



Recht und Politik des Wettbewerbs	RPW
Droit et politique de la concurrence	DPC
Diritto e politica della concorrenza	DPC

2019/2

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:
CHF 30.-
Preis Jahresabonnement:
CHF 120.- Schweiz
CHF 120.- Ausland (portofrei)
(Form: 727.000.19/2)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la
concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Diffusion:
OFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

Prix au numéro:
CHF 30.-
Prix de l'abonnement annuel:
CHF 120.- Suisse
CHF 120.- étranger (franco de port)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della
concorrenza
CH-3003 Berna
(Editore)

Distribuzione:
UFCL
Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

Prezzo per esemplare:
CHF 30.-
Prezzo dell'abbonamento:
CHF 120.- Svizzera
CHF 120.- estero (porto franco)

Recht und Politik des Wettbewerbs	RPW
Droit et politique de la concurrence	DPC
Diritto e politica della concorrenza	DPC

2019/2

Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden. Sammlung von Entscheidungen und Verlautbarungen zur Praxis des Wettbewerbsrechts und zur Wettbewerbspolitik.

Organe de publication des autorités suisses de concurrence. Recueil des décisions et communications sur le droit et la politique de la concurrence.

Organo di pubblicazione delle autorità svizzere in materia di concorrenza. Raccolta di decisioni e comunicazioni relative al diritto e alla politica della concorrenza.

Juli/juillet/luglio 2019

Systematik	A	Tätigkeitsberichte
	A 1	Wettbewerbskommission
	A 2	Preisüberwacher
	B	Verwaltungsrechtliche Praxis
	B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission
	1	Vorabklärungen
	2	Empfehlungen
	3	Stellungnahmen
	4	Beratungen
	5	BGBM
	B 2	Wettbewerbskommission ¹
	1	Vorsorgliche Massnahmen
	2	Untersuchungen
	3	Unternehmenszusammenschlüsse
	4	Sanktionen gemäss Artikel 50 ff. KG
	5	Andere Entscheide
	6	Empfehlungen
	7	Stellungnahmen
	8	BGBM
	9	Diverses
	B 3	Bundesverwaltungsgericht
	B 4	Bundesgericht
	B 5	Bundesrat
B 6	Preisüberwacher	
B 7	Kantonale Gerichte	
B 8	Bundesstrafgericht	
C	Zivilrechtliche Praxis	
C 1	Kantonale Gerichte	
C 2	Bundesgericht	
D	Entwicklungen	
D 1	Erlasse, Bekanntmachungen	
D 2	Bibliografie	
E	Diverses	

¹ Die Entscheide werden in der vorliegenden Sammlung in der von der WEKO entschiedenen und den Parteien mitgeteilten Version publiziert, bereinigt um die Geschäftsgeheimnisse. Massgebend sind ausschliesslich die den Parteien eröffneten Versionen der Entscheide.

Systematique	A	Rapports d'activité
	A 1	Commission de la concurrence
	A 2	Surveillance des prix
	B	Pratique administrative
	B 1	Secrétariat de la Commission de la concurrence
	1	Enquêtes préalables
	2	Recommandations
	3	Préavis
	4	Conseils
	5	LMI
	B 2	Commission de la concurrence ¹
	1	Mesures provisionnelles
	2	Enquêtes
	3	Concentrations d'entreprises
	4	Sanctions selon l'article 50 ss LCart
	5	Autres décisions
	6	Recommandations
	7	Préavis
	8	LMI
	9	Divers
	B 3	Tribunal administratif fédéral
	B 4	Tribunal fédéral
	B 5	Conseil fédéral
B 6	Surveillance des prix	
B 7	Tribunaux cantonaux	
B 8	Tribunal pénal fédéral	
C	Pratique des tribunaux civils	
C 1	Tribunaux cantonaux	
C 2	Tribunal fédéral	
D	Développements	
D 1	Actes législatifs, communications	
D 2	Bibliographie	
E	Divers	

¹ Les décisions sont publiées dans le présent recueil dans leur version telle que décidée par la COMCO et notifiée aux parties, à l'exception du caviardage des secrets d'affaires. Seules les décisions dans leur version telle que notifiée aux parties font foi.

Sistematica	A	Rapporti d'attività
	A 1	Commissione della concorrenza
	A 2	Sorveglianza dei prezzi
	B	Prassi amministrativa
	B 1	Segreteria della Commissione della concorrenza
	1	Inchieste preliminari
	2	Raccomandazioni
	3	Preavvisi
	4	Consulenze
	5	LMI
	B 2	Commissione della concorrenza
	1	Misure cautelari
	2	Inchieste
	3	Concentrazioni di imprese
	4	Sanzioni giusta l'articolo 50 segg. LCart
	5	Altre decisioni
	6	Raccomandazioni
	7	Preavvisi
	8	LMI
	9	Diversi
	B 3	Tribunale amministrativo federale
B 4	Tribunale federale	
B 5	Consiglio federale	
B 6	Sorvegliante dei prezzi	
B 7	Tribunali cantonali	
B 8	Tribunale penale federale	
C	Prassi dei tribunali civili	
C 1	Tribunali cantonali	
C 2	Tribunale federale	
D	Sviluppi	
D 1	Atti legislativi, comunicazioni	
D 2	Bibliografia	
E	Diversi	

¹ In questa raccolta, le decisioni sono pubblicate nella versione decisa dalla COMCO e notificata alle parti, eccezion fatta per i passaggi coperti da segreto d'affari. Solo le decisioni nella versione notificata alla parti fanno fede.

B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
1.	Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari	
	1. AMAG Vertriebsnetz	251
	2. SIA-Honorarordnungen	284
4.	Beratungen Conseils Consulenze	
	1. Beratung Preismodell bei Zustellung nichtadressierter Werbung	298
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
	1. Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V	302
	2. Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I	322
	3. Fahrlehrertarife Oberwallis	513
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. Infracore SA/MPT Switzerland Holdings S.à.r.l./Basler Versicherung AG/AEVIS VICTORIA SA	521
	2. Volare Group AG/Advitec Holding AG	525
	3. Boeing/Safran/JV	531
	4. Romande Energie Commerce SA/Elektrizitätswerke des Kantons Zürich/EBM Energie AG/Joint Venture	533
	5. Swisscom Directories/Websheep	535
	6. Ringier Axel Springer Schweiz AG/cash zweiplus ag	541
	7. Santander Consumer Bank AG/Hyundai Capital Services Inc.	545
7.	Stellungnahmen Préavis Preavvisi	
	1. Vernehmlassung zur Agrarpolitik ab 2022 (AP22+)	548
B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
	1. Urteil vom 23. Oktober 2018 – Bekanntgabe der WEKO von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung	552
	2. Auszug aus dem Urteil vom 23. Oktober 2018 – Bekanntgabe der WEKO von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung	560
	3. Auszug aus dem Urteil vom 23. Oktober 2018 – Bekanntgabe der WEKO von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung	562
C	Zivilrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili	
C 1	Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali	
	1. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 3. Juli 2018 betreffend unangemessene Geschäftsbedingungen gemäss Kartellgesetz	564
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	570
	Index (deutsch, français e italiano)	572

B **Verwaltungsrechtliche Praxis** **Pratique administrative** **Prassi amministrativa**

B 1 **Sekretariat der Wettbewerbskommission** **Secrétariat de la Commission de la concurrence** **Segreteria della Commissione della concorrenza**

B 1	1. Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	1. AMAG Vertriebsnetz

Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 1. Mai 2018 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend AMAG Vertriebsnetz wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 und Art. 7 KG

A. Sachverhalt

A.1 Vorbemerkung

1. Der nachfolgend beschriebene Sachverhalt beruht auf einer Fülle von Eingaben von verschiedenen Vertretern aus der Automobilbranche. Bei einigen der angezeigten Verhaltensweisen ist unklar, inwiefern sie eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 oder 7 KG¹ darstellen sollen. Dennoch werden sie aus Gründen der Transparenz aufgeführt. Dies mit der Konsequenz, dass in Bezug auf diese Sachverhaltselemente lediglich festgehalten wird, dass sie nach Auffassung des Sekretariats der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) keine Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des Kartellgesetzes darstellen.

A.2 Struktur der AMAG Gruppe

2. Die AMAG Group AG verfügt über diverse Tochtergesellschaften. Für die vorliegende Vorabklärung stehen die Geschäftsbereiche AMAG Import und AMAG Retail im Vordergrund. Die AMAG Import AG (nachfolgend: AMAG bzw. AMAG Import) tritt in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein als Generalimporteurin von Fahrzeugen der Marken des Volkswagenkonzerns (nachfolgend: VW-Konzernmarken) auf. Sie importiert Fahrzeuge der Marken VW (VW PW), Audi, Seat, Škoda und VW Nutzfahrzeuge (VW NF) sowie die entsprechenden VW Originalteile und verkauft diese an ihre Handelspartner in der Schweiz weiter. Neben ihrer Tätigkeit auf der Grosshandelsstufe ist die AMAG-Gruppe auch auf der Einzelhandelsstufe tätig: Die AMAG Automobil und Motoren AG bezweckt den Handel mit Automobilen, Motoren und Automobilersatzteilen aller Art

sowie den Betrieb von Garagen und Reparaturwerkstätten (nachfolgend: AMAG Retail).²

3. Zu Beginn der vorliegenden Vorabklärung waren AMAG Import und AMAG Retail zwei separate Geschäftsbereiche innerhalb derselben juristischen Person (vgl. unten, Rz 114). Nach Angaben der AMAG wurde die AMAG Gruppe mit Wirkung auf den 1. Januar 2018 umstrukturiert: Die frühere AMAG Automobil- und Motoren AG, die Verfahrenspartei der vorliegenden Vorabklärung ist, sei in AMAG Import AG umfirmiert und der Geschäftsbereich AMAG Retail von der AMAG auf die neu gegründete AMAG Automobil und Motoren AG, eine Schwestergesellschaft der AMAG Import AG, übertragen worden. Die Geschäftsbereiche Import und Retail würden entsprechend heute von zwei separaten juristischen Personen innerhalb der AMAG-Gruppe geführt.

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

² Eingetragen im Handelsregister Zürich am 10.10.2017.

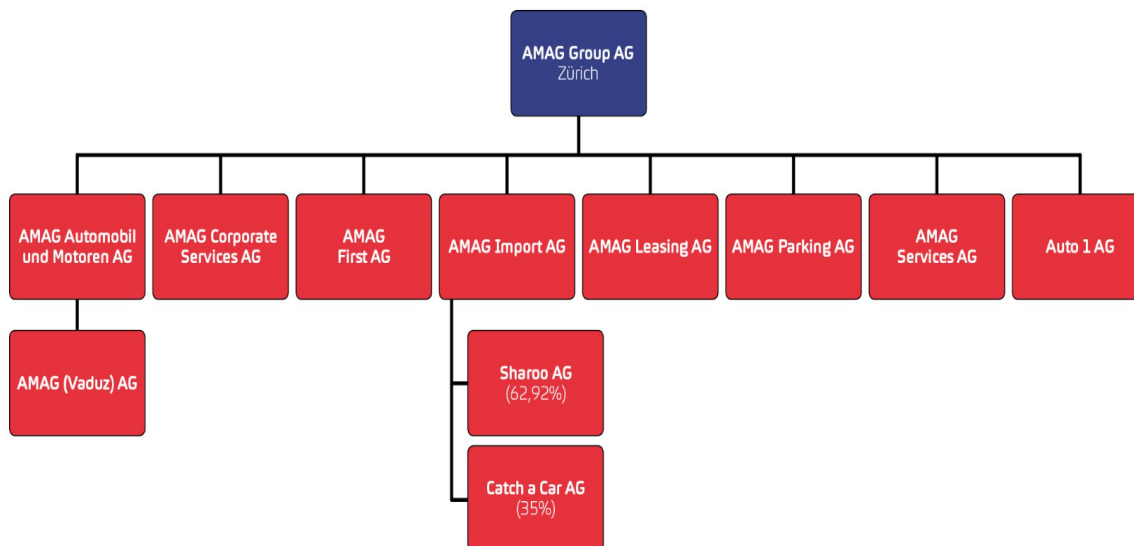


Abbildung 1: Organisation der AMAG Gruppe (Quelle: www.amag.ch > Die AMAG > Über die AMAG)

A.3 Handels- und Servicepartner der AMAG

4. Nach Angaben der AMAG bestanden im Januar 2016 über alle Marken 414 Händler- und Servicepartnerbetriebe. Dabei handelte es sich bei 78 um konzernzugehörige AMAG Retail Betriebe und bei 293 um von der AMAG unabhängige Handelspartner, die zum Teil über mehrere Betriebe verfügen. Im Folgenden werden die Handelspartner der AMAG auch als zugelassene Händler im Sinne von Art. 3 KFZ-Bek³ und die Servicepartner der AMAG auch als zugelassene Werkstätten im Sinne von Art. 4 KFZ-Bek bezeichnet. Falls nicht zwischen Handels- und Servicepartnern unterschieden wird, wird allgemein von Handelspartnern oder von zugelassenen Händlern und zugelassenen Werkstätten gesprochen.

A.4 Verfahren

5. Am 4. April 2014 ging beim Sekretariat eine anonyme Anzeige von verschiedenen zum Vertriebsnetz der AMAG zugelassenen Händlern gegen die AMAG ein. Gemäss dieser Anzeige versuche die AMAG, mit den geschäftlichen Aktivitäten von AMAG Import und von AMAG Retail, die Position ihrer Handelspartner zu schwächen und diese vom Markt zu verdrängen, um ihre eigene Stellung im Bereich des Verkaufs von Neufahrzeugen und des entsprechenden Kundendienstes zu stärken. Konkret würden Händler- und Serviceverträge gekündigt, keine Werkstätten mehr zugelassen, die nicht gleichzeitig auch Neufahrzeuge verkaufen und die Handelspartner gegenüber den AMAG Retail Betrieben diskriminiert.

6. Zur Abklärung des Sachverhalts lud das Sekretariat die AMAG im Rahmen einer Marktbeobachtung gemäss Art. 45 Abs. 1 KG zur Stellungnahme und Klärung der im Raum stehenden Vorwürfe ein. Die AMAG kam dieser Aufforderung mittels einer Präsentation am 4. Juni 2014 in den Räumlichkeiten des Sekretariates nach. Da die Anzeiger aufgrund befürchteter Retorsionsmassnahmen anonym bleiben wollten, war es nicht möglich, die AMAG im Rahmen der Präsentation mit den Einzelfällen bzw.

konkreten Vorwürfen zu konfrontieren. In der Konsequenz waren die Antworten der AMAG sehr allgemein und ermöglichten dem Sekretariat keine hinreichende Einschätzung des Sachverhalts.

7. Vor diesem Hintergrund eröffnete das Sekretariat am 27. Juni 2014 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG, um den angezeigten Sachverhalt hinsichtlich allfälliger Wettbewerbsbeschränkungen im Zusammenhang mit Art. 5 KG und Art. 7 KG abzuklären. In ihrer Stellungnahme zum Eröffnungsschreiben vom 27. Juni 2014 beantwortete die AMAG weitere Fragen des Sekretariates und reichte eine Liste aller Handelspartner der AMAG, d.h. der Händler und Servicepartner der Marken VW PW, VW Nutzfahrzeuge, Audi, Škoda und SEAT, mit den entsprechenden Adressen ein.

8. Das Sekretariat wählte aus dieser Liste 34 Handelspartner (kleine, mittlere und grosse) aus und stellte diesen am 11. September 2014 je einen Fragebogen zu. Die AMAG beantragte Einsicht in die Liste der ausgewählten Adressaten. Das Sekretariat verweigerte allerdings die Einsicht mit Verweis auf den Wunsch dieser Handelspartner, zum Schutz vor Retorsionsmassnahmen, anonym bleiben zu wollen. Zudem versandte das Sekretariat den Fragebogen an neun weitere Handelspartner, die auf die laufende Vorabklärung des Sekretariates aufmerksam geworden waren und von sich aus einen Fragebogen beantworten wollten.

³ Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 29.6.2015 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (KFZ-Bekanntmachung, KFZ-Bek), abrufbar unter: www.weko.admin.ch > Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen.

9. Sämtliche 43 befragten Handelspartner der AMAG beantworteten den Fragebogen und reichten ihre Antworten beim Sekretariat innerhalb der angesetzten Fristen ein. Die Antworten der befragten Handelspartner wurden zwischen Juni und Dezember 2015 analysiert und ausgewertet.

10. Am 18. Dezember 2015 schickte das Sekretariat der AMAG ein Auskunftsbegehren, in welchem es die Resultate der Befragung zusammenfasste und die AMAG aufforderte, dazu Stellung zu nehmen. Am 18. März 2016 reichte die AMAG dem Sekretariat innerhalb erstreckter Frist die angeforderte Stellungnahme ein. Mit ihrer Stellungnahme beantragte die AMAG, die Vorabklärung vollumfänglich und ohne Folgen für die AMAG einzustellen.

11. Mit Schreiben vom 7. Juli 2016 lud das Sekretariat die AMAG ein, weitere Auskünfte zu den noch offenen Fragen zu liefern. Die Antwort der AMAG erfolgte innerhalb erstreckter Frist am 26. September 2016. Die AMAG beantragte erneut die vollumfängliche Einstellung der Vorabklärung ohne Folgen.

12. Am 27. Oktober 2016 fand in den Räumlichkeiten des Sekretariats eine Besprechung mit der AMAG statt, anlässlich welcher verschiedene Punkte betreffend den Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung diskutiert wurden. Die AMAG nahm insbesondere zu „*service only*“-Betrieben und Verkaufszielen Stellung. Das Sekretariat legte der AMAG eine E-Mail mit dem Betreff „*Summer Sales Countdown – Auswertung pro Woche*“ vor, in der ein District Manager der AMAG für die Marke Audi versuchte, die Verkäufe der Handelspartner in seiner Region anzuregen, indem er ihnen eine Liste mit den Verkaufsmeldungen der verschiedenen Handelspartner in ihrer Region zukommen liess. Das Sekretariat erklärte der AMAG, dass ein solches Vorgehen möglicherweise einen unzulässigen Informationsaustausch darstelle. Die AMAG brachte vor, dass es sich dabei um ein Fehlverhalten des zuständigen Aussendienstmitarbeiters handle und dass sie mit Weisungen und einem Schreiben diesbezüglich intervenieren würde. Das Sekretariat ersuchte die AMAG um Einreichung von Kopien dieser Schreiben und Weisungen. An dieser Besprechung legte das Sekretariat der AMAG zudem eine Rahmenvereinbarung mit einer Firmenkundin vor, in der ein Bezug von Fahrzeugen ausschliesslich bei AMAG Retail Betrieben vorgesehen war und bat die AMAG um Stellungnahme. Die AMAG brachte vor, es handle sich um ein Versehen, und kündigte an, die Rahmenvereinbarung anzupassen. Mit Schreiben vom 16. Dezember 2016 reichte sie die angepasste Rahmenvereinbarung mit der Firmenkundin vom 9. Dezember 2016 ein, welche keine Beschränkung des Bezugs bei AMAG Retail Betrieben mehr enthielt.

13. Im Rahmen der Diskussion vom 27. Oktober 2016 ersuchte das Sekretariat die AMAG zudem, die Vertriebsnetzplanung und die Gründe für die zahlreichen Kündigungen von Partnerverträgen genauer zu erklären. Zu diesem Zweck bat das Sekretariat die AMAG mit Schreiben vom 22. November 2016, in Bezug auf zehn konkrete Marktgebiete („*market areas*“), detailliert zu erklären, wie die strategischen Partner ausgewählt wurden und damit auch zu begründen, weshalb es zu allfälligen Anpassungen bzw. Kündigungen von Verträgen mit Vertriebs- und/oder Servicepartnern kam.

14. Mit E-Mail vom 1. Dezember 2016 teilte die AMAG dem Sekretariat mit, sie beabsichtige, die Mitarbeiter der AMAG mithilfe einer Präsentation über die Problematik des Informationsaustausches zu sensibilisieren und reichte die Präsentation vorweg dem Sekretariat ein. Das Sekretariat hatte keine Anmerkung oder Ergänzung. Gemäss der AMAG wurde die Präsentation zum Informationsaustausch den Markencheffs, den Verkaufs- und Serviceleitern sowie den Aussendienstmitarbeitern von AMAG Import vorgestellt und an rund 800 Mitarbeiter verschickt.

15. Auf Anfrage gab das Sekretariat der AMAG die Möglichkeit, sich zunächst mündlich über die Vertriebsnetzplanung und den Entscheidungsprozess betreffend die Auswahl von strategischen Partnern zu äussern. Aus diesem Grund fand am 6. Dezember 2016 eine Besprechung in den Räumlichkeiten des Sekretariats statt. Anlässlich dieses Gesprächs hielt die AMAG eine Präsentation über die Planung des Vertriebsnetzes der AMAG und erklärte mit einigen Beispielen die Kriterien zur Auswahl strategischer Partner (und anderer Handels- und Servicepartner), dies unter Verwendung entsprechender Beurteilungsunterlagen, wie bspw. den sogenannten „*dealer scorecards*“ (nachfolgend: „*dealer scorecards*“). Zudem informierte die AMAG das Sekretariat, dass sie ihren Mitarbeitern die Präsentation betreffend die kartellrechtliche Problematik des Informationsaustausches (vgl. oben, Rz 14) vorstellen oder versenden werde.

16. Nach dieser Besprechung kam das Sekretariat zum Schluss, dass es für die Nachvollziehbarkeit ausreicht, wenn die AMAG dem Sekretariat die Kriterien zur Auswahl von strategischen Partnern anhand von einzelnen exemplarischen Fällen in den jeweiligen „*market areas*“ erklärt. Mit Schreiben vom 8. Dezember 2016 ersuchte das Sekretariat die AMAG deshalb, bis am 13. Januar 2016 für 17 Betriebe (zwei AMAG Retail Betriebe und 15 zugelassene Händler und Werkstätten) aus verschiedenen „*market areas*“ sowohl die „*dealer scorecards*“ als auch die Dokumente zuzustellen, auf denen die Auswertungen der Informationen der „*dealer scorecards*“ sowie das jeweilige Entscheidungsergebnis festgehalten sind.

17. Mit Schreiben vom 12. Dezember 2016 liess die AMAG dem Sekretariat weitere Informationen über die am 27. Oktober 2016 besprochenen Punkte, insbesondere die Themen „*service only*“ und Verkaufsziele, zukommen.

18. Mit Schreiben vom 23. Dezember 2016 teilte die AMAG dem Sekretariat mit, dass die Präsentation über die kartellrechtliche Problematik des Informationsaustausches (vgl. oben, Rz 14) am 22. Dezember 2016 in Buchs (ZH) im Rahmen einer zweiten Veranstaltung, an der 18 Personen teilnahmen, für den Bereich „*Group After Sales*“ vorgestellt wurde. Die AMAG informierte das Sekretariat zusätzlich, dass Anfang 2017 die Präsentation zum Informationsaustausch über die Abteilung Legal Compliance in der ganzen Organisation elektronisch verteilt werden würde.

19. Mit Schreiben vom 10. Januar 2017 ersuchte das Sekretariat die AMAG, die qualitativen Standards und Richtlinien der Volkswagen AG, welche im Grosshandelsvertrag zwischen der Volkswagen AG und der AMAG vom 1. Januar 2005 erwähnt sind, bis am 25. Januar 2017 einzureichen.

20. Mit Schreiben vom 13. Januar 2017 reichte die AMAG die „dealer scorecards“ sowie die Dokumentation des Entscheidungsprozesses zur Auswahl der 17 vom Sekretariat ausgewählten Partnerbetriebe (vgl. oben, Rz 16) fristgerecht ein.

21. Am 23. Januar 2017 fand in den Räumlichkeiten des Sekretariats eine Besprechung zwischen dem Sekretariat und einigen Handelspartnern der AMAG, welche rechtlich vertreten waren, statt. Anlässlich dieser Besprechung wurden die Handelspartner der AMAG über den Gegenstand und den Stand der Vorabklärung informiert. Die Handelspartner der AMAG nutzten die Besprechung ihrerseits, um das Sekretariat über ihre konkrete Situation zu informieren.

22. Am 8. Februar 2017 reichte die AMAG – innert erstreckter Frist – verschiedene Dokumente zu den qualitativen Standards und Richtlinien der Volkswagen AG ein.

23. Mit Schreiben vom 22. Februar 2017 ersuchte das Sekretariat die AMAG bis am 10. März 2017 anhand eines umfassenden Unternehmensorganigramms, Informationen zur Struktur und Organisation der AMAG zukommen zu lassen und darin die einzelnen Geschäftsbereiche bzw. Abteilungen sowie deren jeweilige Aufgabengebiete und Verbindungen zu beschreiben. Diese Informationen reichte die AMAG mit Schreiben vom 9. März 2017 ein.

24. Am 25. April 2017 ging beim Sekretariat eine Anzeige eines Verbands ein, der die Interessen von Marktteilnehmern der Automobilbranche vertritt, in der das auf den 1. Januar 2017 von AMAG Import neu eingeführte Rabatt- und Bonussystem für das Ersatzteilegeschäft als Grund für massive Umsatzeinbussen von Anbietern von Ersatzteilen aufgeführt wurde. In der Anzeige wurde geltend gemacht, das neue Bonussystem bezwecke, den Wettbewerb im Bereich von Ersatzteilen auszuschalten und den Markt für andere Anbieter von Ersatzteilen zu verschliessen.

25. Anlässlich einer Besprechung vom 1. März 2018 informierte die AMAG das Sekretariat darüber, dass die AMAG im 2018 sämtliche Händler- und Serviceverträge der VW-Konzernmarken VW, Audi, Seat und Škoda kündigen werde. Es handle sich um eine Vorgabe des VW-Konzerns, mit welcher eine neue gesamteuropäische Strategie umgesetzt werde. Das Wettbewerbsumfeld habe sich stark verändert, wobei die Digitalisierung neue Chancen und Herausforderungen bringe. Das klassische Modell Hersteller, Grosshändler, Einzelhändler sei nicht mehr in allen Fällen geeignet, um die Fahrzeuge an den Kunden zu bringen. Neue Vertriebsformen mit Pop-up Stores, City Stores, Non-branded Servicestellen und Service-Providern sowie neue Vertragsformen, wie ein Agenturverhältnis, seien angebracht. Die in der KFZ-Bekanntmachung vorgesehene Kündigungsfrist von 24 Monaten werde eingehalten. Ein

Teil der Händler und Servicepartner erhalte mit der Kündigung zusätzlich eine Absichtserklärung der AMAG, in welcher ein neuer Vertrag in Aussicht gestellt werde. Die neuen Verträge könnten nicht bereits zusammen mit der Kündigung versendet werden, weil sie noch nicht vorliegen würden. Die Verträge, welche die AMAG vom VW-Konzern erhalten habe, müssten zunächst auf die schweizerischen Verhältnisse angepasst werden. Es sei allerdings schon jetzt klar, dass nicht alle Händler- und Servicepartner einen neuen Vertrag erhalten würden. Die AMAG rechne damit, dass eine relevante Anzahl der bisherigen Händler und Servicepartner keinen neuen Vertrag erhielten.

A.5 Wesentliche Erkenntnisse aus der Vorabklärung

26. Im Rahmen der Vorabklärung wurden von den befragten Handels- und Servicepartnern der AMAG Informationen zu Verkaufs- und Kundendienstbereichen im Zusammenhang mit dem Vertrieb der Marken des VW-Konzerns eingefordert. Im Folgenden werden die wesentlichen Erkenntnisse aus dieser Vorabklärung dargelegt.

A.5.1 Parallel- und Direktimporte

27. Ein Handelspartner machte geltend, die AMAG habe Parallelimporte beschränkt, indem sie für den Fall eines Parallelimports mit der Vertragskündigung gedroht habe. Auf entsprechende Nachfrage des Sekretariats hin stellte sich allerdings heraus, dass es sich um einen Handelspartner handelte, der gerne zum Vertrieb einer weiteren durch die AMAG importierten Marke zugelassen worden wäre und in diesen Verhandlungen in Erwägung zog, diese Marke parallel zu importieren. Die AMAG wies ihn darauf hin, dass er als nicht zugelassener Händler dieser Marke und als nicht durch einen Endkunden bevollmächtigter Vermittler nicht zum Parallelimport berechtigt sei. Die Beschränkung des Verkaufs an nicht zugelassene Händler und nicht bevollmächtigte Vermittler stellt keine qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung dar (Ziff. 12 Abs. 2 Bst. b iii) VertBek⁴ und Rz 16 ff. Erläuterungen zur KFZ-Bek⁵).

28. Die AMAG verneint, dass sie für den Fall von Parallelimporten eine Vertragskündigung angedroht hätte, sie sei sich der Zulässigkeit von Querverlieferungen in einem selektiven Vertriebssystem bewusst und unterbinde oder behindere diese nicht. Dies deckt sich mit dem Musterhändlervertrag für die Marke VW, wonach den Händlern der Verkauf an zum Vertrieb zugelassene Händler und durch Endkunden bevollmächtigte Vermittler gestattet wird.

⁴ Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 22.5.2017 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek), abrufbar unter: www.weko.admin.ch > Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen.

⁵ Erläuterungen der Wettbewerbskommission vom 29.6.2015 zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor (Erläuterungen zur KFZ-Bek), abrufbar unter: www.weko.admin.ch > Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen.

29. Der Muster-Händlervertrag für die Marke VW enthält folgende Klausel: „Der Export von Vertragsprodukten in Länder ausserhalb der EU sowie des europäischen Wirtschafts- und Freihandelsraumes (EWR, EFTA) ist nicht gestattet“. Damit sind Exporte in die Schweiz, welche der EFTA angehört, vertraglich zulässig. Aus der Direktimportstatistik von Auto Schweiz für die Jahre 2014 und 2015 geht zudem hervor, dass mehr als 10 % der in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein verkauften VW PW direkt importiert wurden.

30. Daher bestehen zurzeit keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Abrede über absoluten Gebietsschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zwischen der AMAG und ihren Handelspartnern.

A.5.2 Tätigkeit der AMAG auf der Grosshandels- und auf der Einzelhandelsstufe

31. Wie bereits erwähnt, ist die AMAG sowohl auf der Grosshandels- als auch auf der Einzelhandelsstufe tätig. Zu Beginn der vorliegenden Vorabklärung waren AMAG Import und AMAG Retail zwei separate Geschäftsbereiche innerhalb derselben juristischen Person. Seit dem 1. Januar 2018 werden die beiden Geschäftsbereiche nach Angaben von AMAG von zwei separaten juristischen Personen innerhalb der AMAG-Gruppe, nämlich von der AMAG Import AG und von der AMAG Automobil und Motoren AG, geführt (vgl. oben, Rz 3).

32. Zwischen dem VW-Konzern und der AMAG besteht ein Grosshandelsvertrag vom 1. Januar 2005. Dieser Vertrag sieht keine Exklusivität für die AMAG vor. Zurzeit ist die AMAG die einzige zugelassene Importeurin in der Schweiz und im Fürstentum Lichtenstein. Der Grosshandelsvertrag regelt den Import von neuen Kraftfahrzeugen (nachfolgend: KFZ) der Marke VW PW und von Volkswagen Originalteilen, den Vertrieb auf Grosshandelsebene und die Vertriebsorganisation in der Schweiz. Der Grosshandelsvertrag wurde auf unbestimmte Zeit geschlossen und eine Kündigung ist unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 24 Monaten möglich. Gemäss dem Grosshandelsvertrag erfolgt der Vertrieb neuer KFZ der Marke VW im Rahmen eines quantitativ selektiven Vertriebssystems⁶. Der Vertrieb von VW Ersatzteilen und die Durchführung von Serviceleistungen, welche nachfolgend als Serviceleistungen bezeichnet werden, erfolgen im Rahmen eines qualitativ selektiven Vertriebssystems⁷. Der Grosshandelsvertrag enthält folgende Grundsätze der Aufgabenerfüllung durch den Grosshändler: „Der Grosshändler wird mit den Händlern und Servicepartnern in der Schweiz und dem Fürstentum Liechtenstein Verträge abschliessen, die dem von der Volkswagen AG ausgearbeiteten Standard-Händlervertrag und Standard-Servicepartnervertrag entsprechen, und sicherstellen, dass die Händler, Service- und Teilepartner alle Verpflichtungen aus diesen Verträgen in vollem Umfang erfüllen. Sollten wesentliche Abweichungen erforderlich sein, wird sich der Grosshändler vor Vertragsabschluss mit der Volkswagen AG abstimmen“. Zudem enthält der Grosshandelsvertrag folgende Bestimmung: „Unterhält der Grosshändler selbst Einzelhandelsbetriebe, hat er diese mit einer eigenen Geschäftsführung zu betreiben. Er stellt sicher, dass die Geschäftsinteressen des Grosshandelsunternehmens nicht mit denen der Einzelhandelsbetriebe

vermischt werden, und keine unangemessene Benachteiligung anderer Händler und Servicepartner entsteht.“

A.5.3 Vertriebsnetzplanung und strategische Partner

33. Nach Angaben der AMAG führten veränderte Rahmenbedingungen, z.B. die Digitalisierung, zu veränderten Strategien des Herstellers, welche in neue Formate und Standards umgesetzt würden. So seien zusätzliche Investitionen in den Auftritt der Marke (Corporate Identity) notwendig und diese müssten sich rentieren. Darüber hinaus müsse in die Werkstattkapazitäten investiert werden, insbesondere bei den vom Fahrzeugbestand her stark wachsenden Marken Škoda, VW NF und Seat.

34. Anhand dieser Vorgaben habe die AMAG die **Strategie 2020** für das Vertriebs- und Servicenetz aller vertretenen Marken entwickelt. Diese Strategie bezwecke die mittel- und langfristige Absicherung der Wettbewerbsfähigkeit der AMAG (AMAG Import und AMAG Retail) und ihrer Handelspartner, sie umfasse jeweils eine (übergeordnete) Vision, z.B. „*Das beste Vertriebsnetz mit den besten Partnern*“, und definiere konkrete quantitative und qualitative Ziele (z.B. Marktanteil, Anzahl Handelspartner, Kundenzufriedenheit oder eine Mindestanzahl produktiver Mitarbeiter in der Werkstatt) sowie entsprechende konkrete Massnahmen zur Zielerreichung.

35. Im Rahmen der Strategie 2020 sei z.B. die Verkaufsfläche oder die Betriebsgrösse der einzelnen Handelspartner in den Bereichen Vertrieb und Service, sowie die Mindestanzahl produktiver Mitarbeiter in der Werkstatt festgelegt worden. Bspw. habe ein Vollfunktionsbetrieb für die Marke Audi eine Fläche von 360 m² und befinde sich in einer Umgebung, welche als „Metro“ oder „Urban“ klassifiziert sei. Die AMAG legt auch fest, welche Priorität den einzelnen (Kategorien von) Vertragspartnern zukomme, wobei „Vollfunktionsbetriebe“ bevorzugt würden, reine Servicebetriebe („*service only*“) niedrigste Priorität geniessen würden und zusätzliche „*service only*“ Partner keine strategische Zielsetzung seien.

36. Die AMAG macht geltend, dass die qualitativen Standards und die Richtlinien inhaltlich von den Herstellerwerken vorgegeben würden und verweist beispielhaft auf den Grosshandelsvertrag mit der Volkswagen AG. Die Richtlinien *Aftersales* für die Marke VW PW sehen seit 2005 vor, dass mindestens drei produktive Mitarbeiter in der Werkstatt beschäftigt sind. Gemäss dem Grosshandelsvertrag zwischen der Volkswagen AG und

⁶ „Quantitative selektive Vertriebssysteme“ sind selektive Vertriebssysteme, in denen der Lieferant Merkmale für die Auswahl der Händler und Werkstätten verwendet, durch die deren Zahl unmittelbar begrenzt wird (Art. 1 Abs. 1 Bst. g der Verordnung (EG) Nr. 1400/2002 der Kommission vom 31.7.2002 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor, ABl. L 203 vom 1.8.2002 [KFZ-GVO 2002 der EU]).

⁷ „Qualitative selektive Vertriebssysteme“ sind selektive Vertriebssysteme, in denen der Lieferant rein qualitative Merkmale für die Auswahl der Händler oder Werkstätten anwendet, die wegen der Beschaffenheit der Vertragswaren oder -dienstleistungen erforderlich sind, für alle sich um die Aufnahme in das Vertriebssystem bewerbenden Händler oder Werkstätten einheitlich gelten, in nicht diskriminierender Weise angewandt werden und nicht unmittelbar die Zahl der Händler oder Werkstätten begrenzen (Art. 1 Abs. 1 Bst. h KFZ-GVO 2002 der EU).

der AMAG werden die Netzgrösse, insbesondere die minimale und maximale Anzahl der einzusetzenden Händler und die minimale Anzahl der einzusetzenden Service- und Teilepartner, sowie deren Standorte einvernehmlich zwischen der AMAG und der Volkswagen AG festgelegt. Der Abschluss von Händlerverträgen bedarf der vorherigen schriftlichen Zustimmung der Volkswagen AG in jedem konkreten Einzelfall und die Kündigung eines Händler- bzw. Service- oder Teilepartnervertrages ist der Volkswagen AG schriftlich mitzuteilen.

37. Basierend auf diesen Vorgaben und weiteren Informationen (z.B. Vorhersagen zur Absatzentwicklung, Bevölkerung) sei die **Idealnetzplanung 2013** vorgenommen worden, diese unterteile sich zunächst in den „*aktuellen Stand des Netzes*“ („*Current Network*“), „*Netzplan ohne Berücksichtigung des aktuellen Netzes*“ („*Greenfield Network*“) und einen „*Empfohlenen Netzplan*“ („*Recommended Network*“). Im Anschluss sei dieser empfohlene Netzplan in eine „*road map*“ überführt und mit jedem Vertragspartner die individuelle Umsetzung angegangen worden.

38. Ziele der Idealnetzplanung seien u.a. die Optimierung der Anzahl Handelspartner in den bestimmten „*market areas*“ und die Reduktion der „*service only*“ Betriebe. In diesem Zusammenhang sei insbesondere entschieden worden, die „*market areas*“ durch eine geringe Anzahl Investoren⁸ zu bearbeiten („*Market Area Strategie*“; z.B. bei „*metro areas*“ max. zwei Investoren, bei „*urban areas*“ max. ein Investor). In diesem Sinn würde „*aus strategischen Gründen [...] bei der Vertriebsnetzplanung die Kombination von Handel und Service bevorzugt*“.

39. Hierbei seien auch die „*dealer scorecards*“ (vgl. oben, Rz 15) zum Einsatz gekommen, welche als Entscheidungshilfe verwendet worden seien. Dieses Instrument solle es ermöglichen, das Potential möglichst objektiv zu beurteilen, wobei in den Entscheidungsprozess die folgenden Kriterien einfließen sollten: das Volumen im Verkauf/Service, die Kapazität/Auslastung der Werkstatt, die erweiterbare Infrastruktur, die Unternehmensnachfolge, die Investitionsfähigkeit/-willigkeit, die Wachstumsfähigkeit/-willigkeit und der Markenfokus. In konkreten Fällen führe diese Evaluation je nach Ergebnis bei den Vertragspartnern dann u.a. zur Kündigung eines Händler- oder Servicevertrages oder aber auch zum Aufbau/Ausbau weiterer Kapazitäten.

40. Anhand der von der AMAG eingereichten 17 „*dealer scorecards*“ (vgl. oben, Rz 20) sei dieses Vorgehen nachvollziehbar. Grundsätzlich befänden sich auf diesen „*dealer scorecards*“ die oben beschriebenen harten („*hard Facts*“) und weichen Fakten („*soft Facts*“), welche dann in einer entsprechenden Bewertungskennzahl zusammengefasst würden. In den „*dealer scorecards*“ finde sich für den jeweiligen Betrieb der „Ist-Zustand“ aus dem Jahr 2013 und den „Soll-Zustand“ gemäss der Idealnetzplanung gegenübergestellt.

41. Im Rahmen der Idealnetzplanung und anhand der oben erwähnten Entscheidungskriterien hat die AMAG zudem **strategische Partner** ausgewählt. Insgesamt wurden 165 Standorte als strategische Partner ausgewählt, dabei handelt es sich bei 99 Standorten um Han-

delspartner der AMAG und bei 66 Standorten um AMAG Retail Betriebe. Die AMAG Retail Betriebe, welche als strategisch qualifiziert wurden, befinden sich mehrheitlich in den grossen „*market areas*“.

42. Die befragten Handelspartner haben auf die Frage, ob die Strategie 2020 der AMAG praktische Auswirkungen auf ihr Unternehmen habe, insbesondere folgende Konsequenzen erwähnt: mehr Druck auf die Margen zur Erhöhung der Marktanteile, erhöhte Konkurrenz durch AMAG Retail Betriebe, Kündigungsdrohungen (falls der Betrieb nicht vergrössert würde), Erhöhung der Verkaufsziele, starker Druck (die hohen Verkaufsziele zu erreichen) und Vergeltungsmassnahmen (falls Verkaufsziele nicht erreicht würden, wie z.B. der Ausschluss von gewissen Aktionen oder das Nicht-Gewähren der Rückvergütung). Es wurde auch vorgebracht, dass die AMAG versuche, die besten Verkaufsgebiete in der Schweiz zu übernehmen.

43. Vor dem Hintergrund, dass es sich bei AMAG Import und AMAG Retail bis zum 1. Januar 2018 um zwei separate Geschäftsbereiche innerhalb derselben juristischen Person handelte (vgl. oben, Rz 3) und ein Grossteil der strategischen Partner AMAG Retail Betriebe sind (vgl. oben, Rz 41), bestehen Anhaltspunkte, dass die AMAG die konzerneigenen AMAG Retail Betriebe bei der Vertriebsnetzplanung für bestimmte (lukrativere) Standorte und bei der Vergabe des Status „strategischer Partner“ bevorzugt behandelt hat.

A.5.4 Kündigungen von Händler- und Serviceverträgen

44. Zwischen 2010 und 2015 wurden zahlreiche Händler- und Serviceverträge für die verschiedenen VW-Konzernmarken (Audi, VW PW, VW NF, Škoda und Seat) gekündigt. Zudem sollen im 2018 sämtliche Händler- und Serviceverträge mit einer Kündigungsfrist von zwei Jahren gekündigt werden, wobei nur ein Teil der bisherigen Handels- und Servicepartner einen neuen Vertrag erhalten soll (vgl. oben, Rz 25).

45. Nach Angaben der AMAG wurden zwischen 2011 und 2015 insgesamt [...] von gesamthaft [...] Verträgen durch die AMAG gekündigt, davon seien [...] einvernehmlich aufgelöst worden. Die AMAG erklärt, dass die meisten Verträge aufgelöst wurden, weil entweder aktuelle Standards durch die Handelspartner nicht eingehalten werden konnten oder weil durch die Herstellerwerke angekündigte, zukünftige Standards an den aktuellen Standorten nicht erfüllt oder jedenfalls nicht rentabel umgesetzt werden könnten. Die grosse Zahl von Kündigungen begründet die AMAG mit der Umsetzung der Idealnetzplanung. Dadurch solle die Wettbewerbsfähigkeit des gesamten Vertriebsnetzes nachhaltig gesichert werden, dies erfordere, dass auch die wirtschaftliche Tragbarkeit der einzelnen Betriebe berücksichtigt werde.

⁸ Mit Investoren sind hier Vertriebs- und/oder Servicepartner der AMAG gemeint.

46. Gemäss der AMAG habe der Servicepartnervertrag in einigen Fällen nicht beibehalten bzw. erneuert werden können, weil sich die Rahmenbedingungen (Veränderungswille und -fähigkeit, Marktpotential etc.) nicht geändert hätten.

47. Nach Angaben der AMAG und deren Handelspartner erfolgten die Kündigungen jeweils unter Einhaltung einer 24-monatigen Kündigungsfrist bzw. wurden bei den 105 einvernehmlich aufgelösten Händler- und Serviceverträgen regelmässig verkürzte Fristen vereinbart.

48. Einige Handelspartner der AMAG beanstanden allerdings, dass Kündigungen betreffend *Aftersales*-Verträge der Marken Audi und Škoda durch die AMAG nicht schriftlich begründet worden seien, stattdessen sei in den Kündigungsschreiben auf mündliche Besprechungen verwiesen worden.

49. Dem hält die AMAG entgegen, dass für eine schriftliche Begründungspflicht nicht die dafür erforderlichen gesetzlichen Grundlagen bestehen würden. In der KFZ-Bekanntmachung 2015 sei die schriftliche Begründungspflicht auch nur noch für Kündigungen mit verkürzten Kündigungsfristen vorgesehen (Art. 19 Ziff. 3 KFZ-Bek). Ein allfälliger Verzicht auf eine schriftliche Begründungspflicht sei deshalb kartellrechtlich von vornherein unbedenklich.

50. Nach Art. 19 Ziff. 2 KFZ-Bek sind Vertragsauflösungen als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigungen des Wettbewerbs zu betrachten, wenn bei unbefristeten Verträgen eine Kündigungsfrist von mindestens zwei Jahren nicht eingehalten wird.

51. Gestützt auf die erfolgten Ausführungen kann zurzeit davon ausgegangen werden, dass die Bestimmungen betreffend Vertragsauflösung nach Art. 19 KFZ-Bek eingehalten wurden bzw. werden und dem Investitionsschutz damit genügend Rechnung getragen wurde bzw. wird. Eine schriftliche Begründungspflicht besteht gestützt auf Art. 19 Ziff. 2 KFZ nicht.

52. Demzufolge bestehen zurzeit keine Anhaltspunkte dafür, dass die ergangenen und die geplanten Kündigungen der Händler- und Serviceverträge unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG darstellen.

A.5.5 „Service only“ Betriebe

53. Im Rahmen der Vorabklärung wurde festgestellt, dass insbesondere Serviceverträge von denjenigen zugelassenen Werkstätten gekündigt wurden, die nicht auch über einen Händlervertrag verfügten. Demgegenüber versuchten einige Handelspartner den Servicevertrag für die betroffenen Marken beizubehalten oder erneut einen solchen abzuschliessen, allerdings verweigerte die AMAG ihnen diese Möglichkeit.

54. Die AMAG schreibt, sie bevorzuge bei der Vertriebsnetzplanung aus strategischen Gründen die Kombination von Handel und Service. Das langfristige Ziel der AMAG sei, die „*market areas der AMAG durch eine geringe Anzahl an Investoren zu bearbeiten*“. Um dieses Ziel zu erreichen, beabsichtige die AMAG, die „*service only*“ Betriebe zu reduzieren und dieses Format allenfalls nur bei strategischen Partnern beizubehalten.

55. Gemäss Auskünften der AMAG im September 2016 bestanden aus markenspezifischer Sicht 415 „*service only*“ Betriebe. Davon seien 183 auch aus standortspezifischer Sicht „*service only*“ Betriebe. Davon hätten wiederum 101 einen Vertriebspartnervertrag, womit es sich bei 82 Standorten um Betriebe handle, die am Markt als „*service only*“ Betriebe aufträten.

56. Die AMAG macht geltend, dass sie keine Servicepartner zwingen, zusätzlich einen Händlervertrag abzuschliessen. Es sei auch unzutreffend, dass „*service only*“ Betrieben systematisch gekündigt worden wäre. „*Service only*“ Betriebe seien vielmehr ein wichtiges Element des AMAG Vertriebsnetzes. Diese machten aus markenspezifischer Sicht zwischen 49.4 % (SEAT) und 78.7 % (VW NF) aller Standorte aus. Vertragsauflösungen seien jeweils aus anderem Grund als wegen der „*service only*“ Eigenschaft erfolgt. In den meisten Fällen seien Vertragsauflösungen erfolgt, weil die Handelspartner entweder die aktuellen Standards nicht hätten einhalten können oder durch die Herstellerwerke angekündigte zukünftige Standards nicht hätten erfüllen oder jedenfalls nicht rentabel hätten umsetzen können.

57. Allerdings werde aus strategischen Gründen bei der Vertriebsnetzplanung die Kombination von Handel und Service bevorzugt, da diese beiden Elemente praktisch gesehen zusammengehörten und auch aus Kundensicht nicht getrennt wahrgenommen würden. Anders als bei anderen Produkten sei es bei Personenwagen selbstverständlich, dass das Produkt einer regelmässigen Wartung und gegebenenfalls auch einer fachgerechten Reparatur bedürfe. Neben Produkt- und Marktanforderungen hätten Hersteller und Importeure auch noch eine Reihe von rechtlichen Auflagen, welche die Abdeckung von Handel und Service erforderten (z.B. im Rahmen von Rückrufaktionen). Nur „*Vollfunktionsbetriebe*“ mit Handel und Service könnten das gesamte Spektrum an Produkten und Dienstleistungen einer Marke abdecken. Entsprechend seien strategische Handelspartner primär solche, welche die beiden Aspekte Handel und Service abdecken könnten.

58. Eine eingehende Analyse der durch die AMAG eingereichten Unterlagen hat ergeben, dass die AMAG in den Jahren 2011 bis 2015 zahlreiche Serviceverträge gekündigt hat. Zudem sollen nach Angaben der AMAG im Rahmen der laufenden Umstrukturierung im 2018 sämtliche Händler- und Serviceverträge per 2020 gekündigt werden, wobei noch nicht bekannt sei, wie viele Servicepartner einen neuen Servicevertrag erhalten würden (vgl. oben, Rz 25 und 44).

59. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die AMAG bei der Umsetzung der Strategie 2020 Betriebe mit Händler- und Serviceverträgen bevorzugt. Damit bestehen Anhaltspunkte dafür, dass zwischen der AMAG und denjenigen Händlern, die nach der Strategie 2020 als Vertriebs- und Servicepartner zum Netz zugelassen werden, eine Abrede über die Verknüpfung von Service und Vertrieb vorliegen könnte (vgl. unten, Rz 178 ff.). Allerdings bestehen zurzeit keine Anhaltspunkte dafür, dass die Zulassung als reiner Servicepartner ausgeschlossen wird.

A.5.6 Mehrmarkenvertrieb

60. Im Hinblick auf ein allfälliges Interesse der Handelspartner der AMAG an einem Mehrmarkenvertrieb im Bereich Service, teilten 66 % der befragten Handelspartner mit, dass sie kein Interesse am Vertrieb anderer Marken hätten oder dass sie die notwendigen Standards (Kriterien der anderen KFZ-Lieferanten) nicht erfüllten. 17.5 % antworteten, dass sie bereits weitere Marken, die nicht zum VW-Konzern gehörten, vertreten.

61. Rund ein Fünftel der befragten Handelspartner hat angegeben, dass die Vertretung anderer Marken durch die AMAG verboten sei und/oder sie Angst vor Retorsionsmassnahmen der AMAG hätten. Die AMAG habe insbesondere angedroht, weitere Händler- oder Serviceverträge mit den betroffenen Handelspartnern zu kündigen, falls sie versuchen würden, konkurrierende Marken zu vertreten.

62. Die AMAG bestreitet, den Mehrmarkenvertrieb zu verbieten oder zu behindern. Gemäss der AMAG gebe es keine Vorgabe seitens der AMAG Import, dass sich Handelspartner auf einzelne Marken zu beschränken hätten, jedoch seien die bestehenden Betriebe oft zu klein, um zusätzliche Marken standardkonform aufzunehmen, ausserdem seien dazu teils grosse Investitionen notwendig. Die AMAG macht zudem geltend, dass die Verpflichtung zur Einhaltung der Standards für die bestehenden AMAG-Marken (z.B. Mindestanzahl produktive Mitarbeiter, Betriebsgrösse) dazu führen könne, dass der Mehrmarkenvertrieb aufwendiger werde. Die Handelspartner seien in Gesprächen explizit darauf hingewiesen worden, „dass allfällige neue, zusätzliche Verträge keinen Einfluss auf die Standarderfüllung unter bestehenden Verträgen mit der AMAG haben dürfen“.

63. Im Muster-Händlervertrag für die Marken VW (PW und NF), Audi, Škoda und Seat verpflichtet sich der Händler für den Fall, dass er Personenwagen anderer Marken vertreibt, „diese in gesonderten Bereichen des Ausstellungsraums auszustellen, um eine Verwechslung der Marken zu vermeiden“.

64. Obwohl der Vertrieb von KFZ anderer Marken als der jeweiligen VW-Konzernmarke vertraglich nicht ausgeschlossen ist und die AMAG beteuert, diesen weder zu verbieten noch zu beschränken, geht ein Teil der zugelassenen Händler davon aus, dass die AMAG keinen Mehrmarkenvertrieb duldet. Vor diesem Hintergrund bestehen zwar keine genügenden Anhaltspunkte für eine Abrede zwischen der AMAG und ihren Vertriebspartnern über die Unterlassung von Mehrmarkenvertrieb. Allerdings besteht bei einigen Händlern offenbar eine Unsicherheit, ob sie Fahrzeuge von Konkurrenzmarken vertreiben dürfen. Diese Unsicherheit könnte mit einer Information der Handelspartner ausgeräumt werden (vgl. unten, Rz 250; Anregung zur Information bezüglich der Zulässigkeit des Mehrmarkenvertriebs).

A.5.7 Preisgestaltung und Geschäftsbedingungen bezüglich Vertrieb neuer KFZ

A.5.7.1 Margen- und Bonussystem im Bereich Vertrieb neuer KFZ

65. Einleitend ist festzuhalten, dass sich der Endverkaufspreis eines neuen KFZ grundsätzlich aus den Kosten für dessen Herstellung und den einzelnen Margen für Hersteller, Importeur und Händler ergibt. Abbildung 2 zeigt eine schematische Darstellung des Sekretariates.

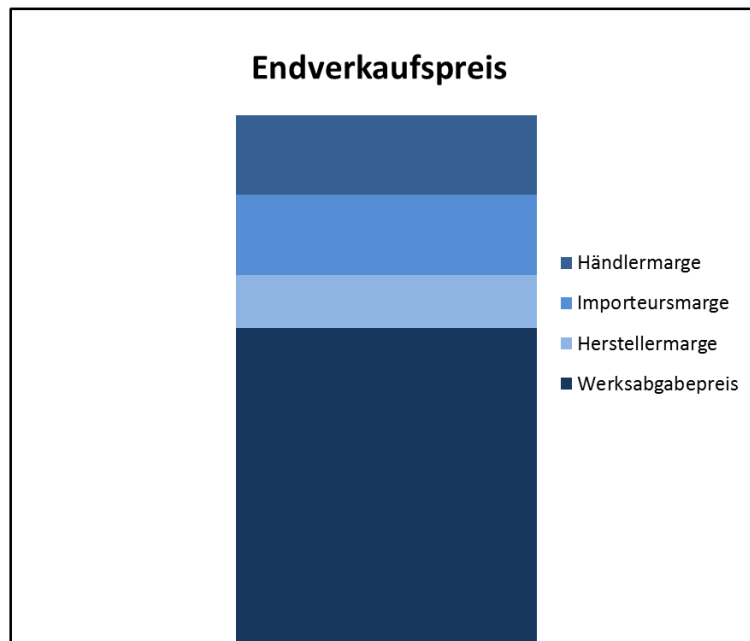


Abbildung 2: Illustration Endverkaufspreis Neufahrzeuge
(Darstellung Sekretariat; konkrete Werte hypothetisch)

66. Konkret wird in diesem Abschnitt das Margensystem der AMAG für die offiziellen Händler näher erläutert. Unter dem Begriff „Marge“ wird (im Automobilgewerbe) die betriebswirtschaftliche Kennzahl „Bruttomarge“⁹ verstanden, womit im Unternehmen die anfallenden Kosten (z.B. Miete, Löhne, Werbung) gedeckt werden. Sofern diese Kosten niedriger sind als die Marge, so erwirtschaftet das Unternehmen einen entsprechenden operativen Gewinn¹⁰. Die Bruttomarge wird üblicherweise in Prozent des Nettoerlöses angegeben.

67. Gemäss den Antworten der befragten Handelspartner der AMAG kann generell angenommen werden, dass die Margen in den letzten Jahren um ca. 2 % bis 10 % gesunken sind. Auf die Frage, ob die Strategie 2020 der AMAG praktische Auswirkungen auf ihr Unternehmen habe, wurden insbesondere folgende Konsequenzen erwähnt: mehr Druck auf die Margen zur Erhöhung der Marktanteile, erhöhte Konkurrenz durch AMAG Retail Betriebe, Kündigungsdrohungen (falls der Betrieb nicht vergrössert würde), Erhöhung der Verkaufsziele, starker Druck (die hohen Verkaufsziele zu erreichen) und Vergeltungsmassnahmen (falls Verkaufsziele nicht erreicht würden, wie z.B. der Ausschluss von gewissen Aktionen oder das Nicht-Gewähren der Rückvergütung). Es wurde auch vorgebracht, dass die AMAG versuche, die besten Verkaufsgebiete in der Schweiz zu übernehmen (vgl. oben, Rz 42).

