahrensgeschichte (Rz 5 ff.) ersichtlich, reichte Bezzola Denoth am 9. November 2012 eine Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG in Bezug auf das Verfahren „22-0433: Bauleistungen Unterengadin“ ein. Bezzola Denoth reichte zudem 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.

179. Bezzola Denoth zeigte kurz nach Untersuchungseröffnung das vorliegende [Bauprojekt 1] als Wettbewerbsverstoss an. Sie reichte zudem entscheidende Beweismittel (E-Mail-Verkehr mit Martinelli und Implenla im [...]) ein und kooperierte auch sonst mit der Wettbewerbsbehörde. Bezzola Denoth zeigte somit, da Implenla (zunächst) keine Selbstanzeige über den Hochbau im Engadin einreichte, zeitlich als erstes Unternehmen ihre Beteiligung am Wettbewerbsverstoss an, legte in der Untersuchung 22-0433/22-04uu Hoch- und Tiefbauleistungen

Engadin U zudem unverzüglich und mit deutlichem Abstand als erstes Unternehmen Beweismittel vor, welche es der Wettbewerbsbehörde ermöglichten, den Wettbewerbsverstoss festzustellen. Zudem wurde das Sekretariat erst durch Bezzola Denoth auf das vorliegende Projekt aufmerksam gemacht.

180. Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG erlässt die WEKO die Sanktion nur, wenn das Unternehmen kein anderes Unternehmen zur Teilnahme an dem Wettbewerbsverstoss gezwungen hat und weder eine anstiftende noch eine führende Rolle im betreffenden Wettbewerbsverstoss ausgeübt hat. Es liegen im vorliegenden Fall keine Hinweise vor, dass Bezzola Denoth Martinelli und Implenja zur Teilnahme am Wettbewerbsverstoss gezwungen hätte.¹³⁹ Wie gezeigt worden ist (vgl. Rz 157 ff.), sind die Voraussetzungen zur Annahme einer anstiftenden oder führenden Rolle von Bezzola Denoth im Zusammenhang mit dem vorliegenden Wettbewerbsverstoss nicht gegeben.

181. Damit wären bei der Bezzola Denoth 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 Bezzola Denoth unter anderem wie folgt:¹⁴⁰

- *„Anders als das Sekretariat im Rahmen des verfolgten Zwecks annimmt, ging es weder darum, den Wettbewerb unter den jeweils bilateral Beteiligten zu verhindern, noch um eine «Zuschlagsteuerung».“*
- *„Unbestritten ist, dass Bezzola Denoth von den beiden Unternehmen «Schutz» in Bezug auf das [Bauprojekt 1] erhalten hatte (Rz. 44 des Antrags). Allerdings ist nicht eindeutig, was die Beteiligten darunter jeweils verstanden. So gab [Mitarbeiter A] zu Protokoll, dass er Implenja und Martinelli die Eingabesummen aus «reinem Entgegenkommen» bekanntgegeben habe. Martinelli und Implenja seien im Unterengadin nicht tätig gewesen. Die Bezzola Denoth habe keinen Nutzen davon gehabt, dass «Nichtmarktteilnehmer» im Unterengadin eine Offerte eingeben würden (Rz. 46 des Antrags). Für diese Deutung des Geschehens spricht, dass es sich jeweils um bilaterale Kontakte gehandelt hat. Das spricht viel mehr für einen Gefallen als für eine (aussichtslose) «Zuschlagsteuerung» der drei Unternehmen.“*

182. Wie zu zeigen ist, hat dieses Verhalten der Bezzola Denoth für die Beurteilung ihrer Selbstanzeige Folgen.

183. 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 erforder-

¹³⁹ Beispiel, in dem ein Unternehmen zur Teilnahme an einem Wettbewerbsverstoss gezwungen wurde: RPW 2009/2, 156 Rz 90 f., *Felco/Landi*. In diesem Fall übte Felco Druck auf Landi aus, damit diese die Preise erhöhen würde. Landi hatte nicht die Absicht, die Preise zu erhöhen, stimmte der Preiserhöhung jedoch zu, um weitere Produkte der Felco in ihrer Produktpalette behalten zu können.

¹⁴⁰ Act. 71, Rz 6 und Rz 7 (22-04uu).

lich 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).¹⁴¹

184. Mit ihren Vorbringen im Rahmen der Stellungnahme zum Antrag stellt sich die Bezzola Denoth 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 82) abgebildet ist. Insbesondere 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 bei ihrem Verhalten im Zusammenhang mit dem [Bauprojekt 1] [...] sei (vgl. Rz 52 hiervor).

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

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

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

188. Dagegen führt die systematische Auslegung nicht zu einem hinreichend klaren Ergebnis, um einen anderen Normgehalt anzunehmen. Die Abschnittstitel als solche und der logische Aufbau der SVKG schliessen nicht aus, dass im Einzelfall – trotz mangelhafter Kooperation – eine Sanktionsreduktion von mehr als 50% gewährt wird. Auch die historische Auslegung ist nicht eindeutig. Dem Ordnungsgeber lag lediglich daran, dass eine erste Selbstanzeigerin umfassend mit den Wettbewerbsbehörden kooperiert. Dies ist auch dann gewährleistet, wenn der Kooperationsmangel keine Deckelung der maximalen Sanktionsreduktion auf 50 % zur Folge hat. Vor diesem Hintergrund ist Art. 8 Abs. 2 Bst. c SVKG so auszulegen, dass bei

¹⁴¹ Zum Ganzen Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO Bonusregelung (Selbstanzeige) vom 8.9.2014, Rz 5.

