



---

# Verfügung

## vom 2. Oktober 2017

Fassung für die Publikation

in Sachen

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

## 22-0464: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin VII ([Bauprojekt 1])

wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und Art. 5 Abs. 1 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. **Nicol. Hartmann & Cie. AG**, Via Surpunt 56, 7500 St. Moritz, vertreten durch RA Benno Burtscher, Advokaturbüro, Hinterm Bach 6, Postfach 72, 7001 Chur

---

Besetzung

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

---

## Inhaltsverzeichnis

<b>A</b>	<b>Verfahren</b> .....	<b>3</b>
A.1	Gegenstand der Untersuchung.....	3
A.2	Untersuchungsadressatinnen.....	3
A.2.1	Bezzola Denoth AG, Scuol.....	3
A.2.2	D. Martinelli AG, St. Moritz.....	3
A.2.3	Nicol. Hartmann & Cie. AG, St. Moritz.....	3
A.3	Verfahrensgeschichte.....	3
<b>B</b>	<b>Sachverhalt</b> .....	<b>6</b>
B.1	Vorbemerkungen zum Beweis.....	6
B.1.1	Beweiswürdigung und Beweismass.....	6
B.1.2	Verwertbarkeit der Aussagen von Martinelli vom 30. Oktober 2015.....	7
B.2	Beweisthema.....	8
B.3	Beweismittel.....	9
B.3.1	Urkunden.....	9
B.3.2	Auskünfte von Parteien.....	10
B.3.3	Auskünfte von Dritten.....	11
B.4	Beweiswürdigung.....	13
B.4.1	Konsens.....	13
B.4.2	Verfolgter Zweck.....	16
B.4.3	Rolle der Beteiligten.....	17
B.4.4	Umsetzung und Auswirkungen.....	18
B.5	Beweisergebnis.....	19
<b>C</b>	<b>Erwägungen</b> .....	<b>19</b>
C.1	Geltungsbereich.....	19
C.1.1	Persönlicher Geltungsbereich.....	19
C.1.2	Verfügungsadressatinnen.....	19
C.1.3	Sachlicher Geltungsbereich.....	20
C.1.4	Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich.....	20
C.2	Vorbehaltene Vorschriften.....	20
C.3	Unzulässige Wettbewerbsabrede.....	20
C.3.1	Wettbewerbsabrede.....	20
C.3.2	Qualifikation der Wettbewerbsabreden.....	23
C.3.3	Relevanter Markt.....	24
C.3.4	Abrede zwischen Bezzola Denoth und Martinelli: Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs.....	25
C.3.5	Abrede zwischen Bezzola Denoth und Hartmann: Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs.....	26
C.4	Massnahmen.....	28
C.4.1	Anordnung von Massnahmen.....	28
C.4.2	Sanktionierung.....	29
C.4.3	Ergebnis.....	35
<b>D</b>	<b>Kosten</b> .....	<b>35</b>
<b>E</b>	<b>Dispositiv</b> .....	<b>37</b>

## **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 Nicol. Hartmann & Cie. AG, St. Moritz, in Bezug auf die Ausschreibung [Bauprojekt 1] im Jahr [...] eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Bst. a und c KG<sup>1</sup> 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 Nicol. Hartmann & Cie. AG, St. Moritz**

4. Die Nicol. Hartmann & Cie. AG (nachfolgend: Hartmann) mit Sitz in St. Moritz ist seit 1954 im Handelsregister eingetragen und bezweckt demnach den Betrieb einer Hoch- und Tiefbauunternehmung. Sie verfügt zudem über eine Zweigniederlassung in Chur. Hartmann beschäftigt 180 bis 200 Personen.

### **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. Vom 30. Oktober bis 1. November 2012 führte es an insgesamt 13 Standorten Hausdurchsuchungen durch, u.a. auch bei Bezzola Denoth.

6. 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. SVKG<sup>2</sup> in Bezug auf das Unterengadin<sup>3</sup> ein. Am 4. Dezember 2012 ergänzte Bezzola Denoth ihre Bonusmeldung auch betreffend das vorliegende

---

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

<sup>2</sup> Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

<sup>3</sup> Act. IX.C.003 (25-0039). Die Akten des vorliegenden Verfahrens setzen sich aus den Akten bis und mit der Verfahrenstrennung vom 23. November 2015 (Aktenverzeichnis 22-0433) und den Akten nach der Verfahrenstrennung (Aktenverzeichnis 22-0464) zusammen. Ist bei der Angabe der Aktenstücke (Act.) kein Hinweis auf das Aktenverzeichnis vermerkt, sind diese im Aktenverzeichnis 22-0433 erfasst. Die Nummer der Selbstanzeigedossiers (25er) wurde ebenfalls angegeben.

Projekt.<sup>4</sup> Am 1. Februar 2013 reichte Bezzola Denoth eine weitere Ergänzung der Selbstanzeige ein, u.a. auch betreffend das vorliegende Projekt.<sup>5</sup>

7. 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.

8. Am 26. Oktober 2015 wurde [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth, im Rahmen der Selbstanzeige der Bezzola Denoth zum vorliegenden Untersuchungsgegenstand befragt.<sup>6</sup>

9. Das Sekretariat führte am 30. Oktober 2015 mit [Mitarbeiter C], Martinelli,<sup>7</sup> und [Mitarbeiter E], Hartmann,<sup>8</sup> je eine Einvernahme durch.

10. 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 Hartmann<sup>9</sup> und Martinelli<sup>10</sup> aus und trennte anschliessend die Untersuchung „22-0464: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin VII“ von der Untersuchung „22-0433: Bauleistungen Graubünden“ ab.<sup>11</sup>

11. [Unternehmen Q] wurde bereits am [...] 2014 aufgelöst. Entsprechend wurde die Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden nicht gegen diese Gesellschaft ausgedehnt. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit wurde ebenfalls auf eine Verfahrensausdehnung auf die fortbestehende [...] Muttergesellschaft, die [...], verzichtet.

12. Am 15. März 2016 wurde [Architekt X] des [Architekturbüros Y] als Zeuge einvernommen.<sup>12</sup> Vertreter der Hartmann wohnten dieser Zeugeneinvernahme bei. Im Nachgang zu der Zeugeneinvernahme reichte [Architekt X] einen Offertvergleich der eingereichten Offerten ein.<sup>13</sup>

13. Am 7. Juni 2016 stellte das Sekretariat den Verfahrensparteien die Verfahrensakten (mit Ausnahme der Selbstanzeigeakten) auf einem gesicherten Server der Bundesbehörden zur Einsicht bereit.<sup>14</sup>

14. Mit Schreiben vom 11. August 2016 informierte das Sekretariat die Verfahrensparteien, welche Unternehmen Selbstanzeige eingereicht haben. Weiter informierte es, wie in die entsprechenden Selbstanzeigedossiers eingesehen werden kann.<sup>15</sup>

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

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

---

<sup>4</sup> Act. IX.C.027, pag. 19 (25-0039).

<sup>5</sup> Act. IX.C.035, pag. 60 (25-0039).

<sup>6</sup> Act. IX.C.060 (25-0039).

<sup>7</sup> Act. IV.028.

<sup>8</sup> Act. IV.027.

<sup>9</sup> Act. I.528.

<sup>10</sup> Act. I.513.

<sup>11</sup> Act. I.513 und I.528.

<sup>12</sup> Act. 17 (22-0464).

<sup>13</sup> Act. 18 (22-0464).

<sup>14</sup> Act. 21 (22-0464).

<sup>15</sup> Act. 22-24 (22-0464).

17. Am 29. März 2017 stellte das Sekretariat den Parteien den Antrag an die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) gemäss Art. 30 Abs. 2 KG zur Stellungnahme zu.<sup>16</sup> 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 Hartmann mit einem Betrag von CHF [...] zu belasten.

18. Zeitnah gewährte das Sekretariat auf elektronischem Weg Einsicht in diejenigen Verfahrensakten, welche seit dem 7. Juni 2016 neu ins Dossier aufgenommen worden waren.<sup>17</sup> Die Einsicht in die Beilagen zu den Selbstanzeigen erfolgte am 30. März 2017 durch Versand der elektronischen Aktenverzeichnisse.<sup>18</sup> Zudem hatten die Verfahrensparteien die Gelegenheit, ab 3. April 2017 in die eigentlichen Selbstanzeigen vor Ort in den Räumlichkeiten des Sekretariats einzusehen. Die Martinelli nahm am 31. Mai 2017 in den Räumlichkeiten des Sekretariats Einsicht in die Selbstanzeigen<sup>19</sup>, Bezzola Denoth am 20. April 2017<sup>20</sup>.

19. Mit Eingabe vom 13. Juni 2017<sup>21</sup> nahm Martinelli zum Antrag des Sekretariats Stellung. Sie wünschte keine Anhörung vor der WEKO. 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.

20. Mit Eingabe vom 14. Juni 2017<sup>22</sup> 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] [Funktion], [Mitarbeiter A] [Funktion] und ihren Rechtsvertreter vertreten.<sup>23</sup>

21. 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, eventualiter sei der Basisbetrag tiefer anzusetzen und eine niedrigere Sanktion auszusprechen. Auf die einzelnen Vorbringen von Bezzola Denoth wird – soweit geboten – an entsprechender Stelle in der Verfügung näher eingegangen.

22. Mit Eingabe vom 14. Juni 2017<sup>24</sup> nahm Hartmann zum Antrag des Sekretariats Stellung und wünschte eine Anhörung durch die WEKO. In ihrer Stellungnahme beantragte sie, dass das Verfahren gegen sie einzustellen sei. Zudem beantragte sie, dass [Architekt Z] als Zeuge einzuvernehmen sei. Auf die einzelnen Vorbringen von Hartmann wird – soweit geboten – an entsprechender Stelle in der Verfügung näher eingegangen.

23. Aufgrund des Beweisantrags von Hartmann stellte das Sekretariat im Auftrag des Präsidenten der WEKO [Architekt Z] ein Auskunftsbegehren zu.<sup>25</sup> Die Parteien hatten die Möglichkeit, vorgängig Ergänzungsfragen zu stellen,<sup>26</sup> wovon Hartmann mit Eingabe vom 19. Juli 2017

---

<sup>16</sup> Act. 40 bis 42 (22-0464).

<sup>17</sup> Act. 43 (22-0464).

<sup>18</sup> Act. 44 (22-0464).

<sup>19</sup> Act. 55 (22-0464).

<sup>20</sup> Act. 46 (22-0464).

<sup>21</sup> Act. 56 (22-0464).

<sup>22</sup> Act. 58 (22-0464).

<sup>23</sup> Act. 87 (22-0464).

<sup>24</sup> Act. 57 (22-0464).

<sup>25</sup> Act. 68 (22-0464).

<sup>26</sup> Act. 63 (22-0464).

Gebrauch machte<sup>27</sup>. In seiner Auskunft vom 28. Juli 2017<sup>28</sup> bestätigte [Architekt Z] die Einreichung einer „Richtofferte“ durch Hartmann (siehe dazu näher Rz 53). Mit Schreiben vom 15. August 2017 zog Hartmann ihren Beweisantrag betreffend die Befragung von [Architekt Z] als Zeugen zurück.<sup>29</sup>

24. Im Auftrag des Präsidenten der WEKO versandte das Sekretariat sodann Auskunftsbegehren an die Bauleitung, die [...] <sup>30</sup>, sowie an den Bauherrn, [...] <sup>31</sup>. Auf diese Auskünfte von Dritten wird hiernach näher eingegangen (Rz 54 und 55).

25. Hartmann wurde am 18. September 2017 durch die WEKO angehört. Dabei wurde sie durch [Mitarbeiter F] [Funktion], [Mitarbeiter D] [Funktion], [Mitarbeiter E] [Funktion] und ihren Rechtsvertreter vertreten.<sup>32</sup> Sie hielt an ihren Anträgen vom 14. Juni 2017 fest. Zudem reichte sie diverse neue Dokumente ein<sup>33</sup>, um zu belegen, dass der erzielte Endpreis von Bezzola Denoth ein Wettbewerbspreis gewesen sei. Insbesondere habe sich Bezzola Denoth verpflichtet, [...] zu kaufen und einen WIR-Anteil zu übernehmen. Auf die einzelnen Vorbringen von Hartmann wird – soweit geboten – an entsprechender Stelle in der Verfügung näher eingegangen.

26. Die Akteneinsicht wurde den Parteien durch die elektronische Zustellung des Aktenverzeichnisses vom 5. Juli 2017<sup>34</sup>, 23. August 2017<sup>35</sup>, 6.<sup>36</sup> und 19. September 2017<sup>37</sup> gewährt.

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

## **B Sachverhalt**

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

#### **B.1.1 Beweiswürdigung und Beweismass**

28. Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)<sup>38</sup> anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Auch im Kartellverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i. V. m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP<sup>39</sup>). Der Beweis einer Tatsache ist im Allgemeinen erbracht, wenn die Wettbewerbsbehörden nach objektiven Gesichtspunkten von deren Verwirklichung überzeugt sind. Die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit (also ohne Zweifel) festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel unerheblich erscheinen.<sup>40</sup> Bloss abstrakte und theoretische Zweifel sind nicht massgebend, weil solche immer

---

<sup>27</sup> Act. 64 (22-0464).