68. Die befragten Handelspartner machten auch geltend, dass die von der AMAG (zu) hoch angesetzten Verkaufsziele (unabhängig von der schwierigen Marktlage) und die starke Konkurrenz durch AMAG Retail Betriebe (welche zu grösseren Rabatten seitens der Handelspartner für deren Kunden führe) es erschweren würden, einen Gewinn aus leistungsabhängigen Boni zu erzielen und einen negativen Einfluss auf die entsprechende Gesamtmenge gehabt habe. Manche Handelspartner behaupten zudem, dass der ständige Anstieg des „Pipelinefaktors“ zu einer Verminderung der Marge führte, da ein Teil dieser Marge nun zur Lagerung von zusätzlichen Fahrzeugen aufgewendet werden müsse. Schliesslich sei „[d]ie Selbstbestimmung der Händler [...] auf ein absolutes Minimum beschränkt, AMAG Import [habe]

den Händler und Handel mit den Margenmodellen fest im Griff“.

69. Nach Angaben der AMAG ist zwischen dem Margensystem im Vertriebssystem der AMAG, der tatsächlich von den Handelspartnern erzielten prozentualen Marge und der Bruttomarge in absoluten Zahlen zu unterscheiden. Mit Bezug auf das Margensystem im Vertriebssystem der AMAG habe sich die prozentuale Marge der Handelspartner zwischen 2011 und 2015 nicht wesentlich verändert und auch die tatsächlich erzielte prozentuale Marge sei über die letzten Jahre relativ stabil geblieben. Verringert habe sich im Jahr 2015 die Marge eines Händlers in absoluten Zahlen. Die Marge sei in den letzten Jahren dadurch beeinflusst worden, dass die Durchschnittspreise der Fahrzeuge gesunken seien. Eine negative Margenentwicklung einzig auf das Verhalten der AMAG zurückzuführen sei unzulässig, da dabei zahlreiche weitere Faktoren, welche einen Einfluss auf die Marge der Handelspartner haben (zunehmender Wettbewerbsdruck, Euro-Krise, etc.), ausser Acht gelassen würden.

70. Bezüglich der Margenverringering aufgrund des ständigen Anstiegs des Pipelinefaktors bestritt die AMAG sowohl, dass der Pipelinefaktor in den letzten Jahren ständig angestiegen sei, als auch, dass er zu niedrigeren Margen führe. Die Nichteinhaltung des Pipelinefaktors werde nicht sanktioniert. Sanktioniert werde allerdings die Nichteinhaltung des Standards für „Lagerhaltung“, worauf jedoch verzichtet werde, wenn dafür der Pipelinefaktor erfüllt werde. Somit handle es sich bei der Pipelinebetrachtung eigentlich um eine Erleichterung des vereinbarten Lagerhaltungsstandards.

A.5.7.1.1 Bruttomarge im Automobilgewerbe

71. Gestützt auf den „Branchenspiegel des Schweizer Autogewerbes 2016“ (dessen Datengrundlage deckt 35 % des schweizerischen Automobilmarktes der durch die FIGAS¹¹ betreuten Händlernetze ab) lässt sich für die Marge (vgl. oben, Rz 66) der Händler das Folgende entnehmen:

Jahr	Neuwagen		Occasionen	Ersatzteile
	Konsumenten	Lokalhändler		
2011	9.4%	3.4%	5.3%	25.3%
2012	9.4%	3.4%	3.9%	25.2%
2013	9.1%	3.4%	4.6%	25.1%
2014	8.9%	3.4%	5.6%	25.1%
2015	9.4%	3.4%	5.4%	25.3%

Tabelle 1: Bruttogewinnmarge in % im CH-Autogewerbe

(Darstellung Sekretariat, Quelle: Branchenspiegel des Schweizer Autogewerbes 2016)

⁹ Bruttomarge (oder auch Bruttogewinnmarge) ist der Erlös abzüglich dem Warenaufwand in prozentualer Relation zum Nettoerlös (ugs.: Umsatz).

¹⁰ Auch als „EBITDA“, also der „Gewinn (Verlust) vor Zinsen, Steuern, Abschreibungen und Aufwertungen“, bezeichnet. Diese Kennzahl stellt

somit eine Beschreibung der operativen Leistungsfähigkeit des Unternehmens (im Kerngeschäft) dar.

¹¹ FIGAS Autogewerbe-Treuhand der Schweiz AG (OBT Gruppe).

72. Tabelle 1 zeigt, dass die Marge der Händler über die drei Geschäftsbereiche Neuwagenverkauf, Occasionshandel und Ersatzteilvertrieb in den vergangenen Jahren relativ konstant ist. Im Durchschnitt der letzten Jahre wurde beim Neuwagenverkauf mit Konsumenten eine Marge von 9.2 % und mit Lokalhändlern eine Marge von 3.4 %

erzielt. Bei den Occasionen beträgt die Marge 5 % und im Bereich Ersatzteile 25.2 %.

73. Gemäss Angaben der AMAG erzielen die Handelspartner die in Tabelle 2 dargestellten Margen. [...]

Neuwagen: Bruttogewinnmarge in % je Marke						
Jahr	VW PW	VW NF	Audi	Skoda	Seat	Alle
2011	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2012	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2013	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2014	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2015	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 2: Bruttogewinnmarge in % für AMAG-Handelspartner (Quelle: AMAG)

74. Die Berechnungen der AMAG können grundsätzlich nachvollzogen werden. Es gilt aber einzuwenden, dass nicht alle Handelspartner am Händlerbetriebsvergleich der AMAG teilnahmen¹² und daher dieser auch nicht notwendigerweise repräsentativ ist.

75. Gemäss Angaben der AMAG entsprechen die „Lokalhändler“ aus Tabelle 1 den Vertriebspartnern im Vertriebssystem der AMAG, die nur für ca. [...] des Absatzes der Händler (inkl. AMAG Retail Betriebe) stehen würden. Nach Berechnungen der AMAG liege demnach die gesamte Bruttomarge der Händler zwischen [...] und [...]. Diese Werte seien vergleichbar mit den durch die Handelspartner erzielten Margen gemäss der internen Berechnung der AMAG (Tabelle 2) und seien tendenziell etwas höher.

A.5.7.1.2 Struktur des Margensystems für die Handelspartner

76. Nach Angaben der AMAG setzt sich das Margensystem im Wesentlichen aus zwei Teilen zusammen: aus einer Grundmarge, welche zirka [...] der Gesamtvergütung ausmache, und aus leistungsabhängigen Boni, welche zirka [...] der Gesamtvergütung ausmachen würden.

[...]

Abbildung 3: VW PW-Margensystem im Jahr 2014 (Quelle: AMAG)

80. Zur Illustration präsentierte die AMAG für ausgewählte Modelle der Marke Volkswagen (VW PW) ihre Margensysteme für die Jahre 2011 bis 2014. In Abbildung 3 ist dieses System beispielhaft für das Jahr 2014 dargestellt, wobei in dieser Darstellung deutlich wird, dass die Grundmarge [...] (vgl. oben, Rz 76).

77. Die Grundmarge unterteile sich weiter in eine Basismarge, eine Modellmarge (jedoch nicht bei allen Modellen) und eine Qualitätsmarge. Unter Basismarge verstehe man den Teil der Marge, welcher für ein bestimmtes Fahrzeug einer Marke als Basis einkalkuliert ist. Je nach Modell könne es zu dieser Marge zusätzlich noch eine Modellmarge geben. Zur Sicherung der Qualität (also der Erfüllung der „Standards“) werde eine zusätzliche Marge von [...] gewährt.

78. Als Beispiel für solche Standards gibt die AMAG an, dass ein Handelspartner mindestens [...] des Verkaufsumsatzes mit Einzelkunden von Neufahrzeugen der jeweiligen Marke für Werbung, Absatzförderung und Öffentlichkeitsarbeit als „Werbudget“ zu investieren habe.

79. Leistungsabhängige Boni unterteilen sich weiter in quantitative Boni, wozu die Zielerreichung und der Volumenbonus zählten, und qualitative Boni, worunter bspw. die Kundenzufriedenheit und [...] verstanden würden. Die konkreten Inhalte der Qualitätsmarge (Erfüllung der Standards) und auch der leistungsabhängigen Boni könnten von Jahr zu Jahr variieren.

¹² Nach Angaben der AMAG waren die Anzahlen der Teilnehmer (davon AMAG Retail Betriebe) am Händlerbetriebsvergleich die folgenden: Q4 2011, 52 (35); Q4 2012, 60 (45), Q4 2013, 77 (58), Q4 2014, 110 (59), Q4 2015, 121 (58).

A.5.7.1.3 Festlegung der Verkaufsziele

81. Im Zusammenhang mit den Verkaufszielen haben die befragten Handelspartner vorgebracht, dass diese nicht vereinbart, sondern von der AMAG einseitig festgelegt und schriftlich mitgeteilt wurden. Auch mit den grösseren Handelspartnern (mit 201–500 Fahrzeugen pro Jahr) fanden offenbar keine Verhandlungen statt. Die Verkaufsziele würden einseitig von der AMAG per Ende Jahr vorgegeben und seien in den neuen Händlerverträgen (die im Januar des Folgejahrs folgen) enthalten. Manche Handelspartner machen geltend, dass sie gezwungen seien, fiktive Verkäufe zu machen, um den Bonus zu erhalten.

82. Die AMAG benötigt die Verkaufsziele nach ihren eigenen Angaben für eine effiziente Ressourcenplanung in der Produktion und Logistik der Herstellerwerke, beim Importeur und im Handel. Die rechtliche Grundlage für eine Vereinbarung zu entsprechenden Jahreszielen bilde der Händlervertrag. Der Prozess der Verkaufszielsetzung sei in den einschlägigen Richtlinien klar geregelt.

[...]

Abbildung 4: „Bonus-Tabelle“ Kombination von (gewählter) Jahresabsatzmenge (JAM) und (vorgeschlagenem) Jahresabsatzziel (JAZ) (Quelle: AMAG)

86. Zur Veranschaulichung stellt Abbildung 4 für einen Händler die erreichbaren Boni (in Prozent) für jede Kombination von (vorgeschlagener) JAZ und (gewählter) JAM in Abhängigkeit von der tatsächlichen Erfüllung (Realisation) dar. Nimmt ein Händler das vorgeschlagene JAZ an und erfüllt dieses zu 100 %, so werde der Bonus [...] für diesen Händler betragen. Es wird deutlich, dass ambitionierte Ziele mit höheren Boni belohnt werden und dies bedeutet ganz allgemein, dass ein (zu) hohes Ziel mit nur 80 % zu erfüllen, besser ist, als ein (zu) tiefes mit 100 % zu erreichen.

87. Zur Veranschaulichung seien zwei konkrete Beispiele herangezogen. Wählt ein Händler die JAM von 120 % über dem (vorgeschlagenen) JAZ, so erhält dieser bei einer Realisation zu 100 % einen Bonus von [...],

[...]

Abbildung 5: (Gewählte) JAM in Prozent zum JAZ im Zeitraum 2011–2015

(Berechnung und Darstellung Sekretariat, Quelle: AMAG)

89. In Abbildung 5 ist die tatsächlich gewählte JAM relativ (in Prozent) zum vorgeschlagenen JAZ der Händler für die Jahre 2011 bis 2015 dargestellt. Ohne grosse Unterschiede zwischen den einzelnen Marken wählten die Händler [...].

90. Gemäss der AMAG wird die vom Händler gewählte JAM in eine Jahreszielvereinbarung übernommen. Eine solche Vereinbarung enthalte auch Angaben zur Gesamtmarkteinschätzung (und einer Premiummarkteinschätzung z.B. für Audi) und werde von beiden Seiten, also von der AMAG und dem jeweiligen Händler, unterzeichnet.

83. Die Basis für eine Festlegung der Verkaufsziele sei eine Schätzung des gesamten Automobilmarkts in der Schweiz durch die AMAG Import und davon abgeleitet die entsprechende Anzahl Fahrzeuge pro Händler in dem entsprechenden Marktbeobachtungsgebiet. Diese Schätzung würde dem Handelspartner als Vorschlag von der AMAG Import als sogenanntes Jahresabsatzziel (JAZ) unterbreitet.

84. Der Händler (Handelspartner der AMAG oder AMAG Retail Betrieb) habe die Möglichkeit, dieses vorgeschlagene JAZ aufgrund seiner eigenen Einschätzung nach oben oder nach unten zu korrigieren, dies mit einer Festlegung auf seine individuelle Jahresabsatzmenge (JAM).

85. Die Verkaufsziele seien aus Sicht der AMAG zwar ambitioniert, aber nicht unrealistisch hoch. Die Auswertung der Händler-Zielerreichung in den letzten Jahren zeige ausserdem auf, dass kaum eine JAM gewählt worden sei, die geringer als das JAZ war und dass ein Grossteil der Handelspartner die Jahresziele erreicht habe.

wenn der Händler jedoch dieses Ziel lediglich zu 80 % erreicht, so sinkt der Bonus auf [...]. Die Erfüllung der JAM von 120 % zu 80 % entspricht der Wahl einer JAM von 96 %¹³ mit einer Realisation zu 100 %, in einem solchen Fall bekäme der Händler einen Bonus von nur [...].

88. In einem zweiten Beispiel wählt ein Händler die JAM von 110 % über dem (vorgeschlagenen) JAZ, so erhält dieser bei einer Realisation zu 100 % einen Bonus von [...], wenn der Händler jedoch dieses Ziel lediglich zu 80 % erreicht, so sinkt der Bonus auf [...]. Die Erfüllung der JAM von 110 % zu 80 % entspricht der Wahl einer JAM von 88 %¹⁴ mit einer Realisation zu 100 %, in einem solchen Fall bekäme der Händler einen Bonus von nur [...].

91. Im dritten Quartal des Jahres würden die Verkaufsziele angepasst, wenn sich die Entwicklung des Gesamtmarktes um mehr als +/- 3 % von den (ursprünglichen) Marktprognosen unterscheidet. Sofern starke Marktveränderungen (Abweichungen von mehr als 10 %) auftraten, könne die AMAG „in Absprache mit dem Händlerverband die Jahresziele unterjährig indikativ anpassen“. Das definitive Jahresziel werde immer im Oktober eines jeden Jahres festgelegt und sei anschliessend in diesem Jahr bonusrelevant.

¹³ Berechnung: 80 % von 120 % ist 96 % ($0.8 \times 1.2 = 0.96$).

¹⁴ Berechnung: 80 % von 110 % ist 88 % ($0.8 \times 1.1 = 0.88$).

92. Die AMAG betont, dass der Prozess der Festlegung der Jahresziele (Berechnung des JAZ aufgrund einer Gesamtmarktschätzung, Korrektur durch den JAM) für zugelassene Händler und für AMAG Retail Betriebe gleich gehandhabt werde. Darüber hinaus seien diese Verkaufsziele, wie in Abbildung 4 dargestellt, bonusrelevant. Diese Verkaufsziele stellten aber ausdrücklich keinen ausserordentlichen Kündigungsgrund dar. Ent-

sprechend seien auch keine Kündigungen wegen „Nichterreichung der Verkaufsziele“ erfolgt.

93. Die Auswertung der Händler-Zielerreichung der AMAG für die Marke VW PW (Abbildung 6) zeigt exemplarisch auf, dass für das Jahr 2014 ein Grossteil der Händler bei der Erreichung der Jahresziele in einem Bereich von 80-120% gelegen hat.

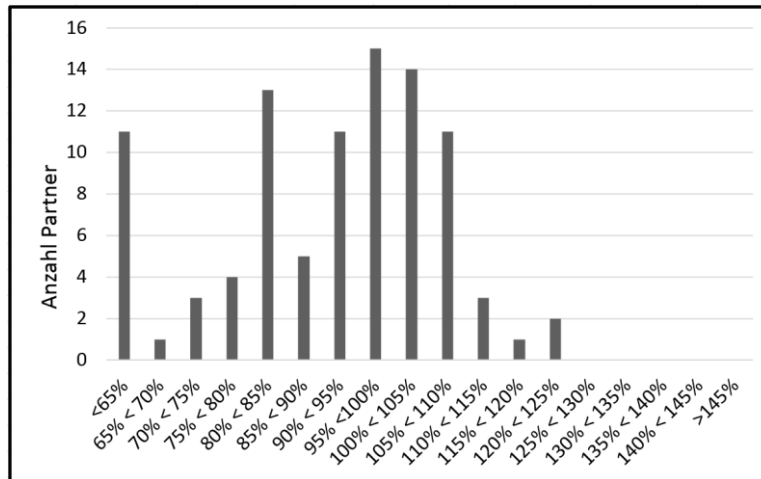


Abbildung 6: Händler-Zielerreichungsgrad VW PW, Jahr 2014
(Darstellung Sekretariat, Quelle: AMAG)

94. Gemäss Einschätzung der AMAG könne deshalb nicht die Rede davon sein, dass übertrieben hohe Verkaufsziele eine Zielerreichung der Händler verunmöglichen würden.

95. Mit Verweis auf Abbildung 4 bedeutet dies allerdings auch, dass, in obigem Beispiel, mehr als die Hälfte der Handelspartner im Bereich von 80 % bis 120 % Zielerreichungsgrad, die Zielerreichung von 100 % (Realisation) verfehlte.

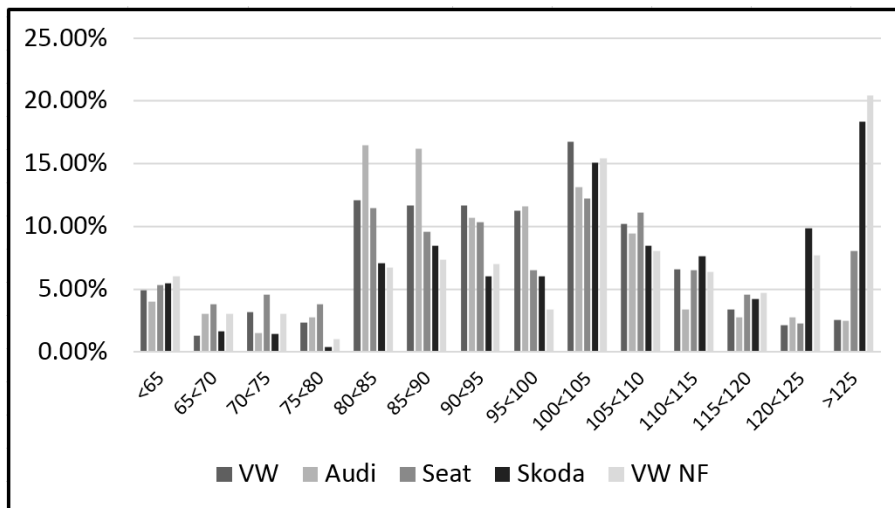


Abbildung 7: Anteile Zielerreichungsgrad VW-Konzernmarken 2011–2015
(Berechnung und Darstellung Sekretariat, Quelle: AMAG)

96. Nach Berechnungen des Sekretariates auf Grundlage der Eingaben der AMAG (vgl. Abbildung 7) erreichten im Durchschnitt der Jahre 2011 bis 2015 ca. 74 % der Handelspartner der VW-Konzernmarken (VW PW, Audi, Seat, Škoda und VW NF) das Jahresziel mit einer Realisation zwischen 80 % und 120 %. Auch kann die

Aussage der AMAG nachvollzogen werden, dass rund die Hälfte der Handelspartner das Jahresziel von 100 % nicht erreichen (Realisationen zwischen 0 % und 99.99 %). Es bestehen aber je nach Marke starke Unterschiede, so erreichten die Handelspartner ihre Ziele unterteilt nach Marken bei VW PW zu 57 %, bei Audi zu

66 %, bei Seat zu 55 %, bei Škoda zu 36 % und bei VW NF zu 37 % nicht.

97. Die AMAG führt aus, dass es bereits ab 80 % Zielerreichung einen Bonus gebe, nach Berechnungen des Sekretariates erhielten demnach im Durchschnitt der Jahre 2011 bis 2015 jeweils 12 % der Händler über alle VW-Konzernmarken keinen Zielerreichungsbonus. Eine tatsächliche Erfüllung im Bereich von 80 % bis 99 % und damit eine entsprechende „Kürzung“ erreichten ca. 38 % aller Händler, wobei es auch hier grosse Unterschiede zwischen den einzelnen Marken gab. Konkret liegt der Anteil solcher Händler nach Marken bei VW PW bei 45 %, bei Audi bei 54 %, bei Seat bei 37 %, bei Škoda bei 28 % und bei VW NF bei 24 %.

98. Legt man das Margensystem von VW aus dem Jahr 2014 zu Grunde, so stellt der Anteil des Zielerreichungsbonus zusammen mit dem Quartalzielerreichungsbonus mit ca. einem Viertel durchaus einen bedeutenden Teil der Vergütung für die Händler dar (vgl. Abbildung 3). Wenn bis zu 66 % der Händler von einer verminderten Marge (im Vergleich zu einer 100-prozentigen Erfüllung) betroffen sind, wie bspw. bei Audi, so kann dies eine Erklärung für die Aussagen der Händler sein, wonach die Senkung der Marge in den letzten Jahren durch die AMAG verursacht worden sei.

99. Auf der anderen Seite macht die AMAG geltend, dass dieses System bewusst so gewählt wurde, um mit den Händlern realistische Ziele zu vereinbaren, da diese gemäss Erfahrungen der AMAG (sonst) ein tiefes Ziel bevorzugen würden (obwohl dies gemäss Abbildung 4 nicht rational erscheint) und eine solche Wahl eine entsprechende realistische Ressourcenplanung der AMAG und des Herstellers verunmöglichen würde.

A.5.7.1.4 Zwischenfazit

100. Die Festlegung und die Erreichung der Verkaufsziele haben einen klaren Einfluss auf die Marge der Handelspartner. Die Boni, welche durch die Erreichung der JAM (aufgrund des vorgeschlagenen JAZ) erzielt werden können, sind für die Handelspartner sehr bedeutend. Aus diesem Grund wählt die grosse Mehrheit der Handelspartner das vorgeschlagene JAZ oder eine das JAZ übersteigende JAM. Die Mehrheit erreicht aber die Verkaufsziele nicht [...]. Inwiefern darin Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 oder Art. 7 KG zu sehen sind, ist zurzeit nicht ersichtlich. Den Bedenken der Handelspartner, dass die AMAG einseitig unrealistische Verkaufsziele festlegt, könnte dadurch Rechnung getragen werden, dass sich die AMAG gegenüber ihren Handelspartnern verpflichtet, die Verkaufsziele schriftlich zu vereinbaren und dabei das Potenzial der einzelnen Händler, insbesondere die bislang erreichten Absatzzahlen und die inskünftig erwartete Nachfrage, berücksichtigt (vgl. un-

[...]

Abbildung 8: Verkäufe von Netto- und Sonderpreismodellen im Zeitraum 2011–2015 (Darstellung Sekretariat, Quelle: AMAG)

108. Abbildung 8 zeigt deutlich, dass insbesondere bei VW NF und Audi der Absatz von margenreduzierten

ten, Rz 250; Anregung zur Preisgestaltung und den Geschäftsbedingungen bezüglich Vertrieb neuer KFZ).

A.5.7.2 Aktionen und margenreduzierte Modelle

101. Verschiedene Handelspartner machen zudem geltend, dass die ständig neuen Aktionen der AMAG wie „Netto- und Sonderpreismodelle“ die Margen der Handelspartner stark vermindert hätten. Zudem seien die Handelspartner bei diesen Netto- und Sondermodellaktionen indirekt zur Teilnahme gezwungen.

102. Gemäss Angaben der AMAG handelt es sich beim Begriff „Netto- und Sonderpreismodelle“ um Modelle, welche gegenüber den „regulären“ Modellen des gleichen Fahrzeugtyps eine Reduktion der kalkulatorischen Händlermarge aufweisen (*margenreduziert*). Als Beispiel wird das Sondermodell „SEAT SALSA“ angebracht. In der Regel würden solche Modelle von der AMAG Import gegenüber dem Endkunden für das ganze Vertriebsnetz kommuniziert (Preislisten, Prospekte, usw.), wovon auch die Handelspartner profitieren würden. Dem Endkunden sei auch entsprechend bewusst, dass es sich um ein Sondermodell mit einem besonders attraktiven Listenpreis handle.

103. Die AMAG betont, dass auch bei Netto- und Sondermodellen die Handelspartner frei seien, Rabatte auf den Listenpreis zu gewähren, und von dieser Möglichkeit auch Gebrauch machen würden.

104. Neben diesen Netto- und Sonderpreismodellen gebe es auch sogenannte „Aktionen“, welche als Verkaufsförderungsmassnahmen von den margenreduzierten Modellen zu unterscheiden seien. In einem solchen Fall gebe es bspw. zeitlich beschränkte Prämien, die den Handlungsspielraum der Händler gegenüber den Kunden vergrösserten.

105. Als Beispiel für eine solche Aktion führt die AMAG „Audi Business Plus“ an, bei welcher den Händlern eine Rückvergütung von [...] gewährt werde, sofern sie ihren (berechtigten) Kunden mindestens einen Rabatt in dieser Höhe offerierten. Rund zwei Drittel der Händler hätten diesen Mindestrabatt gewährt und ein Drittel sei darüber hinausgegangen, dies zeige, dass keine vertikale Preisbindung vorliege.

106. Gemäss Angaben der AMAG sind Aktionen teilweise kumulierbar. Demnach könne es also sein, dass ein Fahrzeug von mehreren Aktionen profitiert habe. Im Weiteren würden viele Aktionen auch auf margenreduzierte Modelle (vgl. oben, Rz 102) angewendet.

107. Die gesamte Anzahl der Aktionen ist in den letzten Jahren stark gestiegen. Anhand der von der AMAG eingereichten Unterlagen kann festgehalten werden, dass die totale Anzahl der Aktionen für alle Marken des VW-Konzerns im Jahr 2015 im Vergleich zum Jahr 2011 mehr als doppelt so gross war [...].

Modellen (mit stagnierendem Gesamtabsatz) im Zeitraum von 2011 bis 2015 stark zugenommen hat. Auch

bei der Marke VW PW ist in den Jahren 2014 und 2015 ein Anstieg zu verzeichnen. Nur von der Marke Škoda werden seit 2013 weniger Netto- und Sonderpreismodelle vertrieben. Auch die AMAG räumt ein, dass die margenreduzierten Modelle insgesamt an Bedeutung gewonnen hätten.

109. Gestützt auf die Angaben der AMAG kann zudem festgehalten werden, dass auch die gesamte Anzahl der margenreduzierten Modelle für alle Marken des VW-Konzerns von 2011 bis 2015 eindrücklich gewachsen ist [...].

110. Sofern der Verkauf von margenreduzierten Modellen tatsächlich einen negativen Einfluss auf die Ertragsituation der Handelspartner hat, was von diesen behauptet und von der AMAG zurückgewiesen wird, so könnte die Ertragsituation der Handelspartner möglicherweise unter Druck geraten sein. Inwiefern darin Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 oder Art. 7 KG zu sehen sind, ist allerdings nicht ersichtlich.

A.5.7.3 Leasing

111. Einige Handelspartner machen geltend, dass sie praktisch gezwungen seien, die Leasing-Angebote der AMAG Leasing AG anzuwenden, und dass sie solche Aktionen mit ihrer eigenen Marge subventionieren müssten. Zudem bestehen Hinweise, dass die Handelspartner verpflichtet sind, an den Aktionen der AMAG Leasing teilzunehmen (z.B. „participation obligatoire de 0,5 %“).

112. Gemäss der AMAG verhalte es sich so, dass primär die AMAG Leasing AG dem Importeur AMAG Import konzernintern einen einheitlichen Verrechnungssatz in Rechnung stelle. Spezielle Aktionszinssätze für bestimmte Fahrzeuge oder für die AMAG Marken generell würden von der AMAG Import beschlossen und wirtschaftlich getragen, d.h. die AMAG Import übernehme die Differenz zwischen dem einheitlichen Verrechnungssatz und dem speziellen Aktionszinssatz. Solche Aktionszinssätze stünden allen Handelspartnern, also sowohl AMAG Retail Betrieben als auch Handelspartnern offen. Es bestehe zudem für die einzelnen Handelspartner die Möglichkeit, als Verkaufsförderungs-massnahme selbst das Leasing zu „subventionieren“. Die AMAG Retail Betriebe hätten von dieser Möglichkeit vereinzelt Gebrauch gemacht, dann aber hätten sie auch diese Vergünstigungen des Leasingzinssatzes selbst getragen, weshalb es sich nicht um eine Diskriminierung von Handelspartnern gegenüber der AMAG Retail handle.

A.5.7.4 Quersubventionierung der AMAG Retail Betriebe

113. Ein allgemeiner Vorwurf ist, dass die AMAG ihre AMAG Retail Betriebe quersubventioniere und dadurch die AMAG Retail Betriebe Fahrzeuge unter Einstandspreis verkaufen würden. Die Verluste der AMAG Retail im Bereich Verkauf würden anschliessend durch die AMAG Import gedeckt. Die AMAG Retail Betriebe hätten zwar ebenfalls Verluste, da sie gewisse Aktionen mit-machten und auch Ziele erfüllen müssten und hierzu ihre Fahrzeuge zu besseren Konditionen an die Kunden ab-

geben würden. Allerdings sei dies „halb so dramatisch“, wenn die „Kasse“ am Ende des Jahres durch die AMAG Import wieder ausgeglichen werde. Die Ziele der AMAG Retail Betriebe würden durch die Immatrikulationen (Tageszulassungen) der AMAG Import immer erreicht. Eine solche Möglichkeit bestehe für die Handelspartner der AMAG nicht. Ausserdem wird gefordert, dass im Falle von Tageszulassungen durch die AMAG Import die Verkaufsziele für die Handelspartner nach unten (und nicht nach oben) angepasst werden müssten, weil der Gesamtmarkt sich dank des Marktanteils der AMAG Retail (60 %) „positiv“ entwickelt habe.

114. Zu diesem Vorwurf machte die AMAG im Laufe der Vorabklärung geltend, dass AMAG Import und AMAG Retail zwei separate Geschäftsbereiche innerhalb derselben juristischen Person seien, deren Rollen im operativen Alltag getrennt blieben. Die Beziehung zwischen AMAG Import und den AMAG Retail Betrieben basiere auf denselben Händler- und Servicepartnerverträgen wie jene bei den Handelspartnern. Die AMAG Retail Betriebe würden keine Subventionen von der AMAG erhalten und keine ausserordentlichen Prämien ausbezahlt bekommen. Seit dem 1. Januar 2018 sind die beiden Geschäftsbereiche AMAG Import und AMAG Retail offenbar in den juristisch selbständigen Tochtergesellschaften AMAG Import AG und AMAG Automobil und Motoren AG untergebracht (vgl. oben, Rz 3).

115. Die AMAG bringt noch vor, dass es nicht zutrefte, dass sie die AMAG Retail Betriebe durch diskriminierende Handlungen besserstellen würde, da die Beziehung zwischen AMAG Import und den AMAG Retail Betrieben auf denselben Verträgen basiere wie jene zwischen AMAG Import und den Handelspartnern und für die Handelspartner wie für die AMAG Retail Betriebe die gleichen Konditionen (betreffend z.B. die Margen- und Bonussysteme, die Flottengeschäfte und die Aktionen) gälten. Gemäss dem Grosshandelsvertrag mit dem Volkswagenkonzern ist die AMAG verpflichtet, die „Einzelhandelsbetriebe mit einer eigenen Geschäftsführung und einer eigenen Rechtspersönlichkeit zu betreiben“ und hat sicherzustellen, „dass die Geschäftsinteressen des Grosshandelsunternehmens nicht mit denen der Einzelhandelsbetriebe vermischt werden, und keine unangemessene Benachteiligung anderer Händler, Service- und Teilepartner entsteht“ (vgl. oben, Rz 32).

116. Wie nachfolgend anhand der Angaben der AMAG betreffend ihre Bilanz und Erfolgsrechnungen aufgezeigt wird, scheint der Geschäftsbereich AMAG Retail – zumindest in den Jahren 2011 bis 2015 – nicht klar „unabhängig“ von AMAG Import gewesen zu sein.

A.5.7.4.1 Bruttomargen der AMAG aus Bilanz- und Erfolgsrechnungen 2011 bis 2015

117. Basierend auf den eingereichten Erfolgsrechnungen für die Jahre 2011 bis 2015 der AMAG lässt sich folgende Bruttomarge für die AMAG als Gesamtunternehmen, welche alle (Unternehmens-)Bereiche insbesondere AMAG Retail und AMAG Import umfasst, berechnen:

AMAG (Total)				
Jahr	Neuwagen	Occasionen	Ersatzteile	Gesamt
2011	[...]	[...]	[...]	[...]
2012	[...]	[...]	[...]	[...]
2013	[...]	[...]	[...]	[...]
2014	[...]	[...]	[...]	[...]
2015	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 3: Bruttogewinnmarge in % für die AMAG
(Berechnung und Darstellung Sekretariat, Quelle: AMAG)

118. Die Auswertung von Tabelle 3 zeigt, dass die AMAG Gruppe im Durchschnitt der letzten Jahre eine Marge von [...] für Neuwagen erzielte, [...]. Es bleibt daher zunächst einmal festzuhalten, dass die AMAG als zur Verfügung stehende Mittel einen [...] höheren Betrag zur Deckung der anfallenden Kosten (z.B. Miete, Löhne, Werbung) erzielt als ihre Handelspartner.

[...]

Tabelle 4: Erfolgsrechnung (in TCHF) für die AMAG getrennt nach Geschäftsbereichen
(Darstellung Sekretariat, Quelle: AMAG)

120. Aus der [...] Tabelle 4 ist zu entnehmen, dass der Geschäftsbereich AMAG Retail in den letzten Jahren [...] Hingegen war der Bereich AMAG Import im selben Zeitraum [...]. Das Bilanzergebnis für die AMAG als Konzern (AMAG Total) war [...]. Die Aussage der AMAG, dass „[d]as Margensystem [...] für [...] Handelspartner und AMAG Retail dasselbe“ sei, ist somit (allfällig) nur formal korrekt, da ein AMAG Retail Betrieb die Marge nicht zur (vollständigen) Deckung der anfallenden Kosten benötigt, sondern mit einer geringeren Marge (allerdings mit entsprechenden Verlusten) auch am Markt überleben kann. Langfristig ist dies allerdings nur durch den Gewinn im Geschäftsbereich AMAG Import möglich und stellt somit allfällig eine Quersubventionierung und damit möglicherweise eine ungleiche Behandlung aller Händler dar.

121. Diese Einschätzung wird auch durch die von der AMAG zur Verfügung gestellten Zahlen aus dem Händlerbetriebsvergleich (HBV) für das Jahr 2015 gestützt. Hier geht die AMAG (mutmasslich betriebsintern) für AMAG Retail zwar von einer (Brutto-)Marge von [...] aus, die Kostenstruktur zeigt dann aber deutlich, dass der „Betriebserfolg“ von AMAG Retail um [...] geringer ist als jener der Handelspartner (welche am HBV teilnehmen). Konkret heisst dies, dass die AMAG Retail Betriebe um knapp [...] ineffizienter rentieren als die Vergleichsgruppe der Handelspartner, welche am HBV teilnehmen. Hierbei gilt es zu beachten, dass die Zahlen für die AMAG Retail Betriebe nach betriebsinternen Richtlinien erstellt wurden. Als Beispiel räumt die AMAG ein, dass AMAG Retail von AMAG Import „zu marktge-

A.5.7.4.2 Interne Betriebskennzahlen der AMAG nach Geschäftsbereichen

119. Zusätzlich reichte die AMAG für die Jahre 2011 bis 2015 eine Aufschlüsselung der Erfolgsrechnung für das (interne) betriebswirtschaftliche Reporting und zwar getrennt für die (Geschäfts-)Bereiche AMAG Retail und AMAG Import ein:

rechten Preisen (in der Regel [...] der Investitionssumme) die Immobilien „miete“, wobei deutlich wird, dass wenn man als „marktgerecht“ (nicht unübliche) [...] annehmen würde, so wäre der entsprechende Betriebserfolg der AMAG Retail Betriebe (noch) niedriger anzusetzen und entsprechendes gilt für andere Kostenarten sowohl erfolgsmindernd als auch erfolgserhöhend.

122. Die AMAG führt aus, dass die geringere Effizienz auf den relativ guten, aber im Vergleich zum Durchschnitt der Handelspartner niedrigeren Service-Absorptions-Faktor¹⁵ und die höheren Lohnkosten in Ballungsgebieten zurückzuführen seien und dies (massgeblich) zum Verlust der AMAG Retail Betriebe beigetragen habe.

123. Im Ergebnis zeigt sich, dass die AMAG, als Gesamtunternehmen mit den Geschäftsbereichen AMAG Retail und AMAG Import, in den Jahren 2011, 2012, 2014 und 2015 einen Gewinn erwirtschaftete und das Jahr 2013 mit einem Verlust abschloss (vgl. [...] Tabelle 4). Aufgeteilt nach Geschäftsbereichen ist AMAG Retail nach internen Berechnungen defizitär und AMAG Import

¹⁵ Der Service-Absorptions-Faktor wird berechnet als „Bruttogewinn im Service relativ zu den Gesamtkosten“ und stellt ein Mass für den Anteil der (im Vergleich zum Neuwagenverkauf lukrativen) Servicedienstleistungen des Betriebes dar.

erwirtschaftet Gewinne, wobei selbstverständlich das interne betriebswirtschaftliche Reporting nicht mit Jahresabschlüssen für unabhängige Unternehmen gleichzusetzen ist. Eine Beurteilung des tatsächlichen Unternehmenserfolges ist daher nur mit solchen eigenständigen Jahresabschlüssen möglich, konkret bleibt aber festzuhalten dass auch die AMAG intern von Verlusten im Bereich AMAG Retail ausgeht und diese über den Geschäftsbereich ausgleicht, dies könnte wie im (folgenden) Abschnitt dargestellt eine „Quersubventionierung“ sein.

A.5.7.4.3 „Quersubventionierung“ von AMAG Import zu AMAG Retail

124. Nach der Einschätzung des Sekretariats könnte es sich beim Verhalten der AMAG durchaus um eine sogenannte Kosten-Preis-Schere handeln, um dies zu verdeutlichen, sei das folgende hypothetische Beispiel angenommen:

Kosten-Preis-Schere	Wettbewerb		Margin Squeeze	
	Händler 1	Händler 2	Händler 1	Händler 2
Einkaufspreis (Händler)	100	100	101	101
Verkaufspreis	110	110	109	108
Bruttogewinn-«Marge»	10	10	8	7
Kosten (Löhne, Miete, etc.)	10	10	10	11
Ergebnis	0	0	-2	-4

Tabelle 5: Illustration des Sekretariates „Kosten-Preis-Schere“

125. In Tabelle 5 wird zunächst die Situation „Wettbewerb“ dargestellt, hierbei haben die Händler identische Einstandspreise (Aufwand für Neuwagen), den gleichen Wettbewerbspreis sowie identische (weitere) Kosten (gleiche Effizienz) und im Ergebnis machen beide Unternehmen einen (volkswirtschaftlichen) Gewinn von null. Bei einer Situation mit „Kosten-Preis-Schere“ steigen die Kosten und sinken die Verkaufspreise und dies führt im Ergebnis zu geringeren Margen („Margin-Squeeze“). In obigem hypothetischen Beispiel könnte man sich vorstellen, dass die Einkaufspreise der Händler durch höhere (nicht zu erfüllende) Standards und Zielvorgaben und somit niedrigere Rückvergütung steigen, gleichzeitig kommen durch „Aktionen“ (z.B. Netto- und Sonderpreismodelle) die Verkaufspreise unter Druck und im Ergebnis wird das Betriebsergebnis negativ. In obigem Beispiel wird zusätzlich noch angenommen, dass der Händler 2 weniger effizient arbeitet (höhere Lohnkosten, niedrigerer Serviceanteil) und trotzdem niedrigere Preise am Markt offeriert. In einer solchen Situation kann der Händler 2 nur am Markt bestehen, wenn er die Verluste anderweitig kompensiert. Der Händler 1 kann langfristig ohne eine solche „Quersubventionierung“ hingegen nicht überleben.

A.5.7.4.4 Zwischenfazit

126. [...] Die Tatsache, dass die AMAG die gleichen Konditionen betreffend die Margen- und Bonussysteme, die Flottengeschäfte und die Aktionen für die AMAG Retail Betriebe und für die Handelspartner anwendet, relativiert sich möglicherweise dadurch, dass nur die

AMAG Retail Betriebe von einer finanziellen Unterstützung der AMAG (d.h. von der „Quersubventionierung“) profitieren. Allerdings ist nicht davon auszugehen, dass der AMAG auf dem Markt für den Vertrieb von Neufahrzeugen bzw. in den einzelnen Segmenten eine marktbeherrschende Stellung zukommt (vgl. unten, Rz 237), weshalb keine Anhaltspunkte für einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 KG vorliegen.

A.5.7.5 Spezielle Aktionen nur für die AMAG Retail Betriebe

127. Gemäss den Aussagen von Händlern, gibt es spezielle Aktionen ausschliesslich für AMAG Retail Betriebe. Zum Beispiel hätten für die erste Phase der Kommerzialisierung des „Audi A3 Sportback e-tron“ nur AMAG Retail Betriebe (mit der Ausnahme der ASAG Auto-Service AG) dieses Modell verkaufen dürfen. Ebenso dürften nur AMAG Retail Betriebe von der Prämie für den „Audi A1 Admired“ oder vom Status „Audi Sport Store“ profitieren.

128. Gemäss der AMAG seien für solche Aktionen zusätzliche Investitionen in die Infrastruktur erforderlich, welche auf ein sehr kleines Marktpotential träfen, weshalb der Vertrieb noch eher klein gehalten werde. Die Standorte seien daher in erster Linie nach dem zu erwartenden Marktpotential der einzelnen Standorte ausgewählt worden. Dieses sei in städtischen Gebieten am grössten, wobei in städtischen Gebieten schwerkem AMAG Retail Betriebe tätig seien. Bei der dritten

in den Fragebögen genannten Aktion („Audi Admired“) sei es um ein Sondermodell gegangen, welches für alle Audi-Partner verfügbar gewesen sei. Den AMAG Retail Betrieben hätte aufgrund einer Volumenverpflichtung, die diese im Rahmen einer Verkaufsförderungsmassnahme eingegangen seien, vorteilhafte Konditionen angeboten werden können. Dies sei ein Vorgang, der allen Partnern offenstehe.

A.5.7.6 Fazit

129. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass AMAG Retail Betriebe aufgrund ihrer Zugehörigkeit zur AMAG Gruppe beim Verkauf von neuen KFZ der VW-Konzernmarken womöglich bessergestellt sind als die Vertriebspartner der AMAG. Allerdings ist nicht davon auszugehen, dass der AMAG auf dem Markt für den Vertrieb von Neufahrzeugen bzw. in den einzelnen Segmenten eine marktbeherrschende Stellung zukommt (vgl. unten, Rz 237), weshalb keine Anhaltspunkte für einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 KG vorliegen.

A.5.8 Flottengeschäfte

A.5.8.1 Flotten-Rückvergütung

130. Die Handelspartner der AMAG haben die Möglichkeit, mit Flottenkunden, das heisst KMU (vier bis elf Fahrzeuge im Park), Kleinflotten (zwölf bis 60 Fahrzeuge im Park) und Grossflotten (über 60 Fahrzeuge im Park), Geschäfte abzuschliessen. Für solche Geschäfte erhalten die Handelspartner Rückvergütungen gemäss von der AMAG erstellten Flotten-Rückvergütungstabellen je nach Marken und Modellen. Das Flottenreglement der AMAG sieht vor, dass „Rückvergütungen [...] nicht als Nachlass gegenüber den Kunden zu verstehen [sind]“ und dass „Kundennachlass [...] ausschliesslich durch den Händler festgelegt [wird]“.

131. Diese Flotten-Rückvergütungstabellen weisen zudem empfohlene Preisnachlässe und die verbleibenden Restmargen der Händler bei der Gewährung dieser empfohlenen Preisnachlässe aus. Bis 2013 waren diese Konditionen in den Flotten-Rückvergütungstabellen nur mit „empf. Nachlass“ und „verbl. Restmarge H“ in den entsprechenden Spalten gekennzeichnet. Ab 2014 wur-

den die Flotten-Rückvergütungstabellen mit dem Untertitel „Basis-Rückvergütungen und zusätzliche Flotten-Rückvergütungen für Händler sowie unverbindlich empfohlene Mindest-Nachlässe gegenüber Flottenkunden“ ergänzt und folgende Anmerkung in der Form einer Fussnote in der Flotten-Rückvergütungstabelle eingefügt: „Unverbindlich empfohlener Mindest-Nachlass des Händlers gegenüber dem Flottenkunden / verbleibende Restmarge des Händlers bei Gewährung des unverbindlich empfohlenen Mindest-Nachlasses“.

132. Gemäss Angaben der AMAG handelt es sich bei den empfohlenen Preisnachlässen in den Flottenkonditionen um unverbindliche Empfehlungen, von denen der Handelspartner abweichen könne. Diese Unverbindlichkeit sei deutlich gekennzeichnet. Ausserdem sei den Handelspartnern klar, dass es sich nur um eine unverbindliche Empfehlung handle. Die AMAG übe zu deren Einhaltung weder Druck aus, noch gewähre sie damit verbundene Anreize. Die Rückvergütung, die der Händler erhalte, sei insbesondere nicht abhängig vom gewährten Rabatt, sondern einzig vom Kundenstatus (z.B. Grossflotte, Kleinflotte).

133. Darüber hinaus sei der Handelspartner frei, einen Rabatt unter dem empfohlenen Rabatt (sofern der Kunde dies akzeptiere) oder über dem empfohlenen Rabatt zu gewähren. Die Preissetzungsfreiheit des Handelspartners würde durch die empfohlenen Preisnachlässe in den Flottenkonditionen nicht beschränkt.

134. Gemäss Informationen aus dem Markt ist es bei Flottengeschäften – aufgrund der tiefen Margen – eher unüblich, dass die Handelspartner der AMAG ihren Flottenkunden einen zusätzlichen Rabatt gewähren (können). Dennoch erscheint das Flottengeschäft lukrativ, weil viele Flottenkunden auch den Service bzw. die Reparaturen beim entsprechenden Händler durchführen lassen. In den Bereichen Service und Reparatur lassen sich attraktive Margen erzielen (vgl. vorne, Rz 72).

135. Für den Wettbewerb unter den Händlern von Bedeutung sind daher sowohl der Anteil des Flottengeschäftes im Gesamtmarkt für Neufahrzeuge als auch der relative Anteil am Flottengeschäft für die zukünftigen Erträge im Reparatur- und Servicebereich.

[...]

Abbildung 9: Anteil Flottengeschäft je Konzernmarke im Zeitraum 2011–2015

(Darstellung Sekretariat, Quelle: AMAG)

136. In Abbildung 9 ist der Anteil der verkauften Neufahrzeuge über das Flottengeschäft in Prozent aller verkauften Neufahrzeuge (Gesamtabsatz) dargestellt. Es wird deutlich, dass es bei VW NF und Seat kleine, jedoch gegenläufige Trends gegeben hat: Bei VW NF hat das Flottengeschäft abgenommen, bei Seat hat es zugenommen. Allerdings sind die Anteile von VW NF und Seat am Gesamtumsatz mit den Konzernmarken mit je um die 10 % relativ klein. Bei den anderen Marken gab es eher geringe Veränderungen im Flottengeschäft und somit ist im Gesamtmarkt für den Anteil des Flottengeschäftes für die Jahre 2011 bis 2015 über alle Marken

hinweg keine (wesentliche) Veränderung festzustellen. Das Flottengeschäft macht um die 40 % aller verkauften Fahrzeuge im Gesamtmarkt aus.

137. Betrachtet man hingegen das Flottengeschäft im Zeitraum 2011 bis 2015 anhand der verkauften Fahrzeuge der AMAG Retail Betriebe und ihren entsprechenden Anteil am Gesamtabsatz, wie in Abbildung 10 dargestellt, so ist zunächst festzuhalten, dass die AMAG ihren Anteil im entsprechenden Zeitraum um [...] (oder [...] Prozentpunkte) von durchschnittlich [...] im Jahr 2011 auf [...] im Jahr 2015 des Gesamtabsatzes im Flottengeschäft steigerte. Im Jahr 2014 erreichte ihr Anteil

mit über [...] einen Höchststand im betrachteten Zeitraum.

138. Betrachtet man die Entwicklung separat für die einzelnen Konzernmarken, so ergibt sich, dass die AMAG Retail Betriebe ihre Marktanteile im Flottengeschäft bei allen Marken steigerten. Unterschiede gibt es

[...]

Abbildung 10: AMAG-Anteil am Flottengeschäft je Konzernmarke im Zeitraum 2011–2015

(Darstellung Sekretariat, Quelle: AMAG)

139. Demnach ist im Hinblick auf den Anteil des Flottengeschäftes im Gesamtmarkt von einem stabilen Marktumfeld auszugehen, was im Ergebnis (durch die üblicherweise geringeren Margen im Flottengeschäft) nicht zu höherem Druck auf die Ertragssituation aller Händler geführt haben sollte.

140. Betrachtet man hingegen die Verteilung des Flottengeschäftes zwischen AMAG Retail Betrieben und den Händlern, so ist festzustellen, dass eine relativ starke Verschiebung von Marktanteilen hin zu AMAG Retail stattgefunden hat. Insbesondere im Hinblick auf den lukrativen Bereich des Servicegeschäfts ist diese Situation nicht ganz unproblematisch, da sich hier die Ausgangssituation zu Gunsten der AMAG verschoben hat.

141. Zusammenfassend ergibt sich erstens, dass die Flottengeschäfte mit etwa 40 % einen grossen Teil der Verkäufe von KFZ auf dem Gesamtmarkt darstellen. Zweitens, konnte die AMAG Retail ihre Marktanteile im Flottengeschäft ausbauen. Drittens, können die Handelspartner, wenn sie im Wettbewerb bleiben wollen, nicht auf Flottengeschäfte verzichten. Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass sie zumindest die empfohlenen Preisnachlässe anwenden. Dies beschränkt zwar ihre Preisgestaltung und vermindert ihre Marge. Allerdings ist zurzeit nicht ersichtlich, inwiefern darin Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 oder 7 KG zu sehen wären.

A.5.8.2 Rahmenvereinbarungen und Rahmenverträge

142. Manche Handelspartner haben sich darüber beschwert, dass die AMAG mit grossen Unternehmen (Grosskunden) Rahmenverträge abschliesse, welche bessere Konditionen (Rabatte) vorsähen, als jene gegenüber den Handelspartnern (Händlermarge), weshalb die Handelspartner in Bezug auf diese Grosskunden nicht mit der AMAG in Wettbewerb treten könnten.

143. Ein Handelspartner wies auf eine AMAG-interne E-Mail vom 31. August 2016 hin, in der AMAG mitteilte, dass zwischen der Firma [...] und AMAG Import eine Rahmenvereinbarung betreffend den Verkauf von flottenberechtigten Mitarbeitern getroffen worden sei. Die AMAG wies die verantwortlichen Personen insbesondere darauf hin, dass „[d]iese Vereinbarung [...] für die gesamte Schweiz und ausschliesslich für AMAG Retail“ gelte.

144. Art. 2 Abs. 1 dieser Rahmenvereinbarung sah Folgendes vor: « *Toutes les conditions prévues dans celle-*

nur hinsichtlich des entsprechenden Wachstums der Marktanteile, wobei die stärkste Steigerung mit [...] bzw. [...] Prozentpunkten (von [...] auf [...]) im Geschäft mit Skoda zu verzeichnen ist, gefolgt von der Marke Audi mit [...] Prozentpunkten höheren Marktanteilen.

ci sont valables uniquement dans les AMAG Retail de Suisse ». In Art. 1.7 der Rahmenvereinbarung wurde präzisiert: « [...] *si le client, la société du groupe spécifiée ou le collaborateur autorisé le souhaite, AMAG peut – sans toutefois y être obligée – charger un autre concessionnaire autorisé de la marque concernée d'effectuer la remise du véhicule, en tant qu'auxiliaire d'exécution d'AMAG. Le cas échéant, le client prend en charge les frais supplémentaires ».*

145. Die AMAG unterscheidet zwischen Rahmenvereinbarungen und Rahmenverträgen. Rahmenvereinbarungen seien Verträge zwischen der AMAG Import und einem Kunden, in denen dem Kunden ein bestimmtes Rabattniveau zugesichert werde. Anschliessend schliesse der Kunde Verträge mit dem liefernden Handelspartner über die konkrete Fahrzeuglieferung ab. Der Handelspartner könne den einzelnen Kaufvertrag ablehnen, wenn er mit den von AMAG Import zugesagten Konditionen nicht einverstanden sei. Sollte er den Kaufvertrag mit dem Kunden abschliessen und die Fahrzeuge liefern, so erhalte der Handelspartner von AMAG Import eine Rückvergütung gemäss den jeweils gültigen Flottenkonditionen. Nach Angabe der AMAG waren per Ende Juli 2016 [...] Unternehmen als Kunden mit Rahmenvereinbarungen erfasst.

146. Rahmenverträge seien Verträge zwischen AMAG Import und einem Kunden, in welchem die Konditionen für das (Einzel-)Geschäft bereits konkret festgelegt worden seien. Die Konditionen seien dann für alle Beteiligten (für den Kunden, für AMAG Import und für den Handelspartner) verbindlich. Die ins betreffende Geschäft eingebundenen Handelspartner würden vor Abschluss des Rahmenvertrages kontaktiert und angefragt, ob sie bereit seien, sich unter den gegebenen Konditionen an dem Geschäft zu beteiligen. Auch gebe es die Möglichkeit, dass ein Handelspartner lediglich als logistische Auslieferungsstelle in das Geschäft eingebunden werde. Nach Angaben der AMAG waren per Ende Juli 2016 [...] Unternehmen als Kunden mit Rahmenverträgen erfasst.

147. Gemäss der AMAG sei es ein allgemeiner, markenunabhängiger Trend und nicht auf das Verhalten der AMAG zurückzuführen, dass Grossunternehmen beim Einkauf von Geschäftsfahrzeugen „professioneller“ vorgehen und die Konditionen bei Grosseinkäufern zentral verhandelten. Es könnten ausserdem alle Handelspartner eine Lieferung zu den mit dem Kunden vereinbarten Konditionen vornehmen oder ablehnen.

148. Die AMAG erklärt zudem, dass alle Handelspartner die gleichen Rabatte erhalten würden. Diese basierten auf den Margen- und Bonussystemen sowie dem Flottenreglement und den Flottenkonditionen der Marken. Diese Vorgaben seien für die Handelspartner und die AMAG Retail Betriebe identisch. Alle Handelspartner hätten, sollte der Spielraum aus den Flottenreglementen und den Flottenkonditionen nicht ausreichen, die Möglichkeit, eine erhöhte Rückvergütung zu beantragen. Es könne in Einzelfällen vorkommen, dass ein Kunde einen Rabatt erhalte, der höher sei als die Marge der Handelspartner unter „Normalkonditionen“. In solchen Fällen würde dem Handelspartner jedoch eine erhöhte Rückvergütung gewährt.

149. Betreffend die Rahmenvereinbarung mit [...] macht die AMAG geltend, dass diese „*versehentlich*“ als AMAG Retail-Rahmenvereinbarung ausgestaltet worden sei und einen Bezug von Fahrzeugen ausschliesslich bei AMAG Retail Betrieben vorgesehen habe. Die AMAG hat diese Vereinbarung Ende 2016 durch eine neue Rahmenvereinbarung mit der [...] ersetzt, in der keine Beschränkung des Fahrzeugbezugs auf AMAG Retail Betriebe mehr vorgesehen ist, sondern ein Bezug bei allen zugelassenen Händlern möglich ist.

A.5.8.3 Fazit

150. Zusammenfassend bestehen für den Bereich des Flottengeschäfts gestützt auf die zurzeit vorliegenden Informationen keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 oder 7 KG.

A.5.9 AMAG Rabatt- und Bonussystem im Bereich *Aftersales*

151. Der Bereich *Aftersales* umfasst Serviceleistungen und den Verkauf von Ersatzteilen. Für Garantiereparaturen von Fahrzeugen der AMAG Marken kann nur die AMAG (in Kooperation mit dem Hersteller) die notwendigen Originalersatzteile zur Verfügung stellen bzw. sie übernimmt die Kosten von Garantiarbeiten nur, wenn diese von Mitgliedern des offiziellen Vertriebsnetzes oder mit von ihr genehmigten Ersatzteilen repariert werden.

152. Die Garantie nach Abschluss eines Autokaufvertrages bindet die Servicepartner an die AMAG, weil diese ihnen in einem Garantiefall nicht nur die Ersatzteile kostenlos bzw. günstiger gewährt, sondern auch die Kosten für die Reparaturen übernimmt (zu einem reduzierteren Stundenansatz als dem Kunden verrechnet würde). Eine solche Garantie kann je nach Marke bis zu sieben Jahren Wirkungen entfalten (vgl. unten, Rz 215). Dasselbe gilt in Bezug auf die Garantie für den Kauf von Ersatzteilen, für die grundsätzlich eine zweijährige Ersatzteilergarantie gilt. Die Folge davon ist eine Bindung der Servicepartner während der gesamten Garantielaufzeit an die AMAG. Die Substituierung der Originalersatzteile mit solchen von Drittanbietern oder unabhängigen Händlern ist nur teilweise möglich.