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.

189. Im vorliegenden Fall sind die Art und Schwere der mangelhaften Kooperation der Bezzola Denoth zu würdigen. Dabei ist zu beachten, dass die Bezzola Denoth 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 Bezzola Denoth daher dennoch eine Sanktionsreduktion von 85 % angemessen.

C.4.2.2.4 Verhältnismässigkeitsprüfung

190. Schliesslich muss eine Sanktion als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen finanziell tragbar sein.¹⁴² 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 Leistungsfähigkeit des Unternehmens in einem angemessenen Verhältnis stehen.

191. [...].¹⁴³ [...]¹⁴⁴

192. [...]¹⁴⁵ [...]

193. [...].

194. [...].

C.4.2.2.5 Ergebnis

195. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die Wettbewerbsbehörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien angemessen:

- Bezzola Denoth: CHF [1-20'000]
- Martinelli: CHF [...]
- Implenla: CHF [15'000-40'000]

D Kosten

196. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG¹⁴⁶ ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

¹⁴² Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150, *Elektroinstallationsbetriebe Bern* m.w.H.

¹⁴³ Act. 71, Rz 99 ff. (22-04uu).

¹⁴⁴ Act. 82 und 95a (22-04uu).

¹⁴⁵ [...].

¹⁴⁶ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

197. 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.

198. Ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung einer horizontalen Wettbewerbsabrede Gegenstand eines Verfahrens, so gelten grundsätzlich alle an der Abrede Beteiligten gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens. Dementsprechend gestaltet sich die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, gemäss welcher – in Ermangelung besonderer Umstände, die das Ergebnis als stossend erscheinen liessen – eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten vorgenommen wurde. Insbesondere Gleichheits-, aber auch Praktikabilitätsabwägungen stehen dabei im Vordergrund.¹⁴⁷ Auch vorliegend werden die Gebühren den Parteien zu gleichen Teilen auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV¹⁴⁸).

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

200. Die vorliegende Untersuchung wurde mit Verfügung vom 23. November 2015 von der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden getrennt. Vom aus der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden bis dahin entstandenen Verfahrensaufwand wird ein Anteil von CHF 20'000 dem vorliegenden Verfahren zugerechnet. Es wurden vor der Verfahrenstrennung mehrere Ermittlungshandlungen (insbesondere Einvernahmen) 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:

- 49 Stunden zu CHF 200, ergebend CHF 9'800
- 8 Stunden zu CHF 290, ergebend CHF 2'320

201. Demnach beläuft sich die Gebühr insgesamt auf CHF 32'120.

202. Die Bezzola Denoth, Martinelli und Implenja zu gleichen Teilen auferlegten Verfahrenskosten betragen je Unternehmen CHF 10'706.

203. Aufgrund der Verhältnismässigkeitsprüfung (vgl. Rz 190 ff.) hat Martinelli einen Anteil von CHF [...]. Die übrigen Verfahrenskosten gehen zulasten der Staatskasse.

¹⁴⁷ RPW 2009/3, 221 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹⁴⁸ Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

E Dispositiv

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

1. Der Bezzola Denoth AG, D. Martinelli AG und Implenia Schweiz 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 die Bezzola Denoth AG, Scuol mit einem Betrag von CHF [1-20'000],
 - 2.2 die D. Martinelli AG, St. Moritz mit einem Betrag von CHF [...],
 - 2.3 die Implenia Schweiz AG, Dietlikon mit einem Betrag von CHF [15'000-40'000].
3. Die Verfahrenskosten betragen CHF 32'120 und werden folgendermassen auferlegt:
 - 3.1 Die Foffa Conrad AG trägt CHF 10'706.
 - 3.2 Die D. Martinelli AG trägt [...].
 - 3.3 Die Implenia Schweiz AG trägt CHF 10'706.
 - 3.4 Die übrigen Verfahrenskosten gehen zulasten der Staatskasse.
4. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
 - Bezzola Denoth AG, Fonds 235, 7550 Scuol
vertreten durch RA Dr. Gerald Brei, Eversheds Sutherland AG, Stadelhoferstrasse 22, 8001 Zürich;
 - D. Martinelli AG, Via San Gian 46, 7500 St. Moritz;
vertreten durch RA Dr. Seraina Denoth, Fischer Rechtsanwälte GmbH, Selnaustrasse 6, 8001 Zürich
 - Implenia Schweiz AG, Industriestrasse 24, 8305 Dietlikon
vertreten durch RA Dr. Marcel Meinhardt, RA Dr. Frank Bremer, RA Anna Katharina Burri, Lenz & Staehelin, Brandschenkestrasse 24, 8027 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.