<sup>28</sup> Act. 70 (22-0464).

<sup>29</sup> Act. 76 (22-0464).

<sup>30</sup> Act. 78 und 80 (22-0464).

<sup>31</sup> Act. 79 (22-0464).

<sup>32</sup> Vgl. Protokoll der Anhörung Act. 89 (22-0464).

<sup>33</sup> Vgl. Beilagen 1 bis 6 des Anhörungsprotokolls, Act. 89 (22-0464).

<sup>34</sup> Act. 62 (22-0464).

<sup>35</sup> Act. 84 (22-0464).

<sup>36</sup> Act. 88 (22-0464).

<sup>37</sup> Act. 90 (22-0464).

<sup>38</sup> Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

<sup>39</sup> Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

<sup>40</sup> 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

möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann. Es muss sich um erhebliche und unüberwindliche Zweifel handeln, d.h. um solche, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen.<sup>41</sup> Hinsichtlich bestimmter Tatsachen, namentlich komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte, sind im Einklang mit der Rechtsprechung keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen. Vielmehr schliesst die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, eine strikte Beweisführung regelmässig aus.<sup>42</sup> 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**

29. In ihrer Stellungnahme vom 13. Juni 2017 bringt Martinelli vor, dass die Wettbewerbsbehörden im Zusammenhang mit der Einvernahme von [Mitarbeiter C], [Funktion bei] Martinelli, ihre Verfahrensrechte verletzt haben. Konkret führt sie aus, dass [Mitarbeiter C] 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 C] vom 30. Oktober 2015 seien unzulässig erlangte Beweise und dürften im vorliegenden Verfahren nicht verwertet werden.<sup>43</sup>

30. Weder das Kartellgesetz noch das VwVG kennt eine Bestimmung zu den Beweisverwertungsverboten. Wann im Rahmen von Einvernahmen erhobene Beweismittel nicht verwertet werden dürfen, ist daher anhand der verfassungs- und völkerrechtlichen Prinzipien, allgemeiner Rechtsgrundsätze und allenfalls durch Analogien zu anderen Rechtsgebieten zu beurteilen. Damit ein Beweisverwertungsverbot überhaupt zur Diskussion stehen kann, ist allerdings vorausgesetzt, dass die Behörde die fraglichen Beweismittel rechtswidrig erlangt hat.<sup>44</sup> Hat die Behörde bei der Erhebung rechtskonform gehandelt, das heisst sämtliche Normen der Rechtsordnung beachtet, scheidet das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots zum Vornherein aus. Im Folgenden ist daher zu beurteilen, ob die Wettbewerbsbehörden im Zusammenhang mit der fraglichen Einvernahme vom 30. Oktober 2015 gegen Rechtsnormen verstossen haben.<sup>45</sup> Solche Rechtsnormen können im Gesetz oder im Verfassungs- und Völkerrecht verankert sein.

31. Mit Schreiben vom 18. September 2015 lud die Behörde [Mitarbeiter C] im vorliegenden Verfahren vor, für Martinelli auszusagen.<sup>46</sup> Nach Hinweisen zur Verfahrensgeschichte und zum Verfahrensgegenstand wies sie darauf hin, dass die Untersuchung nicht gegen Martinelli eröffnet worden sei. Es könne jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass das Verfahren gegen Martinelli auszudehnen sei. Im Rahmen der Untersuchungsermittlungen führe das Sekretariat daher eine Einvernahme mit Martinelli als allfällig von der Untersuchung betroffene Unternehmung durch. Weiter orientierte die Behörde Martinelli über ihr Recht, eine

---

2A.500/2002 vom 24.3.2003, E. 3.5; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

<sup>41</sup> Vgl. z.B. BGE 124 IV 86, E. 2a.

<sup>42</sup> BGE 139 I 72, 91 E. 8.3.2 (RPW 2013/1, 126 f. E. 8.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.7, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.7, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; je m.w.H.

<sup>43</sup> Act. 56, Rz 67 ff. (22-0464).

<sup>44</sup> Vgl. SEBASTIAN LUBIG, Beweisverwertungsverbote im Kartellverfahrensrecht der Europäischen Gemeinschaft, eine Untersuchung zu den gemeinschaftsrechtlichen Grenzen einer Beweisverwertung in behördlichen Kartellverfahren, 2007, 28.

<sup>45</sup> Vgl. zu diesem Prüfschritt im Zusammenhang mit Beweisverwertungsverböten auch Urteil des BVGer A-7342/2008 und A-7426/2008 vom 5.3.2009, E. 8.3.

<sup>46</sup> Act. I.351 (22-0433).

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] in [...] aus dem Jahr [...].“*

32. Anlässlich der Einvernahme vom 30. Oktober 2015<sup>47</sup> wiederholte das Sekretariat einleitend diese Hinweise zur Stellung von Martinelli im Verfahren, zu deren Recht auf Rechtsbeistand sowie zum Gegenstand der Einvernahme. Zudem belehrte es [Mitarbeiter C] 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.“*

33. 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).

34. 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 C] vom 30. Oktober 2015 dürfen im vorliegenden Verfahren verwendet werden.

35. 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**

36. Im Folgenden ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob zwischen Bezzola Denoth, Martinelli und Hartmann 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 Hartmann mit der Angebotskoordination verfolgten (Rz 71);
- welche Rollen die einzelnen Unternehmen im Zusammenhang mit der Angebotskoordination ausübten (Rz 74 ff.);
- ob sich Bezzola Denoth, Martinelli und Hartmann tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die Angebotskoordination verhielten und welche Auswirkungen dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte (Rz 83 ff.).

---

<sup>47</sup> Act. IV.028 (22-0433).

## B.3 Beweismittel

37. Zur Beurteilung der vorgeworfenen Verhaltensweise stützt sich die Behörde auf folgende Beweismittel:

### B.3.1 Urkunden

E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A] an [Mitarbeiter C]

38. Es liegt eine E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth an [Mitarbeiter C], Martinelli mit dem Betreff „[Bauprojekt 1]“ mit dem folgenden Inhalt vor:<sup>48</sup>

*„Hallo [Vorname Mitarbeiter C].*

*Im Anhang die entsprechenden SIA Dateien.*

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

*[Bauprojekt 1] eine Summe von Fr. [...] netto inkl. MwSt.*

*Du bist mit dieser Eingabe ca. 3.5% über unserem Preis.*

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

*[Vorname Mitarbeiter A]“*

E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A] an [sekretariat@hartmann-bau.ch]

39. Es liegt eine E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth an Sekretariat der Hartmann mit dem Betreff „[Bauprojekt 1]“ mit dem folgenden Inhalt vor:<sup>49</sup>

*„Im Anhang gemäß Absprache mit [Mitarbeiter E] die entsprechende SIA.*

*Eingabe Netto inkl. MwSt. Fr. [...]*

*Mit freundlichen Grüßen*

*[Mitarbeiter A]“*

E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A] an [Mitarbeiter des Unternehmens Q]

40. Es liegt eine E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A] an [Mitarbeiter des Unternehmens Q] mit dem Betreff „[Bauprojekt 1]“ mit dem folgenden Inhalt vor:<sup>50</sup>

*„Hallo [Vorname Mitarbeiter des Unternehmens Q].*

*Im Anhang wie besprochen das entsprechende Dokument als PDF. Ihr könnt die Offerte genau dementsprechend eingeben. Alle Preise angepasst und differenziert. Mit dieser Eingabe seid ihr bereits ca. 1.5 % unter unserer Eingabe....also bitte keine zusätzlichen Abgebote.....*

*Herzlichen Dank für eure Bemühungen.*

*Hat mich gefreut mal gemeinsam mit euch an einem Tisch zu sitzen und wesentliches und auch weniger wichtiges zu besprechen.*

<sup>48</sup> Act. IX.C.035, pag. 36 (25-0039).

<sup>49</sup> Act. III.D.096; Act. IX.C.035, pag. 37 (25-0039).

<sup>50</sup> Act. III.D.097.

*Nehme an wir finden bei Gelegenheit wohl auch mal gemeinsame Wege.*

*Gruß [Vorname Mitarbeiter A]"*

### **B.3.2 Auskünfte von Parteien**

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

41. Im Rahmen ihrer Kooperation mit den Wettbewerbsbehörden zeigte Bezzola Denoth das vorliegende Projekt an. Sie gab als Bemerkung betreffend dieses Bauobjekt an: [...].<sup>51</sup>

42. Mit der Ergänzung der Selbstanzeige vom 1. Februar 2013 reichte Bezzola Denoth zwei E-Mails vom [...] an Martinelli und an Hartmann ein (Rz 38 f.). Die E-Mail an Hartmann wurde auch anlässlich der Hausdurchsuchung bei Bezzola Denoth beschlagnahmt.<sup>52</sup>

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

43. Anlässlich der mündlichen Ergänzung der Bonusmeldung der Bezzola Denoth vom 26. Oktober 2015 sagte [Mitarbeiter A] aus, dass er nicht wisse, ob Martinelli und Hartmann bei dem vorliegenden Projekt eingegeben hätten. Die beiden Unternehmen hätten eine Eingabe von ihm erhalten. Es handle sich nicht um die Offerte von Bezzola Denoth, sondern um überarbeitete Offerten, welche jeweils die Martinelli und die Hartmann eingeben sollten. Es habe aber keine gemeinsame Sitzung mit Martinelli und Hartmann stattgefunden.<sup>53</sup> Auf Nachfrage des Sekretariats sagte [Mitarbeiter A] in Bezug auf die E-Mail an [Unternehmen Q] aus, dass er seine Offerte per E-Mail an [Mitarbeiter des Unternehmens Q] gesendet habe, wohl auf dessen Aufforderung hin. [Unternehmen Q] sei lediglich im Tiefbau tätig und somit keine Markt-Teilnehmerin. [Unternehmen Q] sei nicht im Hochbau tätig gewesen und habe somit kein Interesse gehabt, ein derartiges Hochbauprojekt auszuführen.

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

44. [Mitarbeiter E], Hartmann, sagte in Bezug auf das [Bauprojekt 1] aus, dass Hartmann kein Interesse gehabt habe, im Unterengadin zu offerieren bzw. zu bauen. Da sie zum ersten Mal im Oberengadin für [Architekt X] aus [...] habe bauen dürfen, habe die Hartmann eine „Richtofferte“ für das vorliegende Bauobjekt eingereicht. Dies habe sie in der Hoffnung gemacht, auch zukünftig mit [Architekt X] zusammenarbeiten zu dürfen. Sie habe dem Architekten aber ganz klar gesagt, dass das Unterengadin für die Hartmann kein Markt sei. Die Hartmann verfüge nicht mehr über die Offertunterlagen und könne daher nicht beweisen, dass es sich um eine „Richtofferte“ gehandelt habe.<sup>54</sup>

45. Gemäss [Mitarbeiter E] habe [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth, erfahren, dass die Hartmann gerechnet und ihn angerufen habe. Er habe [Mitarbeiter A] ganz klar gesagt, dass der Markt im Unterengadin aufgrund betriebswirtschaftlicher Überlegungen für ihn nicht interessant sei. Dementsprechend habe [Mitarbeiter A] auch gewusst, dass die Hartmann kein Interesse an diesem Bauobjekt habe.<sup>55</sup> Gemäss [Mitarbeiter E] sei es aber nicht darum gegangen, dass Hartmann habe höher eingeben sollen als Bezzola Denoth oder sie Bezzola Denoth habe „Schutz“ gewähren sollen.<sup>56</sup> Wieso [Mitarbeiter A] ihm eine Eingabesumme bekannt gegeben habe, wisse er nicht.<sup>57</sup> Die Hartmann habe die von [Mitarbeiter A] gemailte Offerte in Bezug auf die Preise kontrolliert und eine Offerte in Höhe von CHF [...] (inkl. MWST) eingereicht. Sie habe keine Kontakte mit weiteren Unternehmen betreffend dieses Projekt gehabt.

<sup>51</sup> Act. IX.C.027, pag. 19 (25-0039).

<sup>52</sup> Act. III.D.096.

<sup>53</sup> Act. IX.C.060, Zeilen 403 ff. (25-0039).

<sup>54</sup> Act. IV.027, Zeilen 124 ff.

<sup>55</sup> Act. IV.027, Zeilen 145 ff.

<sup>56</sup> Act. IV.027, Zeilen 149 ff.

<sup>57</sup> Act. IV.027, Zeilen 138–140.

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

46. [Mitarbeiter C], Martinelli, sagte aus, dass er sich nicht erinnern könne, ob die Martinelli für dieses Projekt eingegeben habe. Falls dies der Fall gewesen wäre, sei die E-Mail an ihn vom [...] als „Schutz“ zugunsten Bezzola Denoth zu verstehen. Er habe in seinen Unterlagen keine entsprechende Offerte gefunden.<sup>58</sup> Auf die Frage hin, wer die Initiative zum Versand der E-Mail vom [...] ergriffen habe, erwiderte [Mitarbeiter C], dass er dies nicht wisse (vgl. zur Verwertbarkeit der Aussagen von [Mitarbeiter C] Rz 29 ff. hiervor).