153. Abgesehen von Garantiereparaturen sind die Servicepartner der AMAG grundsätzlich frei, die Ersatzteile bei Lieferanten ihrer Wahl zu beziehen. Allerdings führt das nachfolgend beschriebene Rabatt- und Bonussystem im Bereich *Aftersales* möglicherweise dazu, dass

die Servicepartner so viele Ersatzteile wie möglich bei der AMAG beziehen.

154. Auf den 1. Januar 2017 wurde von AMAG Import ein neues Rabatt- und Bonussystem für das Ersatzteilergeschäft eingeführt. Vor der Einführung wurden die Mitglieder des Vertriebsnetzes der AMAG im November 2016 im Rahmen einer „*Roadshow*“ über das neue Rabatt- und Bonussystem informiert. Am 25. April 2017 ging beim Sekretariat eine Anzeige eines Verbands ein, der die Interessen von Marktteilnehmern der Automobilbranche vertritt, in der das neue Rabatt- und Bonussystem als Grund für massive Umsatzeinbussen von Anbietern von Ersatzteilen aufgeführt wird. In der Anzeige wird geltend gemacht, das neue Bonussystem bezwecke, den Wettbewerb im Bereich von Ersatzteilen auszuschalten und den Markt für andere Anbieter von Ersatzteilen zu verschliessen.

155. Gemäss dieser Anzeige stellt das Rabatt- und Bonussystem nicht auf ein klassisches Warenkorb-System ab. Neu soll die Loyalität, für welche der Kunde, d.h. die unabhängige Werkstatt, über das Rabatt- und Bonussystem belohnt werden soll, an sechs vorbestimmten Produktgruppen bemessen werden. Erreiche die Werkstatt einen bestimmten Schwellenwert in einer Produktgruppe, so erreiche sie damit je ein höheres Partnersegment. Das Partnersegment definiere zusammen mit dem Gesamtumsatz die Bonushöhe. Insgesamt gäbe es in diesem System fünf Partnersegmente und damit verbunden fünf Abstufungen bei der Bonushöhe. Damit eine unabhängige Werkstatt die höchste Bonusstufe erreichen könne, sei sie daher nicht nur verpflichtet, einen bestimmten mengenbasierten Umsatz zu erzielen, die Werkstatt sei darüber hinaus auch verpflichtet, einen entsprechenden Umsatz in allen sechs definierten Produktgruppen der Ersatzteile zu erreichen. Gemäss Aussagen verschiedener Marktteilnehmer sei neben Bremsen und Windschutzscheiben auch das Motorenöl eine dieser Produktgruppen. In der Anzeige wird darauf hingewiesen, dass der Anbieter eines einzelnen Ersatzteils z.B. von Motorenöl, faktisch von einer Lieferung an die Abnehmer der AMAG ausgeschlossen werde, da die jeweiligen Abnehmer, um vom Bonus zu profitieren, nicht nur einen Schwellenwert des Umsatzes des gesamten Warenkorbs, sondern auch den Schwellenwert bei den jeweiligen Produktgruppen erreichen müssten.

156. Gemäss Stellungnahme der AMAG ist das per 1. Januar 2017 eingeführte Rabatt- und Bonussystem im Bereich *Aftersales* folgendermassen ausgestaltet: Das Rabatt- und Bonussystem sehe Rabatte und Rückvergütungen für den Bezug von Ersatzteilen und Zubehör vor, wobei die Berechnungsbasis unterschiedlich sei. Die Rabatte würden sich auf der Basis des unverbindlich empfohlenen Endverkaufspreises berechnen, die Rückvergütungen auf der Basis des Einkaufsvolumens des Abnehmers, d.h. seines Einkaufspreises. Rabatte und Rückvergütungen seien sowohl für Mitglieder des Vertriebsnetzes als auch für unabhängige Werkstätten vorgesehen, wobei nach dem Typ des Abnehmers differenziert werde.

157. Daneben fliesse das Teilegeschäft auch in das Margensystem unter den Servicepartnerverträgen der

einzelnen Marken ein. Dieses bestehe zu ca. zwei Dritteln aus einer Grundmarge und zu ca. einem Drittel aus leistungsabhängigen Boni. Bei diesen leistungsabhängigen Boni würden u.a. die Servicemarktausschöpfung, d.h. die Anzahl Service- und Reparaturmeldungen im Verhältnis zum Fahrzeugbestand im Gebiet des Servicepartners und der Erlös mit Originalersatzteilen pro Kundendurchgang berücksichtigt. Diese Elemente seien nur relevant für Mitglieder des Vertriebsnetzes, nicht aber für unabhängige Werkstätten, da nur Mitglieder des Vertriebsnetzes Servicepartnerverträge abgeschlossen hätten.

158. Das Rabatt- und Bonussystem der AMAG im Bereich *Aftersales (Serviceleistungen und Verkauf von Ersatzteilen)* veranlasst die Servicepartner der AMAG aber auch unabhängige Marktteilnehmer dazu, auch nach der Garantiedauer, innerhalb welcher nur die AMAG (in Kooperation mit dem Hersteller) die notwendigen Originalersatzteile zur Verfügung stellen kann bzw. innerhalb welcher die AMAG keine Kosten übernimmt, wenn nicht von ihr genehmigte Ersatzteile zum Einsatz kommen, Ersatzteile ausschliesslich bei der AMAG zu beziehen und könnte andere Anbieter von Ersatzteilen darin beschränken, diese an Mitglieder des AMAG Vertriebssystems und/oder unabhängige Marktteilnehmer zu verkaufen.

159. Damit bestehen einerseits Anhaltspunkte für eine Abrede über die Beschränkung des Bezugs von Ersatzteilen (vgl. unten, Rz 180 ff.). Andererseits bestehen Anhaltspunkte, dass die AMAG auf den *Aftersales*-Märkten über eine marktbeherrschende Stellung verfügen könnte (vgl. unten, Rz 238). Das Anreizsystem zum Bezug von möglichst vielen Ersatzteilen aus unterschiedlichen Sortimentsgruppen bei der AMAG könnte eine missbräuchliche Einschränkung des Absatzes im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG und/oder eine missbräuchliche Koppelung der Abnahme von Leistungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG darstellen, welche andere Anbieter von Ersatzteilen in der Ausübung des Wettbewerbs behindern könnten (vgl. unten, Rz 245).

A.5.10 Kundendaten, Berichterstattung und Informationssystem

A.5.10.1 Lieferung von Kundendaten

160. Die Handelspartner sind vertraglich verpflichtet, an dem von der AMAG zur Verfügung gestellten Kundenbeziehungsmanagement-Programm (*Customer Relationship Management*, nachfolgend: CRM) teilzunehmen. Die Handelspartner verpflichten sich insbesondere „zum aktiven Austausch von Kunden- und Fahrzeugdaten für Zwecke der Kundenbetreuung, für Aktivitäten im Rahmen“ des CRM „und für allfällige Werbe- und Verkaufsförderungsmaßnahmen“. Sie werden sodann regelmässig solche Daten der AMAG zur Verfügung stellen, soweit die Kunden der Übertragung zugestimmt haben. Die Kunden- und Fahrzeugdaten würden von der AMAG gemäss den Richtlinien zum Händlervertrag in einer Datenbank in Übereinstimmung mit dem DSG¹⁶ gespeichert und verwendet.

161. Nach den Richtlinien zum Händlervertrag ist die AMAG berechtigt, die Kunden- und Fahrzeugdaten für Massnahmen der Kundenbetreuung, für Aktivitäten im

Rahmen des CRM und für sonstige zentrale Werbe- und Verkaufsförderungsaktivitäten, sowie Aktivitäten im Bereich der Kommunikation mit den Kunden zu verwenden und zu nutzen. Die Kundendaten werden in der Regel dem Handelspartner zugeordnet, bei dem das Fahrzeug seinerzeit gekauft wurde oder der die Verkaufsmeldung/Nachmeldung geschickt hat. Zudem verpflichtet sich die AMAG, die Kundendaten nicht an einen anderen Vertragspartner weiterzugeben. Gemäss diesen Richtlinien übernimmt die AMAG keine Haftung für direkte und/oder indirekte Schäden in Zusammenhang mit der nicht korrekten Zuordnung von Kunden. Bei Beendigung des Vertrages kann der Handelspartner verlangen, dass die der AMAG übermittelten Kundendaten deaktiviert werden. In diesem Fall kann die AMAG den Kunden darüber informieren, welche anderen Handelspartner in ihrer Umgebung vorhanden sind. Der Handelspartner kann aber auch eine Vergütung für den Verbleib der Kundendaten bei der AMAG beanspruchen.

162. Einige Handelspartner haben sich beim Sekretariat darüber beschwert, dass die Kundendaten, die ihnen zugeteilt wurden, von den AMAG Retail Betrieben für eigene Marketing-Aktionen verwendet worden seien. Dies benachteilige klar die unabhängigen Handelspartner, welche direkte Konkurrenten der AMAG Retail Betriebe seien.

163. Die AMAG stellt sich auf den Standpunkt, ein Kunde eines Handels- bzw. Servicepartners sei immer auch ein Kunde von AMAG Import (als Importeurin). Entsprechend sei es richtig, dass die Kundendaten auch der AMAG Import zur Verfügung stünden. Zur Weiterleitung von Kundendaten an die AMAG als Importeurin gebe der Kunde im Kaufvertrag bzw. anderweitig jeweils seine Zustimmung. Die AMAG Import garantiere, dass die Daten nur im Rahmen der vertraglichen und gesetzlichen Bestimmungen verwendet würden. Bei Fehlern betreffend die Weiterleitung von Kundendaten hätten die Handelspartner die Möglichkeit, sich an die Ombudsstelle der VW-Konzernmarken zu wenden.

A.5.10.2 Weiterleitung von Berichten zur Finanz- und Ertragssituation

164. Die AMAG verpflichtet die Handelspartner, spätestens sechs Monate nach Ende des Geschäftsjahres der AMAG die von der Revisionsstelle testierte Jahresrechnung (Bilanz und Erfolgsrechnung inkl. Anhang) einzureichen. Überdies wurden Handelspartner verpflichtet, periodisch über ihre Finanz- und Ertragssituation Bericht zu erstatten.

165. Gemäss dem Händlervertrag werden diese Informationen vom Lieferanten (d.h. von der AMAG) vertraulich behandelt.¹⁷ Allerdings, machen die Handelspartner geltend, dass AMAG Import und AMAG Retail Teil des gleichen Unternehmens seien und man einem direkten Konkurrenten (wie AMAG Retail) solche Informationen nicht (freiwillig) geben wolle.

¹⁶ Bundesgesetz vom 19.6.1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1).

¹⁷ Siehe z.B. Art. 9.5. des Musters zum Händlervertrag für die Marke VW PW. Eine ähnliche Bestimmung ist in den Verträgen für die anderen Marken vorgesehen.

166. Die AMAG macht geltend, die von ihren Handelspartnern verlangten Angaben zur Finanz- und Ertragssituation würden für das Risiko-Management und zur Erstellung eines Benchmark-Systems benötigt. Zugriff zu den Händlerdaten hätten gemäss der AMAG nur eine Handvoll Mitarbeiter bei AMAG Import. Die Daten würden nicht an die AMAG Retail Betriebe weitergeleitet.

A.5.10.3 IT-System

167. Die Handelspartner sind zudem verpflichtet, für den Fahrzeugverkauf das von der AMAG vorgegebene Kundenbeziehungsmanagement-Programm zu nutzen (vgl. oben, Rz 160). In diesem Programm sind Fahrzeugkonfiguration, Kundendaten und Konditionen des Einzelgeschäfts erfasst. Einige Handelspartner befürchten, dass dieses IT-System von der AMAG als Preisüberwachungssystem genutzt wird und dass die erhaltenen Informationen AMAG Retail, d.h. ihrer Konkurrentin, zugänglich gemacht werden.

168. Gemäss der AMAG sind die Handelspartner in der konkreten Offerterstellung frei und würden nicht von der AMAG eingeschränkt. Das erwähnte Informatiksystem erfasse keine Daten, welche für ein Preisüberwachungssystem verwendet werden könnten. Es fände auch keine Überwachung der Angebote der Handelspartner im Einzelfall statt.

A.5.10.4 Fazit

169. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die AMAG Informationen über Kunden- und Fahrzeugdaten, die Ertragssituation und die Konditionen des Einzelgeschäfts verlangt und erhält, die es ihr ermöglichen, die Kostenstruktur der Handelspartner auszuwerten und ihre Preispolitik entsprechend zu steuern. Im Vordergrund des vertikalen Informationsaustausches zwischen der AMAG als Importeurin/Lieferantin und ihren Vertriebspartnern steht offenbar die Verkaufsförderung, welche zu einer Intensivierung des Wettbewerbs führt. Das finanzielle Benchmarking erlaubt es, die Vertriebsstruktur effizienter zu organisieren, indem ineffiziente Betriebe oder Strategien identifiziert und behoben werden können. Die Gefahr für eine wettbewerbsschädliche Verhaltensabstimmung ist insofern nicht ersichtlich. Folglich bestehen keine Anhaltspunkte für eine nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässige Abrede über einen Informationsaustausch. Da zurzeit keine Anhaltspunkte bestehen, dass AMAG auf dem Markt für den Verkauf neuer KFZ über eine marktbeherrschende Stellung verfügt (vgl. unten, Rz 237), kommt auch keine Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 KG in Frage.

170. Den Bedenken der Handelspartner, dass die AMAG ihre Daten womöglich an AMAG Retail und damit an ihre Konkurrenten weitergibt, könnte dadurch Rechnung getragen werden, dass sich die AMAG gegenüber ihren Handelspartnern verpflichtet, (1) sicherzustellen, dass die von ihren Handelspartnern verlangten Angaben zur Finanz- und Ertragssituation ausschliesslich für das Risiko-Management und zur Erstellung eines Benchmark-Systems verwendet werden, (2) von ihren Handelspartnern nicht zu verlangen, die Konditionen der einzelnen Verkaufsgeschäfte im IT-System der AMAG zu erfassen, sowie (3) Kundendaten, die sie von ihren Handelspartnern erhalten hat, nicht AMAG Retail oder anderen Han-

delspartnern weiterzugeben oder zugänglich zu machen (vgl. unten, Rz 250; Anregung zu Kundendaten, Berichtserstattung und Informationssystem).

A.6 Zusammenfassung

171. Die Vorabklärung hat im Wesentlichen Folgendes ergeben:

- Ein Hinweis, dass die AMAG möglicherweise **Parallel- bzw. Direktimporte** beschränke, hat sich im Rahmen der Vorabklärung nicht bestätigt (vgl. oben, Rz 27–30).
- Die AMAG bevorzugt bei der neuen Vertriebsnetzplanung Strategie 2020 Servicepartner, die gleichzeitig auch Vertriebspartner sind. Sie hat im Rahmen der neuen Strategie zur **Reduktion der „service only“** Betriebe zwischen 2011 und 2015 zahlreiche Kündigungen ausgesprochen und wird im 2018 sämtliche Handels- und Serviceverträge per 2020 kündigen, wobei noch unklar ist, wie viele Handels- und Servicepartner einen neuen Vertrag erhalten werden (vgl. vorne, Rz 33–59). Gestützt auf die zurzeit verfügbaren Informationen ist davon auszugehen, dass die Bestimmungen betreffend Vertragsauflösung nach Art. 19 KFZ-Bek eingehalten wurden bzw. werden und dem Investitionsschutz damit genügend Rechnung getragen wurde bzw. wird. Demzufolge bestehen zurzeit keine Anhaltspunkte dafür, dass die ergangenen und die geplanten Kündigungen der Händler- und Serviceverträge unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG darstellen (vgl. oben, Rz 51). Hingegen ist davon auszugehen, dass es in Zukunft nur noch eine geringe Anzahl an „service only“ Betrieben geben wird (vgl. oben, Rz 58). Damit bestehen Anhaltspunkte dafür, dass zwischen der AMAG und denjenigen Händlern, die nach der Strategie 2020 als Vertriebs- und Servicepartner zum Netz zugelassen werden, eine **Abrede über die Verknüpfung von Service und Vertrieb** vorliegen könnte.
- Obwohl der **Mehrmarkenvertrieb** vertraglich nicht ausgeschlossen ist, geht rund ein Fünftel der befragten Vertriebspartner der AMAG davon aus, dass diese keinen Mehrmarkenvertrieb duldet. Rund drei Fünftel der befragten Handelspartner gaben an, kein Interesse am Vertrieb anderer Marken zu haben oder die notwendigen Standards nicht zu erfüllen. Rund ein Fünftel der Händler antworteten wiederum, dass sie bereits weitere Marken, die nicht zum VW-Konzern gehörten, vertreten. Die AMAG bestreitet, den Mehrmarkenvertrieb zu verbieten oder zu behindern. Sie weist darauf hin, dass die bestehenden Betriebe oft zu klein seien, um zusätzliche Marken standardkonform aufzunehmen, ausserdem seien dazu teils grosse Investitionen notwendig (vgl. vorne, Rz 60–64). Vor diesem Hintergrund bestehen zwar keine genügenden Anhaltspunkte für eine **Abrede** zwischen der AMAG und ihren Vertriebspartnern **über die Unterlassung von Mehrmarkenvertrieb**. Allerdings besteht bei einigen Händlern offenbar eine Unsicherheit, ob sie Fahrzeuge von Konkurrenzmarken der von der

AMAG vertriebenen VW-Konzernmarken vertreiben dürfen (vgl. oben, Rz 60 ff.).

- Die Abklärungen zur **Preisgestaltung und zu den Geschäftsbedingungen beim Vertrieb neuer KFZ** haben ergeben, dass AMAG Retail Betriebe aufgrund ihrer Zugehörigkeit zur AMAG Gruppe beim Verkauf von neuen KFZ des VW-Konzerns womöglich bessergestellt sind, als die Handelspartner der AMAG. Allerdings ist zurzeit nicht davon auszugehen, dass der AMAG auf dem Markt für den Vertrieb von Neufahrzeugen bzw. in den einzelnen Segmenten eine marktbeherrschende Stellung zukommt (vgl. unten, Rz 237), weshalb keine Anhaltspunkte für einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 KG vorliegen (vgl. oben, Rz 65–129).
- Die Abklärungen zum **Flottengeschäft** haben ergeben, dass die Flottengeschäfte mit etwa 40 % einen grossen Teil der Verkäufe von KFZ auf dem Gesamtmarkt darstellen. Zudem konnte AMAG Retail ihre Marktanteile im Flottengeschäft ausbauen und die Handelspartner können, wenn sie im Wettbewerb bleiben wollen, nicht auf Flottengeschäfte verzichten. Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass sie zumindest die empfohlenen Preisnachlässe anwenden. Dies beschränkt zwar die Preisgestaltung der Handelspartner und vermindert ihre Marge. Allerdings bestehen für den Bereich des Flottengeschäfts gestützt auf die zurzeit vorliegenden Informationen keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 oder 7 KG (vgl. oben, Rz 130–150).
- Nach Aussagen von verschiedenen Marktteilnehmern zwingt das **Rabatt- und Bonussystem der AMAG im Bereich Aftersales** die Servicepartner der AMAG und unabhängige Marktteilnehmer wirtschaftlich dazu, Ersatzteile ausschliesslich bei der AMAG zu beziehen, und beschränke damit andere Lieferanten von Ersatzteilen möglicherweise darin, diese an Mitglieder des AMAG Vertriebssystems und/oder an unabhängige Marktteilnehmer zu verkaufen (vgl. oben, Rz 151). Folglich bestehen Anhaltspunkte für eine unzulässige **Abrede über die Beschränkung des Bezugs von Ersatzteilen** (vgl. unten, Rz 180 ff.). Zudem bestehen Anhaltspunkte, dass die AMAG auf den *Aftersales*-Märkten über eine marktbeherrschende Stellung verfügen könnte (vgl. unten, Rz 238). Das Anreizsystem zum Bezug von möglichst vielen Ersatzteilen aus unterschiedlichen Sortimentsgruppen bei der AMAG könnte auch **eine missbräuchliche Einschränkung des Absatzes** im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG und/oder **eine missbräuchliche Koppelung der Abnahme von Leistungen** im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG darstellen, welche andere Anbieter von Ersatzteilen in der Ausübung des Wettbewerbs behindern (vgl. unten, Rz 245).
- Einige Handelspartner der AMAG befürchten, dass die **Kunden- und Fahrzeugdaten** sowie **Be-**

richte zur Finanz- und Ertragssituation, welche sie an die AMAG weiterleiten müssen, von dieser als Mittel zur Überwachung der Ertragssituation ihrer Handelspartner und zur Steuerung ihrer Preispolitik verwendet werden könnten. Zudem leiste die AMAG keine Gewähr dafür, dass diese Informationen den AMAG Retail Betrieben, welche mit den Handelspartnern in direkter Konkurrenz stehen, nicht zugänglich gemacht würden (vgl. oben, Rz 160). Nach Abklärungen des Sekretariats steht beim vertikalen Informationsaustausch zwischen der AMAG als Importeurin/Lieferantin und ihren Vertriebspartnern die Verkaufsförderung im Vordergrund. Jedenfalls bestehen keine genügenden Anhaltspunkte für eine nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässige **Abrede über einen Informationsaustausch**. Da die AMAG auf dem Markt für den Verkauf neuer KFZ nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfügt (vgl. unten, Rz 237), kommt auch keine Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 KG in Frage.

B. Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

172. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG).

173. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die AMAG und ihre Handelspartner sind je als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

174. Dem KG 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 (Art. 3 Abs. 2 KG).

175. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Absätze 1 und 2 KG wird von den Beteiligten auch nicht geltend gemacht.

B.3 Unzulässige Wettbewerbsabreden

176. 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).

B.3.1 Wettbewerbsabreden

177. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie auf-

einander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG).

178. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.¹⁸

a. Abrede über die Verknüpfung von Service und Vertrieb

179. Vorliegend hat die Vorabklärung ergeben, dass die AMAG gemäss der Strategie 2020 und der Idealnetzplanung Servicepartner bevorzugt, die zugleich als zugelassene Händler von Fahrzeugen der AMAG Marken tätig sind (vgl. oben, Rz 53 ff.). Damit könnte zwischen der AMAG und denjenigen Händlern, die nach der Strategie 2020 als Vertriebs- und Servicepartner zum Netz zugelassen werden, eine Abrede über die Verknüpfung von Service und Vertrieb vorliegen. Allerdings bestehen zurzeit keine Anhaltspunkte dafür, dass die Zulassung reiner Servicepartner ausgeschlossen wird.

b. Abrede über die Beschränkung des Bezugs von Ersatzteilen

180. Im Rahmen des Rabatt- und Bonussystems der AMAG im Bereich *Aftersales* hat die AMAG mit den Mitgliedern ihres Vertriebsnetzes vereinbart, dass sich die Höhe der Rückvergütung nach der Einstufung in ein sog. Partnersegment berechne, wobei die Einstufung in ein Partnersegment gestützt auf den Jahresumsatz des Vertriebspartners in sechs verschiedenen Sortimentsgruppen erfolge. Dieses zwischen der AMAG und den Mitgliedern ihres Vertriebsnetzes vereinbarte Rabatt- und Bonussystem setzt Anreiz, möglichst viele Ersatzteile in allen Sortimentsgruppen bei der AMAG zu beziehen. Damit werden möglicherweise Anbieter von Ersatzteilen- in der Belieferung der Mitglieder des AMAG Vertriebsnetzes beschränkt und damit im Wettbewerb mit den die AMAG beliefernden Anbietern von Ersatzteilen behindert. Z.B. kann ein Anbieter von Motorenöl faktisch von einer Lieferung an Abnehmer der AMAG ausgeschlossen werden, da die jeweiligen Abnehmer, um vom Bonus zu profitieren, auch das Motorenöl bei der AMAG beziehen müssen. Zudem bestehen auch mit Abnehmern, bei denen es sich nicht um Mitglieder des AMAG-Vertriebsnetzes handelt, Vereinbarungen über Rückvergütungen, welche Anreiz setzen, möglichst viele Ersatzteile bei Anbietern von Ersatzteilen zu beziehen, die mit der AMAG zusammenarbeiten.

181. Damit bestehen Anhaltspunkte, dass zwischen der AMAG und den Abnehmern von Ersatzteilen (zugelassene und unabhängige Werkstätten), welche die Ersatzteile bei der AMAG gemäss den Bedingungen des von der AMAG Import AG per 1. Januar 2017 eingeführten Rabatt- und Bonussystems für das Ersatzteilegeschäft beziehen, eine Abrede über die Beschränkung des Bezugs von Ersatzteilen bei der AMAG besteht.

B.3.2 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

182. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen *erheblich* beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Erweist sich die durch eine Abrede bewirkte Beeinträchtigung als erheblich, ist zu prüfen, ob die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG zu rechtfertigen ist.

183. Bei allen Wettbewerbsabreden, die nicht unter Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG fallen, sind bei der Prüfung der Erheblichkeit sowohl qualitative wie auch quantitative Kriterien zu berücksichtigen. Die Abwägung dieser beiden Kriterien erfolgt einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung. Dabei kann eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen erheblich sein. Umgekehrt kann eine Beeinträchtigung mit quantitativ beträchtlichen Auswirkungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, auch wenn sie qualitativ nicht schwerwiegend ist (Ziff. 12 Abs. 1 Bst. b VertBek).¹⁹

184. Um die Auswirkungen der Abreden prüfen zu können, werden vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt.

B.3.2.1 Relevante Märkte

185. Bei der Abgrenzung der relevanten Märkte ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.²⁰

186. 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 VKU²¹, der hier analog anzuwenden ist).²²

187. Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt demnach aus Sicht der Marktgegenseite und fokussiert somit auf den strittigen Einzelfall: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.²³ Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden, also in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.²⁴ Entscheidend

¹⁸ So etwa auch das Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3, *Paul Koch AG/WEKO*.

¹⁹ BGE 143 II 297, 316, E. 5.2.2, *Gaba*.

²⁰ BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publi-groupe SA et al./WEKO*.

²¹ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

²² BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publi-groupe SA et al./WEKO*.

²³ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publi-groupe SA et al./WEKO*; Urteil des BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, E. 3.2 (= RPW 2015/1, 134 f. E. 3.2), *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

²⁴ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publi-groupe SA et al./WEKO*; BGE 129 II 18 33 f. E. 7.3.1 (= RPW 2002/4, 743 E 7.3.1), *Buchpreisbindung*.

sind die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarkt-konzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite sowie weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren und Dienstleistungen aus der Sicht der Nachfrager.²⁵ Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.²⁶

188. 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).²⁷

189. Im KFZ-Sektor wird in der Regel zwischen dem sogenannten *Primärmarkt* für den Vertrieb neuer KFZ und den sogenannten *Sekundär- oder Anschlussmärkten* für den Vertrieb von Ersatzteilen und die Erbringung von Serviceleistungen unterschieden.²⁸ Gemäss einer umfassenden Marktanalyse der Europäischen Kommission hätten sich die Primärmärkte für den Vertrieb von neuen KFZ so entwickelt, dass auf ihnen keine Wettbewerbsbedingungen mehr vorliegen, die sie von anderen Wirtschaftsbereichen unterscheiden würden. Vielmehr würde auf diesen Märkten ein reger und wirksamer Wettbewerb bestehen.²⁹ Daher hat die Europäische Kommission bei der Neuordnung der Gruppenfreistellung im KFZ-Sektor entschieden, auf vertikale Vereinbarungen im Bereich des Verkaufs von neuen KFZ ab dem 1. Juni 2013 nur noch die allgemeine Vertikal-GVO³⁰ anzuwenden.³¹ Auf den Anschluss- bzw. Sekundärmärkten, d.h. auf den Märkten für Serviceleistungen und auf den Märkten für Ersatzteile, sei der Wettbewerb hingegen weniger intensiv, weil diese markenspezifisch seien.³² Daher richtet sich nur noch die Gruppenfreistellung von vertikalen Vereinbarungen, die sich auf die Erbringung von Serviceleistungen oder auf den Verkauf von Ersatzteilen beziehen nach den Voraussetzungen der spezifischen KFZ-GVO.³³ In der Schweiz gilt die KFZ-Bekanntmachung hingegen nach wie vor sowohl für den Verkauf von neuen KFZ als auch für den Verkauf von Ersatzteilen und die Erbringung von Serviceleistungen.³⁴ Die KFZ-Bekanntmachung trägt allerdings den Anpassungen im europäischen Recht Rechnung und orientiert sich insbesondere auf den Anschluss- bzw. Sekundärmärkten an der KFZ-GVO.³⁵ Daher orientiert sich das Sekretariat für die Abgrenzung der relevanten Märkte vorliegend auch an der Praxis der Europäischen Kommission.

a. Markt für den Vertrieb neuer KFZ

190. Bei der Ermittlung des sachlich relevanten Markts für den Vertrieb von neuen KFZ ist zu beachten, dass sich die Nachfrage der Einzelhändler von der Nachfrage der Endkunden ableitet (abgeleitete Endnachfrage).³⁶

191. Massgebend ist folglich, welche Neufahrzeuge von den Endkunden als austauschbar angesehen werden. Dabei wird davon ausgegangen, dass diese aufgrund von grossen Preis- und Grössenunterschieden zwischen Neufahrzeugen verschiedener Klassen oder Segmente, die Neufahrzeuge einzelner Klassen oder Segmente für austauschbar halten. Daher wird der Markt für den Vertrieb von Neufahrzeugen üblicherweise in *verschiedene Klassen oder Segmente* unterteilt. In der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden wurde der Markt in folgende Segmente unterteilt: „Microwagen“, „Kleinwagen“,

„Untere Mittelklasse“, „Obere Mittelklasse“, „Oberklasse“, „Luxusklasse“ und „Nutzfahrzeuge“ (Rz 5 Erläuterungen zur KFZ-Bek).³⁷ Für die Zwecke der vorliegenden Vorabklärung wird provisorisch auf diese Marktsegmentierung abgestellt.

192. In *räumlicher Hinsicht* hat die WEKO in Sachen BMW den Markt für den Vertrieb von Neufahrzeugen aus der Sicht der Endkonsumenten national abgegrenzt.³⁸ Für die Zwecke der vorliegenden Vorabklärung ist provisorisch davon auszugehen, dass der Markt für den Vertrieb von Neufahrzeugen nach Klassen bzw. Segmenten zu unterteilen und national abzugrenzen ist. Diese Marktsegmentierung wäre im Rahmen einer Untersuchung allenfalls zu verfeinern.

b. Markt für den Vertrieb neuer KFZ im Rahmen von Flottengeschäften

193. Für den Vertrieb neuer KFZ im Rahmen von Flottengeschäften wäre allenfalls ein separater Markt abzugrenzen. Da die Abklärungen zum Flottengeschäft allerdings keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 oder 7 KG ergeben haben (vgl. oben, Rz 130-150), ist für die Zwecke der Vorabklärung kein entsprechender Markt abzugrenzen.

c. Markt für Serviceleistungen

194. In ihrer bisherigen Praxis hat sich die WEKO im KFZ-Sektor nicht näher mit der Abgrenzung von Märkten für Serviceleistungen auseinandergesetzt (Rz 6 Erläuterungen zur KFZ-Bek). Bei der Abgrenzung des *sachlich*

²⁵ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

²⁶ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

²⁷ 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*.

²⁸ Erwägungsgrund III. zur KFZ-Bekanntmachung; REINHARD ELLGER in: Kommentar zum Europäischen Kartellrecht Immenga/Mestmäcker, Einl. Kfz-GVO, N 16 und 17, Art. 4 Kfz-GVO N 22.

²⁹ ELLGER (Fn 28), Einl. Kfz-GVO, N 16.

³⁰ Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20.4.2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen (Vertikal-GVO).

³¹ Verordnung (EU) Nr. 461/2010 der Kommission vom 27.5.2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor, Erw. 10 (KFZ-GVO).

³² Ergänzende Leitlinien für vertikale Beschränkungen in Vereinbarungen über den Verkauf und die Instandsetzung von Kraftfahrzeugen und den Vertrieb von Kraftfahrzeugersatzteilen, ABl. 2010 C 138 vom 28.5.2010, 16 ff., Rz 15 und 57 (Ergänzende Leitlinien zur KFZ-GVO); ELLGER (Fn 28), Einl. Kfz-GVO, N 16.

³³ Erwägungsgrund III. zur KFZ-Bekanntmachung.

³⁴ Erwägungsgrund V. zur KFZ-Bekanntmachung.

³⁵ Erwägungsgrund V. zur KFZ-Bekanntmachung.

³⁶ Urteil des BVerG vom 13.11.2015, RPW 2015/4, 821 ff. E. 7.1, *BMW/WEKO*; ELLGER (Fn 28), Art. 4 Kfz-GVO N 23.

³⁷ RPW 2012/3, 561, Rz 184, *BMW*; Urteil des BVerG vom 13.11.2015, RPW 2015/4, 821 ff. E. 7.1, *BMW/WEKO* (bestätigt durch Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017); ELLGER (Fn 28), Art. 4 Kfz-GVO N 23.

³⁸ RPW 2012/3, 562, Rz 186 ff., *BMW*; Urteil des BVerG vom 13.11.2015, RPW 2015/4, 822 ff. E. 7.2.1, *BMW/WEKO* (bestätigt durch Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017).

relevanten Marktes für Serviceleistungen stellt sich zunächst die Frage, ob dieser Markt zusammen mit dem Markt für den Vertrieb neuer KFZ einen sog. Systemmarkt bildet oder ob es sich dabei um zwei separate Märkte handelt.³⁹

195. Für die Marktabgrenzung können gemäss der Systemmarkt-Theorie und der Zweimärkte-Theorie folgende Ansätze herangezogen werden: Systemisch verbundene Komplementärgüter können aus Sicht der Marktgegenseite (Konsumenten) unter gewissen Umständen zu einem einzigen Systemprodukt oder Systemproduktmarkt zusammengefasst werden. Währenddessen dürften systemisch nicht oder nur schwach verbundene Komplemente separate sachlich relevante Märkte bilden. Welcher Ansatz im vorliegenden Fall adäquat ist, muss gemäss den konkreten Gegebenheiten des Einzelfalls geprüft werden. Ein Systemprodukt oder Systemproduktmarkt ist dann anzunehmen, wenn eine ausreichende Disziplinierungswirkung vom Primärmarkt auf die nachgelagerten Sekundärmärkte ausgeht. Eine Disziplinierungswirkung liegt dann vor, wenn sich ein Unternehmen auf den nachgelagerten Sekundärmärkten nicht unabhängig verhalten kann, weil dieses Verhalten Rückwirkungen auf den eigenen Erfolg auf dem Primärmarkt aufweist.⁴⁰

196. Die Europäische Kommission geht davon aus, dass der Markt für Serviceleistungen einen eigenen Markt bildet.⁴¹ Auch wenn die Europäische Kommission die Märkte für Serviceleistungen und Ersatzteile grundsätzlich als separate Märkte abgrenzt, behält sie sich vor, in bestimmten Sonderfällen einen Systemmarkt abzugrenzen, der sowohl KFZ als auch Ersatzteile und Serviceleistungen umfasst.⁴² Die Abgrenzung eines Systemmarkts erscheine dann als angebracht, wenn davon auszugehen sei, dass sich die Abnehmer nicht nur aufgrund des Kaufpreises des KFZ, sondern auch aufgrund der Kosten für Serviceleistungen und Ersatzteile für oder gegen ein KFZ einer bestimmten Marke entscheiden würden, was z.B. bei gewerbmässigen Abnehmerinnen oder Abnehmern von Fahrzeugflotten eher der Fall sei als bei Privatpersonen.⁴³

197. Weiter geht die Europäische Kommission davon aus, dass der Markt für Serviceleistungen markenspezifisch abzugrenzen ist.⁴⁴ Begründet wird dies damit, dass die Eigentümerinnen und Eigentümer von KFZ einer bestimmten Marke nur zugelassene oder unabhängige Werkstätten als substituierbar ansehen, die KFZ dieser Marke reparieren können, nicht hingegen solche, die als zugelassene oder unabhängige Werkstätten KFZ anderer Marken instand setzen.⁴⁵ Der Wettbewerb auf diesem Markt resultiere vor allem aus der wettbewerblichen Interaktion zwischen unabhängigen Werkstätten und zugelassenen Werkstätten für die betreffende Marke.⁴⁶ Hingegen würden Werkstätten, die als zugelassene oder unabhängige Werkstätten KFZ anderer Marken reparieren und warten könnten, von den Endkunden nicht als Substitute angesehen und daher auch nicht zum sachlich relevanten Markt gehören.⁴⁷

198. Insofern als es vorliegend um die Frage der Substituierbarkeit von Serviceleistungen aus der Sicht von privaten Endkundinnen und Endkunden geht, ist davon auszugehen, dass diese nur zugelassene oder unab-

hängige Werkstätten als substituierbar ansehen, die Fahrzeuge der von ihnen gehaltenen Marken reparieren können.⁴⁸ Aus diesem Grund ist für die Zwecke der vorliegenden Vorabklärung provisorisch davon auszugehen, dass der Markt für Serviceleistungen in *sachlicher Hinsicht* als *separater Sekundärmarkt* und *markenspezifisch* abzugrenzen ist.⁴⁹

199. In *räumlicher* Hinsicht wird nicht auf die einzelne Werkstatt abgestellt, sondern auf das Vertriebsnetz des Herstellers. Die Fahrzeughersteller haben die Netze der von ihnen zugelassenen Werkstätten in der Regel national organisiert, weshalb der räumliche Markt national abzugrenzen ist.⁵⁰

200. Daher ist für die Zwecke der vorliegenden Vorabklärung provisorisch von einem separaten Sekundärmarkt für Serviceleistungen auszugehen, der *markenspezifisch* und *national* abzugrenzen ist.

d. Markt für den Vertrieb von Ersatzteilen

201. In ihrer bisherigen Praxis hat sich die WEKO im KFZ-Sektor nicht näher mit der Abgrenzung von Märkten für den Vertrieb von Ersatzteilen auseinandergesetzt. Die Europäische Kommission geht davon aus, dass der Markt für Ersatzteile einen eigenen Markt bildet.⁵¹ Sie behält sich allerdings vor, unter bestimmten Umständen, namentlich wenn es sich bei den Abnehmern nicht um Privatpersonen handelt, einen Systemmarkt abzugrenzen, der sowohl KFZ als auch Ersatzteile umfasst (vgl. oben, Rz 196). Dies mit der Begründung, dass Abnehmer einzelner Fahrzeuge – im Unterschied zu gewerbmässigen Abnehmern von LKWs oder ganzen KFZ-Flotten – KFZ primär anhand ihres Kaufpreises auswählen und dabei allfällige Kosten für Ersatzteile noch nicht berücksichtigen.⁵²

202. Zudem geht die Europäische Kommission davon aus, dass der Markt für Ersatzteile markenspezifisch abzugrenzen ist, weil aus Sicht der Endkunden Ersatzteile für die einzelnen Marken eines Herstellers nicht austauschbar sind.⁵³

³⁹ Vgl. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 26.3.2018 betreffend Kartellrecht (vorsorgliche Massnahmen) – Gesuch vom 16.2.2018 (= RPW 2018/2, 488, E. 12.4.3) und Entscheide des Handelsgerichts des Kantons Zürich betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 17.12.2014 (= RPW 2014/4, 825, E. 7.2, *Baldag AG / Jaguar Land Rover*) und vom 6.3.2015 (= RPW 2015/3, 724, E. 4.3).

⁴⁰ RPW 2010/3, 438, Rz 29, *SAP Wartungspreiserhöhung*.

⁴¹ Ergänzende Leitlinien zur KFZ-GVO (Fn 32), Rz 15 und 57.

⁴² Ergänzende Leitlinien zur KFZ-GVO (Fn 32), Rz 57; ELLGER (Fn 28), Art. 4 Kfz-GVO N 31.

⁴³ Ergänzende Leitlinien zur KFZ-GVO (Fn 32), Rz 57; ELLGER (Fn 28), Art. 4 Kfz-GVO N 31.

⁴⁴ Ergänzende Leitlinien zur KFZ-GVO (Fn 32), Rz 15 und 57.

⁴⁵ ELLGER (Fn 28), Art. 4 Kfz-GVO N 27.

⁴⁶ Ergänzende Leitlinien zur KFZ-GVO (Fn 32), Rz 57.

⁴⁷ ELLGER (Fn 28), Art. 4 Kfz-GVO N 28.

⁴⁸ ELLGER (Fn 28), Art. 4 KFZ-GVO N 27.

⁴⁹ Ergänzende Leitlinien zur KFZ-GVO (Fn 32), Rz 15; ELLGER (Fn 28), Art. 4 Kfz-GVO N 25.

⁵⁰ ELLGER (Fn 28), Art. 4 KFZ-GVO N 32.

⁵¹ Ergänzende Leitlinien zur KFZ-GVO (Fn 32), Rz 15 und 57; ELLGER (Fn 28), Art. 4 KFZ-GVO N 25.

⁵² Ergänzende Leitlinien zur KFZ-GVO (Fn 32), Rz 57.

⁵³ Ergänzende Leitlinien zur KFZ-GVO (Fn 32), Rz 15 und 57; ELLGER (Fn 28), Art. 4 KFZ-GVO N 25.

203. Insofern als es vorliegend um die Frage der Substituierbarkeit von Ersatzteilen aus Sicht von privaten Endkunden geht, ist davon auszugehen, dass die Verbraucherinnen und Verbraucher Ersatzteile für die unterschiedlichen Fahrzeugmarken nicht als austauschbar ansehen, weshalb der *sachlich* relevante Markt für den Vertrieb von Ersatzteilen als separater Sekundärmarkt und markenspezifisch abzugrenzen ist.⁵⁴

204. In *räumlicher* Hinsicht werden die Ersatzteilmärkte in der Regel national abgegrenzt, weil der Ersatzteilhandel überwiegend in den selektiven Vertriebssystemen der Hersteller organisiert wird und die zugelassenen Werkstätten innerhalb dieser Systeme zu ähnlichen Bedingungen einkaufen können.⁵⁵

205. Daher ist für die Zwecke der vorliegenden Vorabklärung davon auszugehen, dass ein separater Sekundärmarkt für den Vertrieb von Ersatzteilen abzugrenzen ist, der *markenspezifisch* und *national* ist.

B.3.2.2 Qualitative Kriterien

206. Die Frage, ob eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung vorliegt, beurteilt sich anhand des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters⁵⁶ und des Ausmasses des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter⁵⁷. Vertikale Abreden, die nicht unter Art. 5 Abs. 4 KG fallen, werden als qualitativ schwerwiegend betrachtet, wenn sie eine der in den Ziff. 12 Abs. 2 VertBek oder Art. 15 bis 19 KFZ-Bek aufgeführten Beschränkungen zum Gegenstand haben.

a. Abrede über die Verknüpfung von Service und Vertrieb

207. Die Verpflichtung einer zugelassenen Werkstatt, die Erbringung von Serviceleistungen mit dem Vertrieb von Ersatzteilen oder mit dem Vertrieb von neuen KFZ zu verknüpfen, ist als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu betrachten (Art. 16 Bst. a KFZ-Bek). Gleichermassen ist die Verpflichtung eines zugelassenen Händlers, den Vertrieb von neuen KFZ mit der Erbringung von Serviceleistungen oder dem Vertrieb von Ersatzteilen zu verknüpfen, als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu betrachten (Art. 16 Bst. b KFZ-Bek). Die Tätigkeiten von Verkauf und Kundendienst sind grundsätzlich zu trennen. Ein zugelassener Händler kann seine Tätigkeit demzufolge ausschliesslich auf einen dieser Bereiche beschränken (Rz 32 Erläuterungen zur KFZ-Bek).

208. Im EU-Wettbewerbsrecht würden Vereinbarungen, mit denen zugelassene Werkstätten zum Verkauf von Neuwagen verpflichtet werden, wahrscheinlich vom Kartellverbot in Art. 101 Abs. 1 AEUV⁵⁸ erfasst, da die genannte Verpflichtung nicht durch die Art der Vertragsdienstleistungen bedingt ist.⁵⁹ Ferner kämen Vereinbarungen, die eine derartige Verpflichtung enthalten, bei einer etablierten Marke in der Regel nicht für die Ausnahmeregelung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV in Betracht, da sie eine starke Beschränkung des Zugangs zum Netz der zugelassenen Werkstätten zur Folge hätten und damit den Wettbewerb einschränken würden, ohne dass die Verbraucher einen gleichwertigen Nutzen daraus zögen.⁶⁰

209. Vorliegend hat die Vorabklärung ergeben, dass die AMAG mit der Strategie 2020 und der Idealnetzplanung 2020 bezweckt, die Marktgebiete der AMAG durch eine geringe Anzahl an Investoren zu bearbeiten, dabei die Kombination von Handel und Service bevorzugt und „service only“ Betriebe reduziert (vgl. oben, Rz 53 bis 59). Damit dürfte die AMAG inskünftig nur noch solche Werkstätten zur Erbringung von Serviceleistungen zulassen, die gleichzeitig zum Vertrieb neuer Fahrzeuge zugelassen sind. Folglich bestehen Anhaltspunkte für eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 16 Bst. a KFZ-Bek.

b. Abrede über die Beschränkung des Bezugs von Ersatzteilen

210. Gemäss Art. 16 Bst. h KFZ-Bek gilt die Beschränkung der Möglichkeit eines Mitglieds eines Vertriebssystems, Originalersatzteile und -ausrüstungen oder qualitativ gleichwertige Ersatzteile von einem Hersteller oder Händler dieser Waren ihrer Wahl zu erwerben und diese Teile für Serviceleistungen zu verwenden, als qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs.

211. Vorliegend bestehen Anhaltspunkte, dass das zwischen der AMAG und den Abnehmern von Ersatzteilen (zugelassene und unabhängige Werkstätten) vereinbarte Rabatt- und Bonussystem im Bereich *After-sales* (vgl. oben, Rz 151 ff.) diese offenbar dazu veranlasst, die Ersatzteile in den unterschiedlichsten Kategorien ausschliesslich bei der AMAG zu beziehen und damit andere Anbieter von Ersatzteilen möglicherweise darin beschränkt, diese an Mitglieder des AMAG Vertriebssystems und/oder unabhängige Marktteilnehmer zu verkaufen. Zugleich könnte das vereinbarte Rabatt- und Bonussystem diese Werkstätten in ihrer Möglichkeit beschränken, Originalersatzteile und -ausrüstungen oder qualitativ gleichwertige Ersatzteile von Anbietern ihrer Wahl zu erwerben. Damit bestehen Anhaltspunkte für eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG.⁶¹ Hingegen liegen zurzeit keine Hinweise vor, dass das Bonus+system zu einer indirekten Beschränkung von gebietsüberschreitenden passiven Verkäufen im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG führt.⁶²

⁵⁴ Ergänzende Leitlinien zur KFZ-GVO (Fn 32), Rz 15; ELLGER (Fn 28), Art. 4 KFZ-GVO N 25.

⁵⁵ ELLGER (Fn 28), Art. 4 Kfz-GVO N 26.

⁵⁶ PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: Wettbewerbsrecht II Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1.

⁵⁷ In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241 Rz 19, *Klimarappen*, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils.

⁵⁸ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), Konsolidierte Fassung, vom 26.10.2012, Abl. C 326, 49 ff.

⁵⁹ Ergänzende Leitlinien zur KFZ-GVO (Fn 32), Rz 71.

⁶⁰ Ergänzende Leitlinien zur KFZ-GVO (Fn 32), Rz 71.

⁶¹ Siehe Art. 16 Bst. g und h KFZ-Bek.

⁶² Vgl. Rz 8, letzter Satz, der Erläuterungen der Wettbewerbskommission vom 12.6.2017 zur Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (VertBek-Erläuterungen), abrufbar unter: www.weko.admin.ch > Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen.

B.3.2.3 Quantitative Kriterien

212. Ob in quantitativer Hinsicht eine schwerwiegende Beeinträchtigung vorliegt, bestimmt sich in der Regel danach, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird, m.a.W. welches „Gewicht“ die Abrede sowie die an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt haben (Anzahl, Marktanteile, Umsätze etc.).⁶³

B.3.2.3.1 Auswirkungen auf den Markt für Serviceleistungen

213. Zunächst geht es darum die Auswirkungen der möglichen Abreden über die Verknüpfung von Service und Vertrieb auf den Markt für Serviceleistungen zu beurteilen. Dabei ist von einem markenspezifischen und nationalen Markt auszugehen (vgl. vorne, Rz 200).

B.3.2.3.1.1 Anzahl der an den Abreden beteiligten Unternehmen

214. Gemäss Auskünften der AMAG bestanden im September 2016 aus markenspezifischer Sicht 415 „*service only*“ Betriebe (vgl. oben, Rz 55). Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die vorgenannten Abreden (vgl. oben, Rz 213) aus markenspezifischer Sicht mit 415 Betrieben vereinbart wurden. Bei wie vielen dieser Betriebe es sich um voneinander und von der AMAG unabhängige Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes handelt, kann offenbleiben. Für die Zwecke der Vorabklärung kann festgehalten werden, dass eine beträchtliche Anzahl Unternehmen an der Abrede beteiligt ist.

B.3.2.3.1.2 Marktstellung der an den Abreden beteiligten Unternehmen und anderer Wettbewerber

215. Um die Marktstellung der AMAG und der zugelassenen Werkstätten auf dem Markt für Serviceleistungen einzuschätzen, hat das Sekretariat auf eine von der AMAG gehaltene Präsentation und eine von ihr in Auftrag gegebenen „Studie AMAG Plus“ aus dem Jahre 2005 abgestellt, mit welcher die AMAG die „Kundenloyalität“ im Bereich Service ermittelt hat. Konkret hat die AMAG ermittelt, wie viele Fahrzeuge der AMAG Marken im Zeitverlauf bei AMAG Retail und/oder bei den zugelassenen Werkstätten und somit nicht bei unabhängigen Werkstätten in den Service gebracht werden. Gemäss Tabelle 7 ist dies im ersten Jahr bei [...] der Fahrzeuge der Fall (vgl. Spalte „Loyalität“), womit nur [...] bei unabhängigen Werkstätten in den Service gebracht werden. Im zweiten Jahr beträgt der Marktanteil der AMAG und der zugelassenen Werkstätten [...], womit der Marktanteil der unabhängigen Werkstätten [...] beträgt, im siebten Jahr beträgt der Marktanteil der AMAG und der zugelassenen Werkstätten nur noch [...] und jener der unabhängigen [...] und ab dem achten Jahr ist der Marktanteil der AMAG und der zugelassenen Händler nur noch bei [...], womit jener der unabhängigen Werkstätten bei [...] liegt. Die AMAG geht davon aus, dass im Durchschnitt über den Lebenszyklus eines Fahrzeuges „rund [...] des Fahrzeugbestandes [...] in den jeweiligen Markenwerkstätten gewartet und repariert“ werden. Folglich ist für die Zwecke der Vorabklärung davon auszugehen, dass die an der Abrede beteiligten Unternehmen (die AMAG und die zugelassenen Werkstätten) auf dem Markt für Serviceleistungen über eine starke Marktstellung verfügen.

	Marktanteil AMAG Retail Betriebe	Marktanteil zugelassene Werkstätten	Marktanteil unabhängige Werkstätten	«Loyalität»
Jahr des Kaufes				
1. Jahr				
2. Jahr				
3. Jahr				
4. Jahr				
5. Jahr				
6. Jahr				
7. Jahr				

Tabelle 7: Marktanteile der AMAG im Markt für Serviceleistungen basierend auf Angaben der AMAG zur Kundenloyalität (Darstellung und Berechnung Sekretariat, Quelle: AMAG).

⁶³ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 56), Art. 5 KG N 230.

216. Aus der Tabelle 7 wird deutlich, dass die Garantie bewirkt, dass die Endkundinnen und Endkunden ihr KFZ in den ersten Jahren nach Abschluss des Kaufvertrags eher zu einem AMAG Retail Betrieb oder zu einer zugelassenen Werkstatt bringen, als zu einer unabhängigen Werkstatt. Je nach Dauer der Garantie kann diese Wirkung unterschiedlich lange andauern.

217. Aufgrund der Marktstellung der AMAG und der zugelassenen Werkstätten ist davon auszugehen, dass der Wettbewerbsdruck durch unabhängige Werkstätten auf dem markenspezifischen Markt für Serviceleistungen bereits durch die Tatsache, dass nur AMAG Betriebe und zugelassene Werkstätten Garantiewerke ausführen können, stark beschränkt ist und durch allfällige Abreden zwischen der AMAG und den zugelassenen Werkstätten über die Verknüpfung von Service und Vertrieb zusätzlich beschränkt würde.

B.3.2.3.1.3 Fazit

218. Demzufolge bestehen, gestützt auf die erörterten qualitativen und quantitativen Kriterien, Anhaltspunkte dafür, dass allfällige Abreden über die Verknüpfung von Service und Vertrieb insgesamt als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung zu betrachten wären.

B.3.2.3.2 Auswirkungen auf den Markt für den Vertrieb von Ersatzteilen

219. Schliesslich sind die Auswirkungen der Abrede über die Beschränkung des Bezugs von Ersatzteilen auf den Markt für den Vertrieb von Ersatzteilen zu beurteilen. Dabei ist von einem markenspezifischen und nationalen Markt auszugehen (vgl. vorne, Rz 201).

B.3.2.3.2.1 Anzahl der an der Abrede beteiligten Unternehmen

220. Gemäss Auskünften der AMAG wurden von AMAG Import Anfang 2017 über 9'800 Unternehmen mit Ersatzteilen beliefert, darunter 72 AMAG Retail Betriebe und 314 zugelassene Werkstätten. Die restlichen rund 9'400 Unternehmen seien nicht Mitglieder des Vertriebsnetzes der AMAG. Demzufolge kann davon ausgegangen werden, dass eine beträchtliche Anzahl Unternehmen an der Abrede zwischen der AMAG und ihren Abnehmern von Ersatzteilen über die Beschränkung des Bezugs von Ersatzteilen bei der AMAG beteiligt ist.

B.3.2.3.2.2 Marktstellung der an den Abreden beteiligten Unternehmen (Intrabrand-Wettbewerb) und Marktstellung der Wettbewerber (Interbrand-Wettbewerb)

221. Für die Beurteilung der Abrede über die Beschränkung des Bezugs von Ersatzteilen bei der AMAG ist zunächst zwischen hersteller- bzw. importeurbezahlten und kundenbezahlten Arbeiten zu unterscheiden. Die Garantie nach Abschluss eines Autokaufvertrages bindet die zugelassenen Werkstätten an die AMAG, weil diese ihnen in einem Garantiefall nicht nur die Ersatzteile kostenlos bzw. günstiger gewährt, sondern auch die Kosten für die Reparaturen übernimmt (zu einem reduzierten Stundenansatz als dem Kunden verrechnet würde). Eine solche Garantie kann je nach Marke bis zu sieben Jahren Wirkungen entfalten (vgl. vorne, Rz 215). Dasselbe gilt in Bezug auf die Garantie für den Kauf von Ersatzteilen, die in der Regel zwei Jahre beträgt. Die Folge davon

ist, dass die zugelassenen Werkstätten an die AMAG gebunden sind, indem sie für Garantiewerke die Ersatzteile bei ihr beziehen müssen. Die Substituierung der Originalersatzteile mit solchen von Drittanbietern/unabhängigen Händlern ist nur teilweise möglich.

222. Nach Ablauf der Garantie und während der Garantielaufzeit für kundenbezahlte Servicearbeiten wären die zugelassenen Händler der AMAG grundsätzlich frei, die Ersatzteile bei Lieferanten ihrer Wahl zu beziehen. Allerdings bestehen Anhaltspunkte dafür, dass das oben beschriebene AMAG Rabatt- und Bonussystem im Bereich *After-sales* (vgl. vorne, Rz 151 ff.) die zugelassenen Händler über die Garantiewerke hinaus darin beschränkt, die Ersatzteile bei einem Lieferanten ihrer Wahl zu beziehen.

223. Neben den zugelassenen Händlern könnten mit dem oben beschriebenen AMAG Rabatt- und Bonussystem im Bereich *After-sales* (vgl. vorne, Rz 151 ff.) auch andere Abnehmer von Ersatzteilen, insbesondere unabhängige Werkstätten an die AMAG gebunden und folglich Lieferanten von Ersatzteilen, die mit der AMAG im Wettbewerb stehen, darin beschränkt werden, die Abnehmer der AMAG zu beliefern.

224. Damit ist davon auszugehen, dass die AMAG und ihre Abnehmer auf dem Markt für den Verkauf von Ersatzteilen eine ähnlich starke Stellung haben wie die AMAG und die zugelassenen Werkstätten auf dem Markt für Serviceleistungen, sie dürfte sogar noch stärker sein, weil das AMAG Rabatt- und Bonussystem im Bereich *After-sales* auch unabhängigen Werkstätten

Anreiz setzt, möglichst viele Ersatzteile bei der AMAG zu beziehen.

225. Folglich bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die AMAG und ihre Abnehmer auf dem Markt für den Vertrieb von Ersatzteilen über eine starke Stellung verfügen und sich eine Abrede über die Beschränkung des Bezugs der Ersatzteile bei der AMAG damit in quantitativer Hinsicht entsprechend stark auswirken könnte.

B.3.2.3.2.3 Fazit

226. Aufgrund der Marktstellung der AMAG und ihrer Abnehmer auf dem Markt für den Vertrieb von Ersatzteilen kann nicht ausgeschlossen werden, dass konkurrierende Anbieter von Ersatzteilen von den an einer allfälligen Abrede beteiligten Abnehmern (zugelassene Werkstätten und unabhängige Werkstätten) möglicherweise nur sehr eingeschränkt als Bezugsmöglichkeit von Ersatzteilen berücksichtigt werden, was den Intrabrand-Wettbewerb vermutlich beeinträchtigt. Weil ausserdem Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Endkonsumenten die Ersatzteile der AMAG Marken als nicht austauschbar erachten, dürfte es an einem funktionierenden Interbrand-Wettbewerb fehlen. Damit bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die Abrede über die Beschränkung des Bezugs von Ersatzteilen aufgrund der Marktanteile der AMAG quantitative Effekte auf den Markt für den Vertrieb von Ersatzteilen zeigt.

227. Gestützt auf die erfolgten Ausführungen bestehen Anhaltspunkte dafür, dass eine allfällige Abrede über die Beschränkung des Bezugs von Ersatzteilen insgesamt

als erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu qualifizieren wäre.

B.3.2.4 Zwischenergebnis

228. Basierend auf einer Gesamtbeurteilung der dargelegten qualitativen und quantitativen Kriterien bestehen Anhaltspunkte für Abreden über die Verknüpfung von Service und Vertrieb und die Beschränkung des Bezugs von Ersatzteilen, die den Wettbewerb auf den relevanten Märkten erheblich beeinträchtigen und vorbehaltlich einer Rechtfertigung aus Effizienzgründen unzulässig sind (Art. 5 Abs. 1 KG).

B.3.3 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

229. 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; und
- den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

230. Vorliegend hat die AMAG bisher keine Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG geltend gemacht. Im Rahmen einer allfälligen Untersuchung wäre das Vorliegen möglicher Gründe der wirtschaftlichen Effizienz abzuklären.

B.3.4 Fazit: Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden

231. Die Vorabklärung hat Anhaltspunkte dafür ergeben, dass zwischen der AMAG und ihren Vertriebspartnern folgende möglicherweise unzulässigen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG bestehen:

- Abreden über die Verknüpfung von Service und Vertrieb;
- Abreden über die Beschränkung des Bezugs von Ersatzteilen.

B.4 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

B.4.1 Marktbeherrschende Stellung

232. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

B.4.1.1 Der relevante Markt

233. Die Beurteilung der Marktbeherrschung setzt die Bestimmung des relevanten Marktes voraus. Für die Zwecke der vorliegenden Vorabklärung ist von folgender provisorischer Marktabgrenzung auszugehen:

- Nationaler Markt für den Vertrieb von Neufahrzeugen nach Klassen bzw. Segmenten (vgl. oben, Rz 190–192)
- Nationaler Markt für die Erbringung von Serviceleistungen für AMAG Marken (vgl. oben, Rz 194–200)
- Nationaler Markt für den Vertrieb von Ersatzteilen für AMAG Marken (vgl. oben, Rz 201–205)

B.4.1.2 Beurteilung der Marktstellung

B.4.1.2.1 Markt für den Vertrieb neuer KFZ

Marktstellung der AMAG

234. Die Marktstellung der AMAG wird anhand der in der Schweiz verkauften Neufahrzeuge der durch die AMAG importierten Marken (nachfolgend: AMAG Marken) in den einzelnen Klassen (Microwagen, Kleinwagen, untere Mittelklasse, obere Mittelklasse, Oberklasse, Luxusklasse) ermittelt. Aus der nachfolgenden Statistik für das Jahr 2013 ergibt sich, dass die AMAG Marken in allen Klassen vertreten sind, wobei sie in der unteren Mittelklasse mit rund 37 % Marktanteil am stärksten, in der oberen Mittelklasse mit rund 35 % Marktanteil am zweitstärksten, in der Oberklasse mit rund 20 % Marktanteil am drittstärksten, in der Kleinwagen-Klasse mit 18 % Marktanteil am viertstärksten, in der Microwagen-Klasse mit 17 % Marktanteil am fünftstärksten und in der Luxusklasse mit rund 4 % Marktanteil am schwächsten vertreten sind. Im Durchschnitt über alle Klassen sind die AMAG Marken mit einem Marktanteil von rund 29 % vertreten. Dabei werden mehr als 90 % der neuen von der AMAG importierten Fahrzeuge von der AMAG und den zu ihrem Vertriebsnetz zugelassenen Händlern verkauft, die Parallel- bzw. Direktimporte machen unter 10 % aus.

Klasse	Markt	AMAG Marken	AMAG Import	AMAG Retail	Handelspartner	Parallelimport
Microwagen	5.9 %	17.3 %	[...]	[...]	[...]	[...]
Kleinwagen	27.5 %	18 %	[...]	[...]	[...]	[...]
Untere Mittelklasse	42.1 %	37 %	[...]	[...]	[...]	[...]
Obere Mittelklasse	17.6 %	34.7 %	[...]	[...]	[...]	[...]
Oberklasse	5.4 %	20.6 %	[...]	[...]	[...]	[...]
Luxusklasse	1.4 %	4.1 %	[...]	[...]	[...]	[...]
Total	100 %	28.8 %	[...]	[...]	[...]	[...]

Tabelle 6: Marktanteile Zulassungen 2013 mofis, Stellungnahme der AMAG

235. Aus diesen Zahlen ergibt sich, dass die AMAG in einzelnen Klassen bzw. Segmenten, namentlich in der unteren Mittelklasse (mit rund 37 % Marktanteil) und in der oberen Mittelklasse (mit rund 35 % Marktanteil) über eine starke Marktstellung verfügt. Für die Zwecke der Vorabklärung wird davon ausgegangen, dass sich die Zahlen für die Jahre 2011–2015 in einem ähnlichen Umfang bewegen.

Marktstellung der Konkurrenz

236. In Bezug auf die Marktstellung der Konkurrenz kann für die Zwecke der vorliegenden Vorabklärung provisorisch auf die Ausführungen der WEKO in der Verfügung *BMW* abgestellt werden. Die WEKO hat dort aufgezeigt, dass in sämtlichen Klassen bzw. Segmenten viele aktuelle und potenzielle Wettbewerber vorhanden sind, die einen gewissen Druck aufeinander ausüben. Es ist daher grundsätzlich von Interbrand-Wettbewerb auszugehen.⁶⁴

Fazit

237. Auf dem Markt für den Vertrieb von Neufahrzeugen, verfügt die AMAG in einzelnen Klassen bzw. Segmenten, namentlich in der unteren Mittelklasse (mit rund 37 % Marktanteil) und in der oberen Mittelklasse (mit rund 35 % Marktanteil) über eine starke Marktstellung. Allerdings sind in sämtlichen Klassen bzw. Segmenten des relevanten Marktes viele Wettbewerber vorhanden.⁶⁵ Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der AMAG auf dem Markt für den Vertrieb neuer KFZ bzw. in den einzelnen Segmenten keine marktbeherrschende Stellung zukommt.

B.4.1.2.2 Markt für Serviceleistungen und Markt für den Vertrieb von Ersatzteilen

238. Aufgrund der erfolgten Ausführungen zur Stellung der AMAG auf den markenspezifischen Märkten für Serviceleistungen und Ersatzteile (vgl. oben, Rz 215–217 und Rz 221–225) bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die AMAG auf diesen Märkten über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

B.4.2 Missbräuchliche Verhaltensweisen nach Art. 7 KG

239. Gemäss der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Es kann zwischen einem sog. Behinderungsmissbrauch und einem sog. Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch unterschieden werden.⁶⁶

240. Ein *Behinderungsmissbrauch* liegt vor, wenn andere Unternehmen (i.d.R. aktuelle oder potenzielle Konkurrenten; in einem ersten Schritt aber auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden.⁶⁷

241. Demgegenüber wird bei einem *Benachteiligungs-* bzw. *Ausbeutungsmissbrauch* die Marktgegenseite, d.h. die Lieferanten oder Abnehmer des marktbeherrschenden Unternehmens, benachteiligt, indem ihnen ausbeu-

terische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden.

242. In Art. 7 Abs. 2 KG hat der Gesetzgeber eine nicht abschliessende Liste von Verhaltensweisen aufgestellt, die das Verbot von Art. 7 Abs. 1 KG veranschaulichen bzw. konkretisieren soll.⁶⁸

243. Diese Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen sind nach Art. 7 Abs. 1 KG unzulässig, sofern sie nicht aus sachlichen Gründen gerechtfertigt sind (sog. *legitimate business reasons*). Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist nach Massgabe von Art. 49a Abs. 1 KG sanktionierbar.

244. In Bezug auf die Märkte für den Vertrieb neuer KFZ ist davon auszugehen, dass die AMAG nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfügt (vgl. oben, Rz 234–237). Folglich bestehen keine Anhaltspunkte für missbräuchliche Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 KG auf diesen Märkten.

245. In Bezug auf die Märkte für Serviceleistungen und den Vertrieb von Ersatzteilen, ist für die Zwecke der vorliegenden Vorabklärung provisorisch davon auszugehen, dass diese markenspezifisch abzugrenzen sind und die AMAG auf diesen Märkten möglicherweise über eine marktbeherrschende Stellung verfügt (vgl. oben, Rz 238). Mit ihrem Rabatt- und Bonussystem im Bereich *Aftersales* setzt die AMAG ihren Abnehmern Anreiz, Ersatzteile in sämtlichen Sortimentsgruppen bei der AMAG zu beziehen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass sie damit möglicherweise eine missbräuchliche Einschränkung des Absatzes im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG und/oder eine missbräuchliche Kopplung der Abnahme von Leistungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG vornimmt, weil sie andere Anbieter von Ersatzteilen in der Ausübung des Wettbewerbs behindert (vgl. oben, Rz 223).⁶⁹

B.4.3 Fazit

246. In Bezug auf die Märkte für den Vertrieb neuer KFZ ist davon auszugehen, dass die AMAG nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfügt (vgl. oben, Rz 234–237). Folglich bestehen diesbezüglich keine Anhaltspunkte für missbräuchliche Verhaltensweisen im

⁶⁴ RPW 2012/3, 540 ff. Rz 248 ff., 276, *BMW*.

⁶⁵ Vgl. insbesondere die Ausführungen der WEKO in Zusammenhang mit der Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs im Fall *BMW*: RPW 2012/3, 571 ff, Rz 249 ff.

⁶⁶ RPW 2010/1, 166 Rz 322, *Preispolitik Swisscom ADSL*; vgl. auch BGE 139 I 72, 100 ff., E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁶⁷ BGE 139 I 72, 100 ff., E. 10.1.1. (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.; vgl. auch Botschaft KG 1995, BBl 1995 468, 569.

⁶⁸ Vgl. RPW 2012/3, 467 Rz 71, *Erdgas Zentralschweiz AG*; Botschaft KG 1995, BBl 1995 468, 570.

⁶⁹ Vgl. RPW 2014/4, 688, Rz 130 ff., *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*; Evaluation der Europäischen Kommission zur KFZ-GVO von 2008, S. 9 f., abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/2/2008/DE/2-2008-1946-DE-1-1.Pdf>.

Sinne von Art. 7 KG. Hingegen ist in Bezug auf die Märkte für Serviceleistungen und den Vertrieb von Ersatzteilen davon auszugehen, dass diese markenspezifisch abzugrenzen wären und die AMAG auf diesen Märkten möglicherweise über eine marktbeherrschende Stellung verfügt (vgl. oben, Rz 238). Mit ihrem Rabatt- und Bonussystem im Bereich *Aftersales* setzt die AMAG ihren Abnehmern Anreiz, Ersatzteile in sämtlichen Sortimentsgruppen bei der AMAG zu beziehen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass sie damit möglicherweise eine missbräuchliche Einschränkung des Absatzes im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG und/oder eine missbräuchliche Koppelung der Abnahme von Leistungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG vornimmt und andere Anbieter von Ersatzteilen in der Ausübung des Wettbewerbs behindert (vgl. oben, Rz 245).

B.5 Zusammenfassung

247. Zusammenfassend gelangt das Sekretariat gestützt auf die vorliegende Vorabklärung zu folgendem Schluss:

- Die Vorabklärung hat ergeben, dass die AMAG bei der Umsetzung der Strategie 2020 Betriebe mit Händler- und Serviceverträgen bevorzugt. Damit bestehen Anhaltspunkte dafür, dass zwischen der AMAG und denjenigen Händlern, die nach der Strategie 2020 als Handels- und Servicepartner zum Netz zugelassen werden, eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG über die Verknüpfung von Service und Vertrieb vorliegen könnte.
- Die Vorabklärung hat ergeben, dass das von der AMAG per 1. Januar 2017 im Bereich *Aftersales* eingeführte Rabatt- und Bonussystem den Abnehmern von Ersatzteilen (zugelassene und unabhängige Werkstätten) Anreiz setzt, möglichst viele Ersatzteile in allen Sortimentsgruppen bei der AMAG zu beziehen. Dieses Rabatt- und Bonussystem könnte andere Anbieter von Ersatzteilen darin beschränken, diese an Mitglieder des AMAG Vertriebssystems und/oder unabhängige Marktteilnehmer zu verkaufen. Damit bestehen Anhaltspunkte, dass zwischen der AMAG und den Abnehmern von Ersatzteilen, welche Ersatzteile gemäss diesem Rabatt- und Bonussystem beziehen, eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG über die Beschränkung des Bezugs von Ersatzteilen vorliegen könnte (Art. 16 Bst. h KFZ-Bek). Hingegen liegen zurzeit keine Hinweise vor, dass das Bonussystem zu einer indirekten Beschränkung von gebietsüberschreitenden passiven Verkäufen im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG führt (vgl. oben, Rz 211). Zudem hat die Vorabklärung ergeben, dass die AMAG auf den markenspezifischen Märkten für den Vertrieb von Ersatzteilen möglicherweise über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die AMAG diese möglicherweise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e und/oder f KG missbraucht, indem sie ihren Abnehmern von Ersatzteilen mit dem per 1. Januar 2017 im Bereich *Aftersales* eingeführten Rabatt- und Bonussystem Anreiz setzt, Ersatzteile in sämtlichen Sortimentsgruppen bei ihr zu bezie-

hen und damit andere Anbieter von Ersatzteilen in der Ausübung des Wettbewerbs behindert.

248. Folglich bestehen Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG und Art. 7 KG, die zur Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG führen können. Gemäss dem verfassungsmässigen Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV⁷⁰) bildet das Recht Grundlage und Schranke staatlichen Handelns. Nach dem prozessualen Legalitätsprinzip sind die Behörden verpflichtet, Gesetzesverstösse zu verfolgen und zu ahnden (Verfolgungszwang). Folglich haben die Wettbewerbsbehörden bei Anhaltspunkten für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung grundsätzlich eine Untersuchung zu eröffnen. Auf die Eröffnung einer Untersuchung kann – ausnahmsweise – dann verzichtet werden, wenn das Verfahren unverhältnismässig wäre. Dabei ist die gesamte Interessenlage des Einzelfalls sorgfältig und umfassend zu würdigen. Insbesondere sind in diesem Zusammenhang die folgenden Kriterien zu berücksichtigen: Die Art und Schwere der Wettbewerbsbeschränkung, der Umfang und die Dauer der Wettbewerbsbeschränkung, die volkswirtschaftlichen Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkung und ob im konkreten Fall nur oder ganz überwiegend private Interessen involviert sind.

249. Vorliegend sprechen insbesondere die Art und Schwere der zu beurteilenden Wettbewerbsbeschränkungen für einen vorläufigen Verzicht auf die Eröffnung einer Untersuchung, sofern die AMAG die durch das Sekretariat angeregten Massnahmen nach Art. 26 Abs. 2 KG (vgl. unten, Rz 249, C. Anregungen) umsetzt, dies aus den folgenden Gründen:

- Die Vorabklärung hat keine Anhaltspunkte für Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG und damit für die schädlichste Form von Vertikalabreden ergeben.
- Abreden über die Verknüpfung von Service und Vertrieb können unzulässig sein, wenn sie den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sind (Art. 5 Abs. 1 KG), sie gehören aber nicht zu den schädlichsten Vertikalabreden. Die Vorabklärung hat ergeben, dass die AMAG Betriebe mit Händler- und Serviceverträgen bevorzugt. Allerdings bestehen zurzeit keine Anhaltspunkte dafür, dass die Zulassung als reiner Servicepartner ausgeschlossen wird. Folglich erscheint es, unter der Voraussetzung, dass die AMAG die Anregung des Sekretariats umsetzt und reine Servicepartner auch nach der Umsetzung der Strategie 2020 nach wie vor zulässt (vgl. unten, Rz 249, Anregung II.), als nicht verhältnismässig, gestützt auf die zurzeit vorliegenden Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG über die Verknüpfung von Service und Vertrieb eine Untersuchung zu eröffnen.

⁷⁰ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101).

- Abreden über die Beschränkung des Bezugs von Ersatzteilen nach Art. 5 Abs. 1 KG gehören ebenfalls nicht zu den schädlichsten Vertikalabreden, sofern sie nicht zu einer indirekten Beschränkung von gebietsüberschreitenden passiven Verkäufen im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG führen (vgl. oben, Rz 211). Folglich erscheint es, unter der Voraussetzung, dass die AMAG die Anregung des Sekretariats umsetzt und ihr Rabatt- und Bonussystem im Bereich *Aftersales* anpasst (vgl. unten, Rz 249, Anregung V.), auch nicht verhältnismässig, gestützt auf die zurzeit vorliegenden Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG über die Beschränkung des Bezugs von Ersatzteilen eine Untersuchung zu eröffnen.
- Eine missbräuchliche Einschränkung des Absatzes im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG und/oder eine missbräuchliche Koppelung der Abnahme von Leistungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG kann zwar nicht ausgeschlossen werden und würde einen schweren KG-Verstoss darstellen. Allerdings wurde das Rabatt- und Bonussystem im Bereich *Aftersales* erst per Januar 2017 eingeführt und es liegen zurzeit keine genügenden Anhaltspunkte vor, dass andere Anbieter von Ersatzteilen in der Ausübung des Wettbewerbs tatsächlich behindert wurden. Sofern die AMAG ihr Rabatt- und Bonussystem im Bereich *Aftersales* anpasst (vgl. unten, Rz 249, Anregung V.), dürften die Bedenken des Sekretariats im Hinblick auf eine mögliche missbräuchliche Einschränkung des Absatzes und/oder Koppelung der Abnahme von Leistungen ausgeräumt sein. Folglich erscheint es, unter der Voraussetzung, dass die AMAG die Anregung des Sekretariats umsetzt und ihr Rabatt- und Bonussystem im Bereich *Aftersales* anpasst (vgl. unten, Rz 249, Anregung V.), auch nicht verhältnismässig, wegen einer möglichen missbräuchlichen Einschränkung des Absatzes bzw. Koppelung der Abnahme von Leistungen eine Untersuchung zu eröffnen.

C. Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG

250. Nach Art. 26 Abs. 2 KG kann das Sekretariat Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen anregen. Vor diesem Hintergrund regt das Sekretariat die folgenden Massnahmen an, um die erwähnten Wettbewerbsbeschränkungen zu beseitigen bzw. zu verhindern:

I. Vertriebsnetzplanung

Die AMAG informiert ihre Handelspartner frühzeitig, transparent und vollständig über die Umstrukturierung des Vertriebsnetzes und die daraus folgenden Konsequenzen für die einzelnen Handelspartner.

II. Zulassung von reinen Servicepartnern

Die AMAG informiert ihre bisherigen Handelspartner darüber, dass es nach wie vor möglich ist, als reiner Servicepartner für die AMAG tätig zu sein (Art. 16 Bst. a KFZ-Bek).

Die AMAG informiert sämtliche Händler und Werkstätten, denen der bisherige Händler- bzw. Servicepartnervertrag gekündigt wurde, über die Kriterien, die sie erfüllen müssen, um einen neuen Servicepartnervertrag abzuschliessen und als zugelassene Werkstatt ins Werkstattnetz der AMAG aufgenommen zu werden (Rz 22 ff. der Erläuterungen zur KFZ-Bek).

Die AMAG begründet schriftlich, aus welchen Gründen sie eine Werkstatt, welche die Kriterien erfüllt, nicht zu ihrem Werkstattnetz zulässt.

III. Mehrmarkenvertrieb

Die AMAG informiert sämtliche bestehenden und künftigen Handelspartner darüber, dass sie frei sind, KFZ oder Ersatzteile konkurrierender KFZ-Anbieter zu verkaufen bzw. Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen für KFZ konkurrierender Anbieter zu erbringen (Art. 18 KFZ-Bek und Rz 43 ff. Erläuterungen zur KFZ-Bek).

IV. Preisgestaltung und Geschäftsbedingungen bezüglich Vertrieb neuer KFZ

Da die AMAG sowohl als Generalimporteurin (AMAG Import) als auch mit eigenen Verkaufsgeschäften (AMAG Retail) am Markt auftritt, besteht das Risiko, dass die AMAG ihre Handelspartner gegenüber ihren eigenen AMAG Retail Betrieben benachteiligt.

Das Sekretariat hat zur Kenntnis genommen, dass die AMAG mit Wirkung per 1. Januar 2018 die Geschäftsbereiche AMAG Import und AMAG Retail in getrennten juristischen Personen führt.

Um eine missbräuchliche Benachteiligung der Handelspartner zu vermeiden, sind zusätzlich zur juristischen Trennung von AMAG Import und AMAG Retail folgende Massnahmen zu treffen:

a. Verkaufsziele

Die AMAG vereinbart die Verkaufsziele mit den zugelassenen Händlern im Rahmen einer schriftlichen Vereinbarung. Die AMAG berücksichtigt dabei das Potenzial der einzelnen Händler, insbesondere die bislang erreichten Absatzzahlen und die inskünftig erwartete Nachfrage.

b. Aktionen und margenreduzierte Modelle

AMAG Retail wird davon absehen, Aktionen und margenreduzierte Modelle anzubieten – die aufgrund einer möglichen Quersubventionierung durch AMAG Import – betriebswirtschaftlich sinnvoll nur von den AMAG Retail Betrieben angeboten werden können, womit die Handelspartner benachteiligt werden.

c. Leasing

Die AMAG informiert die Handelspartner, dass sie frei sind, an den Aktionen der AMAG Leasing teilzunehmen.

d. Flottengeschäfte

- Die AMAG sieht davon ab, Flottengeschäfte anzubieten – die aufgrund der Zugehörigkeit zur AMAG Gruppe – betriebswirtschaftlich sinnvoll nur von den AMAG Retail Betrieben angeboten werden können, womit die Handelspartner benachteiligt werden. Insbesondere sieht die AMAG davon

ab, gegenüber Flottenkunden bessere Angebote abzugeben, als gegenüber ihren Handelspartnern.

- Die Empfehlungen für Preisnachlässe für Flottenkunden sind aufzuheben.
- Die Rahmenvereinbarungen und die Rahmenverträge bezüglich Flottengeschäfte sind so auszugestalten, dass der Bezug von Fahrzeugen sowohl bei den AMAG Retail Betrieben als auch bei den Handelspartnern möglich ist.

V. Beschränkung des Bezugs von Ersatzteilen

Die AMAG informiert ihre Handelspartner, dass sie frei sind, Originalersatzteile und -ausrüstungen oder qualitativ gleichwertige Ersatzteile von einem Anbieter ihrer Wahl zu beziehen und diese Teile im Rahmen der Erbringung von Serviceleistungen zu verwenden.

Die AMAG passt ihr Rabatt- und Bonussystem im Bereich *Aftersales* so an, dass für die Berechnung der Rabatte und Boni nicht die Bezüge in verschiedenen Sortimentsgruppen (Koppelung), sondern nur jene der betreffenden Ersatzteile berücksichtigt werden.

VI. Kundendaten, Berichterstattung und Informationssystem

a. Weiterleitung von Berichten zur Finanz- und Ertragssituation

Die AMAG stellt sicher, dass die von ihren Handelspartnern verlangten Angaben zur Finanz- und Ertragssituation ausschliesslich für das Risiko-Management und zur Erstellung eines Benchmark-Systems verwendet werden.

b. IT-System

Die AMAG sieht davon ab, ihre Handelspartner dazu aufzufordern, die Konditionen der einzelnen Verkaufsgeschäfte im IT-System der AMAG zu erfassen.

Die AMAG verpflichtet sich gegenüber ihren Handelspartnern, Kundendaten, die sie von ihnen erhalten hat, nicht der AMAG Retail oder anderen Handelspartnern weiterzugeben oder zugänglich zu machen. Die AMAG trägt die Verantwortung für eine falsche Zuteilung von Kundendaten und hat den hierdurch benachteiligten Handelspartnern eine angemessene Entschädigung zu bezahlen.

D. Kosten

251. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat. Gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG haben Beteiligte, die eine Vorabklärung verursacht haben keine Gebühren zu bezahlen, sofern diese keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt.

252. Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen für eine Gebührenfreiheit gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG nicht erfüllt. Es liegen Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vor. Auf die Eröffnung einer Untersuchung wird insbesondere unter der Voraussetzung verzichtet, dass AMAG die Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG umsetzt.

253. 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).

254. Der Zeitaufwand der Vorabklärung beläuft sich auf [...] Stunden und wird gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter nach den folgenden Stundenansätzen verrechnet:

- [...] Stunden zu CHF 290, ergebend CHF [...]
- [...] Stunden zu CHF 200, ergebend CHF [...]

Daraus resultieren Verfahrenskosten von insgesamt CHF [...].

255. Vorliegend ergab die Vorabklärung Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG über die Verknüpfung von Service und Vertrieb; sowie über die Beschränkung des Bezugs von Ersatzteilen. Zudem ergab die Vorabklärung Anhaltspunkte dafür, dass die AMAG auf dem Markt für den Verkauf von Ersatzteilen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt und diese möglicherweise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG missbraucht. Insofern ist die AMAG gebührenpflichtig. Hingegen hat sich das Sekretariat im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung mit diversen Sachverhaltselementen auseinandergesetzt, die keine genügenden Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 oder 7 KG darstellen. Namentlich ergab die Vorabklärung keine genügenden Anhaltspunkte für eine unzulässige Abrede über absoluten Gebietsschutz im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG, für eine unzulässige Abrede über die Beschränkung des Mehrmarkenvertriebs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG oder für eine unzulässige Abrede über einen Informationsaustausch im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG. Zudem ergab die Vorabklärung keine genügenden Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG. Für die in diesem Zusammenhang entstandenen Verfahrenskosten ist die AMAG nicht gebührenpflichtig. Dabei handelt es sich um rund die Hälfte der Verfahrenskosten, das heisst um einen Betrag von rund CHF 70'500. Diese Verfahrenskosten werden zu Lasten der Staatskasse ausgeschieden. Damit beträgt die durch die AMAG zu bezahlende Gebühr CHF [...].

E. Schlussfolgerungen

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen,

1. stellt fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen;
2. verzichtet vorläufig darauf, im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung zu eröffnen, sofern die AMAG Import AG die Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG umsetzt;
3. erhebt Verfahrenskosten von CHF [...];
4. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.

Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 30. Oktober 2018 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend SIA-Honorarordnungen wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG

A Hintergrund der Vorabklärung und Ablauf

1. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) führte in den vergangenen Jahren mehrere Abklärungen zu den Honorarordnungen des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins (SIA) (nachfolgend: SIA) durch. Nachdem das Sekretariat im Jahr 2003 das damalige Honorarberechnungskonzept des SIA als kartellrechtskonform qualifiziert hatte, teilte es ihm am 26. August 2015 schriftlich mit, dass es diese Einschätzung aufgrund einer erneuten Überprüfung nur teilweise bestätigen könne. Dabei wies es den SIA auf verschiedene kartellrechtliche Bedenken zu den **SIA-Honorarordnungen** und zur vom SIA neu erlassenen **Charta** „Faire Honorare für kompetente Leistungen“ hin. Es zeigte dem SIA zudem auf, wie er sein Verhalten kartellrechtskonform anpassen kann. Der SIA antwortete nicht auf dieses Schreiben und setzte die Empfehlungen nicht um.

2. Ende 2016 gingen auf dem Sekretariat neue Anzeigen gegen die Honorarordnungen des SIA ein. Den Anzeigen lassen sich neben den zwei bereits 2015 angesprochenen kartellrechtlich problematischen Verhaltensweisen (SIA-Honorarordnungen und Charta) neu Hinweise auf ein drittes kartellrechtliches Problem entnehmen: Eine mögliche Einflussnahme des SIA bzw. seiner Mitglieder auf das Planungshonorar bei Aufträgen, die nach **Wettbewerben** vergeben werden.

3. Die ausbleibende Antwort des SIA bzw. die fehlende Umsetzung der Empfehlungen des Sekretariats sowie die neuen Anzeigen haben das Sekretariat bewegt, im Februar 2017 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG¹ zu eröffnen. Mit Schreiben vom 5. September 2017 informierte das Sekretariat den SIA über die neu eingegangenen Anzeigen und die Eröffnung einer Vorabklärung. Es legte dar, welche Verhaltensweisen es als kartellrechtswidrig bzw. kartellrechtlich problematisch erachtet und zeigte dem SIA auf, mit welchen Massnahmen er einen aus Sicht des Sekretariats kartellrechtskonformen Zustand herstellen kann.

4. Der SIA signalisierte dem Sekretariat am 2. Oktober 2017 seine Kooperationsbereitschaft. Er nahm umgehend gewisse Anpassungen vor und stellte rasche Entscheide der zuständigen Gremien über weitere Massnahmen und eine Überarbeitung der SIA-Honorarordnungen in Aussicht. In der Folge kam es zu einem weiteren Austausch und verschiedenen Treffen zwischen dem Sekretariat und dem SIA. Dabei teilte der SIA dem Sekretariat mit, dass er zur Kooperation bereit sei, obwohl er die rechtliche Argumentation des Sekretariats nicht teile. Im Rahmen dieser Kooperation erarbeitete er eine Übergangslösung sowie eine langfristige

Lösung für die vom Sekretariat benannten kartellrechtlichen Problemen in den SIA-Honorarordnungen. Dieser Anpassungsprozess war Ende Oktober 2018 so weit gediehen, dass das Sekretariat die vorliegende Vorabklärung abschliessen konnte.

5. Nachfolgend wird zunächst der **Sachverhalt** dargelegt, welcher der Vorabklärung zu Grunde liegt (B). Er beinhaltet die drei oben erwähnten Themenbereiche: Das in den **SIA-Honorarordnungen** behandelte Planungshonorar (B. 1), das Planungshonorar bei Aufträgen aus **Wettbewerben** (B. 2) und die **Charta** „Faire Honorare für kompetente Leistungen“ (B. 3). In der Folge wird dieser Sachverhalt **kartellrechtlich gewürdigt** (C). Da die Charta sowohl einen Bezug zu den Honorarordnungen, als auch zur Einflussnahme auf Planungshonorare bei Aufträgen aus Wettbewerben hat, kann sie innerhalb dieser Themenbereiche behandelt werden. Die rechtlichen Erwägungen lassen sich deshalb in zwei Hauptkapiteln abhandeln: Das Planungshonorar gemäss SIA-Honorarordnungen (C. 3.2) und das Planungshonorar bei Aufträgen aus Wettbewerben (C. 3.3). Unter Titel D wird schliesslich dargelegt, in welcher Form das Sekretariat die vorliegende **Vorabklärung abschliesst** und welche **Verhaltensanpassung der SIA** vorgenommen hat bzw. gemäss seiner Zusage noch vornehmen wird.

B Sachverhalt

6. Der SIA vereint rund 16'000 Mitglieder (Einzelmitglieder, Studentenmitglieder, Ehrenmitglieder und Firmenmitglieder).² Eine der statutarisch festgelegten Aufgaben des SIA besteht darin, dass er „sich aktiv an der Ausarbeitung, Weiterentwicklung, Veröffentlichung und Einführung von fachbezogenen und rechtlichen Instrumenten zur Berufsausübung, wie insbesondere Normen und Ordnungen“ beteiligt.³ Gestützt darauf hat der SIA über 200 Ordnungen, Normen, Richtlinien und Empfehlungen erlassen, welche der SIA zum Teil gratis zur Verfügung stellt und zum Teil verkauft (die komplette Sammlung umfasst 21 Ordner und kostet CHF 9'500).⁴

7. Nachfolgend werden die Publikationen bzw. Verhaltensweisen des SIA und seiner Mitglieder beschrieben, die dem vorliegenden Schlussbericht zu Grunde liegen. Aus kartellrechtlicher Sicht steht eine Verhaltensweise im Zentrum: Die Ausarbeitung von **Honorarordnungen** bzw. von zwei Formeln zur Berechnung von Honoraren (siehe B. 1). Daneben sind die Verhaltensweisen des

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

² Siehe Angaben auf der Website und Statuten des SIA (Ausgabe 2014; nachfolgend: Statuten), Art. 4, abrufbar unter www.sia.ch >der sia (23.8.2018). Eine Firma kann nur Mitglied werden, wenn sie auf den Gebieten Bau, Technik und Umwelt sowie hauptsächlich in der Planung und Beratung tätig ist und mindestens ein SIA-Mitglied der operativen Geschäftsleitung angehört (Mitgliederreglement, Art. 8, abrufbar unter www.sia.ch >Mitgliedschaft (27.8.2018)).

³ Statuten, Art. 3 Abs. 1 Bst. c).

⁴ Siehe unter www.shop.sia.ch >Gesamtwerte (27.8.2018).

SIA und seiner Mitglieder bei der Einflussnahme auf Honorare für Aufträge aus **Wettbewerben** (siehe B. 2) und der Erlass der genannten **Charta** „Faire Honorare für kompetente Leistungen“ zu beleuchten (siehe B. 3).

B.1 Planungshonorar gemäss SIA-Honorarordnungen (Berechnungsformeln)

B.1.1 Allgemeines

8. Der SIA hat **sieben Honorarordnungen** erlassen.⁵ Diese wurden von den Ordnungskommissionen ausgearbeitet und von der Delegiertenversammlung des SIA genehmigt.⁶ Die Honorarordnungen sind nicht kostenlos zugänglich, sondern werden vom SIA für CHF 180 pro Ordnung verkauft (für SIA-Mitglieder zu einem Vorzugspreis).⁷ In den Einleitungen der Honorarordnungen ist zu lesen: „Die in dieser Ordnung enthaltenen Leistungsbeschreibungen und Kalkulationshilfen haben den Charakter von Empfehlungen und sind für die Vertragsparteien verbindlich, wenn sie im Vertrag vereinbart sind.“

9. Die Honorarordnungen des SIA sind jeweils gleich aufgebaut: Sie enthalten Ausführungen zu Rechten und Pflichten der Anbieter- und Nachfrageseite von Planungsleistungen, Erläuterungen zu den Aufgaben und zur Stellung der Planenden und Beschreibungen der zu erbringenden Leistungen. Im letzten Teil werden jeweils die Grundlagen zur Ermittlung des Honorars der Planenden aufgeführt.

10. Diese **Grundlagen zur Ermittlung des Honorars** stehen im Fokus der vorliegenden Vorabklärung. Das Sekretariat geht nachfolgend einzig auf den diesbezüglichen Inhalt der **Ordnung SIA 102** „Ordnung für Leistungen und Honorare der Architektinnen und Architekten“ (nachfolgend: SIA 102) detailliert ein. Die anders lautenden Elemente der übrigen Honorarordnungen⁸ weichen nicht grundsätzlich von diesem ab und lassen sich ebenfalls mit Hilfe der nachfolgenden rechtlichen Erwägungen bzw. der sich daraus ergebenden Grundsätze kartellrechtlich einordnen.

11. In der SIA 102 werden vier Honorierungsarten empfohlen (Ziff. 5.3):

- nach dem effektiven Zeitaufwand,
- nach den aufwandbestimmenden Baukosten,
- als Pauschale (ohne Berücksichtigung der Teuerung),
- als Globale (mit Berücksichtigung der Teuerung).

12. Die Honorierung nach Zeitaufwand wird empfohlen, wenn der Zeitaufwand im Voraus nicht oder nur schwer abschätzbar ist. Unter welchen Umständen die Honorierung nach den aufwandbestimmenden Baukosten zu empfehlen ist, ist nicht ersichtlich. Sie soll aber auch zur Herleitung oder Überprüfung von Pauschal- und Globalangeboten genutzt werden. Insofern enthält die SIA eigentlich lediglich **zwei Berechnungsarten**.

13. Für beide Berechnungsarten ist zudem Folgendes vorgesehen: Verlangt der Auftraggeber eine Planergemeinschaft, eine Generalplanerfunktion oder die Integration eines Subplaners, ist eine **Erhöhung des Honorars** zu vereinbaren, welches in den ersten beiden Fällen „in der Regel 5 % des Honorars des Gesamtauftrags be-

trägt“ (Ziff. 5.9–5.11; Hervorhebung durch Sekretariat). Bei der Honorarabrechnung nach dem effektiven Zeitaufwand ist die Reisezeit als Arbeitszeit zu vergüten (Ziff. 5.5; siehe auch Ziff. 6.2.2).

B.1.2 Berechnungsart nach dem effektiven Zeitaufwand

14. Diese Berechnungsart sieht drei Varianten vor (nach Qualifikationskategorien, nach Gehältern und nach mittleren Stundenansätzen). Für die vorliegende Abklärung ist jene „nach mittleren Stundenansätzen“ von Interesse, welche folgende Formel vorsieht:

⁵ SIA Nr. 102:	Ordnung für Leistungen und Honorare der Architektinnen;
SIA Nr. 103:	Ordnung für Leistungen und Honorare der Bauingenieure;
SIA Nr. 104:	Ordnung für Leistungen und Honorare der Forstingenieure;
SIA Nr. 105:	Ordnung für Leistungen und Honorare der Landschaftsarchitekten;
SIA Nr. 106:	Ordnung für Leistungen und Honorare der Geologinnen;
SIA Nr. 108:	Ordnung für Leistungen und Honorare der Ingenieurinnen der Bereiche Gebäudetechnik, Maschinenbau und Elektrotechnik;
SIA Nr. 110:	Ordnung für Leistungen und Honorare der Raumplanerinnen auf den Gebieten der kommunalen Gesamtplanung und der Sondernutzungsplanung.

⁶ Siehe jeweils die letzten Seiten der SIA-Honorarordnungen; siehe auch Statuten, Art. 13 Bst. j und Art. 28 Abs. 2. Die Delegiertenversammlung ist das oberste Vereinsorgan. Sie besteht aus 76 Mitgliedern und fasst ihre Beschlüsse durch einfaches Mehr der Stimmenden (siehe www.sia.ch >der sia > Delegiertenversammlung (28.8.2018); Statuten, Art. 14 Abs. 1).

⁷ Siehe www.shop.sia.ch (28.8.2018).

⁸ Beispielhaft sei auf diese anderslautenden Elemente hingewiesen: Z.T. fehlen Variablen (z.B. wird „U“ in der SIA 103 nicht verwendet), z.T. sind zusätzliche Variablen enthalten (z.B. „B_p“ in der SIA 108) und z.T. sind denselben Variablen andere Werte zugeordnet (z.B. ordnet die SIA 102 der Variable „n“ die Werte 0.7–1.3 zu, während die SIA 105 für dieselbe Variable Werte von 0.8–1.2 festlegt). Die SIA 103 enthält ausserdem die zusätzliche Berechnungsart nach Leistungseinheiten (z.B. für Begehungen), welche eine pauschale oder globale Honorierung pro Leistungseinheit vorsieht.

$$H = T_t \times h \times a$$

H	= Gesamthonorar in Franken
T _t	= Summe der Arbeitsstunden aller Mitarbeiter, die direkt am Auftrag eingesetzt wurden
h	= angebotener Stundenansatz
a	= Anforderungsfaktor (kann zw. 0.6 und 1.3 variieren)

Grafik des Sekretariats

15. Die Variable „a“ wird als **Anforderungsfaktor** bezeichnet und soll die Qualifikation der einzusetzenden Mitarbeiter gewichten. Je nach der zu erfüllenden Aufgabe variiert der Anforderungsfaktor zwischen 0.6 (z.B. für unterstützende Arbeitsleistungen) und 1.3 (z.B. für eine multidisziplinäre Expertise).

16. Der Anforderungsfaktor **basiert auf einer normalen Büroausrüstung**. Kommen spezielle Geräte oder Programme zum Einsatz erhöht sich der Anforderungsfaktor um 0.05–0.30 oder um einen Mengenpreis oder eine Pauschale (Ziff. 6.3.9). Gemäss Aussagen des SIA beträgt der Anforderungsfaktor grundsätzlich 1.0.⁹

17. Die Werte, welche der Variable „a“ zugeordnet werden, haben soweit ersichtlich keinen Zusammenhang mit den anbieterspezifischen Gesteungskosten einer Planungsleistung bzw. erscheint ein Zusammenhang nur insofern ersichtlich, als komplexere Aufgaben erfahrungsgemäss aufwändiger sind.

B.1.3 Berechnungsart nach den aufwandbestimmenden Baukosten

18. Diese Berechnungsart sieht folgende Formel vor (Ziff. 7.2–7.4):

$$H = \frac{B \times p/100 \times n \times q/100 \times r \times U}{T_m} \times i \times s \times h$$

H	= Honorar in Franken
T _m	= durchschnittlicher Zeitaufwand in Stunden
B	= aufwandbestimmende Baukosten in Franken
p	= Grundfaktor für den Stundenaufwand (= Z1 + Z2 / ³ √B) (Z1 und Z2 werden vom SIA gestützt auf statistische Reihen veröffentlicht)
n	= Schwierigkeitsgrad (hängt von den 7 Baukategorien ab und beträgt zw. 0.7 und 1.3)
q	= Leistungsanteil (wenn alle Leistungen von Vorprojektphase bis Abschlussphase = 100)
r	= Korrekturfaktor für besondere Einflüsse (<u>Standard = 1</u> ; kann zw. 0.8 und 1.2 variieren)
U	= Faktor für Umbau, Unterhalt, Denkmalpflege (kann zw. 1 und 1.5 variieren)
i	= Teamfaktor (<u>Standard = 1</u>)
s	= Faktor für Sonderleistungen (<u>Standard = 1</u>)
h	= angebotener Stundenansatz

Grafik des Sekretariats

19. **Vereinfacht** gesagt besteht die Formel aus **zwei Teilen**: Dem Teil „T_m“, der den durchschnittlichen Stundenaufwand für eine Architekturleistung angeben soll (und seinerseits aus weiteren Variablen wie z.B. „B“ und „U“ abgeleitet wird) und dem Teil „h“, der dem angebotenen Stundenansatz entspricht. Zusätzlich sind die Variablen „i“ und „s“ vorgesehen, mit denen das Honorar an besondere Umstände angepasst werden kann.

20. Die Variable „B“ steht für die **Bausumme** (d.h. die wirklichen Kosten des ausgeführten Bauwerks gemäss Schlussabrechnung). Die Bausumme fliesst an zwei verschiedenen Stellen in die Berechnung des Zeitaufwandes „T_m“ ein: Einmal direkt, einmal über die Variable „p“. Der Wert, den die Variable „p“ annimmt, wird ausserdem durch die sogenannten Z-Werte bestimmt. Diese werden vom SIA publiziert.¹⁰ Die Z-Werte werden von der Konjunkturforschungsstelle der ETH Zürich gestützt auf wenige Erhebungen geschätzt, in welchen Architektur- und Ingenieurbüros zu ihrem Zeitaufwand Auskunft gaben.¹¹

21. Multipliziert mit „B“ ergibt die Variable „p/100“ eine **fixe Anzahl von Stunden** (ohne Streuung). So führt z.B. eine Bausumme von CHF 515'000 zu einem geschätzten Zeitaufwand von 1'000 Stunden (insbesondere unabhängig von der Grösse und Struktur des anbietenden Planungsbüros). Diese Anzahl Stunden kann sich je nach den Werten der übrigen Variablen ändern. Ändert sich nichts mehr, ergibt „B x p/100“ multipliziert mit „h“ (angebotener Stundenansatz) das Honorar.

⁹ Notiz des SIA zur Besprechung mit dem Sekretariat vom 6.7.2015, S. 5/6.

¹⁰ Siehe www.sia.ch >dienstleistungen >sia-norm >Z-Werte (28.8.2018).

¹¹ Vgl. SIA Stundenaufwandsmittlung 2010 der KOF vom 15.11.2010, S. 1–3, 8 und 40.

22. Die übrigen Variablen können die so berechnete Anzahl Stunden wie gesagt noch ändern. Den Variablen „n“, „r“, „U“ und „s“ ordnet die SIA 102 Minimal- und Maximalwerte zu, die soweit ersichtlich keinen anbieterspezifischen Zusammenhang mit den Gestehungskosten der Leistung haben. Ausser für „n“ gilt als Standard für alle Variablen der Wert 1.¹²

B.2 Planungshonorar bei Aufträgen aus Wettbewerben

B.2.1 Allgemeines

23. Der SIA hat auch Regeln darüber aufgestellt, wie das Honorar für einen Planungsauftrag zu bestimmen ist, der gestützt auf einen (Architektur-)Wettbewerb erteilt wird. Solche Regeln lassen sich den beiden Wegleitungen „Programme für Wettbewerbe und Studienaufträge“¹³ und „Aufgaben und Verantwortung der Jurymitglieder“¹⁴ entnehmen. Die beiden Wegleitungen wurden von Arbeitsgruppen ausgearbeitet, die erste wurde zudem von der Zentralkommission für Ordnungen des SIA genehmigt.¹⁵ Sie konnten bis zu ihrer Aufhebung auf der Website des SIA kostenlos heruntergeladen werden.

24. Die Wegleitung „Programme“ richtet sich gemäss Einleitung an Vorbereiter von Wettbewerben und Auftraggeber. Sie „legt die Bedingungen und eine einheitliche Struktur der Programme für Wettbewerbe und Studienaufträge fest und enthält Empfehlungen zur einwandfreien Durchführung.“ Die Wegleitung „Jurymitglieder“ richtet sich gemäss Einleitung an Mitglieder eines Preisgerichts bei Wettbewerben bzw. eines Beurteilungsgremiums bei Studienaufträgen und erläutert deren Aufgaben und Verantwortung. Unter dem Titel „Verantwortung gegenüber dem SIA“ ist zu lesen: „Mitglieder des SIA sind gemäss den Statuten des SIA verpflichtet, sich an die technischen Normen, Ordnungen, Richtlinien und Empfehlungen des SIA zu halten. Für Handlungen von Jurymitgliedern, die mit Grundsätzen der Berufsausübung im Widerspruch stehen, sind die jeweiligen Standeskommissionen zuständig. Diese können im Fall des standesunwürdigen Verhaltens eines Mitglieds unter bestimmten Bedingungen Sanktionen und gegebenenfalls auch den Ausschluss aus dem Verein verfügen.“

25. Die Wegleitung „Programme“ hält fest, welche Honorarbedingungen bei der Ausschreibung des Wettbewerbs (im sogenannten „Wettbewerbsprogramm“) festgelegt werden dürfen. Grundsätzlich lehnt sie es ab, dass der Auftraggeber Vertragsbedingungen vorgängig einseitig bestimmt. Sie hält dazu fest: „Vertragsbedingungen sind nicht Teil des Programms. Sie werden erst nach dem Wettbewerb (Studienauftrag) mit dem Gewinner verhandelt. Einseitig vom Auftraggeber festgelegte Vertragsbedingungen sind unfair und nicht zulässig.“¹⁶ Vorgängig festlegen darf der Auftraggeber gemäss Wegleitung einzig die Verwendung der oben dargelegte Formel „Berechnungsart nach aufwandbestimmenden Baukosten“, in welcher er wiederum höchstens die Werte der Variablen „Z1“, „Z2“, „n“ (ausser bei Bauingenieurleistungen) und „r“ festlegen darf. Nicht im Voraus festgelegt werden dürfen insbesondere der Stundenansatz „h“ und der Faktor für Sonderleistungen „s“.¹⁷

26. In der Wegleitung „Jurymitglieder“ werden die oben genannten Vorgaben zu den Honorarbedingungen wie-

derholt: „Vertragsbedingungen sind nicht Teil des Programms. Es ist nicht fair, einseitige Vertragsbestimmungen festzulegen. Diese werden erst nach dem Wettbewerb (Studienauftrag) mit dem/der Gewinner/-in ausgehandelt.“¹⁸ Vorgängig bekanntgeben werden könnten einzig die Werte folgender Variablen: „Z1“ und „Z2“, „n“ und „r“.

27. Das Wettbewerbsprogramm (inkl. Honorarbedingungen) ist von der Jury zu genehmigen.¹⁹ Die Jurymitglieder setzen sich zudem dafür ein, dass das Wettbewerbsprogramm zusätzlich durch den **SIA begutachtet** wird.²⁰ Jurymitglieder werden für ihre Dienstleistung (Organisation eines Wettbewerbs) in der Regel entschädigt.²¹ Der SIA bietet die Dienstleistung der Begutachtung kostenlos an.²²

B.2.2 Durchsetzung durch Organisatoren von Wettbewerben

28. Gemäss einer Mitteilung eines Anzeigers, können Auftraggeber vorgängig keine Honorare festlegen, wenn sie einen Wettbewerb durchführen, dessen Preisgericht zur Mehrheit aus SIA-Mitgliedern besteht. SIA-Mitglieder würden sich in ihrer Funktion als **Jury-Mitglied konsequent** für die **Einhaltung** der oben erwähnten **Honorarbedingungen** einsetzen. Unternähme eine ausschreibende Stelle den Versuch, vorgängig die vom SIA vorgegebenen Honorarfaktoren auch nur leicht tiefer als in den SIA-Honorarordnungen vorgesehen festzulegen, so würden diese anschliessend durch die Fachpreisrichter/-innen wieder auf das Niveau gemäss Honorarordnung angehoben.²³

29. Weiter bringt derselbe Anzeiger vor, dass es in der Praxis nicht möglich sei, eine fachkompetente Jury zusammenzustellen, deren Mehrheit aus Nicht-SIA-Mitgliedern bestehe.

¹² Dies ist unter den nachfolgenden Voraussetzungen der Fall: Der Anbieter erbringt alle Leistungen des Projekts (dann ist „q/100“ = 1). Es liegen keine besonderen Einflüsse vor (dann ist „r“ = 1). Es liegt kein Umbau, kein Unterhalt und kein Projekt mit denkmalpflegerischen Elementen vor (dann ist „U“ = 1). Es liegt keine besondere Vereinbarung vor (SIA 102, Ziff. 7.9; dann ist „i“ = 1). Es liegen keine Sonderleistungen vor (dann ist „s“ = 1).

¹³ Wegleitung 142i-101d „Programme für Wettbewerbe und Studienaufträge“, 2. Revision vom Juni 2015, (nachfolgend: Wegleitung „Programme“).

¹⁴ Wegleitung 142i-401d „Aufgaben und Verantwortung der Jurymitglieder“, Publikation vom Dezember 2010, erlassen von der Arbeitsgruppe „Aufgaben und Verantwortung der Jurymitglieder“ und der Kommission für Wettbewerbe und Studienaufträge (nachfolgend: Wegleitung „Jurymitglieder“).

¹⁵ Siehe jeweils die letzten Seiten der Wegleitungen.

¹⁶ Wegleitung „Programme“, Ziff. 11.3.

¹⁷ Wegleitung „Programme“, Ziff. 11.4.

¹⁸ Wegleitung „Jurymitglieder“, Ziff. 15.

¹⁹ Wegleitung „Jurymitglieder“, Ziff. 17.

²⁰ Wegleitung „Programme“, Ziff. 31.

²¹ Vgl. die mittlerweile aufgehobenen Stunden- bzw. Tagesansätze der KBOB für Jurymitglieder.

²² Wegleitung „Programme“, Ziff. 32.

²³ Z.B. ist in der SIA 102 ein Anforderungsfaktor „a“ von 0.9 für die „Bauleitung / Montageleitung / Baukontrolle von üblichen Bauvorhaben“ oder ein Anpassungsfaktor „f“ von mindestens 0.8 vorgesehen.

B.2.3 Durchsetzung durch den SIA selbst

30. Dem Sekretariat liegen Hinweise vor, wonach auch der SIA selbst die oben beschriebenen **Vorgaben für Honorarbedingungen durchsetzt** und diese entsprechend beeinflusst. So genehmige der SIA Wettbewerbsprogramme nur, wenn für die Honorierung von Architekten/innen und Ingenieuren/-innen entweder keine Werte für verschiedene Variablen vorgeben werden, oder lediglich Werte, die vom SIA verlangt werden. Um eine Genehmigung zu erhalten, müsse sich der Auftraggeber dem SIA fügen, indem z.B. die vom Auftraggeber bestimmten (und aus Sicht des SIA „zu tiefen“) Werte für „n“ oder „r“ auf die in den SIA-Honorarordnungen für diese Variablen vorgesehenen Werte angehoben werden. In einem Schreiben, das dem Sekretariat vorliegt, hielt der SIA denn auch fest: „Abweichungen gegenüber dem Faktor 1.0 sind zu begründen.“ Der SIA berechnete in diesem Fall selbst den „korrekten Faktor“.

31. Gemäss Anzeige führe dieses Vorgehen in der Praxis dazu, dass der Auftraggeber die Honorarkonditionen mit dem Wettbewerbsgewinner **erst nach dem Wettbewerb** aushandeln könne und der Auftraggeber den Bedingungen des obsiegenden Architekten ausgesetzt sei. Ausserdem erhalte ein Auftraggeber unter Umständen keine Baubewilligung, wenn der SIA das Wettbewerbsprogramm nicht genehmigt habe (weil der Auftraggeber beispielsweise die Konditionen gemäss SIA-Honorarordnungen nicht beachtet habe).

32. Gemäss einer anderen Informationsquelle setzten sich grössere Beschaffungsstellen teilweise über die SIA-Ordnungen hinweg und legten die Honorare von Architekten/-innen und Ingenieuren/-innen vorgängig weitgehend selbstständig fest. In der Folge erhielten sie zwar keine Konformitätsbestätigung des SIA, führten die Beschaffung aber trotzdem durch.

B.3 Charta «Faire Honorare für kompetente Leistungen»

33. Am 27. Februar 2015 schickte der **Präsident** des SIA den Mitgliedern die Charta „Faire Honorare für kompetente Leistungen“. Im Begleitschreiben schrieb er u.a.:

34. „Zur Verantwortung der Planenden gehört aber auch, die Gesellschaft ihrerseits immer wieder und geschlossen an ihre eigene Verantwortung zu erinnern. (...) Dazu gehört das unnachgiebige Einfordern fairer Honorare und Vergabeverfahren. Der SIA stellt hierzu als Richtschnur die Honorar- und Vergabeverordnungen bereit. Im Berufsalltag leben und in aller Konsequenz umsetzen müssen diese hingegen Sie als unser Mitglied und mit Ihnen allen anderen Ingenieure und Architekten unseres Landes. Um Sie damit nicht alleine zu lassen, dem Anliegen Nachdruck zu verleihen sowie Solidarität und Geschlossenheit zu demonstrieren, hat der SIA gemeinsam mit anderen Planerverbänden die beiliegende Charta für „Faire Honorare für kompetente Leistungen“ verabschiedet. Bestätigen Sie mit Ihrer Unterschrift unter dieselbe sowie deren Rücksendung an den SIA noch einmal, zu was Sie sich schon mit Ihrer Mitgliedschaft beim SIA verpflichtet haben.“ Die Charta hat unter u.a. folgenden Wortlaut:

35. **Für Planer:** „Ich setzte mich als Planer dafür ein, dass die geltenden Honorarordnungen des SIA ange-

wendet werden. (...) Bei Ausschreibungen achte ich auf faire Angebote und nehme an keinen Wettbewerben, Studienaufträgen oder Leistungsofferten teil, die eine Tiefpreisstrategie verfolgen.“

36. **Für Mitglieder von Jurys, Beurteilungs- und Bewertungsgremien:** „Programme von Wettbewerben, Studienaufträgen und Leistungsofferten, die keine konformen Honorarbestimmungen vorsehen, lehne ich ab.“

37. Am 26. März 2015 wandte sich auch der **Geschäftsführer** des SIA an die Mitglieder des SIA und schrieb ihnen: „Erst vor kurzem haben Sie Post von unserem Präsidenten erhalten. Im Couvert befand sich die Charta „Faire Honorare für kompetente Leistungen“. Noch einmal will auch ich betonen, wie wichtig uns Ihre Unterschrift darunter und deren anschliessende Rücksendung an den SIA sind. Sie bekräftigen damit Ihre Solidarität mit allen anderen SIA Mitgliedern und unterstreichen, dass auch Sie gewillt sind, für faire Planungsverfahren und für – den kompetenten Leistungen von Architekten und Ingenieurinnen gerecht werdende – faire Honorare einzustehen. Fairness ist ein immaterielles Gut, abgeleitet aus der Gesellschaft, deren Individuen und deren Kultur. Ihr Stellenwert und ihre Wertschätzung beruhen auf einem Konsens, der stets neu erarbeitet werden muss. Den entsprechenden Wertebildungsprozess in Gang zu halten – zum Beispiel mit einer Charta – ist eine der zentralen Aufgaben des SIA.“

38. Gemäss SIA haben bis 29. April 2015 **rund 2'500 SIA-Mitglieder die Charta unterzeichnet** und retourniert.²⁴

C Erwägungen

39. Nachfolgend wird zunächst gezeigt, dass der geschilderte Sachverhalt in den Geltungsbereich des KG fällt (C. 1) und dass keine vorbehaltene Vorschriften bestehen (C. 2).