#### Anhörung der Bezzola Denoth durch die WEKO vom 4. September 2017

47. An der Anhörung vom 4. September 2017 gab [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth, bezüglich „Richtofferten“ Folgendes zu Protokoll: Als er Hartmann im [...] eine Offerte zugestellt habe, habe er keine Kenntnis davon gehabt, dass Hartmann der Bauherrschaft eine „Richtofferte“ einreichen würde. Ihm sei lediglich bekannt gewesen, dass Hartmann kein Interesse an der Ausführung des Projekts gehabt habe. „Richtofferten“ seien in der Baubranche nicht unüblich und würden sowohl der Kostenschätzung vor der Ausschreibung als auch der Überprüfung in der Ausschreibungsphase, ob die Preise marktkonform seien, dienen. In beiden Konstellationen würden die entsprechenden Eingaben als „Richtofferte“ bezeichnet. Den Terminus „Überprüfungsofferte“ gebe es nicht.<sup>59</sup>

#### Anhörung der Hartmann durch die WEKO vom 18. September 2017

48. [Mitarbeiter D] [Funktion] sagte vor der WEKO aus, dass er in Bezug auf das [Bauprojekt 1] persönlich Kontakt mit [Architekt Z] auf einer gemeinsamen Baustelle gehabt habe.<sup>60</sup> Hingegen habe er diesbezüglich keine Kontakte mit der Bauleitung bzw. mit dem Bauherrn gehabt, da Hartmann kein Interesse an der Ausführung des Projekts gehabt habe. Es habe keinen Anlass gegeben, einen entsprechenden Austausch zu suchen. Bei den Abgebotsrunden sei Hartmann nicht eingeladen worden. Im Zusammenhang mit dem strittigen Projekt habe er auch keinen Kontakt mit der Bezzola Denoth gehabt. Als Bezzola Denoth am [...] Hartmann die E-Mail betreffend das [Bauprojekt 1] geschickt habe, sei er in den Ferien gewesen. Er habe die „Richtofferte“ selbständig gerechnet, die Offerte sei zu 95% fertig gewesen. Da er anschliessend ferienabwesend gewesen sei, sei [Mitarbeiter E] [Funktion] beauftragt worden, die „Richtofferte“ zu finalisieren und einzureichen.

49. [Mitarbeiter E] hielt an seiner Aussage fest, dass Bezzola Denoth Hartmann die E-Mail vom [...] unaufgefordert versandt habe.<sup>61</sup> Er sei überrascht gewesen, dass „so etwas“ gekommen sei. Eine Erklärung könne darin bestehen, dass Bezzola Denoth Hartmann kontaktiert habe, weil sie oft im Rahmen von Subunternehmensverhältnissen zusammen gearbeitet hätten. [Mitarbeiter E] habe zwar die E-Mail von Bezzola Denoth evaluiert, aber bei der „Richtofferte“ der Hartmann habe es sich um eine „neutrale“ eigene „Richtofferte“ gehandelt. Die erhaltenen Informationen von Bezzola Denoth hätten keinen Einfluss auf die Kalkulation der „Richtofferte“ von Hartmann gehabt.<sup>62</sup>

### **B.3.3 Auskünfte von Dritten**

#### Zeugenaussage von [Architekt X] vom 15. März 2016

50. [Architekt X], der verantwortliche Architekt, sagte aus, dass ihm nicht bekannt sei, dass er die Hartmann um eine „Richtofferte“ angefragt habe. Auch habe er keine Kenntnis davon,

<sup>58</sup> Act. IV.028, Zeilen 156-175.

<sup>59</sup> Act. 87; Zeilen 29 ff. (22-0464).

<sup>60</sup> Act. 89, Zeilen 35 ff. (22-0464).

<sup>61</sup> Act. 89, Zeilen 102 ff. (22-0464).

<sup>62</sup> Act. 89, Zeilen 110 ff. (22-0464).

dass die Hartmann ihm gesagt hätte, dass sie kein Interesse an diesem Bauobjekt im Unteren-  
 gadin gehabt habe, ausser, sie hätte es seinem Sohn gesagt. Sein Sohn sei [...] ebenfalls im  
 Architekturbüro tätig gewesen. In der Phase des Kostenvoranschlags könne der Architekt eine  
 „Richtofferte“ verlangen, d.h. eine unverbindliche Offerte. Die Phase des Kostenvoranschlags  
 wäre aber sicher ein halbes Jahr vor der Ausschreibung gewesen. Wenn die Hartmann bei  
 diesem Projekt von sich aus als „Richtofferte“ eingegeben habe, wäre dies deren Problem  
 gewesen. Bei diesem Projekt seien alle Unternehmen im Unteren-  
 gadin (mit Ausnahme der  
 Firma [...]) eingeladen worden. Aufgrund der Termine seien nur Grossunternehmen in der  
 Lage gewesen, dieses Projekt auszuführen.<sup>63</sup>

51. Gemäss den von [Architekt X] per E-Mail am 16. März 2016 nachgelieferten Informatio-  
 nen<sup>64</sup> hätten die fünf folgenden Unternehmen eine Offerte eingereicht (vgl. den entsprechen-  
 den Offertvergleich der Bauleitung betreffend [Bauprojekt 1]):

	<b>Eingereichte Offertsumme (inkl. MWST) in CHF<sup>65</sup></b>
Bezzola Denoth, Scuol	[...]
[Keine Verfahrenspartei]	[...]
[Unternehmen Q]	[...]
Hartmann Nicol., St. Moritz	[...]
Martinelli, St. Moritz	[...]

52. Der Zuschlag erging schliesslich zu einem Preis in der Höhe von CHF [...] an Bezzola  
 Denoth.

#### Auskunft von [Architekt Z] vom 28. Juli 2017

53. [Architekt Z], der Sohn von [Architekt X], bestätigte, dass Hartmann für das vorliegende  
 Projekt sowohl im [...] (betreffend [...]) als auch im [...] (betreffend [...]) eine „Richtofferte“  
 eingereicht habe. Es habe eine mündliche Abmachung mit [Mitarbeiter D] von Hartmann be-  
 standen. Er verfüge diesbezüglich aber über keine Belege. Zudem würden „Richtofferten“ nicht  
 immer als solche vermerkt.<sup>66</sup>

#### Auskünfte der Bauleitung vom 21. und 22. August 2017

54. Weder [...] noch [...], welche für die Bauleitung und Ausschreibung des Projekts zustän-  
 dig waren, hätten nach ihren schriftlichen Angaben Kenntnis davon gehabt, dass Hartmann  
 eine „Richtofferte“ eingereicht habe. Sie seien davon ausgegangen, dass es sich bei den fünf  
 eingereichten Angeboten (inkl. demjenigen von Hartmann) um verbindliche Offerten gehandelt  
 habe, welche in die Auswahl der Anbieter eingehen sollten und bei Annahme durch den Bau-  
 herrn zum Vertragsabschluss geführt hätten.<sup>67</sup>

#### Auskunft der Bauherrschaft vom 22. August 2017

<sup>63</sup> Act. 17, Zeilen 81–82 (22-0464).

<sup>64</sup> Act. 18 (22-0464).

<sup>65</sup> Act. 18 (22-0464).

<sup>66</sup> Act. 83 (22-0464).

<sup>67</sup> Act. 81 und 82 (22-0464).

55. Die Wettbewerbsbehörden ersuchten schliesslich die [...], Bauherrin des vorliegenden Projekts, um schriftliche Auskunft bezüglich des Vorbringens von Hartmann. Auf die Frage, ob alle Offerten gemäss Offertvergleich ernst gemeinte Offerten waren, antwortete sie, dass dies – soweit sie sich erinnere – auf alle Unternehmen ausser Hartmann zutrefte. Sie sei sich zwar nicht mehr sicher, nehme aber an, dass Hartmann eine unverbindliche Offerte eingereicht habe. Diese Information sei ihr vermutlich vom Architekten mitgeteilt worden.<sup>68</sup>

## **B.4 Beweiswürdigung**

### **B.4.1 Konsens**

56. Im Folgenden ist zu beurteilen, welche Schlüsse aus den erhobenen Beweismitteln im Hinblick auf einen allfälligen Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen zu ziehen sind. Dabei ist das Verhältnis zwischen Bezzola Denoth und Martinelli sowie dasjenige zwischen Bezzola Denoth und Hartmann separat zu beleuchten.

#### **B.4.1.1 Konsens zwischen Bezzola Denoth und Martinelli**

57. Vorliegend ist nicht strittig, dass Bezzola Denoth Martinelli mit E-Mail vom [...] eine Offerte im Zusammenhang mit dem [Bauprojekt 1] zukommen liess. Beide beteiligten Unternehmen stellten nicht in Abrede, dass die betreffende E-Mail samt Anhang verschickt worden ist und von ihrem bestimmungsgemässen Adressaten, Martinelli, empfangen worden ist. Ebenso wenig ist strittig, dass es sich bei der Offerte, die Bezzola Denoth Martinelli zusandte, um eine vorkalkulierte Offerte handelte und dass die darin berechnete Eingabesumme von CHF [...] (inkl. MWST) ein höheres Angebot ergab als dasjenige, welches Bezzola Denoth der Bauherrschaft unterbreitete (CHF [...]). Schliesslich ist nicht strittig, dass Martinelli in Bezug auf das [Bauprojekt 1] tatsächlich eine Offerte einreichte. Den Preis von CHF [...], den sie der Bauherrschaft offerierte, wich nur marginal von der Eingabesumme ab, welche Bezzola Denoth für sie gemäss E-Mail vom [...] vorkalkuliert hatte. All diese Elemente sind aufgrund der erhobenen Beweismittel, insbesondere der E-Mail vom [...] (vgl. Rz 38), den Angaben des Architekten zu den eingereichten Offerten (vgl. Rz 51) sowie der Aussagen der beteiligten Personen, erwiesen.

58. Streitig ist dagegen, ob zwischen Bezzola Denoth und Martinelli übereinstimmende Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote zu koordinieren. Hierbei handelt es sich um eine Tatfrage, die durch subjektive Auslegung des Verhaltens der Beteiligten zu beantworten ist.<sup>69</sup> Der wirkliche Wille der Parteien ist eine innere Tatsache, die dem direkten Beweis nicht zugänglich ist, sondern in der Regel lediglich anhand von indirekten Beweismitteln ermittelt werden kann (Indizienbeweis).<sup>70</sup> Vorliegend bestand keine schriftliche Vereinbarung zwischen Bezzola Denoth und Martinelli, welche ihr Eingabeverhalten im Zusammenhang mit dem [Bauprojekt 1] regelte. Zu prüfen ist, ob ein solcher Konsens mündlich oder konkludent zustande gekommen war.

59. Zumindest Martinelli bestreitet, dass zwischen Bezzola Denoth und ihr ein Konsens darüber zustande gekommen ist, ihre Angebote betreffend das [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret behauptet sie in ihrer Stellungnahme vom 13. Juni 2017, dass ihr Bezzola Denoth die Offerte mit E-Mail vom [...] nur deshalb geschickt habe, um ihr die Abgabe einer Offerte zu ermöglichen.

60. Diese Vorbringen von Martinelli überzeugen nicht. Dabei ist Folgendes zu beachten:

- Mit E-Mail vom [...] liess Bezzola Denoth Martinelli eine vorkalkulierte Offerte zukommen, die über ihrer eigenen Eingabesumme lag. Im Begleittext schrieb [Mitarbeiter A]

---

<sup>68</sup> Act. 83 (22-0464).

<sup>69</sup> Statt vieler BGE 133 II 675 E. 3.3; BGE 131 II 467 E. 1.1; BGE 126 II 171 E. 4c/bb.

<sup>70</sup> Vgl. etwa Urteil des BGer 4A\_264/2014 vom 17.10.2014, E. 3.2.

wörtlich: „*Du bist mit dieser Eingabe ca. 3.5% über unserem Preis.*“. Dieser Kommunikation ist zu entnehmen, dass Bezzola Denoth eine preisliche Koordinierung der Angebote anstrebte. Wäre es für sie nicht von Bedeutung gewesen, welchen Preis Martinelli der Bauherrschaft offerieren würde, hätte sie auf diesen Hinweis verzichtet. Nicht zu folgen ist in diesem Kontext der Behauptung von Martinelli, dass Bezzola Denoth ihr lediglich die Abgabe einer Offerte ermöglichen wollte. Hierzu hätte sie Martinelli weder eine vorkalkulierte Offerte mit sämtlichen Eingabepositionen zustellen noch einen Hinweis zur Höhe des eigenen Angebots anbringen müssen. Vielmehr hätte sie Martinelli lediglich einen Leistungsbeschrieb (Devisierung, Devi) zukommen lassen können. Indem sich Martinelli auf die Kommunikation mit Bezzola Denoth einliess sowie deren vorkalkulierte Offerte im Wesentlichen für ihr Angebot übernahm – die Abweichung ist angesichts des hohen Projektvolumens marginal – stimmte sie der von Bezzola Denoth angestrebten Angebotskoordination zumindest durch konkludentes Verhalten zu.

- Im Kontext von Submissionen läuft es den üblichen Abläufen und Verhaltensweisen zuwider, wenn ein Unternehmen einer (potenziellen) Konkurrentin im Vorfeld der Eingabe ihren Angebotspreis offenlegt, namentlich wenn es sich unabhängig von der Konkurrentin verhalten will. Damit deckt es seine Absichten zum künftigen Eingabeverhalten auf und riskiert, von der Konkurrentin in der Ausschreibung unterboten zu werden. Dass Bezzola Denoth vorliegend Martinelli vor Ablauf der Eingabefrist in der E-Mail vom [...] eine Angabe zu ihrer Eingabesumme kommuniziert hat, ist mit typischem Verhalten in (tatsächlichen oder potenziellen) Konkurrenzverhältnissen nicht vereinbar; dies umso mehr, als Bezzola Denoth Interesse an der Ausführung des Bauprojekts hatte. Vielmehr lässt sich ein solches Verhalten nur durch den gemeinsamen Willen zur Koordination der Angebote erklären.
- Schliesslich räumte Bezzola Denoth ein, dass es zwischen Martinelli und ihr beim strittigen Bauprojekt tatsächlich zu einer Angebotskoordination gekommen sei. [...]. Auch die Aussagen von Martinelli an der Einvernahme vom 30. Oktober 2015 (vgl. Rz 46 hiavor) zielen in diese Richtung.

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

#### **B.4.1.2 Konsens zwischen Bezzola Denoth und Hartmann**

62. Weiter ist zu prüfen, ob zwischen Bezzola Denoth und Hartmann in Bezug auf das [Bauprojekt 1] ebenfalls ein Konsens über eine Angebotskoordination zustande gekommen ist. In diesem Zusammenhang macht Hartmann geltend, dass sie an der strittigen Ausschreibung nicht als Anbieterin von Bauleistungen teilgenommen habe, sondern mit dem [Architekt Z] mündlich vereinbart habe, lediglich eine unverbindliche „Richtofferte“ einzureichen. Ein bewusstes Zusammenwirken mit Bezzola Denoth habe nicht vorgelegen.

63. Im Folgenden ist vorab zu klären, welche Rolle Hartmann bei der strittigen Ausschreibung einnahm. Dabei sind zunächst die erhobenen Urkunden zu würdigen. Mit E-Mail vom [...] (vgl. Rz 39) liess Bezzola Denoth Hartmann eine vorkalkulierte Offerte zukommen. In der E-Mail hielt sie Folgendes fest: „*Im Anhang gemäß Absprache mit [Mitarbeiter E] die entsprechende SIA. Eingabe Netto inkl. MwSt. Fr. [...].*“ Dem E-Mailtext ist kein Hinweis zu entnehmen, dass Hartmann an der Ausschreibung nicht als Anbieterin von Bauleistungen teilnehmen würde, sondern lediglich eine unverbindliche „Richtofferte“ einzureichen gedenkt hätte. Daher ist davon auszugehen, dass Bezzola Denoth zu diesem Zeitpunkt keine dahingehende Kenntnis hatte, was sie im Übrigen selber bestätigte<sup>71</sup>. Auch im Vergleich der eingegangenen Offerten, welcher von der Bauleitung erstellt worden ist (vgl. Rz 51), findet sich kein Hinweis darauf,

---

<sup>71</sup> Act. 87, Zeilen 138 ff. (22-0464).

dass das Angebot von Hartmann als „Richtofferte“ zu verstehen und daher unverbindlich gewesen sei. Vielmehr fand ihr Angebot wie alle übrigen Angebote – welche unbestrittenermassen verbindlich waren – Eingang in die Offertübersicht der Bauleitung.

64. Dennoch lassen die erhobenen Urkunden keinen eindeutigen Schluss zu, ob Hartmann an der Ausschreibung – wie von ihr behauptet – tatsächlich nur als richtoffertstellendes Unternehmen und nicht als Anbieterin von Bauleistungen teilnahm. Zur Klärung dieser Tatfrage sind daher die Aussagen und Auskünfte der befragten Personen in die Beweiswürdigung einzubeziehen. Diese ergeben folgendes Bild:

- [Architekt Z] bestätigte, dass Hartmann für das vorliegende Projekt sowohl im [...] (betreffend [...]) als auch im [...] (betreffend [...]) eine „Richtofferte“ eingereicht habe. Es habe eine mündliche Abmachung mit [Mitarbeiter D] von Hartmann bestanden.<sup>72</sup> In die gleiche Richtung zielen die Angaben der Bauherrschaft, die [...] (vgl. Rz 55).
- Dagegen hatte Bezzola Denoth, mit welcher der strittige Informationsaustausch erfolgte, nach eigenen Angaben keine Kenntnis davon, dass Hartmann bloss eine „Richtofferte“ einreichen würde. Gleiches gilt für [Architekt X], Vater von [Architekt Z] und ebenfalls Architekt (vgl. Rz 46 hiervor), sowie für die Bauleitung (vgl. Rz 54 hiervor).

65. Weshalb Hartmann Bezzola Denoth, den [Architekt X] und die Bauleitung nicht darüber informierte, dass ihr Angebot als unverbindliche „Richtofferte“ zu verstehen sei, etwa durch entsprechende Klarstellung in ihrem Angebot oder Begleitschreiben, wirft Fragen an ihrer Sachverhaltsschilderung auf. Immerhin handelte es sich hierbei um Beteiligte, die im Zusammenhang mit der Vergabe des [Bauprojekts 1] eine wesentliche Rolle wahrnahmen.

66. Letztlich kann dies aber offen gelassen werden. Die Behörde darf eine Tatsache nur dann als erwiesen erachten, wenn sie an deren Vorhandensein keine vernünftigen Zweifel hat. Vorliegend lassen die im Wesentlichen übereinstimmenden Angaben von [Architekt Z] und der Bauherrschaft konkrete und unüberwindbare Zweifel aufkommen, dass Hartmann an der strittigen Ausschreibung tatsächlich als Anbieterin von Bauleistungen teilgenommen hat. Bei einer solchen Beweislage ist auf die für das beschuldigte Unternehmen günstigere Sachverhaltsversion abzustellen (Grundsatz in dubio pro reo). Im Ergebnis ist daher zugunsten der Parteien anzunehmen, dass Hartmann der Bauherrschaft mitteilte, dass sie kein verbindliches Angebot einreichen werde, sondern bloss eine unverbindliche „Richtofferte“. Diese Mitteilung erfolgte im konkreten Fall wohl indirekt, nämlich über den [Architekt Z]. Dadurch verzichtete Hartmann, bei der Ausschreibung als Anbieterin der nachgefragten Bauleistungen teilzunehmen.

67. Ebenfalls zugunsten der Parteien ist zu folgern, dass dieser Angebotsverzicht von Hartmann nicht auf einen Kontakt mit Bezzola Denoth zurückzuführen ist. Massgebend ist dabei, dass die mündliche Abmachung zwischen dem [Architekt Z] und Hartmann betreffend „Richtofferte“ von [Mitarbeiter D] veranlasst wurde, während der Kontakt mit Bezzola Denoth seitens Hartmann durch [Mitarbeiter E] erfolgte. [Mitarbeiter D] gab an, dass er bei Hartmann zunächst intern für die Betreuung des [Bauprojekts 1] zuständig gewesen sei. Da er aber noch vor Einreichung der „Richtofferte“ ferienabwesend gewesen sei, habe er das Dossier an [Mitarbeiter E] übergeben. Aus diesem Grund ist in zeitlicher Hinsicht anzunehmen, dass die mündliche Abmachung zwischen [Mitarbeiter D] und [Architekt Z] betreffend „Richtofferte“ getroffen worden ist, bevor der Kontakt zwischen Bezzola Denoth ([Mitarbeiter A]) und Hartmann ([Mitarbeiter E]) stattfand.

68. Vor diesem Hintergrund lässt sich nicht beweisen, dass zwischen Bezzola Denoth und Hartmann tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bei der Ausschreibung [Bauprojekt 1] als verbindliche Angebote zu koordinieren. Zwar war das Verhalten von Bezzola Denoth ihrerseits durchaus darauf gerichtet, mit Hartmann einen solchen Konsens zu erzielen. Diese hatte jedoch – unabhängig von der Kommunikation mit Bezzola Denoth – nicht den Willen, der Bauherrschaft ein verbindliches Angebot zu unterbreiten. Eine

---

<sup>72</sup> Act. 83 (22-0464).

Einigung im Sinne von *tatsächlich* übereinstimmenden Willenserklärungen konnte zwischen ihnen daher unter diesem Gesichtspunkt nicht zustande gekommen sein.

69. Allerdings lässt dieses Beweisergebnis nicht den Schluss zu, dass zwischen Bezzola Denoth und Hartmann in gar keiner Hinsicht ein Konsens vorlag. Immerhin liess sich Hartmann auf den Kontakt mit Bezzola Denoth ein und erhob keine Einwände, dass diese ihr eine vor-kalkulierte Offerte zustellte. Die Behauptung von Hartmann in diesem Zusammenhang, dass ihr Bezzola Denoth die E-Mail vom [...] (vgl. Rz 39) unaufgefordert geschickt habe, ist unglaubhaft. Im E-Mailtext bezog sich Bezzola Denoth explizit auf eine vorgängige „Absprache“ mit [Mitarbeiter E], Hartmann. Sodann wäre es nicht nachvollziehbar, wenn ein Unternehmen eine (potenzielle) Konkurrentin bei der Ausarbeitung einer („Richt“-)Offerte unterstützen würde, wenn es bei der Konkurrentin nicht die Bereitschaft, sich einvernehmlich zu verhalten, erkennen würde. Dabei ist auch die Interessenlage der Beteiligten zu berücksichtigen. Bezzola Denoth hatte Interesse an der Ausführung des Bauprojektes. Sie hätte die Mühe, eine Offerte für Hartmann zu kalkulieren, nicht auf sich genommen, wenn sie damit hätte rechnen müssen, dass Hartmann anschliessend ihren Interessen zuwiderlaufen würde, etwa durch ein tieferes Angebot oder eine tiefere „Richtofferte“, welche den Zuschlag bzw. den Zuschlagspreis von Bezzola Denoth gefährden würde. Dies ist im Übrigen auch den Aussagen von [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth, zu entnehmen. Für ihn war aufgrund des Kontakts mit [Mitarbeiter E] klar, dass diese kein Interesse am fraglichen Bauprojekt hatte und nichts unternehmen würde, was ihre Interessen beeinträchtigen würde. Schliesslich fällt auf, dass die von Bezzola Denoth für Hartmann vorkalkulierte Offerte den Betrag von CHF [...] (inkl. MWST) aufwies. Das verbindliche Angebot von Hartmann („Richtofferte“), das sie der Bauherrschaft unterbreitete, belief sich auf CHF [...]. Angesichts des hohen Bauvolumens [...] kann es kaum auf Zufall beruhen, dass diese Zahlen – abgesehen von einer marginalen Differenz von CHF [...] – nahezu übereinstimmen. Vielmehr ist anzunehmen, dass Hartmann ihre „Richtofferte“ auf die von Bezzola Denoth vorkalkulierte Offerte stützte. Dies deckt sich auch mit den vorangehenden Feststellungen, dass Hartmann gegenüber Bezzola Denoth im Rahmen ihres Kontakts zum Ausdruck gebracht haben muss, dass sie deren Interessen nicht zuwiderlaufen werde.

70. Vor diesem Hintergrund ist erwiesen, dass zwischen Bezzola Denoth und Hartmann ein Konsens darüber zustande gekommen ist, dass Hartmann der Bauherrschaft eine Offerte einreicht, die in Bezug auf die Eingabesumme in der Grössenordnung der vorkalkulierten Offerte von Bezzola Denoth entspricht. In Bezug auf Hartmann ist dagegen nicht erstellt, dass sie der Bauherrschaft ein verbindliches Angebot unterbreitete, sie also als Anbieterin von Bauleistungen an der Ausschreibung teilnahm. Daher konnte zwischen Bezzola Denoth und Hartmann auch kein Konsens darüber zustande gekommen sein, ihre verbindlichen Angebote zu koordinieren.