40. Anschliessend wird geprüft, ob die Tatbestandselemente einer **unzulässigen Abrede** erfüllt sind (C. 3). Der dargelegte Sachverhalt lässt sich kartellrechtlich zwei möglichen Abreden zuordnen. Im **Fokus** steht jene über die Einflussnahme auf das Planungshonorar durch den Erlass der **SIA-Honorarordnungen** (diese betrifft den Sachverhaltsteil B 1; nachfolgend C. 3.1). Daneben kommt eine zweite Abrede in Frage: Jene über die Einflussnahme auf das Planungs-Honorar durch Organisatoren von Wettbewerben bzw. durch den SIA bei Aufträgen, die nach der Durchführung von Wettbewerben vergeben werden (diese Abrede betrifft den Sachverhalt B 2; nachfolgend C. 3.2). Bei der Prüfung dieser zweiten möglichen Abrede wird allerdings weitgehend auf die Prüfung der ersten verwiesen. Die Charta „Faire Honorare für kompetente Leistungen“ (Sachverhalt B 3) betrifft beide Abreden und wird deshalb im Rahmen der beiden Abreden behandelt.

²⁴ Schreiben des Geschäftsführers vom 29.4.2015 an die WEKO, Ziff. 5.

41. Vorliegend steht das Treffen von Abreden im Zentrum. Der **mögliche Missbrauch** einer **marktbeherrschenden Stellung** gemäss Art. 7 KG für einen Teil der Verhaltensweisen (Verweigerung Genehmigung Wettbewerbsprogramme) erscheint aufgrund der starken Stellung des SIA bzw. aufgrund der hohen Mitgliederzahl als denkbar. Auf eine kartellrechtliche Würdigung gemäss Art. 7 KG wurde aber aufgrund der Verhaltensanpassung durch den SIA bzw. die nachfolgenden Überlegungen verzichtet.

C.1 Geltungsbereich

42. Das Kartellgesetz gilt in **persönlicher Hinsicht** für „Unternehmen“ (Art. 2 Abs. 1 KG). Als solche gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 2^{bis} KG). Der Geltungsbereich des Kartellgesetzes ist weit gefasst. Als Unternehmen können auch Unternehmensvereinigungen wie Vereine oder Genossenschaften gelten, insbesondere, wenn sie selbst eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben.²⁵

43. Als Unternehmen im genannten Sinn gelten zunächst die **Mitglieder des SIA**, die in unabhängiger Weise Planungsdienstleistungen erbringen (z.B. Einzelmitglieder, die als selbständige Architekten tätig sind, oder Firmenmitglieder; in der Regel wohl aber nicht Studentenmitglieder und Ehrenmitglieder). Dasselbe gilt für Mitglieder des SIA, die als Organisatoren von (Architektur-)Wettbewerben (namentlich als Jurymitglieder) unternehmerisch tätig sind, indem sie diese Dienstleistung zu Gunsten von Bauherren erbringen. Ist in der Folge von Mitgliedern des SIA die Rede, sind damit nur jene gemeint, welche die Unternehmensvoraussetzungen erfüllen.

44. Als Unternehmen im genannten Sinn gilt aber **auch der SIA selbst**. Er erbringt zwar selbst keine Planungsdienstleistungen, ist aber unternehmerisch tätig, indem er namentlich die vorliegend zur Diskussion stehenden Honorarordnungen erstellt und verkauft.

45. In **sachlicher Hinsicht** gilt das Kartellgesetz für das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, für die Ausübung von Marktmacht sowie für die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG). Auf die Frage, ob die Mitglieder des SIA und/oder der SIA selbst Wettbewerbsabreden getroffen haben, wird im Rahmen der nachfolgenden materiellen Beurteilung eingegangen. Es wird an dieser Stelle auf die Widergabe verzichtet und auf dortigen Ausführungen verwiesen (C.3.1.1.2 und C.3.2.1).

46. Ohne weiteres klar ist, dass die vorliegend zu beurteilenden Handlungen und Verhaltensweisen in den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes fallen.

C.2 Vorbehaltene Vorschriften

47. Dem KG 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 ausstat-

ten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG).

48. Es sind keine Vorschriften ersichtlich, welche die Leistungen der oben genannten Unternehmen im Sinne einer Ausnahme nach Art. 3 Abs. 1 KG regeln. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird vom SIA auch nicht geltend gemacht.

C.3 Unzulässige Wettbewerbsabreden

49. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufe, 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.²⁶ 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).

C.3.1 Planungshonorar gemäss SIA-Honorarordnungen (Berechnungsformeln)

C.3.1.1 Wettbewerbsabrede

C.3.1.1.1 Vereinbarung

50. Eine **Vereinbarung** im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor, wenn zwischen mindestens zwei Unternehmen ein Konsens zustande kommt. Ein solcher Konsens kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.²⁷ Er kann zudem erzwingbar oder nicht erzwingbar sein. Erzwingbare Vereinbarungen können in vertragsrechtliche oder gesellschaftsrechtliche Form gekleidet sein. Unter nicht erzwingbaren Vereinbarungen ist ein Konsens zu verstehen, der rechtlich nicht durchsetzbar sein soll. Es wird also auf die freiwillige Einhaltung solcher Vereinbarungen vertraut.²⁸

²⁵ Verfügung der WEKO vom 26.3.2018 iS Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I, Rz 567; RPW 2014/2, 376 Rz 19, *Meldesystem Bau-meisterverbände*; RPW 2012/4, 823 Rz 45, *Vertrieb von Musik*; RPW 1998/3, 371 f. Rz 12 ff., *Programme von SBV und CRB*); die WEKO hat aber auch schon Vereine als Unternehmen qualifiziert, obwohl diese nicht selbst im Wirtschaftsprozess tätig waren bzw. ohne die wirtschaftliche Tätigkeit zu prüfen (RPW 2015/4, 905 f. Rz 14 ff., *Gutachten Emmentaler Switzerland*; RPW 2012/3, 668 Dispositiv, *Recommandations tarifaires de l'Union Suisse des professionnels de l'immobilier*; RPW 2001/1, 111 Rz 9, *Chambre genevoise de l'étanchéité et de l'asphaltage (CGE)*).

²⁶ RPW 2012/1, 100 Rz 144, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion*.

²⁷ Urteil des BVGer vom 13.11.2015, RPW 2015/4, 835 E. 9.2.4.4, *WEKO c. BMW*.

²⁸ RPW 2016/3, 659 Rz 62, *Flügel und Klaviere*; RPW 2016/3, 731 Rz 77, *Saiteninstrumente*.

51. Auch ein **Vereinsbeschluss** kann eine Vereinbarung darstellen.²⁹ Dies ist namentlich der Fall, wenn die Mitglieder eines Verbandes gemeinsam eine Empfehlung beschliessen.³⁰ Gemäss Praxis der WEKO kann ein Vereinsbeschluss neben einer ausdrücklichen Vereinbarung zwischen den zustimmenden Mitgliedern auch einen stillschweigenden Konsens zwischen allen Mitgliedern darstellen, sofern sie über diesen informiert wurden,³¹ oder sofern die Mitglieder über ein (indirektes) Wahlrecht die Möglichkeit hatten, über die Mitglieder jenes Gremiums mitzubestimmen, das den fraglichen Konsens getroffen hat.³² Die Wettbewerbskommission (WEKO) hat Vereinsbeschlüsse, welche im Falle der Nichtbefolgung durch Mitglieder zu einem Vereinsausschluss führen können, als rechtlich erzwingbare Vereinbarung qualifiziert.³³

52. Die SIA-Honorarordnungen kamen durch einen Konsens innerhalb der vorbereitenden Ordnungskommissionen bzw. durch einen Konsens zwischen der Mehrheit der Delegiertenversammlung zustande.³⁴ Sie stellen Vereinsbeschlüsse und somit Vereinbarungen dar, die zumindest zwischen den zustimmenden SIA-Mitgliedern dieser Gremien geschlossen wurden. Diesen Vereinsbeschluss bestätigt bzw. bekräftigt haben zudem sämtliche 2'500 SIA-Mitglieder, welche die oben erwähnte Charta unterzeichnet haben. Sie haben dem Inhalt der Honorarordnungen explizit zugestimmt und damit klarerweise einen Konsens getroffen.³⁵ Schliesslich ist der SIA selbst an der Vereinbarung beteiligt. Ob der Erlass bzw. der Inhalt der Honorarordnungen darüber hinaus auf stillschweigenden Vereinbarungen zwischen weiteren SIA-Mitgliedern basiert, kann vorliegend offenbleiben.

53. Für die Anwendbarkeit des KG spielt es keine Rolle, ob eine Vereinbarung rechtlich erzwingbar ist oder nicht. Diese Qualifizierung hat allenfalls einen Einfluss auf die Einschätzung der Schwere eines Verstosses. Die Honorarordnungen werden zwar als „Empfehlungen“ bezeichnet.³⁶ Der Präsident des SIA selbst geht allerdings von der Verbindlichkeit der SIA-Ordnungen aus, hielt er doch in der oben erwähnten Charta fest: „Bestätigen Sie mit Ihrer Unterschrift unter dieselbe sowie deren Rücksendung an den SIA noch einmal, zu was Sie sich schon mit Ihrer Mitgliedschaft beim SIA verpflichtet haben.“ Mit ihrer Unterschrift unter die Charta verpflichten sich die Mitglieder zudem zu folgenden Verhaltensweisen: „Ich setze mich als Planer dafür ein, dass die geltenden Honorarordnungen des SIA angewendet werden.“ Mit der Unterschrift unter die Charta verpflichteten sie sich gegenüber dem SIA (und gegenseitig), welcher für die Verletzung von Vereinspflichten die Möglichkeit eines Ausschlusses vorsieht.³⁷ Diese Elemente deuten darauf hin, dass die Zustimmung zu den Honorarordnungen durch die Unterzeichnenden der Charta als erzwingbare Vereinbarung zu qualifizieren ist. Der Konsens innerhalb der Ordnungskommissionen und der Delegiertenversammlung dürfte eine nicht erzwingbare Vereinbarung darstellen. Die Frage der (Nicht-) Erzwingbarkeit kann vorliegend aber offengelassen werden.

54. Da nach dem Gesagten eine Vereinbarung zustande kam, kann offenbleiben, ob zusätzlich eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegt.

C.3.1.1.2. Bezwecken oder Bewirken

55. Eine Vereinbarung gilt gemäss Art. 4 Abs. 1 KG dann als Wettbewerbsabrede, wenn sie eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort «oder» im Gesetzestext verdeutlicht – alternativ voraus, nicht kumulativ. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen einen oder mehrere Wettbewerbsparameter ausschalten oder beeinträchtigen wollen. Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.³⁸ Bei Vereinsbeschlüssen über empfohlene Verhaltensweisen (z.B. Tarife) kann das Element des Bezweckens darin erblickt werden, dass die Einigung unter den Vereinsmitgliedern auf ein zu empfehlendes Verhalten den Wettbewerbsteilnehmern die Möglichkeit gibt, das Verhalten von Konkurrenten mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit vorauszusehen.³⁹

56. Abredeinhalt der oben genannten Vereinbarungen (über die einzelnen Honorarordnungen) stellt jeweils der Konsens über die (zu empfehlende) Art und Weise der Honorarberechnung dar. Die Honorarordnungen beinhalten verschiedene – nicht auf (genügend fundierten) Markterhebungen basierende⁴⁰ – spezifische Vorschläge, wie einzelne Bestandteile des Honorars – unabhängig von der Art und Grösse des jeweiligen Planungsbüros – zu ermitteln sind. Hierbei handelt es sich namentlich um die Vorgaben zur Honorarerhöhung von 5 % bei Planergemeinschaften, die Vorgaben zu Minimal- bzw. Maximalwerten für die oben beschriebenen Variablen und um die vorgeschlagene Ermittlung einer fixen Stundenanzahl für bestimmte Baukosten (ohne Streuung und ohne fundierte Erhebung). Diese Vorschläge betreffen die Ermittlung des Preises von Planungsdienstleistungen, also einen (zentralen) Wettbewerbsparameter. Sie betreffen somit direkt die Ermittlung des Preises. Die Abreden über die zu empfehlende Art und Weise der Honorarberechnung sind aus Sicht des Sekretariats

²⁹ RPW 2012/3, 659 Rz 32, *USPI – Section NE*; RPW 2006/4, 593 Rz 24; RPW 2003/2, 278 Rz 31, *Fahrschule Graubünden*; RPW 2000/2, 172 Rz 29, *Tarifs conseillés de l'AFEC*.

³⁰ SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE-KG, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 4 Abs. 1, N 175.

³¹ RPW 2012/3 659 Rz 32, *USPI – Section NE*.

³² RPW 2006/4, 593 Rz 24, *Tarif des Verbandes Schweizerischer Unternehmungen für Bau und Unterhalt von Tankanlagen (VTR)*.

³³ RPW 1998/2, 190 und 192, Rz 3 und 17, *SVIT-Honorarrichtlinien*.

³⁴ Siehe oben Rz 8.

³⁵ Siehe oben Rz 39.

³⁶ Siehe oben Rz 8.

³⁷ Statuten, Art. 8.

³⁸ RPW 2018/2, 351 Rz 53, *Gerätebenzin*.

³⁹ Vgl. RPW 2012/3, 660 Rz 32 Bst. b), *USPI – Section NE*; siehe auch Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 11 vom 14.1.2011, S. 1, Rn 276: „Bei Standardbedingungen mit Bestimmungen, die sich direkt auf Kundenpreise auswirken (zum Beispiel Preisempfehlungen oder Rabatte), handelt es sich ebenfalls um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung.“

⁴⁰ Siehe unter Rz 83 ff.

somit geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu verursachen. Das Sekretariat geht deshalb davon aus, dass die oben genannten Vereinbarungen über die empfohlenen Honorarberechnungsarten der einzelnen Honorarordnungen Wettbewerbsabreden darstellen. Umso mehr gilt dies für die oben beschriebenen Abreden, mit welchen Honorarberechnungen nicht bloss empfohlen werden, sondern mit welchen sich die Unterzeichnenden der Charta zu deren Einhaltung verpflichten.

C.3.1.1.3. Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

57. Eine Abrede zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe (horizontale Abrede) liegt vor, wenn die daran beteiligten Unternehmen aktuelle oder potenzielle Konkurrenten auf demselben relevanten Markt sind. Eine typische Konstellation horizontaler Abreden bildet die Verhaltenskoordination, welche unter Mitgliedern von Branchenverbänden erfolgt.⁴¹

58. An der hier zu beurteilenden Abrede sind nach dem oben gesagten zumindest jene Mitglieder der Ordnungskommissionen bzw. der Delegiertenversammlung beteiligt, die den einzelnen Honorarordnungen zugestimmt haben, sowie die rund 2'500 Unterzeichnenden der Charta.

59. Zwischen jenen Mitgliedern, welche dieselben Planungsdienstleistungen erbringen oder zumindest potenziell erbringen können, kam dabei mutmasslich eine Abrede zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe zustande (z.B. zwischen zwei Architekten). Soweit die Abrede zwischen Mitgliedern zustande kam, welche unterschiedliche Planungsdienstleistungen anbieten, stellt sich die Frage, ob von einer Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen auszugehen ist (z.B. zwischen einer auf Brücken spezialisierten Ingenieurin und einem Landschaftsarchitekten) und wie differenziert die Märkte zu definieren sind (vgl. Rz 67 f.). Soweit allenfalls eine Abrede zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen vorliegen würde, wäre weiter zu klären, ob die abredeteiligen Mitglieder des SIA Dienstleistungen innerhalb derselben Absatzkette erbringen („vertikale“ Abrede) oder nicht. Diese Fragen können allerdings offenbleiben. Im Rahmen der Prüfung von Art. 4 Abs. 1 KG ist allein entscheidend, dass die Unternehmen überhaupt auf einem Markt tätig sind.⁴²

60. Der SIA ist im Verhältnis zu seinen Mitgliedern nicht auf derselben Marktstufe tätig.⁴³ Ob er im Verhältnis zu seinen Mitgliedern in einem vertikalen Verhältnis steht oder nicht, kann gestützt auf das soeben gesagte offenbleiben.

61. **Zusammenfassend** geht das Sekretariat somit davon aus, dass der Erlass der **SIA-Honorarordnungen** und die Unterzeichnung der **Charta** Vereinbarungen darstellen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken und deshalb als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren sind. Im Folgenden ist zu prüfen, ob diese Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. KG 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 und 4 KG als unzulässig qualifiziert werden können.

C.3.1.2 Horizontale Preisabrede

62. Liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor, ist zu prüfen, ob diese den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigt oder beseitigt. Bei Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet.

63. Die Vermutung nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG greift, wenn Unternehmen, die miteinander im Wettbewerb stehen, Abreden über Preise treffen. Der Vermutungstatbestand wird weit ausgelegt und bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von wesentlichen Preiselementen, -komponenten oder Bestandteilen und erfasst ferner direkte und indirekte Preisfixierungen.⁴⁴ Die WEKO hat dazu u.a. festgehalten, dass **Empfehlungen von Tarifbändern** (im Sinne von nicht erzwingbaren Vereinbarungen) als Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu qualifizieren sind.⁴⁵ In Bezug auf horizontal vereinbarte Listenpreise hat die WEKO ausgeführt, dass es für die Qualifizierung einer Preisabrede genüge, wenn die Preisbasis koordiniert werde, unabhängig davon, ob dann den Kunden/-innen tatsächlich der Listenpreis verrechnet werde.⁴⁶ Auch das Sekretariat hat zu empfohlenen Tarifen bereits früher festgehalten: „Ob der VTR-Tarif angewendet wird oder nicht, das heisst ob die Abrede (genügend) Wirkung auf dem Markt erzeugt oder nicht, ist für die Qualifizierung als Preisabrede gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG unerheblich.“⁴⁷

64. Inhalt der SIA-Honorarordnungen ist insbesondere eine Empfehlung darüber, wie Planende ihr Honorar berechnen bzw. festlegen sollen. Hierfür macht der SIA namentlich folgende Vorschläge: Honorarerhöhung von 5 % bei Planergemeinschaften, Minimal- bzw. Maximalwerten für die oben beschriebenen Variablen (z.B. die Variable „a“ der Berechnungsformeln nach Zeitaufwand, welcher für eine multidisziplinäre Expertise der Wert 1.3 zugeordnet ist) und Ermittlung einer fixen Stundenanzahl für bestimmte Baukosten (ohne Streuung und ohne fundierte Erhebung). Zur Berechnungsformel nach aufwandbestimmenden Baukosten sei ergänzend auf Folgendes hingewiesen: Hauptbestandteil dieser Berechnungsart bildet die Multiplikation der Baukosten „B“ mit dem Formelteil „p/100“. Daraus ergibt sich eine fixe Stundenanzahl (z.B. bei Baukosten von CHF 515'000 eine Anzahl von 1'000 Stunden), welche einerseits die Basis bildet für die Anwendung der weiteren Variablen und multipliziert mit dem Stundenansatz das Honorar ergibt. Es zeigt sich somit, dass die SIA-Honorarempfehlungen Abreden über Preisbestandteile darstellen.

⁴¹ SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE-KG, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 4 N 84 f. m.w.H.

⁴² RPW 2012/1, 100 Rz 144, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion*; siehe auch SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE-KG, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 4 N 80 f. und Art. 5 N 466.

⁴³ Vgl. RPW 2014/2, 377 Rz 30 f., *Meldesystem Baumeisterverbände*.

⁴⁴ RPW 2017/4, 548 Rz 51, *Vorabklärung SDDIF*; RPW 2016/3, 667 Rz 104, *Flügel und Klaviere*.

⁴⁵ RPW 2012/3, 660 Rz 36 ff., *USPI – Section NE*.

⁴⁶ RPW 2016/3, 667 ff., Rz 106, 113 und 119, *Flügel und Klaviere*.

⁴⁷ RPW 2006/4, 593 Rz 25 und 94 Rz 32, *Tarife VTR*.

65. **Zusammenfassend** kann festgehalten werden: Soweit die oben beschriebenen Abredeteiligen miteinander im Wettbewerb stehen (z.B. zwischen zwei Anbietenden von Architekturdienstleistungen), ist beim Erlass der **SIA-Honorarempfehlungen** und bei der Unterzeichnung der **Charta** von horizontalen Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG auszugehen. Unter den übrigen Abredeteiligen liegt zumindest eine Abrede nach Art. 5 Abs. 1 KG vor (z.B. zwischen dem SIA und einer Landschaftsarchitektin). Ob auch diese Abreden die Voraussetzungen der Bestimmungen von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfüllen (siehe dazu oben Rz 59 f.), wird aufgrund der nachfolgenden Erwägungen nicht weiter geprüft.

C.3.1.3 Umstossung der gesetzlichen Vermutung bzw. zumindest erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs

66. Die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG gilt als widerlegt, wenn nachgewiesen werden kann, dass trotz Abrede noch wirksamer Wettbewerb bestehen bleibt. Um dies beurteilen zu können, sind grundsätzlich die sachlich und räumlich, wemöglich auch die zeitlich relevanten Märkte für bestimmte Waren oder Dienstleistungen abzugrenzen.⁴⁸

67. Betroffen sind vorliegend die Dienstleistungen, die in den oben genannten SIA-Ordnungen behandelt werden,⁴⁹ namentlich die Dienstleistungen von Architekten/innen und Ingenieuren/innen. Soweit ersichtlich gibt es für diese Dienstleistungen keine gefestigten Markt- abgrenzungen der Schweizer Wettbewerbsbehörden.⁵⁰ Räumlich ging die WEKO zumindest für die Dienstleistungen von Ingenieuren von einer schweizweiten Markt- abgrenzung aus.⁵¹ Es spricht allerdings einiges dafür, dass je nach Dienstleistung und/oder Bauprojekt von engeren (regionalen) Märkten auszugehen ist.

68. Für die vorliegende Vorabklärung geht das Sekretariat davon aus, dass sich unter den oben genannten Abredeteiligen (namentlich unter den ca. 2'500 Unterzeichnenden der Charta) Unternehmen befinden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen.⁵² Aufgrund der nachfolgend dargestellten Verhaltensanpassung des SIA hat es darauf verzichtet, eine genaue Markt- abgrenzung und Zuteilung der Abredeteiligen zu den betroffenen Märkten vorzunehmen. Gestützt auf die nachfolgenden Ausführungen geht das Sekretariat von einer zumindest erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs aus und verzichtet darauf, die Umstossung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu prüfen. Allerdings deutet bereits die Einschätzung der Wettbewerbssituation darauf hin, dass keine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vorliegt.⁵³

69. Liegt eine Wettbewerbsabrede zwischen Unternehmen, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (gleiche Marktstufe), über den Preis im Sinne von **Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG** vor, ist eine Markt- abgrenzung zur Prüfung des quantitativen Elements der Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung nicht nötig. Gemäss **GABA-Urteil** des Bundesgerichts aus dem Jahre 2016 ist das Kriterium der Erheblichkeit als Bagatellklausel zu verstehen. Schon ein geringes Mass ist ausreichend, um als erheblich qualifiziert

zu werden. 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. **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. Abreden nach Art. 5 Abs. 3 KG sind demnach vorbehaltlich einer Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) grundsätzlich unzulässig.⁵⁴

70. Die oben beschriebene Abrede zwischen den SIA-Mitgliedern, die miteinander im Wettbewerb stehen, stellt nach den derzeitigen Erkenntnissen eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG dar und ist somit grundsätzlich erheblich. Einen Bagatellfall stellt sie aufgrund ihrer Qualität, aufgrund der Anzahl Abredeteiligen sowie aufgrund ihres bereits mehrjährigen Bestehens nicht dar.⁵⁵

71. Die Abrede zwischen den abredeteiligen Unternehmen, die nicht miteinander im Wettbewerb stehen (siehe oben Rz 59 und 65), stellt zumindest eine Abrede nach Art. 5 Abs. 1 KG dar.⁵⁶ Für die Prüfung ihrer Erheblichkeit sind im Gegensatz zur Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG (wenn auch allenfalls sehr geringe) quantitative Elemente zu prüfen, was die Abgrenzung des relevanten Marktes voraussetzt. Zwar bestehen Anhaltspunkte für die Erheblichkeit auch dieser Abreden (z.B. hohe Anzahl Abredeteiligen), aufgrund der nachfolgend erläuterten Gründen wie namentlich den Verhaltensanpassungen durch den SIA kann aber darauf verzichtet werden, die Erheblichkeit abschliessend zu prüfen.⁵⁷

⁴⁸ Art. 11 Abs. 3 der Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4); RPW 2017/4, 548 Rz 54, *Vorabklärung SDDIF*; BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁴⁹ Siehe die Auflistung in Fn 5.

⁵⁰ Für Ingenieurdienstleistungen siehe RPW 2017/2, 315 Rz 54 ff. m.w.H., *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*. In diesem Entscheid wurde beispielsweise eine Unterteilung der Ingenieurdienstleistungen in verschiedene eigene Märkte diskutiert (z.B. einen eigenen Markt für Ingenieurdienstleistungen der Gebäudetechnik). Letztlich wurde aber die genaue Markt- abgrenzung für Ingenieurdienstleistungen offengelassen.

⁵¹ RPW 2017/2, 318 Rz 85, *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*; RPW 2016/3, 776 Rz 63, *BKW/AEK*.

⁵² Siehe dazu vorne unter Rz 52 und 59.

⁵³ Vgl. RPW 2017/4, 549 Rz 57 m.w.H., *Vorabklärung betreffend Mastercard Secure Digital Debit Interchange Fee (SDDIF)*.

⁵⁴ Siehe zum Ganzen: BGE 143 II 297, E. 5.2.5, 5.5 und 5.6. Siehe auch Verfügung der WEKO vom 26.3.2018 im Fall Engadin I, Rz 630 (abrufbar unter: www.weko.ch >aktuell (3.10.2018)).

⁵⁵ Zu Kriterien für das Vorliegen von Bagatellfällen siehe BEAT ZIRLICK/SIMON BANGERTER, in: DIKE-KG, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 5 N 235 ff.

⁵⁶ So wäre es insb. denkbar, dass vereinzelt vertikale Preisabreden vorliegen, z.B. wenn ein Architekt oder eine Architektin eine bezogene Ingenieursdienstleistung an Kunden „weiterverkauft“. Eine eingehende Abklärung unterbleibt aber aufgrund des Ausgangs der vorliegenden Vorabklärung.

⁵⁷ Siehe unter Rz 83 ff.

72. **Zusammenfassend** geht das Sekretariat davon aus, dass die beiden oben dargestellten (empfohlenen) Berechnungsformeln und weiteren Vorgaben zur Honorarberechnung als Wettbewerbsabreden zu qualifizieren sind, die den Wettbewerb zumindest erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG beeinträchtigen, soweit es um horizontale Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG geht. Die Erheblichkeit der Abreden zwischen den nicht miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen kann aufgrund der nachfolgend dargestellten Verhaltensanpassung durch den SIA offengelassen werden.

C.3.1.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

73. Wettbewerbsabreden, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 2 KG erfüllen. Dies gilt namentlich, wenn eine Wettbewerbsabrede notwendig ist, 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. Gemäss Art. 6 KG kann die WEKO in allgemeinen Bekanntmachungen die Voraussetzungen umschreiben, unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG in der Regel als gerechtfertigt gelten.

74. Vorliegend kommt die Anwendung der von der WEKO gestützt auf Art. 6 KG erlassenen Bekanntmachung „Kalkulationshilfen“⁵⁸ in Frage. Aus den nachfolgenden Gründen sind die Voraussetzungen dieser Bekanntmachung aber nicht erfüllt.

75. Die oben erwähnten Elemente der Honorarordnungen führen nicht zu anbieterspezifischen Kosten- bzw. Preisberechnungen. Sie stellen entweder pauschale Prozentsätze gemäss Art. 4 Bst. a BM KalkH (z.B. Honorarerhöhungen von 5 % bei Planergemeinschaften) oder andere Preisbestandteile gemäss Art. 4 Bst. b BM KalkH dar (fixe Stundenangabe für bestimmte Baukosten und konkrete Werte für einzelne Variablen). Zudem können sie den Abredeteiligen Aufschluss über das effektive Verhalten in der Offertstellung beziehungsweise bezüglich der Bestimmung von Endpreisen und Konditionen geben.

76. Da keine weiteren rechtfertigende Effizienzgründe ersichtlich sind, geht das Sekretariat davon aus, dass die dargelegte Preisabrede nicht gerechtfertigt werden kann.

C.3.1.5 Zwischenergebnis

77. Zusammenfassend geht das Sekretariat gestützt auf die Abklärungen, welche es aufgrund des Einlenkens des SIA nicht weiter vertieft hat, davon aus, dass die oben beschriebenen Elemente der Honorarordnungen als Wettbewerbsabreden zumindest zwischen den zustimmenden Mitgliedern der Ordnungskommissionen und Delegierten sowie den Unterzeichnenden der Charta „Faire Honorare für kompetente Leistungen“ zu qualifizieren sind. Gegenstand dieser Abreden ist jeweils das Honorar von Planungsdienstleistungen. Soweit die zustimmenden Mitglieder zumindest der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen, handelt es sich bei

diesen Preisabreden um horizontale Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG. Diese behindern den Wettbewerb zumindest erheblich. Eine Rechtfertigung ist nicht ersichtlich, sodass das Sekretariat von der Unzulässigkeit der dargestellten Preisabreden ausgeht. Die Unzulässigkeit der Abreden zwischen den nicht miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen wird offengelassen.

C.3.2 Planungshonorar bei Aufträgen aus Wettbewerben

C.3.2.1 Wettbewerbsabrede

78. Gegenstand der oben unter B.2 beschriebenen Verhaltensweisen im Zusammenhang mit Planungshonoraren bei Aufträgen aus Wettbewerben bilden die Vorgaben des SIA in den Wegleitungen „Programme“ und „Jurymitglieder“. Zudem haben rund 2 500 Mitglieder des SIA die Charta „Faire Honorare für kompetente Leistungen“ unterzeichnet, in welcher sich die Unterzeichnenden u.a. dazu verpflichten, Wettbewerbsprogramme, die keine SIA-konformen Honorarbestimmungen vorsehen, abzulehnen.

79. Die oben gemachten Ausführungen zur Vereinbarung (siehe Rz 50 ff.) können auf den hier fraglichen Sachverhalt übertragen werden. Wie sich aus den oben erwähnten Anzeigen ergibt, wird diese Vereinbarung zudem sowohl von Organisatoren von Wettbewerben als auch vom SIA selbst durchgesetzt. Ob es sich dabei zusätzlich um eine abgestimmte Verhaltensweise handelt, und ob daneben weitere abgestimmte Verhaltensweisen bestehen, kann vorliegend offenbleiben.

80. Auch für die Prüfung des „Bezweckens“ und der Marktstufe der abredeteiligen Unternehmen kann auf die Ausführungen von oben verwiesen werden (siehe Rz 55 ff. und 57 f.). Demnach basieren die beiden genannten Wegleitungen und die Charta auf Vereinbarungen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken. Sie sind als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

C.3.2.2 Unzulässige Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

81. Gegenstand der oben beschriebenen Passagen der beiden Wegleitungen und der Charta ist die Festlegung des Honorars bei Aufträgen, die nach der Durchführung von Wettbewerben erteilt werden. Das Honorar soll unter Einhaltung der SIA-Honorarordnungen festgelegt werden. Dieser Gegenstand deckt sich mit jenem, der bereits oben analysiert wurde (siehe Rz 62 ff.). Anders als bei den oben beschriebenen Abreden geht es in den Wegleitungen allerdings nicht darum, wie ein/e Planer/in sein/ihr eigenes Honorar berechnen soll, sondern welchen Einfluss ein/e Mitorganisator/in eines Wettbewerbs auf das Honorar eines/r anderen Planers/in nehmen soll. Insofern ist fraglich, ob die Abrede über die Wegleitungen überhaupt eine horizontale Preisabrede darstellen kann. Da es für die Anwendung von Art. 5 Abs. 3 KG

⁵⁸ Bekanntmachung „Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen“ vom 4.5.1998, RPW 1998/2, 351 (nachfolgend: BM KalkH).

genügt, wenn sie zwischen Unternehmen getroffen wird, die der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen, erachtet das Sekretariat die Voraussetzungen dieser Bestimmung als erfüllt. Es zeigt sich somit, dass auch die Abrede über den Erlass der genannten Wegleitungen – soweit die oben beschriebenen Abredeteiligen miteinander im Wettbewerb stehen – eine horizontale Preiseabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG darstellt.

82. Auch für die Ausführungen zur Erheblichkeit (siehe Rz 66 ff.) und zu den Rechtfertigungsgründen (siehe Rz 73 ff.) kann auf die oben gemachten Ausführungen verwiesen werden. Soweit sie zwischen Unternehmen derselben Marktstufe zustande gekommen ist geht das Sekretariat demnach von einer unzulässigen Preisabrede über den Erlass der beiden Wegleitungen „Programme“ und „Jurymitglieder“ aus (getroffen von allen SIA-Mitgliedern, die den Wegleitungen in einem SIA-Gremium zugestimmt haben oder die Charta unterzeichnet haben). Die Unzulässigkeit der Abreden zwischen den nicht miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen wird offengelassen.

D Verhaltensanpassung des SIA

83. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass dem Sekretariat Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen. Mehrere Gründe sprechen aber dagegen, den beschriebenen Sachverhalt einer weitergehenden kartellrechtlichen Prüfung im Rahmen einer Untersuchung nach Art. 27 KG zu unterziehen. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der SIA im Nachgang zum Schreiben des Sekretariats umgehend seine Kooperationsbereitschaft signalisiert hat und sein Verhalten bzw. seine Publikationen wie vom Sekretariat empfohlen und nachfolgend beschrieben angepasst hat bzw. anpassen wird (siehe dazu nachfolgend D.1 bis D.3). Zudem qualifizierte das Sekretariat das Honorarberechnungskonzept des SIA zu einem früheren Zeitpunkt als kartellrechtskonform (was allerdings längstens bis zum Schreiben des Sekretariats über seine neue Einschätzung von Bedeutung sein könnte).⁵⁹

84. Im Einklang mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip stellt das Sekretariat die Vorabklärung deshalb ein und verzichtet auf die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG.⁶⁰ Die erwähnten Verhaltensanpassungen werden nachfolgend beschrieben.

D.1 Umgehende Anpassungen und weiteres Vorgehen

85. Der SIA teilte dem Sekretariat bereits im Schreiben vom 2. Oktober 2017 mit, dass er die Charta „Faire Honorare für kompetente Leistungen“ von seiner Website entfernt hat und per sofort darauf verzichtet wird, die Genehmigung von Wettbewerbsprogrammen von der Einhaltung irgendwelcher Honorarvorgaben abhängig zu machen. Schon zwei Wochen später hob er die Charta und die Wegleitungen „Programme“ und „Jurymitglieder“ formell auf. Im November 2017 informierte er seine Mitglieder darüber, dass ihre Unterschrift unter die Charta nicht bindend ist und dass sie in ihrer Funktion als Fachpreisrichter/-innen nicht verpflichtet sind, die Einhaltung der SIA-Honorarordnungen durchzusetzen bzw. dass sie gemäss Einschätzung des Sekretariats Gefahr laufen, das Kartellgesetz zu verletzen, wenn sie bei Wettbewer-

ben die Einhaltung der SIA-Honorarordnungen verlangen.

86. Mit diesen Massnahmen konnte der SIA die kartellrechtlichen Bedenken zur Festlegung des Planungshonorars bei Aufträgen aus Wettbewerben und zur Charta „Faire Honorare für kompetente Leistungen“ aus dem Weg räumen.

87. Der SIA setzte zudem eine Expertengruppe ein, welche die SIA-Honorarordnungen überarbeiten sollte, um die verbleibenden kartellrechtlichen Bedenken zu beheben. Die Überarbeitung der SIA-Honorarordnungen stellte sich in der Folge als komplexer Prozess heraus, für dessen Durchführung sich ein zweistufiges Vorgehen als sachgerecht erwies. Denn die vollständige Erfüllung sämtlicher vom Sekretariat empfohlenen Voraussetzungen für eine kartellrechtskonforme Publikation von Angaben über die Honorarberechnung erfordert eine neue statistische Erhebung, welche nicht innert kurzer Zeit durchgeführt werden kann. Der SIA sagte dem Sekretariat zu, bis Ende 2019 eine Lösung zu erarbeiten, welche die Empfehlungen des Sekretariats berücksichtigt. Die Eckpunkte dieser **langfristigen Lösung** werden nachfolgend unter D.2 dargestellt.

88. Um den wesentlichen kartellrechtlichen Bedenken bereits vorher Rechnung zu tragen, hat das Sekretariat mit dem SIA vereinbart, dass in der Zwischenzeit eine **Übergangslösung** zur Anwendung kommt. Diese wird nachfolgend unter D.3 erläutert.

D.2 Langfristige Lösung

89. In der Praxis der Wettbewerbsbehörden haben sich Alternativen zu Publikationen, Empfehlungen und Vereinbarungen über Tarife, Preise und Honorare bzw. Bestandteile von solchen herausgebildet. Eine dieser Alternativen bildet die Publikation von erhobenen Daten. Eine solche zulässige Form des Informationsaustausches liegt vor, wenn Verbände historische, unverfälschte und repräsentative Daten zu Honorar(-bestandteilen) durch unabhängige Dritte erheben und auswerten lassen, diese in aggregierter und verständlicher Form öffentlich bekanntgeben und in angemessenen Abständen erneuern. Die zweite Alternative stellt die Publikation einer zulässigen Kalkulationshilfe dar.⁶¹

⁵⁹ Siehe Rz 1.

⁶⁰ Siehe z.B. auch RPW 2015/3, 373 Rz 103 ff., *Medikamentenvertrieb in der Schweiz betreffend Teilgegenstand Prewholesale – Lieferstopp durch Alloga AG*.

⁶¹ RPW 2016/1, 5 f., *Jahresbericht 2015*; siehe auch ANDREA GRABER CARDINAUX/ANDREAS MASCHERER, in: DIKE-KG, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 6, N 132.

90. Der Austausch von Informationen zwischen Unternehmen, namentlich zwischen Unternehmen derselben Marktstufe, weist eine gewisse Ambivalenz auf: Er kann je nach Ausgestaltung wettbewerbsbeschränkend oder wettbewerbsfördernd wirken. Die Zulässigkeit eines Informationsaustausches hängt deshalb von den Besonderheiten jedes Einzelfalls ab. Theorie und Praxis haben aber diverse Kriterien entwickelt, anhand derer die Zulässigkeit eines Informationsaustausches geprüft werden kann.⁶²

91. Heikel ist im vorliegenden Fall der Inhalt der auszutauschenden Informationen: Es handelt sich nämlich um einen Austausch über die Anzahl Stunden, welche Planungsdienstleistende für ihre Dienstleistung aufwenden und somit über einen Kostenfaktor und Honorarbestandteil. Wenn diese Angaben aber korrekt erhoben und publiziert werden, kann ein Informationsaustausch im vorliegenden Fall dennoch zulässig sein. Als wichtige Unterschiede zu den heute publizierten Daten – die zwar zum Teil auch auf Erhebungen basieren – können insbesondere diese Punkte genannt werden: Es wurden diverse arbiträr vorgegebene Werte gestrichen, die Daten werden umfassender erhoben, sie werden auch für die Marktgegenseite verständlich dargestellt und umfassender publiziert (indem insbesondere die Streuung der erhobenen Daten angegeben wird).

92. Nachfolgend werden die Anforderungen dargestellt, welche eine kartellrechtskonforme Publikation von Informationen über Honorar(-bestandteile) in der vorliegenden Konstellation erfüllen müssen. Diese Anforderungen lassen sich aufteilen in Anforderungen an die Art und Weise der Erhebung bzw. die Datengrundlage (D.2.1) und die Art und Weise der Bearbeitung bzw. Darstellung der Daten (D.2.2).

D.2.1 Anforderungen an die Datengrundlage

93. a) **Möglichst repräsentative Stichprobe:** Der SIA soll untersuchen, welche Faktoren den Stundenaufwand massgeblich beeinflussen. Bei der Datenerhebung soll darauf geachtet werden, dass die erfassten Projekte in Bezug auf diese Faktoren den Projekten möglichst ähnlich sind, für welche der Stundenaufwand vorhergesagt werden soll.
- b) **Datenerhebung durch eine unabhängige Stelle:** Die neu zu erhebenden Daten sollen von einer vom SIA unabhängigen Stelle erhoben werden.
- c) **Überprüfung der erhobenen Daten:** Die vom SIA mit der Datenerhebung beauftragte Stelle soll sicherstellen, dass die erhobenen Daten korrekt erfasst werden.
- d) **Keine Vorgaben seitens des SIA:** Die vom SIA beauftragte Stelle soll nur objektiv messbare Grössen wie zum Beispiel die Baukosten oder den Stundenaufwand erheben. Der SIA soll keinen Einfluss auf die erhobenen Werte nehmen, indem zum Beispiel Minimal- oder Maximalwerte vorgegeben werden.
- e) **Regelmässige Erneuerung der Daten:** Der SIA soll in regelmässigen Abständen Neuerhe-

bungen in Auftrag geben und die publizierten Auswertungen jeweils entsprechend anpassen lassen.

D.2.2 Anforderungen an die Datenauswertung und Publikation

94. a) **Aggregierte Darstellung:** Die Daten sollen aggregiert dargestellt werden, so dass keine Rückschlüsse auf unternehmensspezifische Daten möglich sind.
- b) **Auswertung durch eine unabhängige Stelle:** Die Datenauswertung soll durch eine vom SIA unabhängige Stelle erfolgen.
- c) **Keine Vorgabe von Erfahrungswerten durch den SIA:** Die mit der Datenauswertung beauftragte Stelle soll den Zusammenhang zwischen Baukosten und Stundenaufwand ohne Vorgaben durch den SIA ermitteln. Dabei soll darauf geachtet werden, dass möglichst wenige arbiträre Annahmen ohne empirische Fundierung die Berechnungen beeinflussen. Insbesondere sollen die heute vom SIA vorgegebenen Werte für den Schwierigkeitsgrad (n) und den Leistungsanteil (q) neu aufgrund der erhobenen Daten geschätzt oder gestrichen werden.
- d) **Darstellung der Streuung des Stundenaufwandes:** Der SIA soll die Streuung des prognostizierten Stundenaufwandes für den Benutzer transparent machen. Das kann zum Beispiel durch die Publikation von Prognoseintervallen oder verschiedener Quantile erfolgen. Dadurch kann der Benutzer einschätzen, wie zuverlässig die Voraussage des Stundenaufwandes für sein spezifisches Projekt ist.
- e) **Zugänglichkeit für beide Marktseiten:** Alle Auswertungen sollen für beide Marktseiten (Bauherren und Planer) zugänglich sein. Geplant ist eine kostenlose Internetseite, auf welche jedermann zugreifen kann. Dort soll der Stundenaufwand vom Anwender auf einfache Art und Weise geschätzt werden können. Die entsprechenden Berechnungen sollen auf allgemein verständliche Art und Weise erläutert werden.

D.3 Übergangslösung

95. Der SIA setzte die Empfehlungen des Sekretariats so weit möglich (d.h. soweit keine Neuerhebung von Daten nötig war) bereits in einer Übergangslösung um. So hob er einerseits die SIA-Ordnungen 104, 106 und 110 auf, womit allfällige Kartellrechtsbedenken in diesen

⁶² RPW 2016/4, 916 ff. Titel II., *Beratung cemsuisse*; RPW 2011/4, 517 ff. Titel II., *Benchmarking Hypothekarzinsmargen*; RPW 2011/4, 584, Rz 391 ff., *ASCOPA*; RPW 2007/1, 166 Rz 211 ff., *Benchmarking Lebensversicherungen*; siehe auch Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABI. C 11 vom 14.1.2011, S. 13 ff., Rn 55 ff.: siehe zum Ganzen auch: SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE-KG, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 4 Abs. 1, N 150 ff. m.w.H.

behalten wurden. In den SIA-Ordnungen 102, 103, 105 und 108 nahm er punktuelle Anpassungen bzw. Streichungen vor. So entfernte er namentlich die Werte, welche gewissen Variablen zugeteilt wurden und sich nicht auf Erhebungen stützen können. Er strich konkrete Vorgaben zur Ermittlung des Honorars wie z.B. die 5 %-Erhöhung bei Planergemeinschaften. Ausserdem nahm er eine Neuauswertung der bestehenden Daten vor und publiziert neu neben dem geschätzten Median des Stundenaufwandes auch die entsprechende Streuung. Schliesslich erstellte er eine Website, auf welcher Anwender/-innen Stundenangaben über vergleichbare Projekte selbst schätzen lassen können und welche umfassend und kostenlos über die erhobenen Daten informiert.

96. Zwar erfüllen die bisherigen Erhebungen die Anforderungen an die Repräsentativität nur unvollständig. Zumindest wurden sie durch die KOF vorgenommen, sodass die Anforderungen an eine neutrale Erhebungsstelle erfüllt sind. Angaben, die offensichtlich falsch sind, wurden von der KOF entfernt.

97. Während sich die Übergangslösung unweigerlich auf eine Datengrundlage stützt, welche den strengen Anforderungen des Sekretariats nur teilweise gerecht wird, können die Anforderungen an die Datenauswertung und Publikation bereits im Rahmen der Übergangslösung weitgehend erfüllt werden.

98. Der SIA sieht vor, mit den bereits erhobenen Daten den Zusammenhang zwischen Baukosten und Stundenaufwand zu schätzen. Mit dieser Aufgabe wurde die Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften (ZHAW) beauftragt. Wie bisher werden die unternehmensspezifischen Daten weder für den SIA noch für die Anwender einsehbar sein.

99. Weiter ist vorgesehen, den Zusammenhang zwischen Baukosten und Stundenaufwand im Wesentlichen auf die gleiche Art und Weise mathematisch abzubilden, wie das auch bisher erfolgt ist. Die bestehende Datengrundlage und die beschränkte Zeit lassen es nicht zu, bereits im Rahmen der Übergangslösung sämtliche Elemente der Schätzgleichung auf eine solide empirische Grundlage zu stellen.

100. Bereits im Rahmen der Übergangslösung erstellt der SIA eine Internetseite (www.lho.sia.ch), die kostenlos und für alle zugänglich ist. Beide Marktseiten können dort die für die Schätzung des Zeitaufwandes relevanten Eigenschaften des geplanten Projektes (z.B. die Baukosten) eingeben. Anhand dieser eingegebenen Werte werden automatisch verschiedene Quantile des Stundenaufwandes eines Projektes mit den angegebenen Eigenschaften geschätzt. Vorgesehen ist die Angabe der folgenden Quantile: 5 %, 25 %, 50 %, 75 %, 95 %. Damit können die Anwendenden einschätzen, in welchem Bereich sich der Stundenaufwand eines Projektes mit den angegebenen Eigenschaften bewegt. Im Gegensatz zur bisherigen Lösung wird nicht mehr lediglich eine Punktprognose für den Stundenaufwand abgegeben.

101. Der SIA erklärt schliesslich auf seiner Website, wie die Quantile des Stundenaufwandes geschätzt werden. Zudem wird die Datengrundlage beschrieben, auf welcher die Schätzungen beruhen. Auch die Interpretation

der entsprechenden Resultate soll auf eine für den durchschnittlichen Anwender verständliche Art und Weise erklärt werden.

D.4 Ergebnis

102. Die Verhaltensanpassungen des SIA führen dazu, dass keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise mehr bestehen. Aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips (siehe oben Rz 82 f.) und aufgrund der Zusagen des SIA auf Umsetzung der langfristigen Lösung stellt das Sekretariat seine Vorabklärung ein. Sollte der SIA allerdings seine Zusagen nicht einhalten oder sollten neue Hinweise auf kartellrechtlich problematische Verhaltensweisen eingehen, wird das Sekretariat eine Eröffnung einer weiteren Vorabklärung oder einer Untersuchung prüfen.

E Kosten

103. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG⁶³ ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht. Das Verursacherprinzip wird durch Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG eingeschränkt. Die Verursacher einer Vorabklärung müssen dann keine Kosten übernehmen, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt. Ergeben sich dagegen – wie vorliegend (siehe oben Rz 41 ff. und 83) – Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsbeschränkung, so sind Gebühren aufzuerlegen. Dasselbe gilt, wenn sich ein Adressat einer Vorabklärung unterzieht, indem er Anregungen des Sekretariats im Sinne von Art. 26 Abs. 2 KG umsetzt.⁶⁴

104. Als Verursacher eines Verfahrens gelten diejenigen, die mit ihrem Verhalten Anstoss zu den Ermittlungen der Wettbewerbsbehörden gegeben haben. Die Ermittlungen der vorliegenden Vorabklärung betrafen die oben dargestellten Abreden über den Erlass der **SIA-Honorarordnungen**, über die **Planungshonorare bei Aufträgen aus Wettbewerben** (Wegleitungen „Programme“ und „Jurymitglieder“) sowie die beide Abredesachverhalte betreffende **Charta**. An den Verhaltensweisen, welche das Sekretariat als Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen qualifiziert, war auch der SIA beteiligt. Nicht weiter geprüft hat das Sekretariat einen möglichen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch den SIA (siehe oben Rz 41). Auch hierfür bestehen allerdings Anhaltspunkte. Der SIA hat somit die vorliegende Vorabklärung verursacht. Er war zudem bereits seit dem Jahr 2015 über die kartellrechtliche Problematik mehrerer seiner Verhaltensweisen und Anpassungsmöglichkeiten informiert, sodass er die Möglichkeit gehabt hätte, der Eröffnung einer Vorabklärung entgegenzuwirken.

⁶³ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

⁶⁴ Siehe zum Ganzen: RPW 2015/3, 373 f. Rz 109 ff., *Medikamentenvertrieb in der Schweiz betreffend Teilgegenstand Prewholesale – Lieferstopp durch Alloga AG*; siehe auch RPW 2015/2, 143 ff., *Kostenverfügung: Meldesystem Baumeisterverbände*; siehe auch RPW 2017/1, 94 Rz 181, *Interconnect Peering*.

105. Ein Verzicht auf die Erhebung von Gebühren gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG kommt nach dem Gesagten nicht in Betracht. Darüber hinaus ist der SIA sinngemäss als unterliegend zu betrachten, da er die Anregungen im Sinne von Art. 26 Abs. 2 KG umgesetzt hat.

106. Praxisgemäss wird die Gebühr unter jenen Unternehmen zu gleichen Teilen aufgeteilt, welche die Vorabklärung verursacht haben.⁶⁵ Damit sind jene Unternehmen gemeint, gegen welche das Sekretariat die Vorabklärung geführt bzw. gegen die es ermittelt hat, auch wenn allenfalls weitere Unternehmen an den mutmasslichen Wettbewerbsverstössen beteiligt waren.⁶⁶ Im Übrigen können die Adressaten von Ermittlungen der WEKO ohnehin für die gesamten Verfahrenskosten solidarisch haftbar gemacht werden, unabhängig davon, wie viele Adressaten es gibt oder möglicherweise gegeben hätte.⁶⁷

107. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der SIA die Kosten der vorliegenden Vorabklärung zu tragen hat. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz zwischen CHF 130.- bis 290. Die aufgewendete Zeit je Stundenansatz beträgt:

- [...] Stunden à CHF 200;
- [...] Stunden à CHF 290.

108. Die gesamten Kosten für die Vorabklärung betragen demnach CHF [...].

F Schlussfolgerungen

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission, gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen,

1. beschliesst, die Vorabklärung SIA-Honorarordnungen ohne Folgen einzustellen;
2. teilt dem SIA die Einstellung der Vorabklärung mit;
3. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.
4. Die Verfahrenskosten von CHF 76'344.50 werden dem SIA auferlegt.

⁶⁵ RPW 2015/2, 155 Rz 48, *Décision d'émolument: Système de notification des fédérations cantonales d'entrepreneurs*.

⁶⁶ Siehe z.B. RPW 2014/2, 376 f. Rz 28 ff. und 385 f. Rz 88 ff., *Meldesystem Baumeisterverbände*; vgl. auch RPW 2012/4, 840 Rz 205, *Vertrieb von Musik* (die Kosten dieser Untersuchung wurden dem Verein IFPI Schweiz stellvertretend für seine Mitglieder auferlegt).

⁶⁷ Siehe z.B. RPW 2014/2, 386 Rz 94, *Meldesystem Baumeisterverbände*; vgl. auch RPW 2018/2, 337 Rz 775, *Marché du livre écrit en français*.

B 1	4. Beratungen Conseils Consulenze
B 1.4	1. Beratung Preismodell bei Zustellung nichtadressierter Werbung

I. Zugrundeliegender Sachverhalt

1. Der von Ihnen geschilderte und der Beratungsantwort zugrundeliegende Sachverhalt stellt sich wie folgt dar:

2. Im Bereich der Zustellung nichtadressierter Werbung sind in der Schweiz neben [der Gesuchstellerin] [verschieden andere Werbepostzusteller] tätig. Daneben existieren in einigen Städten wie beispielsweise in Zürich weitere Zustellorganisationen.

3. Die Zustellung nichtadressierter Direktwerbung erfolgt über verschiedene Arbeitsschritte:

1. Das Vertragsgut wird vom Geschäftskunden [...] angeliefert.
2. In den Depots erfolgt die Bearbeitung und Sortierung (Handling). [...].
3. Das Vertragsgut wird abschliessend durch das Zustellpersonal an die Haushalte ohne sog. Werbestopp-Kleber zugestellt.

4. Die Branche der Zustelldienste für nichtadressierte Direktwerbung ist mit [einer negativen Marktentwicklung konfrontiert]. Im Markt hat daher in der Vergangenheit eine Konsolidierung stattgefunden, so dass von ehemals 16 Werbepostzustellern mittlerweile nur noch die sechs oben genannten Anbieter im Markt tätig sind. Dies hat dazu geführt, dass Werbepostzusteller jeweils über regional beschränkte Zustellkanäle verfügen, die sich nur in wenigen Gebieten überlappen.

5. Für eine überregionale räumliche Abdeckung kooperieren die Werbepostzusteller [...] miteinander. Dabei stellen sich Werbepostzusteller unter Beachtung von [...] ihre jeweiligen Zustellkanäle auf Basis gegenseitiger Auftragsverhältnisse zur Verfügung. Akquiriert ein Werbepostzusteller einen Vertragsauftrag eines Werbekunden (Eigenauftrag), gibt er diesen für diejenigen Gebiete, die ausserhalb des eigenen Verteilkanals liegen, in Form eines Unterauftrags (bzw. Fremdauftrags) an den entsprechenden Partner der Werbepostzusteller weiter. Entsprechend können die Werbepostzusteller in Auftrag geben bzw. spiegelbildlich von den anderen Werbepostzustellern mit der Zustellung im eigenen Gebiet als Dienstleistungserbringer beauftragt werden.

6. Hinsichtlich ihrer eigenen Kostenstruktur macht [Die Gesuchstellerin] geltend, dass sich diese wesentlich von derjenigen der [Werbepostzusteller] unterscheidet. [Die Gesuchstellerin] unterteilt ihre Kosten im Wesentlichen in drei Kategorien:

1. Fixe Kosten: Diese umfassen insbesondere [...].

2. Kosten auf Ebene der Verteilzentren: Hierunter fallen [...].

3. Kosten auf Ebene der Zustell Touren: In diesem Kostenblock fallen insbesondere [...]. Der Kostenblock Zustell Touren hat mit über 50 % den grössten Anteil an den Gesamtkosten.

7. Die unterschiedliche Kostenstruktur [der Gesuchstellerin] sei gemäss Angaben der Gesuchstellerin im Wesentlichen wie folgt begründet:

8. [...].

9. [...].

10. [...].

11. [...].

12. [...].

13. Das von [der Gesuchstellerin] geplante Preismodell betrifft die Eigenzustellpreise [der Gesuchstellerin]. Ge-regelt werden soll somit die Abgeltung von Zustell-leistungen, die durch [die Gesuchstellerin] als Dienstleis-tungserbringerin im eigenen Verteilkanal im Auftrag an-derer [Werbepostzusteller] erbracht werden. Hierbei beabsichtigt [die Gesuchstellerin] im geplanten Preis-modell Eigenzustelleistungen zu kostenorientierten Preisen zu erbringen. Im geplanten kostenorientierten Preismodell soll auch eine angemessene Gewinnmarge erzielt werden und den [Werbepostzustellern] Umsatz-rabatte gewährt werden können. Um Kostenorientierung zu erreichen sollen Preisdifferenzierungen nach Ortska-tegorien und Zuschlägen vorgenommen werden.