#### **B.4.2 Verfolgter Zweck**

71. Wie erstellt ist (vgl. Rz 57 ff. hiavor), kamen Bezzola Denoth und Martinelli überein, ihre Angebote bei der Ausschreibung [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Einem Konsens über einen solchen Inhalt ist immanent, dass die Beteiligten darauf zielten, sich nicht zu konkurrenzieren. Vielmehr wollten sie im Einvernehmen darüber entscheiden, bei welchem Unternehmen die Chancen für die Zuschlagserteilung aufrechterhalten werden sollten. Zwar trifft es zu, dass auch noch individuell unterschiedliche Motive der beteiligten Unternehmen eine Rolle gespielt haben dürften. Martinelli bringt etwa vor, dass sie der Bauherrschaft ein Angebot abgeben wollte, um bei weiteren Ausschreibungen des gleichen Architekten im Oberengadin berücksichtigt zu werden. Das konkrete Projekt wollte sie jedoch nicht ausführen. Insofern zielte sie nicht darauf, eine Vergabe des Projekts an Bezzola Denoth durch ein tieferes Angebot zu gefährden. In diesem Punkt deckt sich ihre Absicht mit derjenigen von Bezzola Denoth, die daran interessiert war, nicht von anderen Anbietern unterboten zu werden, zumal sie an der Ausführung des Projekts interessiert war. Somit war das Zusammenwirken von Bezzola Denoth und Martinelli von der gemeinsamen Absicht getragen, sich nicht zu konkurrenzieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

72. Ähnlich verhält es sich beim Zusammenwirken von Bezzola Denoth und Hartmann. Hartmann entschied sich, an der Ausschreibung nicht als Anbieterin von Bauleistungen teilzunehmen, sondern ein unverbindliches Angebot in der Form einer „Richtofferte“ abzugeben. Allerdings unterbreitete sie der Bauherrschaft nicht unabhängig eine solche unverbindliche Offerte. Vielmehr liess sie sich darauf ein, sich mit Bezzola Denoth in Bezug auf die Höhe der „Richtofferte“ abzustimmen (vgl. Rz 69 f.). Damit untergrub sie den Zweck von „Richtofferten“. Mit einer „Richtofferte“ soll die Bauherrschaft eine neutrale Offerte erhalten, an welcher sie die anderen Angebote messen und diese einschätzen kann (vgl. Rz 109 ff.). Die „Richtofferte“ von Hartmann war nicht neutral, sondern mit Bezzola Denoth in Bezug auf die Höhe der Offerte koordiniert.

73. Aus welchen individuellen Gründen sich Hartmann mit Bezzola Denoth abstimmte, legte sie nicht dar, kann aber letztlich offen gelassen werden. Das Zusammenwirken von Bezzola Denoth und Hartmann beruhte auf der gemeinsamen Absicht, dass Hartmann der Bauherrschaft kein Angebot unterbreitet, das die Interessen von Bezzola Denoth beeinträchtigen könnte. Auch daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

### **B.4.3 Rolle der Beteiligten**

74. Weiter ist zu prüfen, von welchem Unternehmen die Initiative für die Verhaltensabstimmung der Parteien ausging. Zudem ist zu klären, welche Rolle die Beteiligten bei der Organisation und Durchsetzung der untersuchten Verhaltensweise einnahmen.

#### Initiative für die Angebotskoordination

75. Aus dem Wortlaut der E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A] an [Mitarbeiter C] geht hervor, dass zwischen [Mitarbeiter A] und [Mitarbeiter C] ein vorgängiger Kontakt stattfand [„*Freu mich jedes Mal etwas von Dir zu hören.*“].<sup>73</sup> Auch [Mitarbeiter C] bestätigte anlässlich seiner Einvernahme vom 30. Oktober 2015, dass [Mitarbeiter A] wohl vor Versand der E-Mail angerufen habe. Eine solche E-Mail werde nicht einfach so verschickt.<sup>74</sup> Weiter ist auch der Wortlaut der E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A] an [Mitarbeiter E] so zu verstehen, dass im vorliegenden Fall ein vorgängiger Kontakt zwischen [Mitarbeiter A] und [Mitarbeiter E] stattgefunden haben muss [„*gemäß Absprache mit [Mitarbeiter E]*“]. Somit ist erstellt, dass vor Versand der E-Mails vom [...] ein vorgängiger Kontakt zwischen den beteiligten Unternehmen stattfand.

76. Wer vorliegend die Initiative für die Angebotskoordination ergriffen hat, ist den Urkunden nicht zu entnehmen. Diese Frage ist daher anhand der Parteiaussagen zu würdigen.

77. Gemäss Aussage von [Mitarbeiter E] sei er im vorliegenden Fall wohl von [Mitarbeiter A] telefonisch kontaktiert worden (vgl. Rz 45). Allerdings gibt [Mitarbeiter E], aufgrund zeitlicher Distanz, auch Schwierigkeiten an, Details zu rekonstruieren.<sup>75</sup>

78. In Bezug auf Martinelli verfügt das Sekretariat über keine Informationen, da sich [Mitarbeiter C] an der Einvernahme vom 30. Oktober 2015 nicht erinnern konnte, ob Martinelli beim vorliegenden Bauprojekt eine Offerte eingereicht hat. Auf die Frage hin, wer die Initiative zum Versand der E-Mail vom [...] ergriffen habe, erwiderte [Mitarbeiter C], dass er dies nicht wisse.<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> Dies wurde auch durch die Aussage von [Mitarbeiter A] bestätigt, Act. IX.C.060, Zeilen 362 ff. (25-0039).

<sup>74</sup> Act. IV.028, Zeilen 198 ff.

<sup>75</sup> Act. IV.027, Zeilen 252 ff.

<sup>76</sup> In Zusammenhang mit der E-Mail vom [...] an Martinelli sagte [Mitarbeiter A] aus, dass die Initiative zum Versand der E-Mail in Bezug auf das Projekt [...] (welche zudem auch das [Bauprojekt 1] betraf) wohl von Martinelli kam, da diese nicht im Unterengadin bauen würde. Act. IX.C.060, Zeile 352 f. (25-0039).

79. Zusammenfassend ist unklar, welches Unternehmen bei dieser Ausschreibung die Kontaktaufnahme veranlasste. Dem Grundsatz in *dubio pro reo* folgend, kann keinem der beteiligten Unternehmen die Initiative zur Verhaltensabstimmung nachgewiesen werden.

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

80. [Mitarbeiter A] wandte sich in seinen beiden E-Mails vom [...] an [Mitarbeiter C] (Martinelli) und an das Sekretariat der Hartmann. Inhalt dieser Nachrichten von [Mitarbeiter A] bildete insbesondere die jeweilige Offertsumme in Bezug auf das [Bauprojekt 1].

81. Gemäss Aussage von [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth, vom 26. Oktober 2015 hätten die Unternehmen Martinelli und Hartmann auch tatsächlich eine Offerte von ihm erhalten.

82. Damit ist unter dem Gesichtspunkt der Organisation der Verhaltensabstimmung erstellt, dass Bezzola Denoth die beiden E-Mails (inkl. SIA-Dateien) vom [...] an Martinelli und Hartmann verfasst und verschickt hat. Eine Kommunikation durch die anderen Unternehmen ist nicht erfolgt, diese beschränkten sich bezüglich der Organisation darauf, ihre Angebote entsprechend den E-Mails von Bezzola Denoth einzugeben.

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

83. Gemäss den Angaben des verantwortlichen [Architekt X], [...], gab Bezzola Denoth für das [Bauprojekt 1] mit einer Gesamtsumme (inkl. MWST) von CHF [...] ein, Martinelli mit einer Summe von CHF [...] und Hartmann mit einer Summe von CHF [...]. Die eingereichten Offerten ergeben folgendes Bild:

	Offertsumme per E-Mail (inkl. MWST) in CHF	Eingereichte Offertsumme (inkl. MWST) in CHF <sup>77</sup>
[Unternehmen Q] (nicht Partei)	Datei nicht lesbar	[...]
Hartmann	[...]	[...]
Martinelli	[...]	[...]

84. Somit reichten Martinelli (verbindliches Angebot) und Hartmann (unverbindliches Angebot) Eingaben ein, welche überschlagsmässig den in den E-Mails vom [...] von Bezzola Denoth genannten Summen entsprechen. Mit anderen Worten hielten sie sich an die getroffenen Abmachungen.

85. Weiter ist erstellt, dass sich Bezzola Denoth und Martinelli in Bezug auf das [Bauprojekt 1] nicht konkurrenzten. Hartmann gab eine „Richtofferte“ in vereinbarter Höhe ein. Insofern unterbreitete sie der Bauherrschaft kein Angebot, das die Interessen von Bezzola Denoth hätte beeinträchtigen können. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Bezzola Denoth erhielt schliesslich den Zuschlag. Mit dem Verhalten von Hartmann und Bezzola Denoth wurde der Zweck von „Richtofferten“, der Bauherrschaft ein neutrales unverbindliches Angebot zu unterbreiten, das als Vergleich und zur Einschätzung der restlichen Angebote dienen soll, unterwandert (vgl. Rz 109 ff.). Die unverbindliche Offerte von Hartmann stellte eine verfälschte „Richtofferte“ dar. Die Bauherrschaft wurde im Ergebnis durch das Verhalten von Hartmann getäuscht.

---

<sup>77</sup> Act. 18 (22-0464).

## B.5 Beweisergebnis

86. Nach dem Gesagten ist bewiesen, dass Bezzola Denoth und Martinelli den übereinstimmenden Willen geäußert haben, ihre Angebote beim [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollte Martinelli eine höhere Offerte einreichen als Bezzola Denoth. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist bewiesen, dass Martinelli in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – eine Offerte einreichte, die über der Eingabesumme von Bezzola Denoth lag.

87. In Bezug auf Hartmann ist dagegen nicht erstellt, dass sie der Bauherrschaft ein verbindliches Angebot unterbreitete, sie also als Anbieterin von Bauleistungen in der Ausschreibung teilnahm. Daher konnte zwischen Bezzola Denoth und Hartmann auch kein Konsens darüber zustande gekommen sein, ihre verbindlichen Angebote zu koordinieren. Allerdings ist erwiesen, dass zwischen Bezzola Denoth und Hartmann ein Konsens darüber zustande gekommen ist, dass Hartmann der Bauherrschaft eine („Richt“-)Offerte einreicht, die in Bezug auf die Eingabesumme in der Grössenordnung der vorkalkulierten Offerte von Bezzola Denoth entspricht. Damit beabsichtigten sie, dass Hartmann der Bauherrschaft kein Angebot unterbreitet, das die Interessen von Bezzola Denoth beeinträchtigen könnte. Hartmann gab in der Folge eine „Richtofferte“ in vereinbarter Höhe ein. Insofern unterbreitete sie der Bauherrschaft tatsächlich kein Angebot, das den Interessen von Bezzola Denoth hätte zuwiderlaufen können und täuschte die Bauherrschaft mit einer verfälschten „Richtofferte“.

88. Nicht erstellt ist, welche Partei die Initiative zur Angebotskoordination ergriffen hat. Demgegenüber ist unter dem Gesichtspunkt der Organisation der Verhaltensabstimmung erwiesen, dass Bezzola Denoth die E-Mails vom [...] samt vorkalkulierter Offerten an Martinelli und Hartmann verschickt hat. Der Zuschlag wurde Bezzola Denoth erteilt.

## C Erwägungen

### C.1 Geltungsbereich

#### C.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

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

#### C.1.2 Verfügungsadressatinnen

90. Adressatinnen einer wettbewerbsrechtlichen Verfügung können diejenigen natürlichen oder juristischen Personen sein, welche die Unternehmung betreiben bzw. deren Rechtsträgerinnen sie sind.<sup>78</sup>

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

- Bezzola Denoth AG, Scuol
- D. Martinelli AG, St. Moritz
- Nicol. Hartmann & Cie. AG, St. Moritz

---

<sup>78</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 27 ff., 67, *ADSL II*.

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

92. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG).

93. Ob die Parteien eine Wettbewerbsabrede getroffen haben, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung noch im Einzelnen zu prüfen sein (vgl. dazu Rz 116). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und an dieser Stelle auf deren Wiedergabe verzichtet.

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

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

## **C.2 Vorbehaltene Vorschriften**

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

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

## **C.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede**

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

98. Im Folgenden ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt (vgl. Rz 99 ff.). Ist dies zu bejahen, ist in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig ist (vgl. Rz 129 ff.).

### **C.3.1 Wettbewerbsabrede**

99. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine formelle vertragliche Grundlage ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,<sup>79</sup> wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden<sup>80</sup>.

100. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor, wenn erstens ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und

---

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

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

zweitens ein Bezwecken oder ein Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung durch die Abrede gegeben sind.<sup>81</sup> Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen.

### C.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

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

102. Beweismässig ist erstellt, dass Bezzola Denoth und Martinelli den übereinstimmenden, wirklichen Willen geäussert haben, ihr Angebote beim [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollte Martinelli zu einem höheren Preis offerieren als Bezzola Denoth (Rz 86). Im Verhältnis zwischen Bezzola Denoth und Hartmann ist erstellt, dass zwischen ihnen ein Konsens darüber zustande gekommen ist, dass Hartmann der Bauherrschaft eine („Richt“-)Offerte einreicht, die in Bezug auf die Eingabesumme in der Grössenordnung der vorkalkulierten Offerte von Bezzola Denoth entspricht.

103. Damit ist sowohl im Verhältnis zwischen Bezzola Denoth und Martinelli als auch im Verhältnis zwischen Bezzola Denoth und Hartmann das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt.

104. Beizufügen ist, dass eine solche Angebotskoordination zwischen Bezzola Denoth und Martinelli im Einklang mit der Rechtsprechung der Wettbewerbsbehörden als „Schutz“ verstanden werden kann. „Schutz“ bedeutet dabei, dass Unternehmen in Bezug auf ein Bauprojekt vor der Eingabe ihrer Offerten gemeinsam festlegen, welches Unternehmen unter ihnen den Zuschlag erhalten soll. Das dadurch begünstigte Unternehmen erhält bei der Bewerbung um das Projekt „Schutz“ von den anderen Unternehmen. Die Umsetzung der Schutzfestlegung erfolgt in der Regel dadurch, dass sich diejenigen Unternehmen, welche Schutz versprochen haben, dazu bereit erklären, Offerten mit höheren Eingabesummen, sogenannte Stützofferten, einzureichen oder bewusst auf eine Offerteingabe zu verzichten.<sup>82</sup> Auch im vorliegenden Fall lassen sich die Rollen der Beteiligten so zuordnen. Konkret war Bezzola Denoth die Rolle der Schutznehmerin zugeordnet, während Martinelli diejenige der Schutzgeberin innehatte. Hartmann schützte durch ihre verfälschte „Richtofferte“ Bezzola Denoth.

### C.3.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

105. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG „eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.<sup>83</sup> Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.<sup>84</sup> Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext verdeutlicht – alternativ voraus, nicht kumulativ.<sup>85</sup>

106. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen *„die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“*.<sup>86</sup> Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine

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

<sup>82</sup> Zum Ganzen RPW 2012/2, 273 Rz 6, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2013/4, 527 Rz 6, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2015/2 201 Rz 6, *Tunnelreinigung*.

<sup>83</sup> RPW 2013/4, 560 Rz 178, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>84</sup> Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

<sup>85</sup> Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, *BMW*.

<sup>86</sup> RPW 2013/4, 560 Rz 180, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.<sup>87</sup>

107. Diese Kriterien sind in Bezug auf die Abrede zwischen Bezzola Denoth und Martinelli einerseits und die Abrede zwischen Bezzola Denoth und Hartmann andererseits differenziert zu betrachten.

108. Die Abrede zwischen Bezzola Denoth und Martinelli beinhaltete, ihre Angebote in Bezug auf [Bauprojekt 1] zu koordinieren (Rz 57 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 57 f.). Somit war die vorliegende Abrede nicht nur (objektiv) geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, sondern es bestand auch eine dahingehende Absicht der Abredeteilnehmer. Damit liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

109. Die Abrede zwischen Bezzola Denoth und Hartmann zielte darauf, die Höhe der „Richtofferte“ von Hartmann abzustimmen. Zunächst ist daher die Natur einer „Richtofferte“ zu klären.

110. Unter einer „Richtofferte“ versteht man in der Baubranche eine unverbindliche Offerte, die dem Bauherrn erlauben soll, die Kosten bzw. Marktpreise der von ihm nachgefragten Bauleistungen einschätzen zu können. Die Unverbindlichkeit der „Richtofferte“ impliziert, dass der Bauherr das entsprechende Angebot nicht annehmen kann. Es kann also zwischen dem Unternehmen, das eine „Richtofferte“ unterbreitet, und dem Bauherrn kein Werkvertrag über Bauleistungen zustande kommen, jedenfalls nicht unmittelbar durch Erklärung der Annahme des Angebots. Das Unternehmen, das eine „Richtofferte“ erstellt, nimmt an der Ausschreibung nicht als Anbieter von Bauleistungen teil. Vielmehr nimmt es gegenüber dem Bauherrn eine Art „Gutachterrolle“ wahr. Es soll im Rahmen der „Richtofferte“ eine Einschätzung betreffend Marktpreis der nachgefragten Bauleistungen abgeben. Eine solche „Richtofferte“ braucht nicht zwingend von einem Bauunternehmen erstellt zu werden. Auch Ingenieure, Architekten oder andere fachkundige Personen können vom Bauherrn – entgeltlich oder unentgeltlich – zur Unterbreitung einer „Richtofferte“ beigezogen werden.

111. Das Unternehmen, das im Rahmen der „Richtofferte“ eine Preisschätzung abgibt, hat typischerweise unabhängig von den Teilnehmern der Ausschreibung, d.h. von den Bauunternehmen, die das Projekt ausführen wollen, zu handeln. Dies ergibt sich aus der Natur der „Richtofferte“. Das Unternehmen, das zur Richtoffertstellung beigezogen wird, soll ein uneinflusstes „Gutachten“ erstellen. Nur dann kann die „Richtofferte“ ihre Funktion der Preisüberprüfung erfüllen.

112. Vorliegend hat Hartmann die Höhe der „Richtofferte“ mit Bezzola Denoth abgestimmt (vgl. Rz 69 f.). Darüber wurde die Bauherrschaft nicht in Kenntnis gesetzt, ebenso wenig die Bauleitung und der Architekt, was im Übrigen von Hartmann auch nicht behauptet worden ist. Nicht beurteilt zu werden braucht die Frage, ob und inwiefern dieses Vorgehen unter privatrechtlichen Gesichtspunkten verwerflich bzw. unzulässig ist. Relevant ist aber, dass eine „Richtofferte“ geeignet ist, das Ergebnis einer Ausschreibung eines Bauprojekts zu beeinflussen. Fällt eine „Richtofferte“ etwa deutlich tiefer aus als die eingereichten (verbindlichen) Angebote, vermag dies die Verhandlungsposition des Bauherrn zu stärken. Allenfalls sieht er sich in einer solchen Konstellation zudem veranlasst, weitere Anbieterinnen zur Abgabe einer Offerte einzuladen oder im Extremfall die Ausschreibung abubrechen. Dagegen ist anzunehmen, dass eine hohe „Richtofferte“ die Verhandlungsposition der Anbieterinnen der Bauleistungen stärkt, insbesondere dasjenige Unternehmen, welches in der ersten Angebotsrunde das tiefste Angebot eingereicht hat. Aus diesen Gründen ist zu schliessen, dass die Verfälschung einer „Richtofferte“ den Wettbewerb zu beeinträchtigen vermag.

---

<sup>87</sup> Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

113. Indem sich Hartmann und Bezzola Denoth vorliegend in Bezug auf die Höhe der „Richtofferte“ abstimmten, trafen sie eine Abrede über einen im Wettbewerb relevanten Aspekt. Der konkrete Abredeinhalt war somit in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Dass sie mit ihrem Verhalten eine Wettbewerbsbeschränkung herbeiführen könnten, war ihnen zudem bewusst. Ihr Zusammenwirken beruhte auf der gemeinsamen Absicht, durch die Abstimmung der „Richtofferte“ die Interessen von Bezzola Denoth in der strittigen Ausschreibung zu wahren (vgl. Rz 72 hiervor). Damit liegt auch im Verhältnis zwischen Bezzola Denoth und Hartmann eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

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

114. Bezzola Denoth und Martinelli sind als Unternehmen auf derselben Marktstufe tätig und waren als solche Konkurrentinnen hinsichtlich der Vergabe des [Bauprojekts 1]. Die Abrede zwischen ihnen ist somit horizontaler Natur.

115. Anders verhält es sich bezüglich Bezzola Denoth und Hartmann. Bezzola Denoth nahm an der Ausschreibung [Bauprojekt 1] als Anbieterin von Bauleistungen teil, während Hartmann gegenüber der Bauherrschaft eine Funktion vergleichbar mit einer „Gutachterin“ wahrnahm. Damit fehlte es zwischen ihnen in Bezug auf die konkrete Ausschreibung an einem Konkurrenzverhältnis. Für die Beurteilung als Wettbewerbsabrede ist dies aber irrelevant. Die Bestimmung von Art. 4 Abs. 1 KG ist so formuliert, dass sie alle Arten von Abreden erfasst, unabhängig davon ob sich die daran beteiligten Unternehmen auf derselben oder verschiedenen Marktstufen befinden. Erforderlich ist nur, dass sie überhaupt auf einem Markt tätig sind. Dadurch sind neben horizontalen und vertikalen Abreden auch sonstige Abreden unter Art. 4 Abs. 1 KG zu subsumieren, bei denen die Unternehmen weder auf dem gleichen Markt noch auf vor- oder nachgelagerten Märkten tätig sind (etwa konglomerate Abreden).<sup>88</sup>

### **C.3.1.4 Zwischenergebnis**

116. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Bezzola Denoth und Martinelli sowie Bezzola Denoth und Hartmann in Bezug auf das [Bauprojekt 1] durch ihr bewusstes und gewolltes Zusammenwirken je eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG getroffen haben. Im Folgenden ist zu prüfen, ob diese Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig sind.

## **C.3.2 Qualifikation der Wettbewerbsabreden**

117. 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.

118. Gegenstand der vorliegenden Wettbewerbsabrede zwischen Bezzola Denoth und Martinelli ist die Preisfestsetzung der Angebote und gleichzeitig die Steuerung der Zuschlagserteilung, womit eine Aufteilung des Auftrags und damit der Geschäftspartner unter den Abredeteilnehmenden erfolgt. Dabei handelt es sich um die beiden typischerweise, regelmässig auch in Kombination anzutreffenden Abredegegenstände von sogenannten Submissionsabreden. Die vorliegende Submissionsabrede ist sowohl unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a als auch Bst. c KG zu

---

<sup>88</sup> RPW 2012/1, 102 f. Rz 155 f., *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*; vgl. auch Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24.11.2016, Ziff. 299.

subsumieren.<sup>89</sup> Sie fällt somit unter die Aufzählung in Art. 5 Abs. 3 KG. Damit greift die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. Im Folgenden wird zu prüfen sein, ob sich diese Vermutung widerlegen lässt (Rz 129 ff. hiernach).

119. Hingegen erfüllt die Wettbewerbsabrede zwischen Bezzola Denoth und Hartmann betreffend die Abstimmung einer „Richtofferte“ den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG nicht. Wie dargelegt worden ist, nahm Hartmann an der strittigen Ausschreibung nicht als Anbieterin von Bauleistungen teil. Sie stand daher in diesem konkreten Fall in Bezug auf die Projektvergabe nicht in einem Konkurrenzverhältnis zu Bezzola Denoth. Offen gelassen werden kann vorliegend die Frage, ob die Abrede über eine „Richtofferte“ als Preisabrede zu qualifizieren wäre. Die Zulässigkeit der Wettbewerbsabrede zwischen Bezzola Denoth und Hartmann ist daher einzig unter dem Gesichtspunkt von Art. 5 Abs. 1 KG zu prüfen (vgl. Rz 139 ff.).

### C.3.3 Relevanter Markt

120. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.<sup>90</sup> Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.<sup>91</sup>

121. Bei dieser Abgrenzung sind Sinn und Zweck der Marktabgrenzung zu berücksichtigen. Diese liegen weniger darin, eine allgemeingültige Marktdefinition für einen Wirtschaftsbereich zu schaffen, als vielmehr darin, die (ökonomischen) Wirkungen einer konkret untersuchten Wettbewerbsbeschränkung zu beurteilen.<sup>92</sup> Zudem ist die Bestimmung des relevanten Marktes für die Höhe der Sanktion von Bedeutung (siehe unten Rz 160 ff.). Daraus folgt zwingend, dass die Marktabgrenzung davon abhängig ist, welche (mögliche) Wettbewerbsbeschränkung konkret untersucht wird.

#### C.3.3.1 Marktgegenseite

122. 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.<sup>93</sup> Untersuchen die Wettbewerbsbehörden z. B. die Wirkungen einer Wettbewerbsabrede, so sind diejenigen Personen als Marktgegenseite zu betrachten, welche die Güter oder Dienstleistungen beziehen, auf die sich die Abrede bezieht.

123. Für den vorliegenden Fall war die Bauherrin, die [...], welche das [Bauprojekt 1] bzw. die „Richtofferte“ nachgefragt hat, Marktgegenseite der Parteien.

---

<sup>89</sup> RPW 2013/4, 592 ff. Rz 820., *Wettbewerbsabreden im Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* m.w.H.

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

<sup>91</sup> BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>92</sup> Exemplarisch OECD, Market Definition, DAF/COMP(2012)19, S. 11; RAINER TRAUOGOTT, Zur Abgrenzung von Märkten, WuW 1998, 929–939, 929; TILL STEINVORTH, Probleme der geografischen Markt-abgrenzung, WuW 10/2014, S. 924–937; vgl. auch ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz 532; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 2 KG N 94; MARCEL MEINHARDT/ASTRID WASER/JUDITH BISCHOF, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 10 KG N 40.

<sup>93</sup> Vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 269, *ADSL II*; RETO HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich 2005, Rz 281.

### C.3.3.2 Sachlich und räumlich relevanter Markt

124. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU<sup>94</sup>, der hier analog anzuwenden ist).<sup>95</sup>

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

126. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).<sup>96</sup>

127. Das vorliegende Bauprojekt war 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.

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

### C.3.4 Abrede zwischen Bezzola Denoth und Martinelli: Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

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

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

131. Im vorliegend zu beurteilenden Projekt wurden die entsprechenden Arbeiten durch eine private Bauherrschaft vergeben. Aussenwettbewerb (aktueller wie auch potenzieller) konnte damit ausschliesslich durch allfällige zur Offertabgabe eingeladene bzw. angefragte Bauunternehmen, die sich nicht gleichzeitig an der Abrede beteiligten, entstehen. Das einzige Unternehmen, von welchem damit überhaupt Aussenwettbewerb ausgehen konnte, ist durch das offerierende Unternehmen [...] identifiziert. Insbesondere waren die Abredeteilnehmer nicht mit Konkurrenzdruck von [Unternehmen Q], die ebenfalls offerierte, konfrontiert. Wie die E-Mail von Bezzola Denoth an [Unternehmen Q] vom [...] (Rz 40) sowie die Aussagen von Bezzola Denoth zeigen, liess sich auch [Unternehmen Q] auf eine Angebotskoordination mit Bezzola Denoth ein.