14. Bei der Differenzierung nach Orten soll mit jeweils steigenden Zustellpreisen zwischen [...] unterschieden werden. Bisher wurde lediglich nach Ortskategorisierung einzelner Postleitzahlgebiete differenziert.

15. Bei den kostenorientierten Zuschlägen für Eigenzu-stelleistungen sind [...] vorgesehen.

16. Basierend auf diesem Sachverhalt stellt die Gesuch-stellerin die nachfolgenden Beratungsfragen:

1. Teilt das Sekretariat die Auffassung, dass die Ge-suchstellerin (als Dienstleistungserbringerin) im Marktsegment nichtadressierter Direktwerbung berechtigt ist, von den [Werbepostzustellern] (als Dienstleistungsempfänger) für Eigenzustellungen kostenorientierte Preise unter Berücksichtigung einer angemessenen Gewinnmarge und umsatz-bezogener Rabatte zu verlangen? Hintergrund der Frage ist, ob es kartellrechtlich zulässig ist, dass sich die Gesuchstellerin bei ihrer Preisgestaltung

an den langfristigen Durchschnittskosten (inklusive eines angemessenen Kapitalkostensatzes) orientiert.

2. Teilt das Sekretariat die Auffassung, dass es kartellrechtlich unzulässig wäre, wenn sich die Werbepostzusteller im Marktsegment nichtadressierter Direktwerbung darüber abstimmen würden, sich für ihre jeweiligen Eigenzustellungen (als Dienstleistungsempfänger) und Partnerzustellungen (als Dienstleistungserbringer) die gleichen Preise zu verrechnen?
3. Teilt das Sekretariat die Auffassung, dass die Gesuchstellerin (als Dienstleistungsempfängerin) im Marktsegment nichtadressierter Direktwerbung nicht verpflichtet ist, für Partnerzustellungen der [...] Werbepostzusteller (als Dienstleistungserbringer) nicht kostenbasierte Preise zu vergüten? Hintergrund der Frage ist, ob die Gesuchstellerin berechtigt ist, Forderungen, welche kostenbasierte Wettbewerbspreise übersteigen, im Rahmen der Preisgestaltung zurückzuweisen.
4. Teilt das Sekretariat die Auffassung, dass die Gesuchstellerin im Marktsegment nichtadressierter Direktwerbung berechtigt ist, für die Bedienung von Gebieten ausserhalb des eigenen Verteilkanals anstelle der [...] Werbepostzusteller auch mit anderen Zustellorganisationen zusammenzuarbeiten bzw. eine eigene Infrastruktur aufzubauen?

II. Beurteilung

17 Zur Beurteilung der verschiedenen Beratungsanfragen sind in einem ersten Schritt die Marktverhältnisse basierend auf dem von der Gesuchstellerin beschriebenen Sachverhalt sowie der bisherigen in diesem Bereich seitens der Wettbewerbsbehörden entwickelten Praxis zu beurteilen.¹ Hierbei wird für die Zwecke der vorliegenden Beratungsanfrage davon ausgegangen, dass sich die Marktverhältnisse lediglich in dem Masse verändert haben, wie sich dies aus der allenfalls abweichenden Sachverhaltsdarstellung der Gesuchstellerin ergibt. Da die letzte Analyse der Marktverhältnisse durch die Wettbewerbsbehörden bereits mehr als fünfzehn Jahre zurückliegt, kann aufgrund einer allfälligen aktuelleren Analyse der Marktverhältnisse im Rahmen eines allfälligen kartellrechtlichen Verfahrens eine abweichende Beurteilung des vorgelegten Sachverhalts resultieren.

Sachlich relevanter Markt

18. In der Vergangenheit wurde ein Markt für die Verteilung von nichtadressierten Postwurfsendungen sowie von adressierten Werbesendungen und für die Verteilung als Zeitungsbeilagen abgegrenzt.² Diese Markt-abgrenzung hat sich damals ergeben, da ein hypothetischer auf Fragebogenantworten basierter Test ergeben hat, dass eine Preiserhöhung von nichtadressierten Postwurfsendungen um 10 % zu einem Ausweichen von ca. 37.5 % der Marktgegenseite auf einen der beiden anderen Vertriebskanäle, adressierte Werbesendungen und Zeitungsbeilagen, führen würde.³

19. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass die Anzahl möglicher Prospektbeilagen einer Zeitung beschränkt ist und dass seitens der Verlage Hemmungen bestehen, zu

viele oder jegliche Art von Prospektbeilagen mitzuverteilen, da diese vom Publikum in der Regel nicht geschätzt werden.⁴ Zudem sind adressierte Briefsendungen in der Regel bedeutend teurer als nichtadressierte Sendungen, weshalb adressierte Briefsendungen wohl nur ein unvollständiges Substitut darstellen.⁵

20. Für die Zwecke der vorliegenden Beratungsanfrage kann offengelassen werden, ob von einer engen Markt-abgrenzung, welche lediglich die Verteilung von nicht-adressierten Postwurfsendungen umfasst, oder ob von einer etwas weiteren Markt-abgrenzung auszugehen ist, welche ebenfalls die Verteilung von adressierten Werbesendungen und die Verteilung als Zeitungsbeilagen umfasst, die aber nur in beschränkter Masse Wettbewerbsdruck ausüben können. Vielmehr sind mögliche Einflüsse des voraussichtlichen Verhaltens der Marktteilnehmer für die Beantwortung der Beratungsanfrage relevant.

Räumlich relevanter Markt

21. Aufgrund der Sachverhaltsbeschreibung durch die Gesuchstellerin muss davon ausgegangen werden, dass sich der Markt in räumlicher Hinsicht auf die jeweiligen Verteilorganisationen beschränkt und jede Verteilorganisation in ihrem räumlichen Gebiet alleine für die Zustellung nichtadressierter Postwurfsendungen zuständig ist. Dies zeigt sich insbesondere darin, dass zwischen den einzelnen Werbepostzustellern Verträge geschlossen werden, welche die Zustellung im Auftragsverhältnis (Partnerzustellung) [...] regeln.⁶

22. Gemäss Webseite von swissmail ist zusätzlich Quickmail Mitglied des Verbandes. Aufgrund von fehlenden Angaben seitens der Gesuchstellerin kann zur Rolle von [...] im Bereich nichtadressierter Werbepostzustellung keine Aussage gemacht werden.

Wettbewerbsbedingungen auf den einzelnen räumlichen Märkten für nichtadressierte Postwurfsendungen

23. Ausgehend von den obigen Markt-abgrenzungen muss davon ausgegangen werden, dass die einzelnen Marktteilnehmer auf ihrem jeweiligen Verteilgebiet weitgehend alleine tätig sind, und dass die anderen Verteilunternehmen nicht im selben Gebiet tätig sind. Da anscheinend jeder der sechs Marktteilnehmer auch nicht-adressierte Postwurfsendungen annimmt, welche ausserhalb seines Verteilgebiets liegen, fragt jeder der Verteilunternehmen Dienstleistungen der jeweils anderen Marktteilnehmer nach.

¹ Insbesondere RPW 2001/2, 239 Rz 1 ff., *Vertrieb von Werbematerialien*.

² RPW 2001/2, 247 Rz 43, *Vertrieb von Werbematerialien*.

³ RPW 2001/2, 243 Rz 26 ff., *Vertrieb von Werbematerialien*.

⁴ RPW 2001/2, 250 Rz 66, *Vertrieb von Werbematerialien*.

⁵ Vgl. RPW 2001/2, 249 Rz 61 ff., *Vertrieb von Werbematerialien*.

⁶ Beratungsanfrage Rz 8.

24. Hierzu schliessen die jeweiligen Anbieter einen Dienstleistungsvertrag untereinander ab, in welchem sie sich über die Vertragsbedingungen inklusive Preis einigen. Aufgrund der speziellen Konstellation ergeben sich die nachfolgenden Wettbewerbswirkungen:

25. Jeder Marktteilnehmer als Anbieter von Vorleistungsprodukten kann in seinem Gebiet über den Vorleistungspreis Einfluss auf die Kosten der nachfragenden Anbieter von nichtadressierten Postwurfsendungen nehmen. Eine Preiserhöhung bzw. ein überhöhter Vorleistungspreis führt daher dazu, dass die Dienstleistung der Verteilung der nichtadressierten Postwurfsendungen der Wettbewerber teurer werden. Dies kann dazu führen, dass der Kunde einen Anreiz hat, zu den jeweils anderen Anbietern zu wechseln.

26. Der Nachfrager nach Vorleistungsprodukten kann auf eine solche Konstellation (Kostenerhöhung) auf vier Arten reagieren:

1. Er kann seine Endkundenpreise um die zusätzlichen Kosten erhöhen und seine Vorleistungspreise unverändert lassen, mit dem Risiko, dass seine Kunden zu den günstigeren Anbietern wechseln.
2. Er kann seine Preise gegenüber den Endkunden und seine Vorleistungspreise gleich lassen, um so die höheren Kosten zu Lasten seiner Marge nicht auf den Endkundenpreis durchschlagen zu lassen.
3. Er kann seinerseits seine Endkundenpreise unverändert lassen und die Vorleistungspreise erhöhen, um so die Kosten seiner Wettbewerber ebenso erhöhen.
4. Er kann sowohl den Vorleistungspreis als auch den Endkundenpreis erhöhen.

27. Während sich die Möglichkeiten eins und zwei negativ auf den Umsatz bzw. die Marge des Marktteilnehmers auswirken, kann die Lösung drei für den Marktteilnehmer zumindest neutral sein, wenn er die höheren Vorleistungspreise nicht auf die Endkunden überwälzt und diese mit den Einnahmen seiner Vorleistungen querfinanziert. Die Möglichkeit vier ist sogar lohnenswert, wenn der Marktteilnehmer die höheren Vorleistungspreise auf den Endkunden abwälzen kann, da er aufgrund der Einnahmen aus den Transferzahlungen eine zusätzliche Einnahmequelle hat und die höheren Kosten, welche als Transferzahlungen zu den anderen Marktteilnehmern gehen auf die Endkunden abwälzen kann.

28. Eine solche Marktconstellation schafft daher den Anreiz unter den Marktteilnehmern überhöhte Preise für die Vorleistungen zu verlangen. Dies bedeutet gleichzeitig, dass in einer solchen Konstellation von den beteiligten Marktteilnehmern keine disziplinierende Wirkung ausgeht. Daher kann grundsätzlich ein überhöhtes Preisniveau resultieren. In einer solchen Konstellation stellt sich daher die Frage, ob es sich hierbei um eine indirekte Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG oder um den Missbrauch einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG handelt.

29. Eine disziplinierende Wirkung auf die Preisgestaltung könnte in einer solchen Konstellation, wenn über-

haupt, nur von weiteren Marktteilnehmern oder der Marktgegenseite ausgehen.

30. Als weitere Marktteilnehmer kommen beispielsweise Anbieter naher Substitute wie adressierte Briefsendungen oder Zeitungsbeilagen (vgl. Rz 19) in Frage.

31. Zudem könnte eine Marktgegenseite, die einen bedeutenden Anteil am realisierten Umsatz der Zustellunternehmen ausmacht und damit einen wichtigen Anteil an den Gesamtkosten trägt, eventuell einen gesteigerten Einfluss auf die Preisverhandlungen nehmen. Dies könnte einer Marktgegenseite mit einem grossen Volumen eine bedeutende Verhandlungsmacht einbringen, die sich disziplinierend auf die Preissetzung der Zustellunternehmen auswirkt, wenn sie ein Ausweichen auf andere Kanäle oder einen Verzicht auf Postwurfsendungen wirksam androhen kann.

Wettbewerbsbedingungen [...]

32. [...].

33. [...].

III. Beantwortung der Beratungsfragen

34. Basierend auf den vorherigen Ausführungen kann auf die Beratungsfragen wie folgt geantwortet werden:

Erste Beratungsfrage:

35. Auf die erste Beratungsfrage, wonach erfragt wird, ob das Sekretariat die Auffassung teilt, dass die Gesuchstellerin (als Dienstleistungserbringerin) im Marktsegment nichtadressierter Direktwerbung berechtigt ist, von den [Werbepostzustellern] (als Dienstleistungsempfänger) für Eigenzustellungen kostenorientierte Preise unter Berücksichtigung einer angemessenen Gewinnmarge und umsatzbezogener Rabatte zu verlangen, kann wie folgt geantwortet werden.

36. Die Preissetzung kann in der von der Gesuchstellerin beschriebenen Konstellation problematisch sein. Insbesondere, wenn [...] keine ausreichende disziplinierende Wirkung ausgeht, kann jede von einem Wettbewerbspreisniveau abweichende Preissetzung kartellrechtlich problematisch sein (vgl. Rz 28). Daher kann je nach Art und Weise der Berechnung von kostenorientierten Preisen das Verlangen von kostenorientierten Preisen unter Berücksichtigung einer angemessenen Gewinnmarge und umsatzbezogener Rabatte durchaus kartellrechtswidrig sein. Es kann daher nur im Einzelfall basierend auf einer Analyse der tatsächlich verlangten Preise im Vergleich zu den intern anfallenden Gesamtkosten für den Verbleib im Markt unter Berücksichtigung der beschriebenen Marktdynamik beurteilt werden, ob die tatsächlich verlangten Preise kartellrechtlich unproblematisch sind.

37. Das Sekretariat der WEKO teilt daher die Meinung der Gesuchstellerin nicht, wonach diese in jedem Fall berechtigt ist kostenorientierte Preise unter Berücksichtigung einer angemessenen Gewinnmarge und umsatzbezogener Rabatte zu verlangen.

Zweite Beratungsfrage:

38. Auf die zweite Beratungsfrage, wonach erfragt wird, ob das Sekretariat die Auffassung teilt, dass es kartellrechtlich unzulässig wäre, wenn sich die Werbepostzu-

steller im Marktsegment nichtadressierter Direktwerbung darüber abstimmen würden, sich für ihre jeweiligen Eigenzustellungen (als Dienstleistungsempfänger) und Partnerzustellungen (als Dienstleistungserbringer) die gleichen Preise zu verrechnen, kann wie folgt geantwortet werden.

39. Da die spezielle Marktconstellation Anreize setzen kann, sich gegenseitig überhöhte Preise zu verrechnen, ist eine gemeinsame Abstimmung grundsätzlich als kartellrechtlich problematisch anzusehen.⁷ Da für die Nutzung der Eigen- und Partnerzustellung die Bedingungen (inklusive Preise) zwischen den einzelnen Marktteilnehmer festgelegt werden müssen, kann auf eine entsprechende paarweise Koordination nicht verzichtet werden. Hierbei besteht auch bei einer paarweisen Koordination bereits die Gefahr eines kartellrechtswidrigen Verhaltens (vgl. Rz 28). Dies insbesondere dann, wenn durch die wechselseitigen Abhängigkeiten ein im Vergleich zum Wettbewerbspreisniveau überhöhtes Preisniveau realisiert wird. Werden von allen Teilnehmern dieselben Vorleistungspreise unabhängig von den Kostenstrukturen verlangt, so kann dies ein Hinweis auf ein kartellrechtswidriges Verhalten sein.

40. Die Wahrscheinlichkeit, dass bei einer Koordination sämtlicher Marktteilnehmer und der Verrechnung der gleichen Preise von einem kartellrechtswidrigen Verhalten auszugehen ist, ist sehr hoch.

Dritte Beratungsanfrage:

41. Die dritte Beratungsanfrage, wonach erfragt wird, ob das Sekretariat die Auffassung teilt, dass die Gesuchstellerin (als Dienstleistungsempfängerin) im Marktsegment nichtadressierter Direktwerbung nicht verpflichtet ist, für Partnerzustellungen der [...] Werbepostzusteller (als Dienstleistungserbringer) nicht kostenbasierte Preise zu vergüten, wird nachfolgend beantwortet. Hierbei wird die doppelte Verneinung wie folgt aufgefasst: Es wird erfragt, ob die Gesuchstellerin berechtigt ist, für Partnerzustellungen der [...] Werbepostzusteller (als Dienstleistungserbringer) kostenbasierte Preise vergüten. Im Rahmen einer ergänzenden Verständnisfrage wurde zudem erfragt, ob die Gesuchstellerin berechtigt ist, Preise von Partnerzustellunternehmen abzulehnen, wenn diese oberhalb der Vorleistungskosten der Zustellpartner liegen.

42. Wie oben beschrieben ist aufgrund der speziellen Marktconstellation ein Abweichen vom Wettbewerbspreisniveau mit grosser Wahrscheinlichkeit als kartellrechtlich problematisch anzusehen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass Wettbewerbspreise bei wirksamem Wettbewerb nur so hoch sein sollten, dass bei einer entsprechenden Nachfrage das langfristige Überleben eines effizienten Unternehmens gesichert ist. Daher können nicht kostenbasierte Preise, insbesondere, wenn diese oberhalb des Wettbewerbspreisniveaus liegen, als kartellrechtlich problematisch angesehen werden. Bei der Ablehnung von Preisen, die mutmasslich oberhalb der Vorleistungskosten der Zustellpartner liegen, ist der Gesamtzusammenhang über die einzelnen räumlich relevanten Märkte und damit über die einzelnen Zustellgebiete hinaus zu beachten. Beispielsweise könnte ein grösseres Zustellunternehmen, gegenüber einem kleineren Zustellunternehmen marktbeherrschend sein, wenn

es einen bedeutenden Teil der Nachfrage in Form von Partnerzustellungen beim kleineren Zustellunternehmen ausmacht (vgl. Rz 31). Das grössere Zustellunternehmen könnte, insbesondere, wenn es in das Gebiet des kleineren Zustellnehmens expandieren möchte, unter Umständen eine allfällig marktbeherrschende Stellung missbrauchen, um das kleinere Zustellunternehmen aus dem Markt zu drängen. In einem solchen Kontext kann die Zurückweisung von Preisen kartellrechtlich problematisch sein.

43. Das Sekretariat der WEKO teilt daher die Meinung der Gesuchstellerin nicht, wonach diese berechtigt ist für Partnerzustellungen der [...] Werbepostzusteller (als Dienstleistungserbringer) kostenbasierte Preise zu vergüten. Kostenbasierte Preise müssen nicht zwingend dem Wettbewerbspreisniveau entsprechen, weshalb auch das verlangen von kostenbasierten Preisen im Einzelfall kartellrechtlich unzulässig sein kann.

44. Die Ablehnung von Preisen, welche oberhalb der Vorleistungskosten der Zustellpartner liegen erscheint aus kartellrechtlicher Sicht grundsätzlich unproblematisch. [Anders könnte die kartellrechtliche Beurteilung bei Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung ausfallen].

Vierte Beratungsanfrage:

45. Auf die vierte Beratungsanfrage, wonach erfragt wird, ob das Sekretariat die Auffassung teilt, dass die Gesuchstellerin im Marktsegment nichtadressierter Direktwerbung berechtigt ist, für die Bedienung von Gebieten ausserhalb des eigenen Verteilkanals anstelle der swissmail Werbepostzusteller auch mit anderen Zustellorganisationen zusammenzuarbeiten bzw. eine eigene Infrastruktur aufzubauen, kann wie folgt geantwortet werden.

46. Hierzu ist festzuhalten, dass ein Eintritt eines Marktteilnehmers in einen Markt, in welchem er vorher nicht tätig war, grundsätzlich wettbewerbsfördernd sein kann. Allerdings ist zu beachten, dass [...] bei einem Markteintritt auf die rechtlichen Vorgaben von Art. 7 KG zu achten ist. Insbesondere wenn ein Markteintritt [...] in einem Gebiet ausserhalb des eigenen Verteilkanals zu einer Verdrängung bestehender Anbieter führt, ist darauf zu achten, dass dies nicht in kartellrechtswidriger Art und Weise geschieht.

47. Das Sekretariat der WEKO teilt daher die Meinung der Gesuchstellerin teilweise, wonach diese berechtigt ist, für die Bedienung von Gebieten ausserhalb des eigenen Verteilkanals anstatt der [...] Werbepostzusteller auch mit anderen Zustellorganisationen zusammenzuarbeiten bzw. eine eigene Infrastruktur aufzubauen, solange dies in Einklang mit den kartellrechtlichen Bestimmungen und insbesondere unter Berücksichtigung von Art. 7 KG geschieht.

⁷ Vgl. auch RPW 2001/2, 253 Rz 83, *Vertrieb von Werbematerialien*.

B 2

Wettbewerbskommission
 Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V

Verfügung vom 2. Oktober 2017 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG gegen

1. **Broggi Lenatti AG**, in Bergün/Bravuogn, vertreten durch [...]
2. **Lazzarini AG**, in Samedan, vertreten durch [...]
3. **P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau**, in Bever, vertreten durch [...]
4. **René Hohenegger Sarl**, in Brail.

A Verfahren

A.1 Gegenstand der Untersuchung

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

A.2 Untersuchungsadressatinnen

A.2.1 Lazzarini AG, Samedan

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

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

3. Die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau (nachfolgend: Lenatti) mit Sitz in Bever ist seit 1972 im Handelsregister eingetragen und bezweckt demnach den Betrieb eines Hoch- und Tiefbaugeschäftes mit Schreinerei und Zimmerei. Laut Handelsregister hat Lenatti eine Zweignie-

derlassung in La Punt-Chamues-ch. Lenatti befindet sich seit dem 22. Dezember 2015 in definitiver Nachlassstundung, welche, gemäss dem schweizerischen Handelsamtsblatt, am 22. Juni 2016 bis zum 22. Dezember 2016³ bzw. am 22. Dezember 2016 bis zum 22. Juni 2017 verlängert wurde.⁴

A.2.3 Broggi Lenatti AG, Bergün/Bravuogn

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

A.2.4 René Hohenegger Sarl, Zernez

5. Die René Hohenegger Sarl (nachfolgend: Hohenegger) mit Sitz in Zernez ist seit 1999 im Handelsregister eingetragen und bezweckt demnach, nach einer vollständigen Zweckumschreibung gemäss Statuten vom 25. März 2015, die Ausführung sämtlicher Hoch- und Tiefbauarbeiten sowie den Handel und die Montage von Türen und Fenster. Laut ihrer Website liegt der Schwerpunkt von Hohenegger nunmehr auf der Lieferung, der Montage, dem Unterhalt und der Reparatur von Fenstern und Türen.⁶

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

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

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

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

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

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

A.3 Verfahrensgeschichte

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

20. Mit Schreiben vom 11. August 2016 informierte das Sekretariat die Verfahrensparteien, welche Unternehmen Selbstanzeige eingereicht haben. Weiter informierte es, wie in die entsprechenden Selbstanzeigedossiers eingesehen werden kann.²⁷

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

⁷ Act. IX.B.001 (25-0038). Die Akten des vorliegenden Verfahrens setzen sich aus den Akten bis und mit der Verfahrenstrennung vom 23. November 2015 (Aktenverzeichnis 22-0433) und den Akten nach der Verfahrenstrennung (Aktenverzeichnis 22-0462) zusammen. Ist bei der Angabe der Aktenstücke (Act.) kein Hinweis auf das Aktenverzeichnis vermerkt, sind diese im Aktenverzeichnis 22-0433 erfasst. Die Nummer der Selbstanzeigedossiers (25er) wurde ebenfalls angegeben.

⁸ Act. IX.B.004 (25-0038).

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

¹⁰ Act. IX.D.001 (25-0048).

¹¹ Act. IX.D.002 (25-0048).

¹² Act. IX.B.019 (25-0038).

¹³ Act. IX.B.023 (25-0038).

¹⁴ Act. IX.D.014 (25-0048).

¹⁵ Act. IX.D.015 (25-0048).

¹⁶ Act. IV.023.

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

¹⁸ Act. IV.024.

¹⁹ Act. I.443.

²⁰ Act. I.449.

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

²² Act. I.529.

²³ Act. I.507.

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

²⁵ Act. 9 (22-0462).

²⁶ Act. 6 (22-0462).

²⁷ Act. 17-19 (22-0462).

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

23. Am 29. März 2017 stellte das Sekretariat den Parteien den Antrag an die WEKO zur Stellungnahme gemäss Art. 30 Abs. 2 KG zu. Es beantragte im Wesentlichen, dass Lazzarini wegen Beteiligung an einer gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabrede mit einer Sanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG von CHF 54'000 zu belasten sei. Lenatti und Broggi Lenatti seien solidarisch mit einem Betrag von CHF 25'000 sowie Hohenegger mit einem Betrag von CHF 9'562 zu belasten.

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

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

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

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

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

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

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

B Sachverhalt

B.1 Vorbemerkungen zum Beweis

31. Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)³⁹ anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Auch im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i. V. m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP⁴⁰). Der Beweis einer Tatsache ist im Allgemeinen erbracht, wenn die Wettbewerbsbehörden nach objektiven Gesichtspunkten von deren Verwirklichung überzeugt sind. Die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit (also ohne Zweifel) festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel unerheblich erscheinen.⁴¹ Bloss abstrakte und theoretische Zweifel sind nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann. Es muss sich um erhebliche und unüberwindliche Zweifel handeln, d.h. um solche, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen.⁴² Hinsichtlich bestimmter Tatsachen, namentlich komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte, sind im Einklang mit der Rechtsprechung keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen. Vielmehr schliesst die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, eine strikte Beweisführung regelmässig aus.⁴³ Diesen Grundsätzen ist im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen zum Sachverhalt Rechnung zu tragen.

²⁸ Act. 41 (22-0462).

²⁹ Act. 40 (22-0462).

³⁰ Act. 43 und 44 (22-0462).

³¹ Act. 48 (22-0462).

³² Act. 54 (22-0462).

³³ Act. 55 (22-0462).

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

³⁵ Act. 61, S. 3 (22-0462).

³⁶ Act. 56 (22-0462).

³⁷ Act. 58a (22-0462).

³⁸ Act. 62 (22-0462).

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

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

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

⁴² Vgl. z.B. BGE 124 IV 86, E. 2a.

⁴³ BGE 139 I 72, 91 E. 8.3.2 (= RPW 2013/1, 126 f. E. 8.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.7, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.7, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; je m.w.H.

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

B.2 Beweisthema

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

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

B.3 Beweismittel

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

B.3.1 Urkunden

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

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

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

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

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

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

Mit freundlichen Grüssen

[Mitarbeiter A]

[Funktion]

LAZZARINI“

37. Die E-Mail vom 24. Februar 2010 enthält im Anhang eine unterzeichnete Offerte von Lazzarini vom 25. Feb-

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

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

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

Ich bitte euch ca. 5% höher einzugeben.

ACHTUNG: Kein Rabatt und kein Skonto!

Gruss

[Mitarbeiter A]

[Funktion]

LAZZARINI“.

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

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

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

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

⁴⁵ Act. III.F.005, S. 1.

⁴⁶ Act. III.F.022, S. 1.

⁴⁷ Act. 9 (22-0462).

⁴⁸ Act. IX.B.028, pag. 35 (25-0038).

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

B.3.2 Auskünfte von Parteien

Eingabe von Lazzarini vom 16. Oktober 2015

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

42. Am Projekt Um- und Anbau Wohnhaus [X] in Samedan sei Lazzarini sehr interessiert gewesen. Offenbar seien hier die Offerte der Lazzarini an Lenatti und an Hohenegger per Mail zugestellt worden, je verbunden

[...]

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

[...]

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

Aussagen der Hohenegger vom 2. September 2015

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

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

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

mit der Bitte um Eingabe einer höheren Offerte. Ob die beiden Unternehmen dann tatsächlich auch eine Eingabe gemacht hätten, sei Lazzarini nicht bekannt. Hingegen sei klar, „dass Lazzarini offenbar nicht zum Zuge gekommen ist und das Projekt trotz (versuchter) Absprache mit zwei Unternehmen von einem Dritten ausgeführt worden ist“.

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

E-Mail der Hohenegger vom 7. September 2015

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

⁴⁹ Act. IX.B.028 (25-0038).

⁵⁰ Act. IX.B.028, pag. 35 (25-0038).

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

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

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

⁵⁴ Act. IX.D.016 (25-0048).

B.3.3 Auskünfte von Dritten

Zeugeneinvernahme mit [Mitarbeiter A] vom 10. September 2015

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

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

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

Zeugeneinvernahme mit [Mitarbeiter B] vom 20. Oktober 2015

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

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

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

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

B.4 Beweismittelwürdigung

B.4.1 Konsens

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

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

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

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

59. Dabei ist zu beachten, dass Lazzarini eingestanden hat, dass beim vorliegenden Projekt eine „(versuchte) Absprache“ vorlag. Auch [Mitarbeiter A], [Funktion] der Lazzarini in Samedan, räumte im Rahmen seiner Einvernahme als Zeuge ein, dass es sich um einen „Schutz“ gehandelt habe. Hohenegger interpretierte die beiden E-Mails ebenfalls dahingehend, dass Hohenegger Lazzarini „Schutz“ gewähren sollte (vgl. aber Rz 62 hiernach). Diese übereinstimmenden Aussagen von Lazzarini, Hohenegger und des Zeugen [Mitarbeiter A] erachtet die Behörde als glaubwürdig. Sie bestätigen, dass die E-Mails von [Mitarbeiter A] vom 24. und 25. Februar 2010 nicht etwa bloss als einseitige Aufforderung von Lazzarini an Lenatti und Hohenegger, höhere Angebote einzureichen, zu verstehen sind. Vielmehr sind diese E-Mails als Ausfluss eines Konsenses zwischen den Parteien zu betrachten, ihre Angebote zu koordinieren.

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

⁵⁵ Act. IV.023.

⁵⁶ Act. IV.023, Zeilen 91 ff.

⁵⁷ Act. IV.023, Zeile 97 f.

⁵⁸ Act. IV.023, Zeile 101 f.

⁵⁹ Act. IV.023, Zeile 106.

⁶⁰ Act. IV.024.

⁶¹ Act. IV.024, Zeile 278 f.

⁶² Act. IV.024, Zeile 321.

⁶³ Act. IV.024, Zeile 342.

⁶⁴ Act. IV.024, Zeilen 358 ff.

⁶⁵ Act. IV.024, Zeile 371.

⁶⁶ Act. IV.024, Zeile 321.

⁶⁷ Act. IV.024, Zeile 355.

⁶⁸ Act. IV.024, Zeile 360.

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

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

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

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

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

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

B.4.2 Verfolgter Zweck

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

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

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

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

B.4.3 Rolle der Beteiligten

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

Initiative für die Angebotskoordination

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

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

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

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

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

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

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

Rolle bei der Organisation und Umsetzung der untersuchten Verhaltensweise

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

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

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

B.4.4 Umsetzung und Auswirkungen

79. Gemäss den Angaben des verantwortlichen Architekturbüros [...], gab Lazzarini für das Bauprojekt An- und Umbau [X] mit einer Gesamtsumme (inkl. MWST) von CHF 990'255⁷⁰ ein, Lenatti mit einer Summe von CHF 1'035'748 und Kuhn mit einer Summe von CHF [...]. Hohenegger reichte keine Offerte ein.

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

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

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

⁷⁰ Vgl. Fn 48.

B.5 Beweisergebnis

83. Nach dem Gesagten ist bewiesen:

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

C Erwägungen

C.1 Geltungsbereich

C.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

84. Das Kartellgesetz (KG)⁷¹ gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten als auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Sämtliche Parteien erfüllen vorliegend die Merkmale privatrechtlicher Unternehmen, womit das KG in persönlicher Hinsicht anwendbar ist.

C.1.2 Verfügungsadressatinnen

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

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

87. Das Kartellrecht knüpft für die Sanktionierbarkeit an die Verhaltensweise eines *Unternehmens* an. Wenn dieses Unternehmen, welches den Kartellrechtsverstoss zu verantworten hat, wirtschaftlich betrachtet fortbesteht, so muss auch die neue Unternehmensträgerin für dieses Verhalten einstehen. So hat die WEKO in der Vergangenheit bereits festgehalten⁷³, dass ein Wettbewerbsverstoss nicht nur bei eigentlicher Rechtsnachfolge (z.B.

infolge Fusion) der neuen Unternehmensträgerin zuzurechnen ist, sondern auch in Fällen, in denen ein bestehendes Unternehmen bloss wirtschaftlich betrachtet unter neuer Trägerschaft fortgeführt wird (Unternehmenskontinuität), etwa im Rahmen eines «Asset Deals». Gleiches wird im Übrigen auch in der Literatur zum Unternehmensstrafrecht postuliert.⁷⁴ Ob eine solche wirtschaftliche Kontinuität gegeben ist, beurteilt sich nach den gesamten Umständen des Einzelfalls. Massgebend sind insbesondere folgende Kriterien:

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

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

89. Broggi Lenatti übernahm von Lenatti, bis auf eine Ausnahme, das bauspezifische Personal, das Inventar (Maschinen, Werkzeuge, Warenlager etc.) sowie eine Immobilie⁷⁵. Gemäss eigenen Angaben entspricht die Geschäftstätigkeit von Broggi Lenatti im Bereich Bau ab dem 1. Mai 2014 derjenigen von Lenatti vor der Zusammenführung.⁷⁶ Lenatti ist zwar immer noch im Handelsregister eingetragen, übt jedoch laut eigenen Angaben keine Bautätigkeit mehr aus. Zudem stellte Broggi Lenatti durch die gewählte Firma auch in der Aussenwahrnehmung bewusst einen Zusammenhang zu Lenatti her. Die Erwähnung der Firma Lenatti im Namen der neugegründeten Unternehmung erfolgte nach Angaben von Broggi Lenatti aus Marketing-Überlegungen, zumal sie

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

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

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

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

⁷⁵ Act. 54, Rz 2 (22-0462).

⁷⁶ Act. 1.443, Antwort auf Frage 7. Vgl. auch die Medienmitteilung der Broggi Lenatti AG vom 29. April 2014 „Zusammenschluss zweier Traditionsbetriebe“.

im Oberengadin im Wettbewerb auftritt.⁷⁷ Auch auf ihrer Homepage erwähnt Broggi Lenatti, dass sie aus der Zusammenführung der Bautätigkeit der beiden bestehenden Unternehmen Hohenegger & Broggi AG und der P. Lenatti AG hervorgegangen ist.⁷⁸

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

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

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

C.1.3 Sachlicher Geltungsbereich

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

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

C.1.4 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich

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

C.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

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

C.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede

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

98. Im Folgenden ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt (vgl. Rz 99 ff.). Ist dies zu bejahen, ist in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig ist (Rz 110 ff.).

C.3.1 Wettbewerbsabrede

99. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine formelle vertragliche Grundlage ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,⁷⁹ wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden⁸⁰.

100. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor, wenn erstens ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und zweitens ein Bezwecken oder ein Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung durch die Abrede gegeben sind.⁸¹ Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen.

C.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

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

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

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

C.3.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

104. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG „eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.⁸² Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis

⁷⁷ Act. 54, Rz 4 (22-0462).

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

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

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

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

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

oder die Lieferbedingungen) beziehen.⁸³ Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext verdeutlicht – alternativ voraus, nicht kumulativ.⁸⁴

105. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen „die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“.⁸⁵ Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.⁸⁶

106. Die vorliegende Abrede beinhaltete, das Eingabeverhalten zwischen den Parteien in Bezug auf das Bauprojekt Um- und Anbau [X] zu koordinieren (Rz 55 ff.). Ein solcher Abredeinhalt ist in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Darüber hinaus ist vorliegend – obwohl dies nicht notwendig ist – erwiesen, dass die Abredeteilnehmer mit ihrem Verhalten auch in subjektiver Hinsicht bezweckten, sich nicht zu konkurrenzieren (Rz 67). Somit war die vorliegende Abrede nicht nur (objektiv) geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, sondern es bestand auch eine dahingehende Absicht der Abredeteilnehmer.

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

C.3.1.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

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

C.3.1.4 Zwischenergebnis

109. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Parteien in Bezug auf das Bauprojekt Um- und Anbau [X] durch ihr bewusstes und gewolltes Zusammenwirken eine Wettbewerbsabrede zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe gemäss Art. 4 Abs. 1 KG getroffen haben. Im Folgenden ist zu prüfen, ob diese Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig ist.

C.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

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

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

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

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

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

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

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

C.3.2.2 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

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

⁸³ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

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

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

⁸⁶ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

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

⁸⁸ Act. 48 (22-0462).

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

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

C.3.2.3 Relevanter Markt

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

119. Bei dieser Abgrenzung sind Sinn und Zweck der Marktabgrenzung zu berücksichtigen. Diese liegen weniger darin, eine allgemeingültige Marktdefinition für einen Wirtschaftsbereich zu schaffen, als vielmehr darin, die (ökonomischen) Wirkungen einer konkret untersuchten Wettbewerbsbeschränkung zu beurteilen.⁹¹ Zudem ist die Bestimmung des relevanten Markts für die Höhe der Sanktion von Bedeutung (siehe unten Rz 143 ff.). Daraus folgt zwingend, dass die Marktabgrenzung davon abhängig ist, welche (mögliche) Wettbewerbsbeschränkung konkret untersucht wird.

(i) Marktgegenseite

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

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

(ii) Sachlich und räumlich relevanter Markt

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

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

124. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).⁹⁵

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

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

C.3.2.3.2 Innenwettbewerb

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

C.3.2.3.3 Aussenwettbewerb

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

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

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

⁹¹ 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 Marktabgrenzung, WuW 10/2014, S. 924–937; vgl. auch ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz 532; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 2 KG N 94; MARCEL MEINHARDT/ASTRID WASER/JUDITH BISCHOF, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 10 KG N 40.

⁹² Vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 269, ADSL II; RETO HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich 2005, Rz 281.

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

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

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

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

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

C.3.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

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

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

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

C.3.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

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

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

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

C.3.5 Ergebnis

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

C.4 Massnahmen

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

C.4.1 Anordnung von Massnahmen

138. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmen Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.¹⁰⁰

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

140. Insbesondere wird den genannten Unternehmen untersagt:

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

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

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

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

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

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

- sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – nicht 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.

141. Diese Anordnungen umschreiben die Verpflichtungen der Verfahrensparteien, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Zudem stehen sie in unmittelbarem Zusammenhang zur von ihnen begangenen unzulässigen Verhaltensweise und verhindern, dass es erneut zu derartigen Verhaltensweisen kommt. Sie sind verhältnismässig, zumal sie zur Erreichung des Ziels, die Wiederholung der festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern, geeignet sowie erforderlich und zumutbar sind.

142. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die genannten Massnahmen können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.¹⁰¹

C.4.2 Sanktionierung

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

C.4.2.1 Voraussetzungen

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

145. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen handelten und die kartellrechtswidrige Submissionsabsprache trafen, taten dies wissentlich oder nahmen deren wettbewerbsbeseitigende Wirkung zumindest in Kauf, handelten diesbezüglich also zumindest eventualvorsätzlich. Sodann ist festzuhalten, dass die handelnden natürlichen Personen für die jeweiligen Unternehmen entweder zeichnungsberechtigt waren oder jeweils mindestens dem mittleren oder oberen Kader bzw. der Geschäftsleitung angehörten. Ihr Vorsatz bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen

ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen.

C.4.2.2 Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht

146. Die Sanktionierung ist gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ausgeschlossen, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist. Für die Prüfung dieser fünfjährigen Frist ist im Einzelfall die gesamte Dauer des Kartells miteinzubeziehen.

147. Bisher ungeklärt ist, ob die Vorschrift „unternehmensbezogen“ oder „tatbezogen“ verstanden werden muss. Mit anderen Worten stellt sich die Frage, ob die Sanktionierung eines Unternehmens ausgeschlossen ist, wenn die Untersuchungseröffnung gegenüber diesem Unternehmen über fünf Jahre nach dessen Einstellung des KG-Verstosses erfolgte, oder ob eine Sanktionierung eines Unternehmens nur ausgeschlossen ist, wenn die Untersuchung als solche über fünf Jahre nach dessen Einstellung des KG-Verstosses erfolgte, unabhängig davon, ob sich die Untersuchung von Anfang an gegen das betreffende Unternehmen richtete oder nicht.

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

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

¹⁰¹ Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

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

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

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

C.4.2.3 Bemessung

C.4.2.3.1 Konkrete Sanktionsbemessung

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

154. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit¹⁰³ und der Gleichbehandlung begrenzt wird.¹⁰⁴ Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall, wobei die Geldbusse für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.

a) Basisbetrag

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

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

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

¹⁰³ Art. 2 Abs. 2 SVKG.

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

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

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

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

159. Lazzarini als erfolglose Schutznehmerin sowie Lenatti als schützendes Unternehmen beteiligten sich an Abreden, welche den Preis sowie auch die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand haben. Beide Unternehmen handelten dabei vorsätzlich. Diese Art der 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. Al-

lerdings wurde im vorliegenden Fall der Wettbewerb nicht beseitigt, sondern erheblich beeinträchtigt, da die Abrede nicht zum angestrebten Ergebnis führte. Dies ist gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen.

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

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

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

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

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

b) Dauer des Verstosses

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

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

c) Erschwerende Umstände

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

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

Anstiftung

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

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

Führende Rolle

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

171. 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.¹⁰⁸ Rechtsvergleichend sei daher auf die entsprechende Praxis der EU-Gerichte hingewiesen. Demnach muss ein Unternehmen, um als Anführer eines Kartells eingestuft zu werden, eine wichtige Antriebskraft für das Kartell gewesen sein¹⁰⁹ oder eine besondere, konkrete Verantwortung für dessen Funktionieren getragen haben.¹¹⁰ Darauf kann auch aus einer Gesamtheit von Indizien geschlossen werden, die das Bestreben des Unternehmens zeigen, die Stabilität und den Erfolg des Kartells zu sichern.¹¹¹ Ein solcher Fall liegt etwa vor, wenn nachgewiesen ist, dass das Unternehmen im Kartell die Aufgaben eines Koordinators übernommen und namentlich das mit der konkreten Durchführung des Kartells betraute Sekretariat organisiert und mit Personal ausgestattet hatte.¹¹² Oder wenn erwiesen ist, dass das betroffene Unternehmen im Rahmen der konkreten Betätigung des Kartells eine zentrale Rolle etwa dadurch spielte, dass es zahlreiche Treffen organisierte, die Informationen innerhalb des Kartells entgegennahm und verteilte, die Vertretung einiger Mitglieder im Kartell übernahm oder die meisten Vorschläge zur Arbeitsweise

des Kartells machte.¹¹³ Hierbei handelt es sich aber nicht um einen abschliessenden Katalog von möglichen Tatbeiträgen, die für eine führende Rolle sprechen. Die Einzelfallbetrachtung und der Umstand, dass Kartelle unterschiedlich initiiert, organisiert und gelebt werden können, stünde einem solchen Schematismus entgegen. Letztlich ist massgeblich, ob der konkrete Tatbeitrag eines Beteiligten – absolut betrachtet – wesentlich für die Organisation, Umsetzung, den Fortbestand und/oder Erfolg des konkreten Kartells war und sich – relativ betrachtet – qualitativ und/oder quantitativ derart von Tatbeiträgen anderer Beteiligten abhob, dass im Vergleich zu diesen auf eine führende Rolle zu schliessen ist.

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

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

¹⁰⁷ Vgl. dazu RPW 2016/3, 710 Rz 399 f., *Flügel und Klaviere* (noch nicht rechtskräftig); RPW 2016/3, 751 Rz 224, *Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör*; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 106), Art. 49a N 78; ROBERT ROTH/CHRISTIAN BOVET, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Tercier/Bovet (Hrsg.), 2013, Art. 49a KG N 52.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C.4.2.4 Maximalsanktion

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

C.4.2.5 Selbstanzeige – Vollständiger/teilweiser Erlass der Sanktion

Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion

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

Lazzarini

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

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

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

einvernahme von [Mitarbeiter A] vom 10. September 2015 zugestellt.¹¹⁵

179. Zu prüfen ist, ob die Eingabe von Lazzarini im Zusammenhang mit dem Bauprojekt [X] überhaupt als Selbstanzeige zu qualifizieren ist. Keinen Selbstanzeigegehalt kommt grundsätzlich Vorbringen zu, in denen bloss die Möglichkeit erwähnt wird, dass sich das Unternehmen an einer Wettbewerbsbeschränkung beteiligt habe. Gleiches gilt, wenn das Unternehmen in seinen Vorbringen lediglich nicht ausschliesst, dass es sich an einer Wettbewerbsbeschränkung beteiligt habe oder wenn das Unternehmen die beigebrachten Informationen und Beweismittel selbst wieder entkräftet, etwa indem es eine Verhaltensabstimmung mit anderen Unternehmen bestreitet oder generell (mögliche) negative Auswirkungen auf den Wettbewerb verneint.¹¹⁶

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

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

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

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

182. Mit Schreiben vom 8. April 2016¹¹⁷ wies das Sekretariat Lazzarini darauf hin, dass Lazzarini u.a. auch in Bezug auf die Untersuchung 22-0462: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V jederzeit die Möglichkeit habe, ihre Selbstanzeige zu ergänzen, da Zweifel am Selbstanzeigegehalt gewisser Eingaben von Lazzarini vorlagen. Lazzarini reichte jedoch in Bezug auf die vorliegende Untersuchung keine weiteren Ergänzungen ein. Sie

¹¹⁵ Act. I.556.

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

¹¹⁷ Act. 4 (22-0462/25-0038).

bestätigte die Beweismittel, insbesondere die zwei E-Mails vom 24. und 25. Februar 2010, nicht, welche sie mit dem Protokoll der Zeugenbefragung von [Mitarbeiter A] im Dezember 2015, erhalten hat.

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

Hohenegger

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

185. Am 2. September 2015, also knapp drei Jahre nach Untersuchungseröffnung bzw. zweieinhalb Jahre nach Ausdehnung der Untersuchung auf den gesamten Kanton Graubünden, kam Hohenegger im Rahmen einer mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige auf Nachfrage des Sekretariats zum ersten Mal auf das Bauprojekt Um- und Anbau [X] zu sprechen. Hohenegger gab darin zu, dass es um eine Schutznahme gegangen sei. Zu diesem späten Zeitpunkt verfügte das Sekretariat bereits über Beweismittel, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen (Art. 8 Abs. 4 Bst. b SVKG).

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

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

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

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

C.4.2.6 Verhältnismässigkeitsprüfung

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

C.4.2.7 Ergebnis

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

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

D Kosten

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

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

194. Ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung einer horizontalen Wettbewerbsabrede Gegenstand eines Verfahrens, so gelten grundsätzlich alle an der Abrede Beteiligten gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens. Dementsprechend gestaltet sich die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, gemäss welcher – in Ermangelung besonderer Umstände, die das Ergebnis als stossend erscheinen liessen – eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten vorgenommen wurde. Insbesondere Gleichheits-, aber auch Praktikabilitäts Erwägungen stehen dabei im Vordergrund.¹²⁰ Auch vorliegend werden die Gebühren den Parteien zu gleichen Teilen auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV¹²¹).

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

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

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

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

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

196. Die vorliegende Untersuchung wurde mit Verfügung vom 23. November 2015 von der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden getrennt. Vom aus der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden bis dahin entstandenen Verfahrensaufwand wird ein Anteil von CHF 20'000 dem vorliegenden Verfahren zugerechnet. Es wurden vor der Verfahrenstrennung mehrere Ermittlungshandlungen (insbesondere Einvernahmen) auch in Bezug auf das vorliegende Bauprojekt durchgeführt. Zusätzlich entfallen auf das vorliegende Verfahren folgende Gebühren, die auf der Grundlage der nach der Verfahrenstrennung aufgewendeten Stunden zu berechnen sind:

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

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

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

E Dispositiv

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

1. Den Unternehmen Lazzarini AG, P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau und René Hohenegger Sarl
 - 1.1 wird untersagt, Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht auf eine Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;
 - 1.2 wird untersagt, sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Of-

fererteingabefrist – 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 Lazzarini AG, Samedan, mit einem Betrag von CHF 36'000.
- 2.2 P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau, Bever, und Broggi Lenatti AG, Bergün/Bravuogn, unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von CHF 25'000.
- 2.3 René Hohenegger Sarl, Zernez, mit einem Betrag von CHF 9'562.

3. Die Verfahrenskosten betragen CHF 28'705 und werden folgendermassen auferlegt:

- 3.1 Lazzarini AG, Samedan, trägt CHF 9'568.
- 3.2 P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau, Bever, und Broggi Lenatti AG, Bergün/Bravuogn, tragen unter solidarischer Haftung CHF 9'568.
- 3.3 René Hohenegger Sarl, Zernez, trägt CHF 9'568.

4. Die Verfügung ist zu eröffnen an:

- Broggi Lenatti AG, in Bergün/Bravuogn; vertreten durch [...]
- Lazzarini AG, in Samedan vertreten durch [...];
- P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau, in Bever; vertreten durch [...]
- René Hohenegger Sarl, in Brail.

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2.2

2. Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I

Hinweise:

- Gegen die vorliegende Sanktionsverfügung hat ein Teil der Parteien Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht eingelegt. Die Beschwerden sind derzeit dort noch hängig (Stand: August 2018), weshalb die Sanktionsverfügung gegenüber den beschwerdeführenden Verfahrensparteien nicht rechtskräftig ist.
- Die Sanktionsverfügung wird in der RPW/DPC publiziert werden.