---

<sup>94</sup> Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

<sup>95</sup> BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>96</sup> BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

132. Die vorliegende Abrede war erfolgreich, da das zu schützende Unternehmen Bezzola Denoth den Zuschlag wie vereinbart erhielt. Somit liegt bezüglich der vorliegend ausgeschriebenen Bauleistungen kein ausreichender Aussenwettbewerb vor, der die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt.<sup>97</sup> Martinelli hielt sich an die Abrede, indem sie beim [Bauprojekt 1] eine höhere Offerte einreichte als Bezzola Denoth (Rz 83 ff.). Somit bestand auch kein Innenwettbewerb.

133. Nach dem Gesagten kann die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nicht widerlegt werden. Es handelt sich somit bei der Abrede zwischen Bezzola Denoth und Martinelli um eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG.

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

135. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts, u.a. im Fall Gaba, ist das Kriterium der Erheblichkeit in Art. 5 Abs. 1 KG als Bagatellklausel zu verstehen. Schon ein geringes Mass ist ausreichend, um als erheblich qualifiziert zu werden.<sup>98</sup> Das Gericht stellte sodann klar, dass die Frage der Erheblichkeit bei Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich nur unter dem Gesichtspunkt qualitativer Elemente zu würdigen ist. In der Regel sind solche Wettbewerbsabreden bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich.<sup>99</sup> Quantitative Aspekte sind hierbei nicht zu prüfen. Schliesslich ist nicht erforderlich, dass sich die betreffenden Abreden tatsächlich negativ auf den Wettbewerb ausgewirkt haben. Es genügt, dass sie den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.<sup>100</sup>

136. Der vorliegenden Wettbewerbsabrede war ein nicht unbedeutendes Schädigungspotenzial immanent. Als horizontale Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG; vgl. Rz 118) 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.

137. Die Bagatellschwelle ist – bezogen auf den relevanten Markt (Rz 120 ff. hiervor) – bei weitem überschritten. Das Kriterium der Erheblichkeit ist somit gegeben.

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

### **C.3.5 Abrede zwischen Bezzola Denoth und Hartmann: Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs**

139. Wie erörtert worden ist, ist die Wettbewerbsabrede zwischen Bezzola Denoth und Hartmann unter die Bestimmung von Art. 5 Abs. 1 KG zu subsumieren (Rz 119). Bei solchen Abreden greift die gesetzliche Vermutung, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt wird, nicht. Wie dargelegt worden ist, war Bezzola Denoth bei der Ausschreibung des [Bauprojekts 1] nur

<sup>97</sup> Vgl. dazu auch RPW 2013/4, 596 Rz 852 f., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>98</sup> BGE 143 II 297, RPW 2017/2, 349 E. 5.1, *GABA*; bestätigt in Urteil des BGer 2C\_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, *BMW*.

<sup>99</sup> BGE 143 II 297, RPW 2017/2, 350 E. 5.2, *GABA*; bestätigt in Urteil des BGer 2C\_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, *BMW*; Urteil des BGer 2C\_1017/2014 vom 9.10.2017, E. 3.1, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BGer 2C\_1016/2014 vom 9.10.2017, E. 1, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*.

<sup>100</sup> BGE 143 II 297, RPW 2017/2, RPW 2017/2, 353 E. 5.4.2, *GABA*; bestätigt in Urteil des BGer 2C\_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.2, *BMW*.

mit schwachem Konkurrenzdruck konfrontiert (vgl. Rz 131 f.). Vor diesem Hintergrund spricht vieles dafür, dass auch in Bezug auf die Abrede zwischen Bezzola Denoth und Hartmann von einer Wettbewerbsbeseitigung auszugehen ist. Dies kann vorliegend aber offen gelassen werden. Wie zu zeigen ist, hatte die Abrede eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung zur Folge (Rz 140 ff.) und die Abrede lässt sich nicht aus Effizienzgründen rechtfertigen (Rz 147 f.).

140. Die Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeeinträchtigung durch Wettbewerbsabreden ist anhand qualitativer und quantitativer Kriterien zu prüfen. Der Beurteilungsmechanismus für die Feststellung der Gesamterheblichkeit bestimmt sich grundsätzlich aufgrund einer Gesamtschau von qualitativer und quantitativer Erheblichkeit. Danach ist es nicht erforderlich, dass beide Komponenten im Sinne einer doppelten Erfüllung je für sich betrachtet als erheblich zu qualifizieren sind. Vielmehr reicht es aus, dass bei einer Gesamtwürdigung der qualitativen und quantitativen Einwirkung insgesamt die Schwelle zur Erheblichkeit überschritten wird. Dabei kann eines der beiden Kriterien solch einen schwerwiegenden nachteiligen Eingriff darstellen und damit für die Gesamtbeurteilung eine derartige Bedeutung erlangen, dass das andere Kriterium selbst nur geringfügig ausgeprägt sein muss.<sup>101</sup> Unter qualitativen Aspekten ist zu beurteilen, welche Wettbewerbsparameter durch die Abrede betroffen sind, um anschliessend deren Bedeutung im relevanten Markt zu ermitteln (vgl. Rz 141). In quantitativer Hinsicht sind die aktuelle und potenzielle Konkurrenz sowie in der Regel die Stellung der Marktgegenseite zu analysieren (vgl. Rz 142 ff.).<sup>102</sup>

#### **C.3.5.1 Qualitative Kriterien**

141. Vorliegend ist erwiesen, dass Bezzola Denoth und Hartmann die Höhe der „Richtofferte“ von Hartmann abgestimmt haben. Offen gelassen werden kann die Frage, ob es sich hierbei um eine Abrede über den Preis handelt. Fest steht, dass eine „Richtofferte“ das Ergebnis einer Ausschreibung zu beeinflussen vermag. Beispielsweise kann der Bauherr eine tiefe „Richtofferte“ dazu verwenden, den Preis für die Bauleistungen in den Abgebotsrunden nach unten zu drücken. Weiter kann sich der Bauherr aufgrund der „Richtofferte“ veranlasst sehen, weitere Unternehmen zur Abgabe eines Angebots einzuladen. Schliesslich kann ein zu grosser Unterschied zwischen „Richtofferte“ und den eingereichten Angeboten gar zum Abbruch der Submission führen.<sup>103</sup> Vor diesem Hintergrund ist das Schädigungspotenzial der Abrede zwischen Bezzola Denoth und Hartmann, die zur Verfälschung der „Richtofferte“ führte, als gross zu werten. Die qualitativen Gesichtspunkte sprechen somit dafür, dass das Kriterium der Erheblichkeit gegeben ist.

#### **C.3.5.2 Quantitative Kriterien**

142. Angesichts der Schwere der Wettbewerbsbeeinträchtigung in qualitativer Hinsicht, die derjenigen einer Vermutungsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG gleicht, genügt vorliegend für die Bejahung der Erheblichkeit eine minimale Einwirkung auf den Wettbewerb.<sup>104</sup> Noch nicht geklärt ist die Frage, ob die Gesamtbetrachtung bei einer – in qualitativer Hinsicht – solch schwerwiegender Abrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG überhaupt auch unter quantitativen Aspekten zu erfolgen hat oder ob die fehlende Notwendigkeit der Prüfung unter quantitativen Kriterien einzig auf die Vermutungsabreden des Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beschränkt ist. Dies kann

---

<sup>101</sup> BGE 143 II 297, RPW 2017/2, 349 E. 5.2.2, *GABA*; RPW 2016/4, 1140 Rz 348, Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24.11.2016, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

<sup>102</sup> RPW 2005/2, 263 Rz 72, *Swico/Sens*; RPW 2009/2, 150 Rz 64, 153 Rz 75 *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/1, 103 Rz 301 f.; RPW 2010/4, 679 Rz 232, *Hors-Liste Medikamente*; vgl. auch ANDREA GRABER, Die neue Vertikalbekanntmachung 2010 der WEKO, Jusletter vom 23. August 2010, Rz 13.

<sup>103</sup> RPW 2009/4, 339 Rz 2, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

<sup>104</sup> RPW 2016/4, 1147 Rz 400, Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24.11.2016, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

vorliegend aber offen gelassen werden, zumal bei der zu beurteilenden Abrede – wie im Folgenden gezeigt wird – auch die quantitativen Aspekte bedeutsam waren.

143. Es steht vorliegend fest, dass nur von [...] tatsächlicher Aussenwettbewerb ausgehen konnte. Wie gezeigt worden ist, liess sich – neben Martinelli und Hartmann – auch [Unternehmen Q] auf eine Verhaltensabstimmung mit Bezzola Denoth ein (vgl. Rz 131). Somit ist der aktuelle Aussenwettbewerb als schwach zu werten.

144. Potenzielle Aussenwettbewerber können in den Markt eindringen, wenn die Bauherrin weitere Offerten einholt. Gemäss [Architekt X] seien alle Grossunternehmen im Unterengadin für dieses Projekt angefragt worden (Rz 50). Aufgrund der Termine seien nur Grossunternehmen in der Lage gewesen, dieses Projekt auszuführen. Das heisst, dass wenig wahrscheinlich ist, dass weitere Bauunternehmen in den Markt hätten eindringen können. Somit war auch der potenzielle Aussenwettbewerb schwach.

145. Damit sprechen auch die quantitativen Aspekte dafür, dass das Kriterium der Erheblichkeit gegeben ist.

### **C.3.5.3 Ergebnis**

146. Dies führt dazu, dass das Ergebnis der Gesamtwürdigung der qualitativen und quantitativen Kriterien eindeutig ausfällt: Die Erheblichkeit der Wettbewerbsabrede zwischen Bezzola Denoth und Hartmann ist zu bejahen.

### **C.3.5.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen**

147. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

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

148. Rechtfertigungsgründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) sind bei der Wettbewerbsabrede zwischen Bezzola Denoth und Hartmann nicht ersichtlich und wurden von den Parteien auch nicht vorgebracht. Die Wettbewerbsabrede zwischen ihnen stellt daher eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG dar.

## **C.4 Massnahmen**

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

149. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmten Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.<sup>105</sup>

---

<sup>105</sup> RPW 2013/4, 643 Rz 1028 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2015/2, 235 Rz 266 ff., *Tunnelreinigung*.

150. Die Unternehmen Bezzola Denoth, Martinelli und Hartmann 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.

151. Insbesondere wird den genannten Unternehmen untersagt:

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

152. 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.

153. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die genannten Massnahmen können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.<sup>106</sup>

## **C.4.2 Sanktionierung**

154. 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**

155. Bezzola Denoth und Martinelli erfüllen vorliegend den Unternehmensbegriff nach Art. 2 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> KG. Bezzola Denoth AG und Martinelli haben durch den Verstoss gegen Art. 5 Abs. 1 i.V.m. 3 KG eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG begangen. Anders verhält es sich für Hartmann. Sie hat sich an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG beteiligt, die nicht unter Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG zu subsumieren ist. Ein solcher Verstoss kann nicht sanktioniert werden.

156. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für Bezzola Denoth und Martinelli handelten und die kartellrechtswidrige Submissionsabsprache trafen, taten dies vorsätzlich oder nahmen deren wettbewerbsbeseitigende Wirkung zumindest in Kauf, handelten diesbezüglich

<sup>106</sup> Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

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**

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

158. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit<sup>107</sup> und der Gleichbehandlung begrenzt wird.<sup>108</sup> Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall, wobei die Geldbusse für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.<sup>109</sup>

#### **a) Basisbetrag**

159. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.).

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

161. Hingegen erzielte Martinelli keinen Umsatz, da ihr die Rolle der Schutzgeberin zugeacht war. Art. 49a Abs. 1 KG sieht eine Sanktionierung von Unternehmen vor, welche sich an einer Abrede beteiligt haben. Das Entfallen der Belastung ist auf Gesetzesstufe nur aus den in Art. 49a Abs. 3 KG abschliessend aufgeführten Gründen vorgesehen. Eine rein auf der Basis des eigenen Umsatzes zu bemessende Sanktion würde bei Abredeteiligen, deren Schutznahme erfolglos blieb oder die durch eine Stützofferte den designierten Zuschlagsempfänger schützen sollten, aufgrund fehlenden Umsatzes zu einer Nicht-Sanktionierung führen, die in Art. 49a KG nicht vorgesehen ist. Dieses Ergebnis entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Regelung von Art. 3 SVKG und kann vom Ordnungsgeber nicht gewollt gewesen sein.

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

---

<sup>107</sup> Art. 2 Abs. 2 SVKG.

<sup>108</sup> RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

<sup>109</sup> RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

163. Vorliegend wird als Basisumsatz die Offertsumme von Bezzola Denoth exklusive Mehrwertsteuer in Höhe von CHF [...] herangezogen (vgl. Rz 51). Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

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

165. Bezzola Denoth als Schutznehmerin sowie Martinelli als schützendes Unternehmen beteiligten sich an einer Abrede, welche den Preis sowie die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Dabei handelten sie vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotenzial von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend sind zudem gleichzeitig mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen. Zudem wurde der Wettbewerb durch die Abrede beseitigt.