Verfügung vom 26. März 2018 in Sachen Untersuchung 22-0458 gemäss Art. 27 KG betreffend Hoch und Tiefbauleistungen Engadin I wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG gegen

1. **Alfred Laurent AG**, in Ramosch
2. **Rusena-Betun SA**, in Ramosch
beide vertreten durch [...]
3. **Bezzola Denoth AG**, in Scuol
4. **Foffa Conrad AG**, in Zernez
5. **Zebblas Bau AG Samnaun**, in Samnaun
alle vertreten durch [...]
6. **Fabio Bau GmbH**, in Sent
vertreten durch [...]
7. **Graubündnerischer Baumeisterverband (GBV)**,
in Chur
vertreten durch [...]
8. **Impraisa da fabrica Margadant**, in Susch
vertreten durch [...]
9. **Impraisa Mario GmbH in Liquidation**, c/o Konkursamt in Scuol
10. **Koch AG Ramosch**, in Ramosch
11. **Uina SA**, in Sent
beide vertreten durch [...]
12. **Lazzarini AG**, in Samedan
vertreten durch [...]
13. **René Hohenegger Sarl**, in Brail
14. **Sosa gera SA**, in Zernez

Inhaltsverzeichnis

A	Verfahren	329
A.1	Gegenstand der Untersuchung	329
A.2	Untersuchungsadressaten	330
A.2.1	Alfred Laurent AG und Rusena-Betun SA	330

A.2.2	Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG und Zebblas Bau AG Samnaun	331
A.2.3	Fabio Bau GmbH	331
A.2.4	Graubündnerischer Baumeisterverband (GBV)	331
A.2.5	Impraisa da fabrica Margadant	331
A.2.6	Impraisa Mario GmbH in Liquidation	331
A.2.7	Koch AG Ramosch und Uina SA	332
A.2.8	Lazzarini AG	332
A.2.9	René Hohenegger Sarl	332
A.2.10	Sosa gera SA	332
A.3	Verfahrensgeschichte	332
A.3.1	Untersuchungseröffnung am 30. Oktober 2012 und Hausdurchsuchungen	332
A.3.2	Selbstanzeigen	332
A.3.2.1	Selbstanzeige der Lazzarini AG	332
A.3.2.2	Selbstanzeige der Bezzola Denoth AG, der Foffa Conrad AG und der Zebblas Bau AG Samnaun	332
A.3.2.3	Selbstanzeige der René Hohenegger Sarl	333
A.3.3	Ausdehnung der Untersuchung am 22. April 2013	333
A.3.4	Ausdehnung der Untersuchung und Verfahrenstrennung am 23. November 2015	333
A.3.5	Wesentliche Ermittlungshandlungen	333
A.3.6	Gewährung der Akteneinsicht	334
A.3.7	Einstellung des Verfahrens gegen die [...] und c. _____	334
A.3.8	Antrag des Sekretariats an die WEKO (Art. 30 Abs. 1 KG)	334
A.3.9	Stellungnahmen der Parteien (Art. 30 Abs. 2 KG)	335
A.3.9.1	Alfred Laurent AG und Rusena-Betun SA	335
A.3.9.2	Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG und Zebblas Bau AG Samnaun	335
A.3.9.3	Fabio Bau GmbH	335
A.3.9.4	Graubündnerischer Baumeisterverband (GBV)	335
A.3.9.5	Impraisa da fabrica Margadant	335
A.3.9.6	Impraisa Mario GmbH in Liquidation	335
A.3.9.7	Koch AG Ramosch und Uina SA	335

A.3.9.8	Lazzarini AG	336	(vii)	René Hohenegger Sarl	355
A.3.9.9	René Hohenegger Sarl	336	B.4.1.2.3	Zeugnis und Auskünfte von Drittpersonen	355
A.3.9.10	Sosa gera SA	336	(i)	Architekturbüro Y. _____	355
A.3.10	Anhörungen der Parteien und Entscheid der WEKO	336	(ii)	T. _____	356
B	Sachverhalt	336	(iii)	K. _____	356
B.1	Übersicht	336	(iv)	H. _____	356
B.2	Vorbemerkungen zum Beweis	336	(v)	S. _____	356
B.3	Hoch- und Tiefbaubranche im Unterengadin	336	B.4.1.3	Beweiswürdigung	357
B.3.1	Unterengadin und Samnaun	337	B.4.1.4	Beweisergebnis	358
B.3.2	Charakteristik der Hoch- und Tiefbau- branche im Unterengadin	337	B.4.2	Beteiligte	358
B.3.2.1	Auswertung der Ausschreibungen der öffentlichen Hand	337	B.4.2.1	Beweisthema	358
B.3.2.1.1	Eckwerte des Datensatzes der Offert- öffnungsprotokolle (DOP)	337	B.4.2.2	Beweismittel	358
B.3.2.1.2	Submissionen pro Jahr und öffentliche Beschaffungsstelle	338	B.4.2.3	Beweiswürdigung	358
B.3.2.1.3	Verteilung des Submissionsvolumens	340	B.4.2.3.1	Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG und Zebblas Bau AG Samnaun	358
B.3.2.2	Bedeutung des Preises als Zuschlags- kriterium	341	B.4.2.3.2	Impraisa da fabrica Margadant	359
B.3.2.3	Bezugsmöglichkeiten von Baustoffen	341	B.4.2.3.3	Impraisa Mario GmbH	359
B.3.3	Bauunternehmen und deren Tätigkeits- gebiet	341	B.4.2.3.4	GBV	359
B.3.4	Marktanteile	343	B.4.2.3.5	Lazzarini AG	359
B.3.4.1	Angaben der Parteien	343	B.4.2.3.6	Fabio Bau GmbH	360
B.3.4.2	Auswertung der Offertöffnungsprotokolle	344	B.4.2.3.7	Koch AG Ramosch	360
B.3.4.2.1	Bei allen öffentlichen Submissionen gemäss DOP	345	B.4.2.3.8	René Hohenegger Sarl	361
B.3.4.2.2	Bei öffentlichen Submissionen mit einem Bauvolumen über CHF 500'000	346	B.4.2.4	Beweisergebnis	361
B.3.5	Zwischenfazit	348	B.4.3	Verfolgter Zweck	362
B.4	Zusammenarbeit im Rahmen von Vorver- sammlungen (bis 2008)	348	B.4.3.1	Beweisthema	362
B.4.1	Konsens und Inhalt	348	B.4.3.2	Beweismittel	362
B.4.1.1	Beweisthema	348	B.4.3.3	Urkunden	362
B.4.1.2	Beweismittel	349	B.4.3.4	Auskünfte von Parteien	362
B.4.1.2.1	Urkunden	349	B.4.3.5	Beweiswürdigung	362
B.4.1.2.2	Auskünfte von Parteien	351	B.4.3.6	Beweisergebnis	363
(i)	Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG und Zebblas Bau AG Samnaun	351	B.4.4	Dauer	363
(ii)	Lazzarini AG	353	B.4.4.1	Beweisthema	363
(iii)	Fabio Bau GmbH	354	B.4.4.2	Beweismittel	363
(iv)	GBV	354	B.4.4.2.1	Urkunden	363
(v)	Impraisa da fabrica Margadant	354	B.4.4.2.2	Auskünfte von Parteien	363
(vi)	Koch AG Ramosch	355	B.4.4.2.3	Zeugnis und Auskünfte von Dritt- personen	364
			B.4.4.3	Beweiswürdigung	364
			B.4.4.3.1	Im Allgemeinen	364
			B.4.4.3.2	Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG und Zebblas Bau AG Samnaun	365
			B.4.4.3.3	Lazzarini AG	365
			B.4.4.3.4	Fabio Bau GmbH	366

B.4.4.3.5	Impraisa da fabrica Margadant	366	B.6.2.2	Beweismittel	400
B.4.4.3.6	Impraisa Mario GmbH	367	B.6.2.2.1	Urkunden	400
B.4.4.3.7	René Hohenegger Sarl	367	B.6.2.2.2	Auskünfte von Parteien	400
B.4.4.3.8	Koch AG Ramosch	367	B.6.2.2.3	Auskünfte von Dritten	401
B.4.4.3.9	GBV	368	B.6.2.3	Beweiswürdigung	401
B.4.4.4	Beweisergebnis	368	B.6.2.3.1	Konsens	401
B.4.5	Umsetzung und Auswirkungen	368	B.6.2.3.2	Verfolgter Zweck	402
B.4.5.1	Beweisthema	368	B.6.2.3.3	Umsetzung und Auswirkungen	402
B.4.5.2	Beweismittel	368	B.6.2.4	Beweisergebnis	402
B.4.5.2.1	Urkunden	368	B.6.3 [...], Zernez (2009)		402
B.4.5.2.2	Auskünfte von Parteien	368	B.6.3.1	Beweisthema	402
B.4.5.3	Beweiswürdigung	369	B.6.3.2	Beweismittel	402
B.4.5.4	Beweisergebnis	371	B.6.3.2.1	Urkunden	402
B.4.6	Zwischenfazit	371	B.6.3.2.2	Auskünfte von Parteien	402
B.5	Zusammenarbeit zwischen der Foff Conrad AG, der Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG (bis 2012)	371	B.6.3.2.3	Auskünfte von Dritten	403
B.5.1	Beweisthema	371	B.6.3.3	Beweiswürdigung	403
B.5.2	Beweismittel	371	B.6.3.4	Beweisergebnis	403
B.5.2.1	Urkunden	371	B.6.4 [...] (2009)		403
B.5.2.2	Auskünfte von Parteien	375	B.6.4.1	Beweisthema	403
B.5.2.2.1	Lazzarini AG	375	B.6.4.2	Beweismittel	404
B.5.2.2.2	Foffa Conrad AG	377	B.6.4.2.1	Urkunden	404
B.5.2.2.3	Bezzola Denoth AG	379	B.6.4.2.2	Auskünfte von Parteien	405
B.5.2.3	Zeugnis und Auskünfte von Dritt- personen	380	(i) René Hohenegger Sarl		405
B.5.2.3.1	K._____	380	(ii) Foffa Conrad AG		406
B.5.2.3.2	Auskunft des Architekturbüros Y._____	381	B.6.4.2.3	Auskünfte von Dritten	406
B.5.3	Beweiswürdigung	382	B.6.4.3	Beweiswürdigung	406
B.5.3.1	Konsens und Inhalt	382	B.6.4.3.1	Konsens	406
B.5.3.1.1	Gemeinsame Jahresstartsitzungen	382	B.6.4.3.2	Verfolgter Zweck	406
B.5.3.1.2	Arbeitsgemeinschaften	385	B.6.4.3.3	Umsetzung und Auswirkungen	406
B.5.3.1.3	Koordination der Angebotspreise bei einzelnen Bauprojekten	387	B.6.4.4	Beweisergebnis	406
B.5.3.1.4	Gesamtwürdigung	393	B.6.5 [...], Scuol (2010)		407
B.5.3.2	Verfolgter Zweck	394	B.6.5.1	Beweisthema	407
B.5.3.3	Dauer	395	B.6.5.2	Beweismittel	407
B.5.3.4	Umsetzung und Auswirkungen	395	B.6.5.2.1	Urkunden	407
B.5.4	Beweisergebnis	399	B.6.5.2.2	Auskünfte von Parteien	409
B.6	Zusammenarbeit bei einzelnen Bau- projekten (bis 2012)	399	(i) Bezzola Denoth AG		409
B.6.1	Übersicht	399	(ii) Fabio Bau GmbH		409
B.6.2 [...], Zernez (2009)		400	B.6.5.3	Beweiswürdigung	409
B.6.2.1	Beweisthema	400	B.6.5.4	Konsens	409
			B.6.5.5	Verfolgter Zweck	410
			B.6.5.6	Umsetzung und Auswirkungen	410
			B.6.5.7	Beweisergebnis	410

B.6.6 [...], Zerne (2010)	410	B.6.10 [...], Scuol (2011)	421
B.6.6.1 Beweisthema	410	B.6.10.1 Beweisthema	421
B.6.6.2 Beweismittel	410	B.6.10.2 Beweismittel	421
B.6.6.2.1 Urkunden	410	B.6.10.2.1 Urkunden	421
B.6.6.2.2 Auskünfte von Parteien	411	B.6.10.2.2 Auskünfte von Parteien	422
B.6.6.2.3 Auskünfte von Dritten	411	B.6.10.2.3 Auskünfte von Dritten	422
B.6.6.3 Beweiswürdigung	411	B.6.10.3 Beweiswürdigung	423
B.6.6.3.1 Konsens	411	B.6.10.3.1 Konsens	423
B.6.6.3.2 Verfolgter Zweck	412	B.6.10.3.2 Verfolgter Zweck	423
B.6.6.3.3 Umsetzung und Auswirkungen	412	B.6.10.3.3 Umsetzung und Auswirkungen	423
B.6.6.4 Beweisergebnis	412	B.6.10.4 Beweisergebnis	424
B.6.7 [...] (2010)	412	B.6.11 Waldweg Kurhaus, Val Sinestra (2011)	424
B.6.7.1 Beweisthema	412	B.6.11.1 Beweisthema	424
B.6.7.2 Beweismittel	412	B.6.11.2 Beweismittel	424
B.6.7.2.1 Urkunden	412	B.6.11.3 Urkunden	424
B.6.7.2.2 Auskünfte von Parteien	413	B.6.11.4 Auskünfte von Parteien	425
B.6.7.3 Beweiswürdigung	414	B.6.11.5 Beweiswürdigung	425
B.6.7.3.1 Konsens	414	B.6.11.5.1 Konsens	425
B.6.7.3.2 Verfolgter Zweck	414	B.6.11.5.2 Verfolgter Zweck	426
B.6.7.3.3 Umsetzung und Auswirkungen	414	B.6.11.5.3 Umsetzung und Auswirkungen	426
B.6.7.4 Beweisergebnis	414	B.6.11.6 Beweisergebnis	426
B.6.8 [...], Scuol (2011)	414	B.6.12 [...], Zerne (2012)	426
B.6.8.1 Beweisthema	415	B.6.12.1 Beweisthema	426
B.6.8.2 Beweismittel	415	B.6.12.2 Beweismittel	426
B.6.8.2.1 Urkunden	415	B.6.12.2.1 Urkunden	426
B.6.8.2.2 Auskünfte von Parteien	416	B.6.12.2.2 Auskünfte von Parteien	427
B.6.8.2.3 Auskünfte von Dritten	416	B.6.12.3 Beweiswürdigung	428
B.6.8.3 Beweiswürdigung	416	B.6.12.3.1 Konsens	428
B.6.8.3.1 Konsens	416	B.6.12.3.2 Verfolgter Zweck	428
B.6.8.3.2 Verfolgter Zweck	417	B.6.12.3.3 Umsetzung und Auswirkungen	429
B.6.8.3.3 Umsetzung und Auswirkungen	417	B.6.12.4 Beweisergebnis	429
B.6.8.4 Beweisergebnis	417	B.7 Zusammenarbeit zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG, der Lazzarini AG und der Alfred Laurent AG (bis 2008)	429
B.6.9 [...] (2011)	417	B.7.1 Beweismittel	429
B.6.9.1 Beweisthema	417	B.7.1.1 Urkunden	429
B.6.9.2 Beweismittel	417	B.7.1.1.1 Kooperationsvertrag	429
B.6.9.2.1 Urkunden	417	B.7.1.1.2 Kies- und Materialbezugsvertrag	430
B.6.9.2.2 Auskünfte von Parteien	419	B.7.1.1.3 Transportvertrag	431
B.6.9.3 Beweiswürdigung	420	B.7.1.1.4 Aktionärbindungsvertrag	431
B.6.9.3.1 Konsens	420	B.7.1.2 Auskünfte von Parteien	432
B.6.9.3.2 Verfolgter Zweck	421	B.7.1.2.1 Foffa Conrad AG und Bezzola Denoth AG	432
B.6.9.3.3 Umsetzung und Auswirkungen	421		
B.6.9.4 Beweisergebnis	421		

B.7.1.2.2	Alfred Laurent AG und Rusena-Beton SA	433	C.4.2	Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen (bis 2008)	442
B.7.1.2.3	Lazzarini AG	434	C.4.2.1	Wettbewerbsabrede	442
B.7.2	Beweiswürdigung	434	C.4.2.1.1	Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken	442
B.7.2.1	Inhalt der Vereinbarungen aus dem Jahr 1999 und Beteiligte	434	C.4.2.1.2	Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung	443
B.7.2.2	Verfolgter Zweck	435	C.4.2.1.3	Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen	444
B.7.2.3	Dauer	436	C.4.2.2	Qualifikation der vorliegenden Wettbewerbsabrede	444
B.7.2.4	Umsetzung und Auswirkungen	436	C.4.2.2.1	Qualifikation als Gesamtabrede	444
B.7.3	Beweisergebnis	437	C.4.2.2.2	Qualifikation als horizontale Preis- und Geschäftspartnerabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	444
B.8	Beteiligung der Betreiberinnen von Kies- und Betonwerken an kartellrechtlich relevanten Sachverhalten	437	C.4.2.3	Relevanter Markt	445
B.9	Fazit zum Sachverhalt	438	C.4.2.3.1	Marktgegenseite	445
B.9.1	Hoch- und Tiefbaubranche im Unterengadin	438	C.4.2.3.2	Sachlich relevanter Markt	446
B.9.2	Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen (bis 2008)	438	C.4.2.3.3	Räumlich relevanter Markt	446
B.9.3	Zusammenarbeit zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG (bis 2012)	439	C.4.2.3.4	Zeitlich relevanter Markt	447
B.9.4	Zusammenarbeit bei einzelnen Bauprojekten (bis 2012)	439	C.4.2.4	Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung	447
B.9.4.1	[...], Zernez (2009)	439	C.4.2.4.1	Aussenwettbewerb	447
B.9.4.2	[...], Zernez (2009)	439	(i)	Aktueller Wettbewerb	447
B.9.4.3	[...], Zernez (2009)	439	(ii)	Potenzieller Wettbewerb	448
B.9.4.4	[...], Scuol (2010)	439	C.4.2.4.2	Innenwettbewerb	448
B.9.4.5	[...], Zernez (2010)	439	C.4.2.4.3	Zwischenfazit	449
B.9.4.6	[...] (2010)	440	C.4.2.5	Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs	449
B.9.4.7	[...], Scuol (2011)	440	C.4.2.6	Rechtfertigung aus Effizienzgründen	449
B.9.4.8	[...] (2011)	440	C.4.2.7	Zwischenergebnis	449
B.9.4.9	[...], Scuol (2011)	440	C.4.3	Zusammenarbeit zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG (bis 2012)	450
B.9.4.10	Waldweg Kurhaus, Val Sinestra (2011)	440	C.4.3.1	Wettbewerbsabrede	450
B.9.4.11	[...], Zernez (2012)	440	C.4.3.2	Qualifikation der vorliegenden Wettbewerbsabrede	450
B.9.5	Zusammenarbeit zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG, der Lazzarini AG und der Alfred Laurent AG (bis 2008)	440	C.4.3.2.1	Qualifikation als Gesamtabrede	450
B.9.6	Beteiligung der Betreiberinnen von Kies- und Betonwerken an kartellrechtlich relevanten Sachverhalten	440	C.4.3.2.2	Qualifikation als horizontale Geschäftspartnerabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG)	451
C	Erwägungen	441	C.4.3.3	Relevanter Markt	451
C.1	Geltungsbereich	441	C.4.3.4	Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung	452
C.2	Vorbehaltene Vorschriften	441	C.4.3.4.1	Aussenwettbewerb	452
C.3	Beachtung der Verfahrensvorschriften	441	C.4.3.4.2	Innenwettbewerb	452
C.4	Unzulässige Wettbewerbsabreden	442	C.4.3.4.3	Zwischenfazit	452
C.4.1	Einleitung	442			

C.4.3.5	Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs	453	C.5.2.4.1	Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen (bis 2008)	469
C.4.3.6	Rechtfertigung aus Effizienzgründen	453	(i)	Basisbetrag	469
C.4.3.7	Zwischenergebnis	454	(ii)	Dauer des Verstosses	471
C.4.4	Zusammenarbeit bei einzelnen Bauprojekten bis 2012	454	(iii)	Erschwerende und mildernde Umstände	471
C.4.4.1	Wettbewerbsabreden	455	(iv)	Maximalsanktion	472
C.4.4.2	Qualifikation als horizontale Preis- und Geschäftspartnerabreden (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	455	(v)	Selbstanzeige	472
C.4.4.3	Relevanter Markt	456	(vi)	Verhältnismässigkeitsprüfung	475
C.4.4.4	Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs in sieben Fällen	456	(vii)	Ergebnis	475
C.4.4.5	Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs in vier Fällen	458	C.5.2.4.2	Zusammenarbeit zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG (bis 2012)	475
C.4.4.6	Rechtfertigung aus Effizienzgründen	458	(i)	Basisbetrag	476
C.4.4.7	Zwischenergebnis	459	(ii)	Dauer des Verstosses	477
C.4.5	Zusammenarbeit zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG, der Lazzarini AG und der Alfred Laurent AG	459	(iii)	Erschwerende und mildernde Umstände	477
C.4.5.1	Wettbewerbsabrede	459	(iv)	Maximalsanktion	477
C.4.5.2	Qualifikation der vorliegenden Wettbewerbsabrede	459	(v)	Selbstanzeige	478
C.4.5.3	Relevanter Markt	460	(vi)	Verhältnismässigkeit	481
C.4.5.4	Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs	460	(vii)	Ergebnis	481
C.4.5.5	Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs	460	C.5.2.4.3	[...], Zernez (2009)	481
C.4.5.6	Rechtfertigung aus Effizienzgründen	461	(i)	Basisbetrag	481
C.4.5.7	Zwischenergebnis	462	(ii)	Dauer des Verstosses	482
C.4.6	Zusammenfassende Übersicht der Wettbewerbsverstösse	462	(iii)	Erschwerende und mildernde Umstände	482
C.5	Massnahmen	464	(iv)	Maximalsanktion	482
C.5.1	Anordnung von Massnahmen	464	(v)	Selbstanzeige	482
C.5.2	Sanktionierung	465	(vi)	Verhältnismässigkeit	482
C.5.2.1	Allgemeines	465	(vii)	Ergebnis	482
C.5.2.2	Voraussetzungen	465	C.5.2.4.4	[...], Zernez (2009)	483
C.5.2.2.1	Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG	465	(i)	Basisbetrag	483
(i)	Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG	465	(ii)	Dauer des Verstosses	483
(ii)	Unternehmen	465	(iii)	Erschwerende und mildernde Umstände	483
C.5.2.2.2	Vorwerfbarkeit	466	(iv)	Maximalsanktion	483
C.5.2.2.3	Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht	466	(v)	Selbstanzeige	483
C.5.2.3	Zurechenbarkeit der Wettbewerbsverstösse	466	(vi)	Verhältnismässigkeit	484
C.5.2.4	Bemessung	469	(vii)	Ergebnis	484
			C.5.2.4.5	[...], Zernez (2009)	484
			(i)	Basisbetrag	484
			(ii)	Dauer des Verstosses	485
			(iii)	Erschwerende und mildernde Umstände	485
			(iv)	Maximalsanktion	485
			(v)	Selbstanzeige	485
			(vi)	Verhältnismässigkeit	486
			(vii)	Ergebnis	486

C.5.2.4.6	[...], Scuol (2010)	486	(iv)	Maximalsanktion	494
(i)	Basisbetrag	486	(v)	Selbstanzeige	494
(ii)	Dauer des Verstosses	487	(vi)	Verhältnismässigkeit	495
(iii)	Erschwerende und mildernde Umstände	487	(vii)	Ergebnis	495
(iv)	Maximalsanktion	487	C.5.2.4.12	Waldweg Kurhaus, Val Sinestra (2011)	495
(v)	Selbstanzeige	487	(i)	Basisbetrag	495
(vi)	Verhältnismässigkeit	487	(ii)	Dauer des Verstosses	496
(vii)	Ergebnis	487	(iii)	Erschwerende und mildernde Umstände	496
C.5.2.4.7	[...], Zernez (2010)	488	(iv)	Maximalsanktion	496
(i)	Basisbetrag	488	(v)	Selbstanzeige	496
(ii)	Dauer des Verstosses	489	(vi)	Verhältnismässigkeit	496
(iii)	Erschwerende und mildernde Umstände	489	(vii)	Ergebnis	496
(iv)	Maximalsanktion	489	C.5.2.4.13	[...], Zernez (2012)	497
(v)	Selbstanzeige	489	(i)	Basisbetrag	497
(vi)	Verhältnismässigkeit	489	(ii)	Dauer des Verstosses	497
(vii)	Ergebnis	489	(iii)	Erschwerende und mildernde Umstände	497
C.5.2.4.8	[...] (2010)	490	(iv)	Maximalsanktion	497
(i)	Basisbetrag	490	(v)	Selbstanzeige	497
(ii)	Dauer des Verstosses	490	(vi)	Verhältnismässigkeit	498
(iii)	Erschwerende und mildernde Umstände	490	(vii)	Ergebnis	498
(iv)	Selbstanzeige	490	C.5.2.4.14	Zusammenarbeit zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG, der Lazzarini AG und der Alfred Laurent AG	498
(v)	Ergebnis	491	(i)	Basisbetrag	498
C.5.2.4.9	[...], Scuol (2011)	491	(ii)	Dauer des Verstosses	499
(i)	Basisbetrag	491	(iii)	Erschwerende und mildernde Umstände	499
(ii)	Dauer des Verstosses	492	(iv)	Maximalsanktion	499
(iii)	Erschwerende und mildernde Umstände	492	(v)	Selbstanzeige	499
(iv)	Maximalsanktion	492	(vi)	Verhältnismässigkeit	501
(v)	Selbstanzeige	492	(vii)	Ergebnis	501
(vi)	Verhältnismässigkeit	492	C.5.2.5	Gesamtsanktion pro Unternehmen	502
(vii)	Ergebnis	492	C.5.2.5.1	Alfred Laurent AG	502
C.5.2.4.10	[...] (2011)	493	C.5.2.5.2	Foffa Conrad-Gruppe (Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG, Zebblas Bau AG Samnaun)	502
(i)	Basisbetrag	493	C.5.2.5.3	Koch AG Ramosch	503
(ii)	Dauer des Verstosses	493	C.5.2.5.4	Lazzarini AG	503
(iii)	Erschwerende und mildernde Umstände	493	C.5.2.5.5	René Hohenegger Sarl	503
(iv)	Maximalsanktion	493	C.5.2.6	Tragbarkeit der Gesamtsanktionen	504
(v)	Selbstanzeige	493	C.5.2.6.1	Grundlagen	504
(vi)	Verhältnismässigkeit	493	C.5.2.6.2	[...]	505
(vii)	Ergebnis	493	C.5.2.6.3	[...]	505
C.5.2.4.11	[...], Scuol (2011)	494	C.5.3	Beschlagnahmte Dokumente und gespiegelte elektronische Daten	505
(i)	Basisbetrag	494			
(ii)	Dauer des Verstosses	494			
(iii)	Erschwerende und mildernde Umstände	494			

D	Kosten	505
D.1	Gebührenpflicht	505
D.2	Höhe der Verfahrenskosten	506
D.3	Verlegung	507
D.4	Parteientschädigungen	509
E	Gesamtergebnis	510
F	Dispositiv	511

A Verfahren

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet die Frage, ob im Unterengadin tätige Bauunternehmen Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG¹ getroffen haben, indem sie bei Ausschreibungen von Hoch- und Tiefbauleistungen Vereinbarungen über den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise trafen. Untersuchungsgegenstand ist zudem, ob Kies- und Betonwerke solche Absprachen im Unterengadin begünstigt haben.

2. Die nachfolgende Übersicht zeigt, welche kartellrechtlich relevanten Themenbereiche im Einzelnen behandelt werden und an welcher Stelle die entsprechenden Ausführungen zum Sachverhalt und zum Rechtlichen zu finden sind.

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

Thema	Parteien	Zeitpunkt / Dauer	Sachverhalt	Erwägungen
Vorversammlungen	Bezzola Denoth AG, Fabio Bau GmbH, Foffa Conrad AG, GBV, Impraisa da fabrica Margadant, Impraisa Mario GmbH, Koch AG Ramosch, Lazzarini AG, René Hohenegger Sarl, Zebblas Bau AG Sam- naun	1997–2008	Rz 95 ff.	Rz 578 ff.
Zusammenarbeit Lazzarini AG, Foffa Conrad AG und Bezzola Denoth AG	Bezzola Denoth AG Foffa Conrad AG Lazzarini AG	2008–2012	Rz 250 ff.	Rz 634 ff.
„[...]“, Zernez	Foffa Conrad AG René Hohenegger Sarl	2009	Rz 310 ff.	Rz 667 ff.
„[...]“, Zernez	Foffa Conrad AG René Hohenegger Sarl	2009	Rz 325 ff.	Rz 667 ff.
„[...]“, Zernez	Foffa Conrad AG René Hohenegger Sarl	2009	Rz 338 ff.	Rz 667 ff.
„[...]“, Scuol	Bezzola Denoth AG Fabio Bau GmbH	2010	Rz 353 ff.	Rz 667 ff.
„[...]“, Zernez	Foffa Conrad AG René Hohenegger Sarl	2010	Rz 366 ff.	Rz 667 ff.
„[...]“	Bezzola Denoth AG Impraisa Mario GmbH	2010	Rz 381 ff.	Rz 667 ff.
„[...]“, Scuol	Bezzola Denoth AG Fabio Bau GmbH	2011	Rz 393 ff.	Rz 667 ff.
„[...]“, Tschlin	Bezzola Denoth AG Koch AG Ramosch	2011	Rz 410 ff.	Rz 667 ff.
„[...]“, Scuol	Bezzola Denoth AG Fabio Bau GmbH	2011	Rz 427 ff.	Rz 667 ff.
„Waldweg Kurhaus, Val Sinesträd“	Fabio Bau GmbH Koch AG Ramosch	2011	Rz 445 ff.	Rz 667 ff.
„[...]“, Zernez	Foffa Conrad AG René Hohenegger Sarl	2012	Rz 460 ff.	Rz 667 ff.
Zusammenarbeit zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG, der Lazzarini AG und der Alfred Laurent AG	Alfred Laurent AG Bezzola Denoth AG Foffa Conrad AG Lazzarini AG	1999–2008	Rz 477 ff.	Rz 695 ff.

Tabelle 1: Übersicht der Gegenstand der Untersuchung

A.2 Untersuchungsadressaten

3. Im Folgenden werden die Untersuchungsadressaten und deren Geschäftstätigkeit erörtert. Dabei werden diejenigen Gesellschaften zusammen behandelt, die konzernmässig verbunden sind.

A.2.1 Alfred Laurent AG und Rusena-Betun SA

4. Die Alfred Laurent AG mit Sitz in Valsot ist seit 1987 im Handelsregister eingetragen. Ihr Gesellschaftszweck

besteht darin, eine Tiefbauunternehmung und Kieswerke zu betreiben sowie Transporte auszuführen. Allerdings stellte sie ungefähr Ende 1999 – mit Ausnahme von einzelnen Projekten (vgl. auch Rz 528) – ihre Tätigkeit im Bereich Tiefbau ein². Sie verfügt über eine Zweigniederlassung in Susch. [...] der Alfred Laurent AG ist A._____.

² Act. II.3 (22-0458), Zeilen 72 ff.

5. Die Rusena-Beton SA mit Sitz in Valsot ist seit 1983 im Handelsregister eingetragen. Sie betreibt ein Betonwerk in Ramosch, auf dem gleichen Gelände, auf dem die Alfred Laurent AG ihre Betriebsstätten hat. Aktionärin der Rusena-Beton SA ist unter anderem die Alfred Laurent AG.³ [...] der Rusena-Beton SA ist B._____.

A.2.2 Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG und Zebblas Bau AG Samnaun

6. Die Bezzola Denoth AG mit Sitz in Scuol ist eine Tochtergesellschaft der Foffa Conrad AG und seit 2005 im Handelsregister eingetragen. Ihr Gesellschaftszweck besteht darin, Hoch- und Tiefbauten aller Art auszuführen sowie den Handel mit Baumaterialien zu betreiben. [...] der Bezzola Denoth AG ist C._____. [...] ist D._____, der zudem auch [...].

7. Die Foffa Conrad AG mit Sitz in Zernez wurde 1964 gegründet. Sie bezweckt die Übernahme und Ausführung von Hoch- und Tiefbauten aller Art sowie den Handel mit Baumaterialien. [...] der Foffa Conrad AG ist C._____. Sie beschäftigt in der Hochsaison über 130 Mitarbeitende.⁴ Die Gesellschaft hat Zweigniederlassungen in Scuol, Samnaun und Val Müstair.

8. Die Zebblas Bau AG Samnaun mit Sitz in Samnaun ist eine Tochtergesellschaft der Foffa Conrad AG und seit 1986 im Handelsregister eingetragen. Ihr Gesellschaftszweck besteht darin, eine Bauunternehmung zu betreiben. Ihre Tätigkeit umfasst die Ausführung von Hochbauprojekten im Raum Samnaun.⁵ [...] der Zebblas Bau AG Samnaun ist E._____. Operativ wird die Zebblas Bau AG Samnaun von Mitarbeitenden der Foffa Conrad AG geführt.⁶

A.2.3 Fabio Bau GmbH

9. Die Fabio Bau GmbH mit Sitz in Scuol wurde im Dezember 2007 gegründet.⁷ Ihr [...] war F._____. Dieser war zuvor bei der r._____ angestellt, die bis zu diesem Zeitpunkt ein Bauunternehmen in Sent betrieb.⁸ Die Fabio Bau GmbH übernahm im Zuge ihrer Gründung von der r._____ das gesamte Inventar, den Werkhof in Sent sowie das gesamte Personal.⁹ Die r._____ stellte nach der Gründung der Fabio Bau GmbH ihre Tätigkeit im Baubereich ein, ist aber weiterhin im Handelsregister eingetragen.¹⁰

10. Die Fabio Bau GmbH war bis 2012 hauptsächlich im Bereich Kundenarbeiten, Umbauten, Hochbauten und kleineren Projekten im Bereich Tiefbau tätig.¹¹ Sie beschäftigte rund 25 Mitarbeitende.¹² Per 1. Januar 2013 wurde die Fabio Bau GmbH in die Lazzarini AG integriert. Diese Integration erfolgte [...].¹³ Die Lazzarini AG übernahm von der Fabio Bau GmbH [...]¹⁴, [...]¹⁵ und [...].¹⁶ Seit der Integration in die Lazzarini AG übt die Fabio Bau GmbH keine Geschäftstätigkeit mehr aus¹⁷, ist aber weiterhin im Handelsregister eingetragen.

A.2.4 Graubündnerischer Baumeisterverband (GBV)

11. Der Graubündnerische Baumeisterverband ist ein Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB und hat seinen Sitz in Chur. Der statutarische Verbandszweck besteht darin, aktiv die überbetrieblichen Interessen der Mitglieder zu vertreten, so insbesondere in den Bereichen Arbeitgeberpolitik, Wirtschaftspolitik und Berufsbildungspolitik. Zudem soll der GBV für seine Mitglieder Aus- und Wei-

terbildungsleistungen und Dienstleistungen erbringen und sich mit bauwirtschaftlichen Entwicklungen befassen.¹⁸

12. Der GBV ist eine Sektion des Schweizerischen Baumeisterverbandes (SBV). Bis Ende 2015 wies der GBV seinerseits mehrere Sektionen auf, so die Sektion Unterengadin/Münstertal. Seit 1. Januar 2016 werden die Mitglieder den vier Regionen Südbünden, Mittelbünden, Surselva und Nordbünden zugeteilt, die aber keine Körperschaften darstellen.

13. Folgende Verfahrensparteien sind per Oktober 2017 Mitglieder des GBV: die Alfred Laurent AG, die Bezzola Denoth AG, die Foffa Conrad AG, die Impraisa da fabrica Margadant und die Lazzarini AG. Bevor sie ihre Tätigkeit im Bauhauptgewerbe einstellten, waren auch die Verfahrensparteien Fabio Bau GmbH, die Impraisa Mario GmbH sowie die René Hohenegger Sarl Verbandsmitglieder.

A.2.5 Impraisa da fabrica Margadant

14. Die Impraisa da fabrica Margadant ist eine im Jahr 1998 gegründete Einzelunternehmung mit Domizil in Susch. Ihr [...] ist G._____. Die Impraisa da fabrica Margadant beschäftigt fünf Mitarbeitende.¹⁹ Sie ist in den Bereichen Tiefbau, Hochbau, Verputzen und Gipsen tätig.²⁰

A.2.6 Impraisa Mario GmbH in Liquidation

15. Die Impraisa Mario GmbH wurde 2002 gegründet und ist in Ramosch domiziliert. Sie war in den Bereichen Transporte, Tiefbau und Hochbau tätig.²¹ Ihr [...] war H._____. Zu Beginn beschäftigte sie zwei Mitarbeitende, zuletzt 47.²² Am 30. September 2014 eröffnete der Konkursrichter des Bezirksgerichts Inn über die Impraisa Mario GmbH mit Wirkung ab dem 30. September 2014 den Konkurs.²³ Die Firma trägt seither den Zusatz „in Liquidation“.

³ Act. II.4 (22-0458), Zeile 88.

⁴ Vgl. <<http://foffa-conrad.ch/ueberuns.html>> (27.2.2017).

⁵ Act. VII.B.8 (22-0458), Zeile 586 f.

⁶ Act. VII.B.8 (22-0458), Zeile 590 f.

⁷ Act. II.2 (22-0458), Zeilen 69 ff.

⁸ Act. II.2 (22-0458), Zeile 59 f.

⁹ Act. II.2 (22-0458), Zeilen 82 f., 87 ff. und 120 f.

¹⁰ Act. II.2 (22-0458), Zeile 99–103.

¹¹ Act. IV.008, Zeilen 20 ff.

¹² Act. IV.008, Zeile 41.

¹³ Act. IX.B.19, Antwort auf Frage 1.

¹⁴ Act. IX.B.19, Antwort auf Frage 1 und Act. II.2 (22-0458), Zeilen 110–113; Act. II.13 (22-0458), Zeile 61.

¹⁵ Act. II.2 (22-0458), Zeilen 114–117.

¹⁶ Act. IX.B.19, Antwort auf Frage 1; Act. II.13 (22-0458), Zeile 61. [...].

¹⁷ Act. II.2 (22-0458), Zeile 72 f.

¹⁸ Vgl. Art. 2 der Statuten des GBV 2016, <www.gbv.ch/statuten> (2.11.2017).

¹⁹ Act. II.8 (22-0458), Zeile 42 f.

²⁰ Act. II.8 (22-0458), Zeile 47 f.

²¹ Act. II.12 (22-0458), Zeile 70 f.

²² Act. II.12 (22-0458), Zeile 74 f.

²³ Vgl. SHAB vom 6. 10.2014, Nr. 192.

A.2.7 Koch AG Ramosch und Uina SA

16. Die Koch AG Ramosch (vormals: Enstrada SA) ist seit 1991 im Handelsregister eingetragen. Sie ist eine Tochtergesellschaft der früheren s. _____ (heute: s. _____²⁴).²⁵ Von 2002 bis 2006 übte sie keine operative Geschäftstätigkeit aus. Seit 2007 betreibt die Koch AG Ramosch ein Tiefbau- und Transportunternehmen.²⁶ Gemäss ihrer Homepage [...] der Koch AG Ramosch ist E. _____ [...] ist I. _____²⁹, der die gleichen Aufgaben zuvor bei der früheren s. _____ wahrnahm.³⁰

17. Die Uina SA betreibt seit 2001 ein Kies- und Betonwerk in Sur En, Gemeinde Sent. Sie ist Teil der Koch-Gruppe. [...] der Uina SA ist E. _____.

A.2.8 Lazzarini AG

18. Die Lazzarini AG mit Sitz in Samedan wurde 1913 ursprünglich als Maurergeschäft gegründet.³¹ Sie ist in den Bereichen Immobilien und Hoch-, Tief-, Grosstief- sowie Holzbau tätig. Bis 2009 firmierte sie unter der Bezeichnung G. Lazzarini & Co. AG. Die Gesellschaft hat Zweigniederlassungen in Chur und in Scuol im Kanton Graubünden sowie in Buchs im Kanton St. Gallen.

19. Lazzarini AG integrierte per 1. Januar 2013 die Fabio Bau GmbH in ihr Unternehmen (dazu Rz 10 hiavor).

A.2.9 René Hohenegger Sarl

20. Die René Hohenegger Sarl mit Sitz in Zernez ist seit 1999 im Handelsregister eingetragen. Sie bezweckt die Ausführung sämtlicher Hoch- und Tiefbauarbeiten sowie den Handel und die Montage von Türen und Fenster. Laut ihrer Website liegt der Schwerpunkt ihrer Tätigkeit nunmehr in der Lieferung, der Montage, dem Unterhalt und der Reparatur von Fenstern und Türen.³²

A.2.10 Sosa gera SA

21. Die Sosa gera SA mit Sitz in Zernez ist seit 1956 im Handelsregister eingetragen. Sie betreibt ein Kies- und Betonwerk in Zernez. Aktionärin der Sosa gera SA ist unter anderem die [...].³³ [...] der Sosa gera SA ist C. _____. Die Geschäftsführung nimmt J. _____ wahr.³⁴

A.3 Verfahrensgeschichte

A.3.1 Untersuchungseröffnung am 30. Oktober 2012 und Hausdurchsuchungen

22. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eröffnete am 30. Oktober 2012 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO gegen 19 im Unterengadin tätige Unternehmen der Baubranche die Untersuchung 22-0433: Bau Unterengadin nach Art. 27 ff. KG.³⁵

23. Dem Sekretariat lagen aufgrund einer Anzeige Anhaltspunkte für mutmassliche Wettbewerbsabreden in der Baubranche im Unterengadin vor, namentlich bezüglich der Märkte für Hoch-, Tief- und Strassenbau sowie Kies und Beton. Es bestand der Verdacht, dass sich im Unterengadin Vertreter verschiedener Bauunternehmen abgesprochen hatten, insbesondere um bei Ausschreibungen die Angebote bzw. Angebotssummen zu koordinieren und allenfalls die Bauprojekte bzw. Kunden aufzuteilen.

24. Vom 30. Oktober bis 1. November 2012 führte das Sekretariat bei insgesamt 13 Unternehmen Hausdurchsuchungen durch. Während der Hausdurchsuchungen wurden insgesamt zehn Parteieinvernahmen und Zeugeneinvernahmen durchgeführt.³⁶

A.3.2 Selbstanzeigen

A.3.2.1 Selbstanzeige der Lazzarini AG

25. Mit Fax-Bonusmeldung vom 1. November 2012 reichte die Lazzarini AG im vorliegenden Verfahren Selbstanzeige ein.³⁷ Sie ergänzte diese mit schriftlichen Eingaben vom 7. Dezember 2012³⁸, 17. Mai 2013³⁹, 19. Mai 2013⁴⁰, 16. Oktober 2015⁴¹ und 19. April 2016⁴².

26. Sodann erteilten folgende Personen der Lazzarini AG im Rahmen von mündlichen Ergänzungen der Selbstanzeige Sachverhaltsauskünfte:

- K. _____ (1. November 2012)⁴³
- L. _____ (19. August 2015)⁴⁴.

A.3.2.2 Selbstanzeige der Bezzola Denoth AG, der Foffa Conrad AG und der Zebblas Bau AG Samnaun

27. Mit Fax-Bonusmeldung vom 9. November 2012 reichten die Bezzola Denoth AG und die Foffa Conrad AG Selbstanzeige betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse in der Baubranche im Unterengadin ein.⁴⁵ Sie ergänzten ihre Selbstanzeige betreffend das Unterengadin mit Eingaben vom 12. November 2012⁴⁶, 29. November 2012⁴⁷, 1. Februar 2013⁴⁸, 3. Dezember 2015⁴⁹, 18. März 2016⁵⁰, 26. Mai 2016⁵¹ und 11. Juli 2017⁵².

²⁴ Die s. _____ fusionierte als übertragende Gesellschaft im Jahr 2016 mit der Resgia Koch AG.

²⁵ Act. III.37 (22-0458).

²⁶ Act. II.6. (22-0458), Zeilen 75–77.

²⁷ Act. II.6 (22-0458), Beilage 1.

²⁸ Act. II.6 (22-0458), Zeile 81.

²⁹ Act. III.37 (22-0458), Antwort auf Frage 1b.

³⁰ Act. II.5 (22-0458), Zeilen 60–63.

³¹ <<http://www.lazzarini.ch/Firmenportrait.9.0.html>> (27.3.2017).

³² <<http://www.rh-fensterbau.ch/de>> (28.3.2017).

³³ Act. IX.C.35, pag. 3.

³⁴ Act. IX.C.35, pag. 3.

³⁵ Vgl. SHAB vom 13.11.2012, Nr. 221 (Act. I.025) und Untersuchungseröffnungsschreiben an die Parteien vom 30.10.2012 und 5.11.2012 (Act. I.002–I.022).

³⁶ Vgl. Act. IV.002.

³⁷ Act. IX.B.1.

³⁸ Act. IX.B.7–IX.B.10.

³⁹ Act. IX.B.19.

⁴⁰ Act. IX.B.20.

⁴¹ Act. IX.B.28.

⁴² Act. VII.A.2 (22-0458).

⁴³ Act. IX.B.4.

⁴⁴ Act. IX.B.23.

⁴⁵ Act. IX.C.3.

⁴⁶ Act. IX.C.7.

⁴⁷ Act. IX.C.23.

⁴⁸ Act. IX.C.35.

⁴⁹ Act. VII.B.1 (22-0458).

⁵⁰ Act. VII.B.2 (22-0458).

⁵¹ Act. VII.B.9 (22-0458).

⁵² Act. VII.B.30 (22-0458).

28. Zudem gaben folgende Personen dem Sekretariat im Rahmen von mündlichen Ergänzungen der Selbstanzeige Auskunft zu mutmasslichen Wettbewerbsverstössen im Unterengadin:

- C._____, [...] der Foffa Conrad AG und der Bezzola Denoth AG (12. November 2012⁵³; 18. August 2015⁵⁴; 27. Oktober 2015⁵⁵; 23. und 27. Mai 2016⁵⁶, 9. Februar 2018⁵⁷);
- D._____, [...] der Bezzola Denoth AG und Foffa Conrad AG und [...] der Bezzola Denoth AG (18. August 2015⁵⁸; 26. Oktober 2015⁵⁹; 23. Mai 2016⁶⁰, 9. Februar 2018⁶¹);
- M._____, Bezzola Denoth AG (19. August 2015⁶²);
- N._____, Foffa Conrad AG (20. August 2015⁶³).

29. Mit Eingabe vom 18. März 2016 bestätigte die Zebblas Bau AG Samnaun, dass die Selbstanzeige der Foffa-Gruppe auch für sie gelte.⁶⁴ Die Foffa Conrad AG halte [...] % der Anteile an der Zebblas Bau AG Samnaun, so dass diese zur Unternehmensgruppe der Foffa Conrad AG zu zählen sei.

A.3.2.3 Selbstanzeige der René Hohenegger Sarl

30. Mit Fax-Bonusmeldung vom 21. März 2013 reichte die René Hohenegger Sarl Selbstanzeige bezüglich mutmasslicher Wettbewerbsverstösse im Unterengadin ein. Sie ergänzte diese am 21. März 2013⁶⁵, 22. Juli 2015⁶⁶ und 2. September 2015⁶⁷ mündlich zu Protokoll sowie mit schriftlichen Eingaben vom 24. Mai 2013⁶⁸, 27. Oktober 2013⁶⁹, 10. November 2013⁷⁰ und 7. September 2015⁷¹.

A.3.3 Ausdehnung der Untersuchung am 22. April 2013

31. Am 22. April 2013 dehnte das Sekretariat die Untersuchung 22-0433 Bauleistungen Graubünden (vormals: Bau Unterengadin) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO in örtlicher Hinsicht auf den gesamten Kanton Graubünden und in persönlicher Hinsicht auf sieben weitere Unternehmen aus.⁷² Zwischen dem 23. und 24. April 2013 führte das Sekretariat sechs weitere Hausdurchsuchungen durch.

A.3.4 Ausdehnung der Untersuchung und Verfahrenstrennung am 23. November 2015

32. Mit Schreiben vom 23. November 2015 dehnte das Sekretariat die Untersuchung 22 0433: Bauleistungen Graubünden im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO auf weitere Gesellschaften aus.⁷³ Mit Zwischenverfügung gleichen Datums trennte das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO die Untersuchung 22-0458: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I von der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden.⁷⁴ Das getrennte Verfahren 22-0458: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I wurde gegen folgende Verfahrensparteien weitergeführt: die Alfred Laurent AG, Valsot, die Bezzola Denoth AG, Scuol, [...], die Fabio Bau GmbH, Scuol, die Foffa Conrad AG, Zernez, der Graubündnerische Baumeisterverband (GBV), die Impraisa da fabrica Margadant, Zernez, die Impraisa Mario GmbH in Liquidation, Valsot, die Koch AG Ramosch, Valsot, die Lazzarini AG,

Samedan, [...], die René Hohenegger Sarl, Zernez, die Rusena-Betun SA, Valsot, die Sosa gera SA, Zernez, die Uina SA, Scuol, sowie die Zebblas Bau AG Samnaun, Samnaun.

A.3.5 Wesentliche Ermittlungshandlungen

33. Die Wettbewerbsbehörden ordneten in der vorliegenden Untersuchung rund 130 Ermittlungsmassnahmen an (Hausdurchsuchungen, Einvernahmen, Amtshilfefesuche, Auskunftsbegehren).

34. Im Einzelnen beruhten die Sachverhaltserhebungen unter anderem auf den anlässlich der durchgeführten Hausdurchsuchungen beschlagnahmten Dokumente sowie der eingegangenen Selbstanzeigen. Die Selbstanzeiger reichten im vorliegenden Verfahren insgesamt 31 Ergänzungen ihrer Selbstanzeigen ein, davon vierzehn in der Form von mündlichen Befragungen durch das Sekretariat.

35. Zudem führte das Sekretariat 23 Partei- und Zeugeneinvernahmen durch. So befragte es C._____ (Foffa Conrad AG, Bezzola Denoth AG und Zebblas Bau AG Samnaun)⁷⁵, O._____ (Alfred Laurent AG)⁷⁶, D._____ (Bezzola Denoth AG)⁷⁷, F._____ (Fabio Bau GmbH)⁷⁸, I._____ (Koch AG Ramosch)⁷⁹, P._____ (René Hohenegger Sarl)⁸⁰, Q._____ (GBV)⁸¹, R._____ (Alfred Laurent AG und Rusena-Betun SA)⁸², E._____ (Koch AG Ramosch und Uina SA)⁸³ sowie G._____ (Impraisa

⁵³ Act. IX.C.5.

⁵⁴ Act. IX.C.50.

⁵⁵ Act. IX.C.61.

⁵⁶ Act. VII.B.8 (22-0458).

⁵⁷ Act. VII.B.49 (22-0458).

⁵⁸ Act. IX.C.49.

⁵⁹ Act. IX.C.60.

⁶⁰ Act. VII.B.7 (22-0458).

⁶¹ Act. VII.B.49 (22-0458).

⁶² Act. IX.C.51.

⁶³ Act. IX.C.53.

⁶⁴ Act. VII.B.2 (22-0458).

⁶⁵ Act. IX.D.2.

⁶⁶ Act. IX.D.14.

⁶⁷ Act. IX.D.15.

⁶⁸ Act. IX.D.8.

⁶⁹ Act. IX.D.10.

⁷⁰ Act. IX.D.12.

⁷¹ Act. IX.D.16.

⁷² Vgl. SHAB vom 28.5.2013, Nr. 100 (Act. I.080); Act. I.059–I.067.

⁷³ Act. I.518 und Act. I.534.

⁷⁴ Act. I.502–I.545.

⁷⁵ Act. IV.002.

⁷⁶ Act. IV.006; Act. II.3 (22-0458).

⁷⁷ Act. IV.007.

⁷⁸ Act. IV.008; Act. II.2 (22-0458); Act. II.10 (22-0458).

⁷⁹ Act. IV.009; Act. II.5 (22-0458); Act. II.9 (22-0458).

⁸⁰ Act. IV.010.

⁸¹ Act. II.1 (22-0458).

⁸² Act. II.4.

⁸³ Act. II.6 (22-0458).

da fabrica Margadant)⁸⁴ – zum Teil mehrfach – im Rahmen von Parteieinvernahmen. S. _____⁸⁵, T. _____⁸⁶, U. _____⁸⁷, V. _____⁸⁸, K. _____⁸⁹ und W. _____⁹⁰ wurden als Zeugen einvernommen. Am 26. Februar 2018 führte die WEKO eine Parteieinvernahme mit X. _____, Lazzarini AG, durch.⁹¹

36. Weiter leisteten der Kanton Graubünden und diverse Unterengadiner Gemeinden auf Ersuchen des Sekretariats Amtshilfe, indem sie Informationen zu Ausschreibungen in der Baubranche einreichten.⁹²

37. Schliesslich richtete das Sekretariat rund 40 Auskunftsbefragen an Parteien und Dritte (u.a. Bauherren, Architekten und Ingenieure).

A.3.6 Gewährung der Akteneinsicht

38. Am 7. Juni 2016 stellte das Sekretariat den Verfahrensparteien die Verfahrensakten auf einem gesicherten Server der Bundesbehörden zur Einsicht bereit.⁹³

39. 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.⁹⁴

40. Die Einsicht in die Beilagen zu den Selbstanzeigen erfolgte am 30. März 2017 durch Versand der elektronischen Aktenverzeichnisse elektronisch.⁹⁵ In die eigentlichen Selbstanzeigen konnten die Verfahrensparteien ab Mai 2017 vor Ort in den Räumlichkeiten des Sekretariats einsehen.

41. Am 17. November 2017 stellte das Sekretariat den Verfahrensparteien die ergänzten Verfahrensakten auf einem gesicherten Server der Bundesbehörden erneut zur Einsicht bereit.⁹⁶

A.3.7 Einstellung des Verfahrens gegen die [...] und c. _____

42. Mit Schreiben vom 29. März 2017 unterbreitete das Sekretariat der [...] und c. _____ seinen Antrag, das Verfahren gegen sie einzustellen, zur Stellungnahme gemäss Art. 30 Abs. 2 KG und gab ihnen Gelegenheit, dazu schriftlich Stellung zu nehmen.⁹⁷ Die beiden Verfahrensparteien reichten keine Stellungnahme ein. Antragsgemäss entschied die Kammer für Teilverfügungen der WEKO mit Verfügung vom 10. Juli 2017, das Verfahren gegen die [...] und c. _____ ohne Folgen einzustellen.⁹⁸ Diese Teilverfügung erwuchs in Rechtskraft.

A.3.8 Antrag des Sekretariats an die WEKO (Art. 30 Abs. 1 KG)

43. Mit Schreiben vom 16. November 2017 stellte das Sekretariat den Parteien seinen Antrag an die WEKO zur Stellungnahme zu.⁹⁹ Darin beantragte es den Erlass des folgenden Dispositivs:

1. Der Alfred Laurent AG, Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG, Impraisa da fabrica Margadant, Koch AG Ramosch, Lazzarini AG, René Hohenegger Sarl und Zebblas Bau AG Samnaun wird untersagt:

- 1.1. Konkurrenten und Konkurrentinnen im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder

den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;

- 1.2. sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten und Konkurrentinnen vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Kundinnen 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. Wegen Beteiligung an gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabreden (vgl. die Übersicht in Abschnitt C.3.6) mit folgenden Beträgen nach Art. 49a Abs. 1 KG belastet werden:
 - 2.1. die Alfred Laurent AG mit einem Betrag von CHF [35'000-70'000].
 - 2.2. die Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG und Zebblas Bau AG Samnaun solidarisch mit einem Betrag von CHF [3-4 Mio.].
 - 2.3. die Koch AG Ramosch mit einem Betrag von CHF [200'000-300'000].
 - 2.4. die Lazzarini AG mit einem Betrag von CHF [2-3 Mio.].
 - 2.5. die René Hohenegger Sarl mit einem Betrag von CHF [45'000-75'000].
3. Das Verfahren gegen die Fabio Bau GmbH, den Graubündnerischen Baumeisterverband (GBV), die Impraisa Mario GmbH, die Rusena-Beton SA, die Sosa gera SA und die Uina SA wird eingestellt.
4. Die Verfahrenskosten betragen CHF [...] und werden folgendermassen auferlegt:
 - 4.1. Die Alfred Laurent AG trägt CHF [...].
 - 4.2. Die Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG und Zebblas Bau AG Samnaun tragen solidarisch CHF [...].
 - 4.3. Der Graubündnerische Baumeisterverband trägt CHF [...].
 - 4.4. Die Impraisa da fabrica Margadant trägt CHF [...].

⁸⁴ Act. II.8 (22-0458).

⁸⁵ Act. IV.003.

⁸⁶ Act. IV.004.

⁸⁷ Act. IV.011.

⁸⁸ Act. IV.012.

⁸⁹ Act. IV.023; Act. II.11 (22-0458).

⁹⁰ Act. II.7 (22-0458); Act. II.12 (22-0458).

⁹¹ Act. II.13 (22-0458).

⁹² Dazu Act. VI.001–Act. VI.131.

⁹³ Act. I.108 (22-0458).

⁹⁴ Act. I.117–Act. I.128 (22-0458).

⁹⁵ Act. I.243 (22-0458).

⁹⁶ Act. I.325 (22-0458).

⁹⁷ Act. V.1 (22-0458) und Act. V.2 (22-0458).

⁹⁸ Act. VI.1 (22-0458) und Act. VI.2 (22-0458).

⁹⁹ Act. V.3–V.14 (22-0458).

- 4.5. Die Impraisa Mario GmbH trägt CHF [...].
- 4.6. Die Koch AG Ramosch trägt CHF [...].
- 4.7. Die Lazzarini AG trägt CHF [...], davon CHF [...] solidarisch mit der Fabio Bau GmbH.
- 4.8. Die René Hohenegger Sarl trägt CHF [...].
- 4.9. Die übrigen Verfahrenskosten gehen zulasten der Staatskasse.

5. Nach Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung gegenüber allen Untersuchungsadressatinnen werden die beschlagnahmten Original-Papierdokumente der jeweils berechtigten Person zurückgegeben und werden die beim Sekretariat vorhandenen, kopierten resp. gespiegelten elektronischen Daten gelöscht.

6. Im Übrigen wird das Verfahren eingestellt.

A.3.9 Stellungnahmen der Parteien (Art. 30 Abs. 2 KG)

44. Die Parteien erhielten die Gelegenheit, zum Antrag des Sekretariats an die WEKO schriftlich Stellung zu nehmen (Art. 30 Abs. 2 KG). Im Folgenden werden die Rechtsbegehren der Parteien gemäss ihren Stellungnahmen wiedergegeben. Auf die einzelnen Vorbringen der Parteien wird – soweit geboten – an entsprechender Stelle in der Verfügung näher eingegangen.

A.3.9.1 Alfred Laurent AG und Rusena-Betun SA

45. In ihrer Stellungnahme vom 2. Februar 2018 zum Antrag des Sekretariats beantragte die Alfred Laurent AG, dass das Verfahren gegen sie einzustellen sei, dass sie keine unzulässige Wettbewerbsabrede getroffen habe.¹⁰⁰ Die Rusena-Betun SA verzichtete auf eine Stellungnahme.

A.3.9.2 Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG und Zebblas Bau AG Samnaun

46. Die Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG und Zebblas Bau AG Samnaun (Foffa Conrad-Gruppe) stellten mit ihrer Stellungnahme vom 14. Februar 2018 zum Antrag des Sekretariats¹⁰¹ folgende Rechtsbegehren:

1. Es sei die vom Sekretariat gemäss Ziffer 2.2 des Dispositivs beantragte Belastung der Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG und Zebblas Bau AG Samnaun auf ein angemessenes Mass zu reduzieren.
2. Es sei die Untersuchung zur Zusammenarbeit zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG, der Lazzarini AG und der Alfred Laurent AG ohne Folgen einzustellen.
3. Es sei die vom Sekretariat gemäss Ziffer 4.2 des Dispositivs (i.V.m. Rz 1031 des Verfügungsantrags) beantragte Auferlegung der Kosten gegenüber der Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG und Zebblas Bau AG Samnaun zumindest auf CHF 140'000 herabzusetzen.

A.3.9.3 Fabio Bau GmbH

47. In ihrer Stellungnahme vom 3. Januar 2018 zum Antrag des Sekretariats beantragte die Fabio Bau GmbH sinngemäss, dass das Verfahren gegen sie ohne Folgen einzustellen sei.¹⁰²

A.3.9.4 Graubündnerischer Baumeisterverband (GBV)

48. Der GBV stellte mit seiner Stellungnahme vom 19. Januar 2018 zum Antrag des Sekretariats¹⁰³ folgende Rechtsbegehren:

1. Auf die Erhebung von Verfahrenskosten gegenüber dem Graubündnerischen Baumeisterverband sei zu verzichten.
2. Eventuell sei der für den GBV beantragte Anteil der Verfahrenskosten in Höhe von CHF 30'000 erheblich zu reduzieren.
3. Unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge.

A.3.9.5 Impraisa da fabrica Margadant

49. Die Impraisa da fabrica Margadant stellte mit ihrer Stellungnahme vom 31. Januar 2018 zum Antrag des Sekretariats¹⁰⁴ folgende Rechtsbegehren:

1. Das Verfahren gegen die Impraisa da fabrica Margadant wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG sei einzustellen.
2. Von der Belastung der erwähnten Unternehmen mit Verfahrenskosten sei abzusehen.
3. Die Impraisa da fabrica Margadant sei für die ihr durch das vorliegende Verfahren entstandenen Kosten und Umtriebe angemessen aus der Staatskasse bzw. der Bundeskasse ausseramtlich zu entschädigen.

A.3.9.6 Impraisa Mario GmbH in Liquidation

50. Die Impraisa Mario GmbH in Liquidation verzichtete auf eine Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats.

A.3.9.7 Koch AG Ramosch und Uina SA

51. In ihrer Stellungnahme vom 7. Februar 2018 stellte die Koch AG Ramosch folgende Rechtsbegehren:

1. Der Antrag des Sekretariats auf den Erlass des Dispositives gemäss lit. F. des Antrages sei in Bezug auf die Koch AG Ramosch zurückzuweisen und das Verfahren sei gegen die Koch AG Ramosch einzustellen.
2. Eventualiter sei
 - 2.1. die für die Koch AG Ramosch gemäss Ziff. 2.3 des Dispositivs beantragte Belastung mit einem Betrag von CHF 250'668.00 auf einen tieferen Betrag (...) in Höhe von max. CHF 76'000.00 herabzusetzen.
 - 2.2. die der Koch AG Ramosch beantragte Belastung mit anteiligen Verfahrenskosten von CHF 30'000 [sei] auf einen Betrag von max. CHF 11'666.00 herabzusetzen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge gemäss Gesetz.

52. Die Uina SA verzichtete auf eine Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats.

¹⁰⁰ Act. V.33 (22-0458).

¹⁰¹ Act. V.38 (22-0458).

¹⁰² Act. V.28 (22-0458).

¹⁰³ Act. V.31 (22-0458).

¹⁰⁴ Act. V.32 (22-0458).

A.3.9.8 Lazzarini AG

53. Die Lazzarini AG stellte mit Stellungnahme vom 7. Februar 2018¹⁰⁵ folgende Rechtsbegehren:

1. Es sei die vom Sekretariat gemäss Verfügungsantrag Dispositiv – Ziff. 2.4 beantragte Belastung der Lazzarini AG angemessen zu reduzieren.
2. Es sei davon abzusehen, die Lazzarini AG mit Bussgeldbeträgen der Fabio Bau GmbH zu belasten.
3. Es sei von der vom Sekretariat gemäss Verfügungsantrag Dispositiv – Ziff. 3 beantragten Aufhebung des Verfahrens, soweit die Fabio Bau GmbH betreffend, abzusehen.

A.3.9.9 René Hohenegger Sarl

54. Die René Hohenegger Sarl verzichtete auf eine Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats.

A.3.9.10 Sosa gera SA

55. Die Sosa gera SA verzichtete mit Eingabe vom 1. Dezember 2017 auf eine Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats.¹⁰⁶

A.3.10 Anhörungen der Parteien und Entscheid der WEKO

56. Am 26. März 2018 führte die WEKO Anhörungen der Parteien nach Art. 30 Abs. 2 zweiter Satz KG durch.¹⁰⁷ Angehört wurden die Lazzarini AG, die Foffa Conrad-Gruppe, der GBV, die Koch AG Ramosch und die Alfred Laurent AG. Die übrigen Parteien verzichteten auf eine Anhörung. Sämtliche angehörten Parteien bestätigten ihre in den schriftlichen Stellungnahmen gestellten Rechtsbegehren.