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

167. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für Bezzola Denoth als erfolgreiche Schutznehmerin der Submissionsabrede ein Basisbetrag von 10 Prozent des erzielten Umsatzes als angemessen, d.h. CHF [...].

168. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für Martinelli als „schützendes“ Unternehmen bei erfolgreicher Schutzgabe ein Basisbetrag von CHF [...] als angemessen.

## **b) Dauer des Verstosses**

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

170. 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 nicht zu erhöhen.

## **c) Erschwerende Umstände**

171. 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*

172. Unternehmen nehmen eine anstiftende Rolle ein, wenn sie andere Unternehmen dazu veranlassen, eine Wettbewerbsbeschränkung zu begehen bzw. sich daran zu beteiligen. Als Mittel kommt in Analogie zu den strafrechtlichen Kriterien der Anstiftung (vgl. Art. 24 StGB)

grundsätzlich jedes motivierende Verhalten in Frage. Zu denken ist etwa an einen Vorschlag, eine konkludente Aufforderung oder eine motivierende Einladung (allenfalls unter Inaussichtstellen von Anreizen oder Drohungen).<sup>110</sup>

173. Vorliegend ist nicht erstellt (vgl. Rz 74 ff.), 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*

174. Eine führende Rolle bei horizontalen Abreden liegt vor, wenn ein Unternehmen im konkret zu beurteilenden Einzelfall in besonderem Masse zur Beschränkung des Wettbewerbs bzw. zum KG-Verstoss beigetragen hat. Zentral für die Beurteilung einer führenden Rolle sind zum einen die konkreten Beiträge eines Unternehmens zur Vorbereitung, Organisation, Durchführung und Umsetzung der Wettbewerbsbeschränkung und zum anderen die Interessenslage der beteiligten Unternehmen. Nimmt ein Unternehmen bei der Organisation oder Umsetzung eine besonders tragende Rolle ein und dient eine Wettbewerbsbeschränkung einem Unternehmen in besonderem Masse, ist dies als Anzeichen seiner führenden Rolle zu werten.<sup>111</sup>

175. Da der Verordnungsgeber die führende Rolle nicht definiert hat und die Anzahl diesbezüglicher Entscheide der WEKO bis anhin gering ausfällt, ist rechtsvergleichend die Praxis der EU-Kommission heranzuziehen. Auch die EU-Kommission beachtet bei der Berechnung der Sanktionshöhe die Rolle des Anführers als erschwerenden Umstand.<sup>112</sup> Rechtsvergleichend sei daher auf die entsprechende Praxis der EU-Gerichte hingewiesen. Demnach muss ein Unternehmen, um als Anführer eines Kartells eingestuft zu werden, eine wichtige Antriebskraft für das Kartell gewesen sein<sup>113</sup> oder eine besondere, konkrete Verantwortung für dessen Funktionieren getragen haben.<sup>114</sup> Darauf kann auch aus einer Gesamtheit von Indizien geschlossen werden, die das Bestreben des Unternehmens zeigen, die Stabilität und den Erfolg des Kartells zu sichern.<sup>115</sup> Ein solcher Fall liegt etwa vor, wenn nachgewiesen ist, dass das Unternehmen im Kartell die Aufgaben eines Koordinators übernommen und namentlich das mit der konkreten Durchführung des Kartells betraute Sekretariat organisiert und mit Personal ausgestattet hatte.<sup>116</sup> Oder wenn erwiesen ist, dass das betroffene Unternehmen im Rahmen der konkreten Betätigung des Kartells eine zentrale Rolle etwa dadurch spielte, dass es zahlreiche Treffen organisierte, die Informationen innerhalb des Kartells entgegennahm und verteilte, die Vertretung einiger Mitglieder im Kartell übernahm oder die meisten Vorschläge zur Arbeitsweise des Kartells machte.<sup>117</sup> Hierbei handelt es sich aber nicht um einen abschliessenden

<sup>110</sup> RPW 2016/3, 751 Rz 224, *Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör*; CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a N 76.

<sup>111</sup> Vgl. dazu RPW 2016/3, 710 Rz 399 f., *Flügel und Klaviere* (noch nicht rechtskräftig); RPW 2016/3, 751 Rz 224, *Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör*; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 110), Art. 49a N 78; ROBERT ROTH/CHRISTIAN BOVET, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Tercier/Bovet (Hrsg.), 2013, Art. 49a KG N 52.

<sup>112</sup> Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. C 210/2, 4 Rz 28.

<sup>113</sup> EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.* unter Verweis auf EuG T-410/03, Slg. 2008, II-881 Rz 423, *Hoechst/Kommission*; EuG, T-15/02 Slg. 2006, II-497 Rz 93, *BASF/Kommission*.

<sup>114</sup> EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.*, EuG, T-15/02 Slg. 2006, II-497 Rz 87, *BASF/Kommission*.

<sup>115</sup> EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.*; EuG, T-15/02 Slg. 2006, II-497 Rz 351 *BASF/Kommission*.

<sup>116</sup> EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.*; EuG T-224/00, Slg. 2003, II-2597, Rz 246 und 247, *Archer Daniels Midland*.

<sup>117</sup> Vgl. in diesem Sinne EuGH verb. Rs. 96/82 bis 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 und 110/82, *IAZ International Belgium et al.*, Slg. 1983, 3369, Rz. 57 f.; EuG, T-15/02 Slg. 2006, II-497 Rz 404, 439

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.

176. Vorliegend steht fest, dass Bezzola Denoth die E-Mail vom [...] inkl. kalkulierter Datei an Martinelli zusandte. Darin gab sie ihr an, welchen Preis sie der Bauherrschaft offerieren sollte (vgl. Rz 38 ff. hiervor). Diese Angabe der Höhe der Schutzofferte ist nicht als Tatbeitrag zu werten, der isoliert betrachtet zur Annahme einer führenden Rolle führt. Vielmehr liegt eine solche Handlung in der Natur einer einzelsubmissionsbezogenen preislichen Angebotskoordination.<sup>118</sup> In casu war der für Bezzola Denoth damit verbundene organisatorische und intellektuelle Aufwand nur gering. Eine tragende Rolle von Bezzola Denoth bei der Organisation sowie der Durchführung des Kartells liegt somit nicht vor. Zu würdigen ist sodann die Interessenlage der Beteiligten, wonach das Interesse von Bezzola Denoth an der Angebotskoordination als „Schutznehmerin“ grösser gewesen sein dürfte als dasjenige von Martinelli. 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.

177. 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**

178. Martinelli stritt den Sachverhalt anlässlich der Einvernahme vom 30. Oktober 2015 nicht ab und zeigte sich in Bezug auf das vorgeworfene Verhalten zunächst einsichtig. Allerdings stellte sie mit ihrer Stellungnahme vom 13. Juni 2017 das gesamte Beweisergebnis in Abrede, insbesondere den erwiesenen Konsens zwischen Bezzola Denoth und Martinelli betreffend die Angebotskoordination. Eine Sanktionsreduktion infolge kooperativen Verhaltens im Verfahren ist daher nicht angezeigt.

#### **C.4.2.2.2 Maximalsanktion**

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

---

und 461 *BASF/Kommission*; EuG verb. Rs. T-117/07 u. T-121/07, Slg. 2011, II-633 Rz 283, *Areva et al.*; RPW 2016/3, 710 Rz 402., *Flügel und Klaviere* (noch nicht rechtskräftig).

<sup>118</sup> Vgl. auch RPW 2013/4, 627 Rz 983, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

### C.4.2.2.3 Selbstanzeige – Vollständiger/teilweiser Erlass der Sanktion

#### Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion

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

#### Bezzola Denoth

181. 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 betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Unterengadin ein. Bezzola Denoth reichte zahlreiche Ergänzungen zu ihrer Selbstanzeige ein, insbesondere die Eingaben vom 4. Dezember 2012 und vom 1. Februar 2013, welche auch das vorliegende Bauobjekt in [...] betreffen. Somit ist Bezzola Denoth die erste Selbstanzeigerin in der vorliegenden Untersuchung 22-0433/22-0464 Engadin VII.

182. Bezzola Denoth zeigte kurz nach Untersuchungseröffnung das [Bauprojekt 1] als Wettbewerbsverstoss an. Sie reichte auch entscheidende Beweismittel (die zwei vorab erwähnten E-Mails vom [...]) ein und kooperierte auch sonst mit der Wettbewerbsbehörde. Bezzola Denoth legte während des Verfahrens unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die Abreden vor und erläuterte und präziserte diese den Wettbewerbsbehörden ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug.

183. 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 oder Hartmann zur Teilnahme am Wettbewerbsverstoss gezwungen hat. Wie gezeigt worden ist (vgl. Rz 174 ff.), sind die Voraussetzungen zur Annahme einer anstiftenden oder führenden Rolle von Bezzola Denoth im Zusammenhang mit dem vorliegenden Wettbewerbsverstoss nicht gegeben.<sup>119</sup> Damit ist ihr die Sanktion vollständig zu erlassen.

### C.4.2.3 Verhältnismässigkeitsprüfung

184. Schliesslich muss eine Sanktion als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen finanziell tragbar sein.<sup>120</sup> Die Höhe der Busse ist dahingehend zu begrenzen, dass die Sanktion weder die Wettbewerbs- noch die Existenzfähigkeit des betroffenen Unternehmens bedroht. Der Sanktionsbetrag muss zur finanziellen Leistungsfähigkeit des Unternehmens in einem angemessenen Verhältnis stehen.

185. [...].<sup>121</sup> [...].<sup>122</sup> [...]:

---

<sup>119</sup> Beispiel, in dem ein Unternehmen zur Teilnahme an einem Wettbewerbsverstoss gezwungen wurde: RPW 2009/2, 156 Rz 90 f., *Felco/Landi*. In diesem Fall übte Felco Druck auf Landi aus, damit diese die Preise erhöhen würde. Landi hatte nicht die Absicht, die Preise zu erhöhen, stimmte der Preiserhöhung jedoch zu, um weitere Produkte der Felco in ihrer Produktpalette behalten zu können.

<sup>120</sup> Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150, *Elektroinstallationsbetriebe Bern* m.w.H.

<sup>121</sup> Act. 52, Rz 62 ff. (22-0464).

<sup>122</sup> Act. 69 (22-0464).

186. [...] <sup>123</sup> [...].

187. [...]

188. [...].

### C.4.3 Ergebnis

189. 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 0
- Martinelli: CHF [...]

## D Kosten

190. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG<sup>124</sup> ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

191. 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.

192. Ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung einer horizontalen Wettbewerbsabrede Gegenstand eines Verfahrens, so gelten grundsätzlich alle an der Abrede Beteiligten gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens. Dementsprechend gestaltet sich die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, gemäss welcher – in Ermangelung besonderer Umstände, die das Ergebnis als stossend erscheinen liessen – eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten vorgenommen wurde. Insbesondere Gleichheits-, aber auch Praktikabilitätserwägungen, stehen dabei im Vordergrund.<sup>125</sup> Auch vorliegend werden die Gebühren den Parteien zu gleichen Teilen auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV<sup>126</sup>).

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

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

---

<sup>123</sup> [...].

<sup>124</sup> Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

<sup>125</sup> RPW 2009/3, 221 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>126</sup> Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

vorliegende Bauobjekt durchgeführt. Zusätzlich entfallen auf das vorliegende Verfahren folgende Gebühren, die auf der Grundlage der nach der Verfahrenstrennung aufgewendeten Stunden zu berechnen sind:

- 99 Stunden zu CHF 200, ergebend CHF 19'800.
- 12 Stunden zu CHF 290, ergebend CHF 3'480.

195. Demnach beläuft sich die Gebühr insgesamt auf CHF 43'280.

196. Die Bezzola Denoth, Hartmann und Martinelli zu gleichen Teilen auferlegten Verfahrenskosten betragen je Unternehmen CHF 14'426.

197. Aufgrund der Verhältnismässigkeitsprüfung (vgl. Rz 184 ff.) hat Martinelli einen Anteil von [...]. Die übrigen Verfahrenskosten gehen zulasten der Staatskasse.

## E Dispositiv

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

1. Der Bezzola Denoth AG, der D. Martinelli AG und der Nicol. Hartmann & Cie. 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 Bezzola Denoth AG, Scuol, mit einem Betrag von CHF 0.
  - 2.2 D. Martinelli AG, St. Moritz, mit einem Betrag von CHF [...].
3. Die Verfahrenskosten betragen CHF 43'380 und werden folgendermassen auferlegt:
  - 3.1 Die Bezzola Denoth AG trägt CHF 14'426.
  - 3.2 Die D. Martinelli AG trägt CHF [...].
  - 3.3 Die Nicol. Hartmann & Cie. AG trägt CHF 14'426.
  - 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;
  - Nicol. Hartmann & Cie. AG, Via Surpunt 56, 7500 St. Moritz  
vertreten durch RA Benno Burtscher, Advokaturbüro, Hinterm Bach 6, Postfach 72, 7001 Chur.

## **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.