57. Nach Beratung fällt die WEKO am 26. März 2018 den vorliegenden Entscheid.

B Sachverhalt

B.1 Übersicht

58. Die nachfolgenden Ausführungen zum Sachverhalt sind wie folgt aufgebaut. Zunächst werden in den Vorbemerkungen die Grundlagen der Beweisführung dargelegt (Rz 59 ff. hiernach). Anschliessend wird die Hoch- und Tiefbaubranche im Unterengadin beschrieben, insbesondere die dort tätigen Unternehmen sowie deren Marktanteile (Rz 62 ff. hiernach). Sodann wird – und hier liegt der Schwerpunkt der Ausführungen zum Sachverhalt – der kartellrechtlich relevante Sachverhalt im Einzelnen erörtert. Dabei werden folgende Sachverhaltskomplexe dargestellt:

- die Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin bis 2008 (Rz 95 ff. hiernach);
- die Zusammenarbeit zwischen der Bezzola Denoth AG, der Foffa Conrad AG und der Lazzarini AG bis 2012 (Rz 250 ff. hiernach);
- die Zusammenarbeit im Rahmen von Einzelprojekten ab 2008 (Rz 309 ff. hiernach);
- die Zusammenarbeit zwischen der Alfred Laurent AG, der Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG (Rz 477 ff. hiernach);

- die Beteiligung der Betreiberinnen von Kies- und Betonwerken an kartellrechtlich relevanten Sachverhalten (Rz 534 ff. hiernach).

B.2 Vorbemerkungen zum Beweis

59. Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)¹⁰⁸ anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Auch im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i. V. m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP¹⁰⁹).

60. 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.¹¹⁰ Bloss abstrakte und theoretische Zweifel sind nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann. Es muss sich um erhebliche und unüberwindliche Zweifel handeln, d.h. um solche, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen.¹¹¹ 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.¹¹²

61. Diesen Grundsätzen ist im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen zum Sachverhalt Rechnung zu tragen.

B.3 Hoch- und Tiefbaubranche im Unterengadin

62. Im Folgenden werden die Struktur und Verhältnisse der Hoch- und Tiefbaubranche im Unterengadin dargelegt. Dabei ist vorab darauf hinzuweisen, dass der Hochbau dasjenige Teilgebiet des Bauwesens umfasst, das sich mit der Planung und Errichtung von Bauwerken befasst, die mehrheitlich oberhalb der Geländelinie liegen (zum Beispiel Wohnhäuser). Bauwerke, die sich mehrheitlich unterhalb oder auf der Geländelinie befinden, werden dagegen typischerweise dem Tiefbau zugeordnet (zum Beispiel Kanalisationen, Tunnelbau, Erdbau).

¹⁰⁵ Act. V.35 (22-0458).

¹⁰⁶ Act. V.16 (22-0458).

¹⁰⁷ Act. V.21 (22-0458).

¹⁰⁸ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

¹⁰⁹ Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

¹¹⁰ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2 f., *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.2 f., *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; vgl. auch etwa Urteil des BGER 2A.500/2002 vom 24.3.2003, E. 3.5; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

¹¹¹ Vgl. z.B. BGE 124 IV 86, 87 f., E. 2a.

¹¹² 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.Hinw.

63. Im Einzelnen werden zunächst die geographischen Gegebenheiten des Unterengadins und Samnaun beschrieben (Rz 64 ff.). Anschliessend wird die Charakteristik der Hoch- und Tiefbaubranche im Unterengadin thematisiert (Rz 67 ff.). Dabei werden die Ausschreibungen der öffentlichen Hand ausgewertet sowie die Bedeutung des Preises als Zuschlagskriterium und die Bezugsmöglichkeiten von Baustoffen erörtert. Schliesslich werden die im Unterengadin tätigen Bauunternehmen (Rz 67 ff.) und deren Marktanteile (Rz 83 ff.) behandelt.

B.3.1 Unterengadin und Samnaun

64. Die für die vorliegende Untersuchung relevante Region entspricht dem Bezirk Inn des Kantons Graubünden (ohne das Münstertal). Es handelt sich hierbei um das Unterengadin inkl. Samnaun¹¹³. Im Einzelnen ist dies das Gebiet der (aktuellen) politischen Gemeinden Zernez, Scuol, Valsot und Samnaun.

65. Das Unterengadin liegt in einem über 60 Kilometer langen Abschnitt des Inntals, der ein beträchtliches Gefälle von 1610 m.ü.M. bis 1019 m.ü.M. aufweist. Im Südwesten schliesst das Unterengadin in Brail an das Oberengadin an, im Nordosten grenzt es an das österreichische Oberinntal. Das Unterengadin ist von teils über 3000 m hohen Bergen umgeben. Mit Davos ist es über den Flüelapass verbunden, mit dem Münstertal über den Ofenpass. An der Staatsgrenze nach Österreich zweigt links das abgelegene Samnauntal ab.

66. Die enge und teils wilde Talschaft des Unterengadins hat Auswirkungen auf die Strassenführung und die Fahrtdauer. Die Fahrt von Zernez nach Scuol beansprucht rund eine halbe Stunde bei einer Distanz von 26 Kilometer. Von Zernez nach Davos beträgt die Fahrtdauer über 40 Minuten bei einer Distanz von rund 33 Kilometer, von Scuol nach Davos rund eine Stunde bei einer Distanz von ca. 47 Kilometer. Um von Zernez über den Ofenpass ins Münstertal zu gelangen, werden rund 36 Minuten bei einer Distanz von 34 Kilometer benötigt. Wie an verschiedener Stelle zu zeigen sein wird, haben die geographischen Gegebenheiten Folgen für das wirtschaftliche Umfeld, in dem sich die Baubranche im Unterengadin bewegt.

B.3.2 Charakteristik der Hoch- und Tiefbaubranche im Unterengadin

B.3.2.1 Auswertung der Ausschreibungen der öffentlichen Hand

67. Um detaillierte Informationen zur Baubranche im Unterengadin zu erhalten, namentlich in Bezug auf Ausschreibungen der öffentlichen Hand, analysierte die Behörde die Offertöffnungsprotokolle des Kantons Graubünden und der Gemeinden im Untersuchungsgebiet (dazu Rz 68 ff. hiervor).¹¹⁴ Im Aktenstück III.38 (22-0458) ist die Gesamtheit dieser Offertöffnungsprotokolle in einem Datensatz zusammengefasst („Datensatz der Offertöffnungsprotokolle“; nachfolgend: „DOP“). Die im Folgenden aufgezeigten Ergebnisse beruhen auf der Auswertung dieses Datensatzes.

B.3.2.1.1 Eckwerte des Datensatzes der Offertöffnungsprotokolle (DOP)

68. Die nachfolgende Übersicht gibt die Eckwerte des DOP wieder. Konkret hat die Behörde die Offertöff-

nungsprotokolle von 235 Bauprojekten im Unterengadin (inkl. Samnaun), die in den Jahren 2004 bis 2012 zur Ausschreibung gelangten, ausgewertet. Bei den betreffenden Ausschreibungen reichten 57 Unternehmen insgesamt 849 Angebote ein. Das Bauvolumen der ausgeschriebenen Bauprojekte beläuft sich auf CHF 112 Mio. Von 235 Bauprojekten erhielten in 215 Fällen allein offerierende Unternehmen den Zuschlag. Das Volumen dieser 215 Projekte beträgt insgesamt CHF 76 Mio. In 20 Fällen obsiegte eine Arbeitsgemeinschaft. Die betreffenden Bauprojekte weisen ein Volumen von insgesamt CHF 36 Mio. auf. Daraus folgt, dass Arbeitsgemeinschaften in der Tendenz bei grösseren Bauprojekten gebildet worden sind. Das durchschnittliche Volumen der Bauprojekte, die Arbeitsgemeinschaften erhielten, beläuft sich auf CHF 1,8 Mio.¹¹⁵, während die Bauprojekte, bei denen ein allein offerierendes Unternehmen obsiegte, ein durchschnittliches Volumen von rund CHF 0,35 Mio. aufwiesen.¹¹⁶

¹¹³ Im Folgenden gilt Samnaun jeweils als miterfasst, wenn auf das „Unterengadin“ Bezug genommen wird.

¹¹⁴ Act. III.38 (22-0458).

¹¹⁵ Das Volumen erhaltener Zuschläge (CHF 36 Mio.) dividiert durch Anzahl der in Arbeitsgemeinschaften erhaltenen Zuschläge (20) entspricht einem Durchschnitt von CHF 1,8 Mio.

¹¹⁶ Das Volumen erhaltener Zuschläge (CHF 76 Mio.) dividiert durch Anzahl der Zuschläge an allein offerierende Unternehmen (215) entspricht einem Durchschnitt von CHF 0,35 Mio.

Was	DOP
Anzahl Ausschreibungen	235
Anzahl Offerten	849
Anzahl offerierende Unternehmen	57 ¹¹⁷
Total Submissionswert (in CHF Mio.)	112
Anzahl Zuschläge an allein offerierende Unternehmen	215
Volumen der Zuschläge an allein offerierende Unternehmen (in CHF Mio.)	76
Anzahl der Zuschläge an Arbeitsgemeinschaften	20
Volumen der Zuschläge an Arbeitsgemeinschaften (in CHF Mio.)	36

Tabelle 2: Allgemeine deskriptive Angaben gemäss DOP (2004–2012)

B.3.2.1.2 Submissionen pro Jahr und öffentliche Beschaffungsstelle

69. Um die Repräsentativität des DOP beurteilen zu können, sind zum einen die Submissionen der öffentlichen Beschaffungsstellen auf die Jahre 2004 bis 2012 aufzuschlüsseln (Rz 70 hiernach). Zum anderen sind die Submissionen den einzelnen öffentlichen Beschaffungsstellen zuzuordnen (Rz 71 hiernach).

70. Die nachfolgende Tabelle 3 gibt die Anzahl der Submissionen und deren Volumen pro Jahr wieder, die im DOP enthalten sind.¹¹⁸ Daraus ist ersichtlich, dass die Anzahl vergebener Bauprojekte pro Jahr zwischen 13 und 36 variiert, während das Gesamtvolumen der jeweils in einem Jahr vergebenen Bauprojekte ein Spektrum von CHF 2 Mio. bis CHF 22 Mio. aufweist. Die Anzahl und der Gesamtwert der in den Jahren 2004 und 2005 gemäss DOP vergebenen Projekte sind relativ tief. Es ist anzunehmen, dass der DOP in diesen Jahren weniger vollständig ist als in den nachfolgenden Jahren. Dies lässt sich allenfalls durch Gemeindefusionen und den bereits länger zurückliegenden Ausschreibungsverfahren erklären, was möglicherweise dazu führte, dass gewisse Vergabestellen betreffend diese Jahre nicht mehr alle Offertöffnungsprotokolle auffinden und einreichen konnten.

¹¹⁷ Bei 6 Offerten konnte die Firma nicht identifiziert werden und sind deshalb eventuell nicht einberechnet.

¹¹⁸ Das Volumen entspricht der Addition aller Eingabesummen derjenigen Offerten, die den Zuschlag erhielten.

Jahr	Anzahl	Anteil an Gesamtanzahl	Volumen in CHF Mio.	Anteil am Gesamtvolumen
2004	13	5,5%	1'949'071.75	1,7%
2005	19	8,1%	3'787'800.50	3,4%
2006	23	9,8%	7'283'736.70	6,5%
2007	16	6,8%	5'549'031.65	4,9%
2008	32	13,6%	19'663'880.80	17,5%
2009	27	11,5%	16'832'749.25	15,0%
2010	35	14,9%	19'018'175.76	17,0%
2011	34	14,5%	21'976'864.70	19,6%
2012	36	15,3%	16'097'533.00	14,4%
Total	235		112'158'844.11	

Tabelle 3: Anzahl Submissionen und Submissionsvolumen pro Jahr (DOP; 2004–2012)¹¹⁹

71. Die nachfolgende Tabelle 4 zeigt auf, wie viele Aufträge für Hoch- und Tiefbauleistungen die verschiedenen öffentlichen Beschaffungsstellen vergeben haben. Daraus ist ersichtlich, dass der Kanton Graubünden im Unterengadin die mit Abstand bedeutendste Beschaffungsstelle war. In den Jahren 2004 bis 2012 vergab er 68 Projekte (28,9 %), die einen Gesamtwert von über CHF 72 Mio. aufwiesen. Gemessen am Gesamtbauvolumen aller DOP-Projekte entspricht dies einem Anteil von 64,8 %. Das durchschnittliche Bauvolumen der vom Kanton Graubünden vergebenen Projekte beträgt CHF 1,07 Mio.¹²⁰ Die wichtigsten Gemeinden bildeten Scuol, Ramosch und Tschlin. Diese haben in den Jahren 2004 bis 2012 73 der DOP-Projekte mit einem Gesamtwert von insgesamt CHF 21,1 Mio. nachgefragt. Das ergibt einen anzahlmässigen Anteil von rund 31,1% und einen volumenmässigen Anteil von 18,8 % der anzahl- bzw. wertmässigen Gesamtnachfrage sämtlicher öffentlichen Beschaffungsstellen des Untersuchungsgebiets, welche im DOP (2004–2012) erfasst ist.

¹¹⁹ Lesebeispiel: Im Jahr 2004 wurden insgesamt 13 Ausschreibungen vergeben, was einem Anteil von 5,5 % an allen DOP-Projekten zwischen 2004 und 2012 entspricht. Das Submissionsvolumen betrug im Jahr 2004 ca. CHF 1,95 Mio. Dies entspricht einem Anteil von 1,7 % am Gesamtvolumen des DOP (2004–2012).

¹²⁰ Der Durchschnitt ergibt sich aus der Teilung von CHF 72,7 Mio. durch 68 (vgl. Tabelle 4, Zeile betreffend den Kanton).

Bauherr	Anzahl Submissionen	Anteil an Gesamtanzahl	Submissionsvolumen	Anteil am Gesamtvolumen
Ardez	12	5,1%	2'417'402.95	2,2%
Ftan	9	3,8%	1'559'816.30	1,4%
Guarda	7	3,0%	623'851.15	0,6%
Lavin	3	1,3%	530'920.35	0,5%
Ramosch	22	9,4%	5'935'479.65	5,3%
Samnaun	12	5,1%	3'665'685.65	3,3%
Scuol	28	11,9%	9'516'776.89	8,5%
Sent	16	6,8%	2'450'513.95	2,2%
Susch	3	1,3%	549'283.25	0,5%
Tarasp	13	5,5%	2'612'043.30	2,3%
Tschlin	23	9,8%	5'666'961.10	5,1%
Zernez	19	8,1%	3'931'955.70	3,5%
Kanton	68	28,9%	72'698'153.87	64,8%
Total	235		112'158'844.11	

Tabelle 4: Anzahl und Volumen ausgeschriebener Submissionen der öffentlichen Beschaffungsstellen (DOP; 2004–2012)¹²¹

B.3.2.1.3 Verteilung des Submissionsvolumens

72. Die Tabelle 5 gibt eine Übersicht der Verteilung des Submissionsvolumens der DOP-Projekte. Es zeigt sich, dass im analysierten Zeitraum die Zuschlagshöhe der öffentlich ausgeschriebenen Projekte im Durchschnitt ca. CHF 0,48 Mio. betrug, während der Median lediglich bei ca. CHF 0,22 Mio. lag. Dies bedeutet, dass der Submissionswert der Hälfte aller Projekte unter CHF 0,22 Mio. ist und somit der Auftragswert der meisten Ausschreibungen deutlich unter dem Durchschnitt liegt. Dies wird auch mit dem 75. Perzentil verdeutlicht: Nur ein Viertel der Projekte weisen einen Submissionswert *über* CHF 0,45 Mio. auf. Im Gegensatz dazu ist der Auftragswert bei einem Viertel der Projekte *kleiner* als CHF 0,09 Mio. (25. Perzentil).

73. Insgesamt zeigen diese Kennzahlen eine rechtsschiefe Verteilung des Submissionsvolumens. Das heisst, dass zwischen 2004 und 2012 eine geringe Anzahl an Projekten einen Grossteil des Marktvolumens der DOP ausmachten, resp., dass es wenige Projekte mit sehr hohem, aber viele Projekte mit relativ tiefem Submissionswert gab.

¹²¹ Lesebeispiel: Die Gemeinde Ardez hat gemäss dem DOP im Zeitraum von 2004 bis 2012 insgesamt 12 Projekte in einem Gesamtwert von rund CHF 2,42 Mio. nachgefragt. Das macht einen anzahlmässigen Anteil von rund 5,1 % und einen volumenmässigen Anteil von rund 2,2 % der anzahl- bzw. wertmässigen Gesamtnachfrage sämtlicher öffentlichen Beschaffungsstellen des Untersuchungsgebiets, welche im DOP (2004–2012) enthalten ist.

Statistik	DOP
Anzahl Submissionen	235
Minimum (in CHF Mio.)	0,02
Maximum (in CHF Mio.)	5,33
Summe (in CHF Mio.)	112,16
Mittelwert (in CHF Mio.)	0,48
Std.abweichung (in CHF Mio.)	0,75
5. Perzentil (in CHF Mio.)	0,03
25. Perzentil (in CHF Mio.)	0,09
Median (in CHF Mio.)	0,22
75. Perzentil (in CHF Mio.)	0,45
95. Perzentil (in CHF Mio.)	2,38

Tabelle 5: Empirische Verteilung der Submissionsvolumen in CHF Mio. (DOP; 2004–2012)

B.3.2.2 Bedeutung des Preises als Zuschlagskriterium

74. Als weiteres Merkmal der Baubranche im Unteren-gadin ist die Bedeutung des Preises als Zuschlagskriterium hervorzuheben. Die Parteien haben dazu folgende Angaben gemacht:

- Die Koch AG Ramosch schätzte, dass in 80 % der Fälle dasjenige Unternehmen mit dem tiefsten Angebot den Zuschlag erhalten habe. Der Preis sei das wichtigste Zuschlagskriterium gewesen. Als weitere bedeutende Kriterien nannte sie Termine und die Referenzen des offerierenden Unternehmens.¹²²
- Auch die Fabio Bau GmbH und die René Hohenegger Sarl bezeichneten den Preis als wichtigstes Zuschlagskriterium. Nach ihrer Schätzung habe in 90 % der Fälle dasjenige Unternehmen mit dem tiefsten Angebot in der Ausschreibung obsiegt.¹²³
- Die Foffa Conrad AG und Bezzola Denoth AG erachteten einen Unterschied zwischen den Bereichen Hoch- und Tiefbau. Im Bereich Tiefbau schätzten sie, dass in 90 % der Fälle dasjenige Unternehmen mit dem tiefsten Angebot den Zuschlag erhalten habe, im Bereich Hochbau in 80 % der Fälle. Dies gründe in den Angebotsrunden, die vor allem von privaten Bauherren durchgeführt worden seien.¹²⁴ Insgesamt bilde der Preis aber dennoch das wichtigste Zuschlagskriterium.

75. Aus diesen im Wesentlichen übereinstimmenden Angaben der Parteien ist zu schliessen, dass der Preis sowohl bei öffentlichen Ausschreibungen als auch bei Privatvergaben als wichtigstes Zuschlagskriterium zu werten ist. Diese herausragende Bedeutung des Preises bei Ausschreibungen führte dazu, dass sich in rund 80 % bis 90 % der Fälle dasjenige Unternehmen mit dem tiefsten Angebot durchsetzen konnte.

B.3.2.3 Bezugsmöglichkeiten von Baustoffen

76. Den Angaben der Parteien ist zu entnehmen, dass die Baustoffe inkl. Transport einen substanziellen Anteil am Endpreis für Hoch- und Tiefbauleistungen ausmachten. Konkret belief sich dieser Anteil auf rund 20–39 % im Bereich Tiefbau, im Bereich Hochbau auf unter 20 %.¹²⁵

77. Konkret standen den Unternehmen namentlich folgende Bezugsmöglichkeiten von Baustoffen offen: das Kieswerk der Alfred Laurent AG in Ramosch, das Betonwerk der Rusena-Beton SA in Ramosch, das Kies- und Betonwerk der Uina SA in Ramosch, das Kies- und Betonwerk der Sosa gera SA in Zernez sowie das Betonwerk Clis in Samnaun.

B.3.3 Bauunternehmen und deren Tätigkeitsgebiet

78. Die nachfolgende Übersicht zeigt, in welchen Regionen des Untersuchungsgebiets die Verfahrensparteien hauptsächlich tätig waren:

¹²² Act. III.31, Antwort auf Fragen 5 und 6.

¹²³ Act. III.26 und Act. III.32.

¹²⁴ Act. III.34.

¹²⁵ Act. III.34 (22-0458), Antworten auf Fragen 15 und 16. – Gewisse Parteien gaben höhere Baustoffanteile an; vgl. etwa Act. III.29 (22-0458), Antworten auf Fragen 21 und 22; Act. III.32 (22-0458), Antworten auf Fragen 21 und 22.

Unternehmen	Bereich	Tätigkeitsgebiet im Unterengadin/Samnaun
Alfred Laurent AG	Tiefbau	Scuol bis Tschlin, vereinzelt Zernez bis Tarasp
Bezzola Denoth AG	Hoch- und Tiefbau	Guarda bis Samnaun
Fabio Bau GmbH ¹²⁶	Hoch- und Tiefbau	Raum Sent (Schwergewicht), vereinzelt in der Region Scuol bis Ftan
Foffa Conrad AG	Hoch- und Tiefbau	Ganzes Unterengadin; Schwergewicht Raum Zernez und Region Susch bis Scuol
Impraisa da fabrica Margadant	Hoch- und Tiefbau	Sent bis Zernez/Brail ¹²⁷
Impraisa Mario GmbH	Hoch- und Tiefbau	Raum Unterengadin ¹²⁸
Koch AG Ramosch ¹²⁹	Tiefbau	Sent, Ramosch, Tschlin und Samnaun; vereinzelt in Ardez, Ftan und Tarasp
Lazzarini AG	Tiefbau (Schwergewicht), Hochbau	Ganzes Unterengadin
René Hohenegger Sarl	Hoch- und Tiefbau	Raum Zernez, z.T. in der Region von Susch bis Lavin
Zebblas Bau AG Samnaun	Hoch- und Tiefbau	Raum Samnaun

79. Weiter ist den Angaben der Parteien zu entnehmen, dass im Bereich *Tiefbau* folgende weiteren Unternehmen im Untersuchungsgebiet tätig waren: [...], [...], [...], [...], b._____, [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...], [...] und [...].

80. Im Bereich *Hochbau* waren gemäss den Angaben der Parteien folgende weiteren Unternehmen im Untersuchungsgebiet tätig: [...], [...], [...], [...], b._____, [...], [...], [...], [...] und [...].

81. Die Behörde hat das geographische Tätigkeitsgebiet der Untersuchungsadressaten anhand des Datensatzes der Offertöffnungsprotokolle (DOP; dazu Rz 67 hiervor) verifiziert. Die nachfolgende Tabelle 6 gibt die Anzahl Offerten wieder, die sie in den Jahren 2004 bis 2012 in den verschiedenen Gemeinden im Unterengadin für Submissionen der öffentlichen Hand eingereicht haben. In Klammern ist jeweils angegeben, bei wie vielen Bauprojekten sie hierbei den Zuschlag erhalten haben.

¹²⁶ Bis 2007 wurde das entsprechende Bauunternehmen von der r._____, Sent, getragen (dazu auch Rz 754).

¹²⁷ Act. II.8 (22-0458), Zeile 49 f.

¹²⁸ Act. II.12 (22-0458), Zeile 72 f.

¹²⁹ Bis 2006 wurde das entsprechende Bauunternehmen von s._____, getragen (dazu auch Rz 756).

Unternehmen	Zernez	Susch	Lavin	Guarda	Ardez	Ftan	Tarasp	Scuol	Sent	Ramosch	Tschlin	Samnaun	Kanton
Foffa Conrad AG	19 (11)	3 (0)	3 (3)	4 (1)	7 (3)	3 (1)	2 (1)	10 (1)	9 (0)	1 (0)	6 (0)	5 (0)	37 (13)
Bezzola Denoth AG			1 (0)	1 (0)	7 (0)	8 (2)	12 (4)	28 (22)	12 (1)	17 (1)	17 (1)	9 (4)	54 (23)
Zebblas Bau AG Samnaun												6 (4)	
Lazzarini AG	2 (0)	1 (0)			1 (0)	1 (0)	1 (0)	13 (1)	8 (1)	9 (0)	3 (0)	1 (0)	21 (5)
Koch AG Ramosch			1 (0)	1 (0)	5 (3)	4 (2)	6 (2)	1 (0)	10 (6)	16 (7)	20 (14)	8 (2)	9 (2)
Impraisa Mario GmbH	2 (0)			6 (2)	9 (0)	4 (1)	10 (5)	25 (2)	15 (2)	22 (8)	16 (3)	2 (0)	25 (5)
Fabio Bau GmbH				3 (0)	1 (0)	7 (1)	2 (0)	1 (1)	14 (5)	3 (0)	3 (0)	3 (0)	8 (0)
Alfred Laurent AG		1 (0)		1 (0)			2 (1)			4 (1)	2 (1)		
Impraisa da fabrica Margadant	2 (0)		2 (0)	3 (0)	1 (1)	1 (0)	1 (0)		2 (0)				9 (2)
René Hohenegger Sarl	14 (5)	1 (1)	1 (0)	1 (0)									

Tabelle 6: Analyse der geographischen Tätigkeit der Unternehmen (DOP; 2004-2012)¹³⁰

82. Die tabellarische Darstellung der geographischen Tätigkeit der Parteien hiervor bestätigt die Angaben der Parteien. Die grösseren Unternehmen Foffa Conrad AG, Bezzola Denoth AG und Lazzarini AG waren im ganzen Gebiet des Unterengadins tätig. Dagegen beschränkte sich die Geschäftstätigkeit der kleineren Unternehmen in räumlicher Hinsicht tendenziell auf ein beschränktes Gebiet im Umkreis ihres Werkhofs. Zum Beispiel war die René Hohenegger Sarl vorwiegend im Raum Zernez tätig, die Zebblas Bau AG Samnaun im Raum Samnaun und die Koch AG Ramosch hauptsächlich zwischen Guarda und Samnaun. Analoges lässt sich bei der Impraisa Mario GmbH und der Fabio Bau GmbH feststellen. Die Geschäftstätigkeit der Alfred Laurent AG und der Impraisa da fabrica Margadant fiel im Bereich öffentlicher Ausschreibungen gering aus.

B.3.4 Marktanteile

B.3.4.1 Angaben der Parteien

83. Die nachfolgenden beiden Tabellen 7 und 8 geben die Umsatzzahlen der Parteien in den Bereichen Hoch- und Tiefbau in den Jahren 2006 bis 2012 wieder. Die Werte stützen sich auf die Angaben der Parteien. Sodann ist jeweils der prozentuale Umsatzanteil festgehalten, den ein Unternehmen im Verhältnis zu den Umsätzen der übrigen Parteien erzielt hat. Diese Angabe erlaubt, das Gewicht der betreffenden Unternehmen im gegenseitigen Verhältnis sichtbar zu machen.

84. Nicht angegeben werden die Umsätze derjenigen Parteien, die nach Massgabe der nachfolgenden Ausführungen zur Sanktionierung (dazu Rz 729 ff.) nicht mit einer Busse zu belegen sind. Dies betrifft die Impraisa da fabrica Margadant, die Impraisa Mario GmbH, die Sosa gera SA, die Rusena-Betun SA und die Uina SA.

85. Im Einzelnen fliesst aus den Angaben in der Tabelle 7, dass die Foffa Conrad AG und die Bezzola Denoth AG im Bereich Tiefbau die umsatzstärksten Unternehmen waren. Auch die Lazzarini AG verfügte im Bereich Tiefbau – jedoch in geringerem Mass – über einen bedeutenden Marktanteil. Die Geschäftstätigkeit der Koch

AG Ramosch, Zebblas Bau AG Samnaun, Fabio Bau GmbH, René Hohenegger Sarl und Alfred Laurent AG war in diesem Bereich im Verhältnis zur Tätigkeit der Foffa Conrad AG, Bezzola Denoth AG und Lazzarini AG von untergeordneter Bedeutung.

86. Aus der Tabelle 8 ist ersichtlich, dass die Foffa Conrad AG und die Bezzola Denoth AG auch im Bereich Hochbau die umsatzstärksten Unternehmen waren. Die Zebblas Bau AG Samnaun, Fabio Bau GmbH und René Hohenegger Sarl erzielten in diesem Bereich nicht unbedeutende Umsätze, nämlich zusammen einen Anteil von 24 %. Dagegen war die Lazzarini AG im Bereich Hochbau mit einem Anteil von [0-20%] % offenbar nur geringfügig tätig. Keinen Umsatz im Hochbau erzielten die Koch AG Ramosch und die Alfred Laurent AG. Sie sind in diesem Bereich nicht aktiv.

¹³⁰ Lesebeispiel: Die Foffa Conrad AG reichte laut dem DOP 19 Offerten für die Gemeinde Zernez ein und erhielt dabei 11 Zuschläge; in Susch reichte sie 3 Offerten ein, erhielt aber keinen Zuschlag erhalten (DOP; 2004–2012).

	Koch AG Ramosch		Zebblas Bau AG Samnaun		Fabio Bau GmbH		René Hohenegger Sarl	
	Umsatz	%	Umsatz	%	Umsatz	%	Umsatz	%
2006		0%	[0-0,1 Mio.]	[0-20%]		0%	[0-0,2 Mio.]	[0-20%]
2007	[0-1 Mio.]	[0-20%]	[0-0,1 Mio.]	[0-20%]		0%	[0-0,2 Mio.]	[0-20%]
2008	[1-2 Mio.]	[0-20%]	[0,2-0,3 Mio.]	[0-20%]	[0,2-0,4 Mio.]	[0-20%]	[0-0,2 Mio.]	[0-20%]
2009	[1-2 Mio.]	[0-20%]	[0-0,1 Mio.]	[0-20%]	[0,4-0,6 Mio.]	[0-20%]	[0-0,2 Mio.]	[0-20%]
2010	[1-2 Mio.]	[0-20%]	[0,1-0,2 Mio.]	[0-20%]	[0-0,2 Mio.]	[0-20%]	[0-0,2 Mio.]	[0-20%]
2011	[1-2 Mio.]	[0-20%]	[0,1-0,2 Mio.]	[0-20%]	[0,2-0,4 Mio.]	[0-20%]	[0,2-0,4 Mio.]	[0-20%]
2012	[1-2 Mio.]	[0-20%]	[0,4-0,5 Mio.]	[0-20%]	[0-0,2 Mio.]	[0-20%]	[0,4-0,6 Mio.]	[0-20%]
Durchschnitt	[1-2 Mio.]	[0-20%]	[0,1-0,2 Mio.]	[0-20%]	[0,2-0,4 Mio.]	[0-20%]	[0-0,2 Mio.]	[0-20%]

	Alfred Laurent AG		Foffa Conrad AG		Bezzola Denoth AG		Lazzarini AG		Total
	Umsatz	%	Umsatz	%	Umsatz	%	Umsatz	%	
2006	[0,2-0,3 Mio.]	[0-20%]	[2-4 Mio.]	[20-40%]	[2-4 Mio.]	[40-60%]	[0,2-0,4]	[0-20%]	7'583'995.00
2007	[0,4-0,5 Mio.]	[0-20%]	[2-4 Mio.]	[20-40%]	[4-6 Mio.]	[40-60%]	-	0%	7'784'490.00
2008	[0,3-0,4 Mio.]	[0-20%]	[4-6 Mio.]	[20-40%]	[6-8 Mio.]	[20-40%]	[3-5 Mio.]	[20-40%]	18'768'630.36
2009	-	[0-20%]	[6-8 Mio.]	[20-40%]	[8-10 Mio.]	[20-40%]	[2-4 Mio.]	[0-20%]	21'798'655.53
2010	[0-0,1 Mio.]	[0-20%]	[6-8 Mio.]	[20-40%]	[8-10 Mio.]	[40-60%]	[2-4 Mio.]	[0-20%]	20'677'369.28
2011	[0-0,1 Mio.]	[0-20%]	[6-8 Mio.]	[20-40%]	[8-10 Mio.]	[40-60%]	[0-2 Mio.]	[0-20%]	20'303'234.25
2012	[0,1-0,2 Mio.]	[0-20%]	[8-10 Mio.]	[20-40%]	[8-10 Mio.]	[40-60%]	[2-4 Mio.]	[0-20%]	23'531'589.61
Durchschnitt	[0,1-0,2 Mio.]	[0-20%]	[4-6 Mio.]	[20-40%]	[6-8 Mio.]	[40-60%]	[2-4 Mio.]	[0-20%]	17'206'852.01

Tabelle 7: Umsätze der Parteien im Bereich Tiefbau

	Zebblas Bau AG Samnaun		Fabio Bau GmbH		René Hohenegger Sarl		Foffa Conrad AG		Bezzola Denoth AG		Lazzarini AG		Total
	Umsatz	%	Umsatz	%	Umsatz	%	Umsatz	%	Umsatz	%	Umsatz	%	
2006	[0-1 Mio.]	[0-20%]	-	0%	[1,4-1,6 Mio.]	[0-20%]	[4-6 Mio.]	[20-40%]	[4-6 Mio.]	[20-40%]	[2-4 Mio.]	[0-20%]	15'306'560.31
2007	[1-2 Mio.]	[0-20%]	-	0%	[1,2-1,4 Mio.]	[0-20%]	[6-8 Mio.]	[20-40%]	[6-8 Mio.]	[20-40%]	[0,4-0,5 Mio.]	[0-20%]	15'736'264.15
2008	[1-2 Mio.]	[0-20%]	[2-3 Mio.]	[0-20%]	[0,8-1,0 Mio.]	[0-20%]	[4-6 Mio.]	[20-40%]	[6-8 Mio.]	[40-60%]	[0,25-0,35 Mio.]	[0-20%]	17'328'215.64
2009	[2-3 Mio.]	[0-20%]	[2-3 Mio.]	[0-20%]	[0,4-0,6 Mio.]	[0-20%]	[8-10 Mio.]	[20-40%]	[8-10 Mio.]	[20-40%]	[0,5-0,7 Mio.]	[0-20%]	23'758'860.40
2010	[2-3 Mio.]	[0-20%]	[2-3 Mio.]	[0-20%]	[1,2-1,4 Mio.]	[0-20%]	[2-4 Mio.]	[0-20%]	[6-8 Mio.]	[40-60%]	[0,45-0,55 Mio.]	[0-20%]	17'212'500.00
2011	[1-2 Mio.]	[0-20%]	[2-3 Mio.]	[0-20%]	[0,8-1,0 Mio.]	[0-20%]	[2-4 Mio.]	[0-20%]	[8-10 Mio.]	[40-60%]	-	0%	17'425'000.00
2012	[1-2 Mio.]	[0-20%]	[2-3 Mio.]	[0-20%]	[0,6-0,8 Mio.]	[0-20%]	[2-4 Mio.]	[0-20%]	[8-10 Mio.]	[40-60%]	[2-3 Mio.]	[0-20%]	18'348'139.87
Durchschnitt	[1-2 Mio.]	[0-20%]	[2-3 Mio.]	[0-20%]	[1,0-1,2 Mio.]	[0-20%]	[4-6 Mio.]	[20-40%]	[6-8 Mio.]	[40-60%]	[0,9-1,4 Mio.]	[0-20%]	17'873'648.62

Tabelle 8: Umsätze der Parteien im Bereich Hochbau

B.3.4.2 Auswertung der Offertöffnungsprotokolle

87. Die Umsatzangaben der Parteien erachtet die Behörde als glaubhaft. Um deren Stichhaltigkeit besser beurteilen zu können, sind sie mit den Informationen abzugleichen, die sich aus der Analyse der Offertöffnungsprotokolle des Kantons Graubünden und der

Unterengadiner Gemeinden ergeben. Im Folgenden wird hierbei zwischen den Umsatzanteilen der Unternehmen bei sämtlichen 235 Projekten, die im Datensatz der Offertöffnungsprotokolle („DOP“; vgl. Rz 67 f. hiervon) enthalten sind (vgl. Tabelle 9), und den Umsatzanteilen

bei Projekten mit einem Volumen über CHF 500'000 differenziert (vgl. Tabelle 10).

B.3.4.2.1 Bei allen öffentlichen Submissionen gemäss DOP

88. Die nachfolgende Tabelle 9 gibt für jedes Unternehmen folgende Informationen wieder, die sich aus den 235 Offertöffnungsprotokollen der Jahre 2004 bis 2012

ergeben: die Anzahl Zuschläge, den Umsatz (in CHF) sowie den Umsatzanteil, der auf das betreffende Unternehmen fällt. Aufgelistet sind die Untersuchungsadressaten und solche Drittunternehmen, die im betreffenden Zeitraum bei den Ausschreibungen der öffentlichen Hand einen Umsatzanteil von mindestens 1 % erzielt haben.

Unternehmen	Anzahl Zuschläge ¹³¹	DOP-Umsatz (in CHF)	Umsatzanteil
Bezzola Denoth AG	58	45'262'024.69	40,4%
Foffa Conrad AG	34	25'083'010.80	22,4%
Koch AG Ramosch	38	8'774'465.95	7,8%
Lazzarini AG	7	7'244'785.35	6,5%
Impraisa Mario GmbH	28	5'459'551.05	4,9%
[...]	10	4'693'050.40	4,2%
[...]	1	3'421'965.61	3,1%
[...]	2	2'166'146.06	1,9%
Zebblas Bau AG Samnaun	4	1'259'950.15	1,1%
Drittunternehmen	7	972'336.05	0,9%
Fabio Bau GmbH	7	898'640.00	0,8%
René Hohenegger Sarl	6	616'757.40	0,5%
Impraisa da fabrica Margadant	3	416'778.00	0,4%
Alfred Laurent AG	3	279'646.30	0,2%
21 weitere Drittunternehmen	33	5'609'736.30	5,0%
Total Untersuchungsadressaten	170	95'295'609.69	85,0%
Total	241	112'158'844.11	

Tabelle 9: Analyse der Zuschläge pro Unternehmen (DOP, 2004–2012)¹³²

89. Daraus ist Folgendes ersichtlich:

- Die öffentlichen Beschaffungsstellen vergaben im Unterengadin in den Jahren 2004 bis 2012 Projekte an insgesamt 35 Unternehmen. Da im Datensatz der Offertöffnungsprotokolle (DOP)¹³³ 57 Unternehmen verzeichnet sind, ist anzunehmen, dass 22 Unternehmen zwar Offerten abgegeben haben, ohne aber jemals einen Zuschlag erhalten zu haben.

¹³¹ Es handelt sich hierbei um Beteiligungen an einer Zuschlagsofferte. Bei einzelnen Unternehmen entspricht die Anzahl Beteiligungen der Anzahl Offerten, die den Zuschlag erhalten haben. Bei den aggregierten Werten („21 weitere Drittunternehmen“; „Total Untersuchungsadressaten“) ist das nicht zwingend der Fall, da ARGE-Offerten hierbei mehrfach gezählt werden. Dies trifft nicht auf den Umsatz zu, da dieser jeweils mithilfe der Anzahl ARGE-Partner (Eingabesumme/Anzahl Partner) für jedes Unternehmen approximiert wurde.

¹³² Lesebeispiel: Die Bezzola Denoth AG hat laut dem DOP 58 Projekte erhalten und damit ungefähr einen Umsatz von CHF 45,3 Mio. erwirtschaftet. Dies entspricht 40,4 % des gesamten Umsatzes (DOP; 2004–2012).

¹³³ Act. III.38 (22-0458).

- Die Untersuchungsadressaten hielten bei Submissionen der öffentlichen Hand zusammen Marktanteile von 85 %. Mit Abstand am meisten Umsatz erzielten die Bezzola Denoth AG und die Foffa Conrad AG. Neben ihnen ist auch die Lazzarini AG den umsatzstärkeren Unternehmen zuzuordnen. Aus der Auswertung der Offertöffnungsprotokolle ist ersichtlich, dass die Lazzarini AG, die Bezzola Denoth AG und die Foffa Conrad AG bei öffentlichen Submissionen insgesamt einen Umsatzanteil von 69,3 % vereinten. In diesem Segment deckten sie somit über zwei Drittel der Nachfrage ab. Dies wird bei der Würdigung ihrer Zusammenarbeit zu berücksichtigen sein (dazu im Einzelnen Rz 634 ff. hiernach).
- Insgesamt haben 25 Drittunternehmen 53 Zuschläge erhalten. Dies entspricht einem umsatzmässigen Anteil an den öffentlichen Submissionen von ungefähr 15 %. Umsatzmässig fallen 9,2 % auf folgende Drittunternehmen: die [...], die [...] sowie das Unternehmen [...]. Die beiden letztgenannten Unternehmen konnten im fraglichen Zeitraum ein resp. zwei Grossprojekte im Unterengadin erringen (Umsatzanteil von 5 %), während die [...] bei 10 Submissionen den Zuschlag erhielt (Umsatzanteil von 4,2 %). Die restlichen Umsatzanteile von 5,9 % teilten sich 22 Unternehmen auf. Der durchschnittliche Umsatzanteil dieser Unternehmen belief sich auf 0,27 %. Ihre Tätigkeit bei öffentlichen Submissionen im Unterengadin ist daher als marginal zu bezeichnen. Die Projekte, bei denen sie sich durchsetzen konnten, waren kleinerer Natur.
- Zwischen den einzelnen Unternehmen bestehen beträchtliche Unterschiede bei den durchschnittlichen Offertsummen. Die durchschnittliche Offertsumme, die zum Zuschlag gereichte, betrug bei der Bezzola Denoth AG CHF 780'000, bei der Foffa Conrad AG CHF 740'000 und bei der Lazzarini AG gar CHF 1,04 Mio. Dagegen belief sich die durchschnittliche Offertsumme bei der Impraisa Mario GmbH auf CHF 200'000, bei der Koch AG Ramosch auf CHF 230'000, bei der Zebblas Bau AG Samnaun auf CHF 320'000, bei der Fabio Bau GmbH auf CHF 130'000, bei der René Hohenegger Sarl auf CHF 100'000, bei der Alfred Laurent AG auf CHF 90'000 und bei der Impraisa da fabrica Margadant auf CHF 140'000. Nach Massgabe der Grösse der öffentlichen Submissionen, welche die Untersuchungsadressaten errangen, sind somit zwei Gruppen von Unternehmen zu erkennen (dazu auch Rz 91 f. hiernach).

90. Bei den angegebenen Umsatzanteilen der Unternehmen ist sodann dem Umstand Rechnung zu tragen, dass ein Teil der Projekte in Arbeitsgemeinschaften ausgeführt worden ist. So resultierte der Umsatzanteil, der bei öffentlichen Submissionen auf die Bezzola Denoth AG und Foffa Conrad AG fällt, zu einem nicht unbedeutenden Teil aus Arbeitsgemeinschaften mit der Lazzarini AG. Aus solchen Arbeitsgemeinschaften mit der Lazzarini AG, bei denen die Bezzola Denoth AG die Federführung innehatte, wurde ein Umsatz von CHF 13,2 Mio. erzielt. Projekte, bei denen die Foffa Con-

rad AG die Federführung wahrnahm, generierten einen Umsatz von CHF 11,8 Mio. Die Lazzarini AG ihrerseits hatte nur bei einem ARGE-Projekt mit der Foffa Conrad AG bzw. Bezzola Denoth die Federführung inne. Dessen Volumen betrug CHF 2,8 Mio. Vor diesem Hintergrund erwirtschaftete die Lazzarini AG tatsächlich mehr Umsatz, als es die Angaben in der Tabelle 9 widerspiegeln, zumal ihre Anteile bei Arbeitsgemeinschaften, deren Federführung der Foffa Conrad AG oder Bezzola Denoth AG oblag, in den Angaben nicht enthalten sind. Allerdings ändern die Arbeitsgemeinschaften der Foffa Conrad AG bzw. Bezzola Denoth AG mit der Lazzarini AG an der Stellung dieser Unternehmen in der Baubranche im Unterengadin nichts. Zusammen vereinten sie bei öffentlichen Submissionen einen Umsatzanteil von 69,3 %, also mehr als zwei Drittel.

B.3.4.2.2 Bei öffentlichen Submissionen mit einem Bauvolumen über CHF 500'000

91. Wie gezeigt worden ist, bestanden zwischen den im Unterengadin tätigen Bauunternehmen beträchtliche Unterschiede bei den durchschnittlichen Offertsummen (vgl. Rz 89 hiervor). Um ein besseres Bild der Kräfteverhältnisse der Unternehmen zu erhalten, werden im Folgenden die Umsatzanteile bei grösseren öffentlichen Submissionen in den Jahren 2004 bis 2012 beleuchtet (vgl. Tabelle 9). Als Abgrenzungskriterium wird hierbei ein Projektvolumen von CHF 500'000 herangezogen. Ab dieser Schwelle müssen Projekte der öffentlichen Hand im offenen Vergabeverfahren ausgeschrieben werden. Die nachfolgenden Tabelle 10 gibt für jedes Unternehmen wiederum folgende Informationen wieder: die Anzahl Zuschläge, den Umsatz (in CHF) sowie den Umsatzanteil, der auf das betreffende Unternehmen fällt. Im Unterschied zur Tabelle 9 hiervor liegen den Angaben aber nur solche Projekte der öffentlichen Hand im Unterengadin zugrunde, deren Volumen den Betrag von CHF 500'000¹³⁴ übersteigt.

¹³⁴ Abgestellt wird dabei jeweils auf den Angebotspreis derjenigen Offerte, welcher der Zuschlag zugesprochen worden ist.

Unternehmen	Anzahl Zuschläge ¹³⁵	DOP-Umsatz (in CHF)	Umsatzanteil
Bezzola Denoth AG	25	37'384'353.45	48,2%
Foffa Conrad AG	14	21'519'486.63	27,7%
Lazzarini AG	3	6'022'698.35	7,8%
[...]	1	3'421'965.61	4,4%
[...]	2	3'345'720.15	4,3%
[...]	1	2'060'455.15	2,7%
Koch AG Ramosch	3	1'616'139.45	2,1%
[...]	1	886'303.00	1,1%
[...]	1	735'706.65	0,9%
Zebblas Bau AG Samnaun	1	598'207.00	0,8%
Total Untersuchungsadressaten	46	67'140'884.88	86,5%
Total	52	77'591'035.44	

Tabelle 10: Analyse der Zuschläge pro Unternehmen für Bauprojekte über CHF 500'000 (DOP, 2004–2012)¹³⁶

92. Daraus sind folgende Schlüsse zu ziehen:

- Die Anzahl Unternehmen, die sich bei öffentlichen Submissionen über CHF 500'000 durchgesetzt haben, fällt deutlich geringer aus. Während bei öffentlichen Submissionen im Unterengadin gesamthaft 35 Unternehmen Zuschläge erhalten haben (Rz 89 hiervor), waren es bei Projekten über CHF 500'000 bloss zehn Unternehmen.
- Die Untersuchungsadressen vereinten in diesem Segment einen Marktanteil von CHF 86,5 %. Dabei fällt der wesentliche Anteil auf die Foffa Conrad AG, Bezzola Denoth AG und Lazzarini AG. Gesamthaft generierten diese Unternehmen Umsatzanteile von CHF 83,7 %. Im internen Verhältnis sind die Angaben zu diesen Unternehmen allerdings wiederum aufgrund von gemeinsamen Arbeitsgemeinschaften zu relativieren (vgl. Rz 90 hiervor).
- In den Jahren 2004 bis 2012 erhielten folgende Drittunternehmen je einen Zuschlag für Projekte der öffentlichen Hand, die ein Bauvolumen von über CHF 500'000 aufwiesen: [...], [...], [...] sowie [...]. Bei zwei solchen Projekten konnte sich zudem [...] durchsetzen. Ihr Umsatzanteil betrug in diesem Segment 4,3 %.

93. Diese Sachverhaltsfeststellungen haben die Parteien in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats nicht bestritten. Einzig die Foffa Conrad-Gruppe machte geltend, dass die Auswertung der Offertöffnungsprotokolle nicht repräsentativ, sondern unvollständig und fehlerhaft sei.¹³⁷ Die angeblichen „Marktanteile“ hätten keine besondere Aussagekraft.¹³⁸ Nicht berücksichtigt worden seien der Hochbau und die Vergaben der Rhäti-

schen Bahn. Dazu ist Folgendes zu entgegnen: Es trifft zu, dass die Daten der Offertöffnungsprotokolle der öffentlichen Hand (DOP)¹³⁹ nicht sämtliche Ausschreibungen von Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin umfassen (dazu Rz 67 hiervor). Dies bedeutet aber nicht, dass die darauf basierenden Auswertungen nicht aussagekräftig sind. Die Behörde hat die Ergebnisse aus der Auswertung des DOP mit den Umsatzangaben der Parteien abgeglichen. Letztere beruhen nicht nur auf Projekten der öffentlichen Hand, sondern auch auf privaten Vergaben. Die Umsatzangaben der Parteien bestätigen die Kräfteverhältnisse der Unternehmen gemäss der Auswertung der Offertöffnungsprotokolle der öffentlichen Hand. Insbesondere geht auch aus diesen Umsatzangaben hervor, dass die Foffa Conrad-Gruppe im Unterengadin im fraglichen Zeitraum mit Abstand das umsatzstärkste Unternehmen war. Dies wird auch von ihr

¹³⁵ Es handelt sich hierbei um Beteiligungen an einer Zuschlagsofferte. Bei einzelnen Unternehmen entspricht die Anzahl Beteiligungen der Anzahl Offerten, die den Zuschlag erhalten haben. Bei den aggregierten Werten („Total Untersuchungsadressaten“) ist das nicht zwingend der Fall, da ARGE-Offerten hierbei mehrfach gezählt werden. Dies trifft nicht auf den Umsatz zu, da dieser jeweils mithilfe der Anzahl ARGE-Partner (Eingabesumme/Anzahl Partner) für jedes Unternehmen approximiert wurde.

¹³⁶ Lesebeispiel: Bezzola hat laut dem DOP 25 Projekte erhalten und damit ungefähr einen Umsatz von CHF 37,4 Mio. erwirtschaftet. Dies entspricht 48,2 % des gesamten Umsatzes, der für die Bauprojekte grösser als CHF 0,5 Mio. generiert wurde (DOP; 2004-2012).

¹³⁷ Act. V.38 (22-0458), Rz 33.

¹³⁸ Act. V.38 (22-0458), Rz 41.

¹³⁹ Act. III.38 (22-0458).

selber nicht bestritten.¹⁴⁰ Zudem führte sie in ihrer Stellungnahme vom 14. Februar 2018 aus, dass sie mehr als 50 % der Mitarbeitenden im gesamten Unterengadiner Baugewerbe beschäftigte. Dies ist ein weiterer Beleg ihrer Marktstärke.¹⁴¹

B.3.5 Zwischenfazit

94. Zusammenfassend können folgende Schlüsse gezogen werden:

- Das Unterengadin zeichnet sich durch eine enge und teils wilde Talschaft aus. Dies führt bei der Ausführung von Bauprojekten häufig zu langen Anfahrtswegen.
- Der Angebotspreis war im Untersuchungszeitraum in der Regel das entscheidende Kriterium, um den Zuschlag für Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin zu erhalten. Ebenso machten die Baustoffe inkl. Transport typischerweise einen substanziellen Teil des Offertpreises für Hoch- und Tiefbauprojekte im Unterengadin aus.
- Die Untersuchungsadressaten vereinten im Bereich der öffentlichen Submissionen (vgl. gemäss DOP) in den Jahren 2004 bis 2012 einen Marktanteil von insgesamt 85 %. Zwar waren zahlreiche weitere Bauunternehmen im Unterengadin tätig, viele aber nur in sehr beschränkten Mass. Von den restlichen 15 % des Marktvolumens im Bereich öffentlicher Ausschreibungen teilten sich beispielsweise 22 Unternehmen einen Marktanteil von 5,6 %. Diesen Gegebenheiten wird bei der Würdigung der Zusammenarbeit der Untersuchungsadressaten im Rahmen von Vorversammlungen Rechnung zu tragen sein (dazu im Einzelnen Rz 578 ff. hiernach).
- Die Untersuchungsadressaten lassen sich aufgrund ihrer Grösse in zwei Gruppen unterteilen. Die grösseren Unternehmen waren im gesamten Unterengadin tätig und in der Lage, auch Grossprojekte auszuführen. Dagegen beschränkte sich die Geschäftstätigkeit der kleineren Unternehmen tendenziell auf ein beschränktes Gebiet im Umkreis ihres Werkhofs.
- Die Foffa Conrad-Gruppe, bestehend aus der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG und der Zebblas Bau AG Samnaun, verfügte im Verhältnis zu den gesamthaft erzielten Umsätzen der übrigen Untersuchungsadressaten über einen Marktanteil von [65-85] % im Bereich Hochbau und von [65-85] % im Bereich Tiefbau. Damit war die Foffa Conrad-Gruppe mit Abstand das umsatzstärkste Unternehmen in den Bereichen Hoch- und Tiefbau im Unterengadin.
- Neben der Foffa Conrad-Gruppe ist auch die Lazzarini AG den grösseren Unternehmen zuzuordnen. Die Auswertung der Offertöffnungsprotokolle offenbart, dass die Lazzarini AG, die Bezzola Denoth AG und die Foffa Conrad AG bei öffentlichen Submissionen insgesamt einen Umsatzanteil von 69,3 % vereinten. In diesem Segment deckten sie somit über zwei Drittel der Nachfrage ab. Noch deutlicher war das Gewicht dieser Unternehmen

bei Bauprojekten der öffentlichen Hand, die einen Auftragswert von mehr als CHF 500'000 aufwiesen. In diesem Segment generierten sie einen Umsatzanteil von 83,7 %. Nur sechs andere Unternehmen erhielten in den Jahren 2004 bis 2012 Zuschläge von öffentlichen Beschaffungsstellen für Projekte dieser Grössenordnung. Diese Umstände werden bei der Würdigung der Zusammenarbeit zwischen der Lazzarini AG, der Foffa Conrad AG und der Bezzola Denoth AG zu berücksichtigen sein (dazu im Einzelnen Rz 634 ff. hiernach).

B.4 Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen (bis 2008)

95. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet unter anderem die Zusammenarbeit von Bauunternehmen im Rahmen von Vorversammlungen betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin. Dabei stellen sich folgende Sachverhaltsfragen:

- ob und ggf. ab wann ein tatsächlicher Konsens über eine solche Zusammenarbeit vorlag und was ggf. der Inhalt dieses Konsenses war (Rz 97 ff.);
- welche Unternehmen ggf. an dieser Zusammenarbeit beteiligt waren (Rz 151 ff.);
- was ggf. der verfolgte Zweck dieser Zusammenarbeit war (Rz 178 ff.);
- wie lange dieser allfällige Konsens bestand (Rz 187 ff.);
- ob sich die beteiligten Unternehmen ggf. entsprechend ihrem Konsens verhielten und welches ggf. die Auswirkungen ihres Verhaltens waren (Rz 225 ff.).

96. Im Folgenden wird bezüglich dieser Sachverhaltsfragen zunächst das genaue Beweisthema umschrieben. Weiter werden die in Bezug auf den vorgeworfenen Kartellrechtsverstoss vorhandenen Beweismittel dargestellt. Anschliessend wird anhand dieser Beweismittel die konkrete Beweislage hinsichtlich der genannten Sachverhaltsfragen gewürdigt, bevor schliesslich das Beweisergebnis festgehalten wird.

B.4.1 Konsens und Inhalt

B.4.1.1 Beweisthema

97. In tatsächlicher Hinsicht ist zu prüfen, ob und ggf. ab wann zwischen im Unterengadin tätigen Bauunternehmen übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen über die Zusammenarbeit anlässlich von Vorversammlungen betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin vorlagen (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Ist ein solcher Konsens zu bejahen, ist alsdann der Inhalt dieses Konsenses zu ermitteln.

¹⁴⁰ Vgl. etwa Act. V.38 (22-0458), Rz 40.

¹⁴¹ Act. V.38 (22-0458), Rz 48.

B.4.1.2 Beweismittel

98. Im Folgenden werden die Beweismittel genannt, auf die sich die Behörde bei der Würdigung der in diesem Abschnitt zu beurteilenden Sachverhaltsfragen stützt.

B.4.1.2.1 Urkunden

99. Der Behörde liegt ein Schreiben des GBV an C._____, Foffa Conrad AG, vom 23. März 2001 betreffend „Wettbewerbsreglement: Nichtteilnahme an einer Vorversammlung Objekt-Nr. 2001-00077 – Erneuerung Infrastruktur Etappe 1, Tschlin“¹⁴² vor. Darin wies der GBV die Foffa Conrad AG darauf hin, dass die Bezzola Denoth AG unter anderem mitgeteilt habe, dass die in der Vergangenheit an den Vorversammlungen tatsächlich behandelten Inhalte nicht den Bestimmungen des Wettbewerbsreglements des SBV entsprechen und im Widerspruch zum geltenden Kartellrecht stünden.

100. Weiter hat die Behörde 29 Einladungen zu Vorversammlungen in den Jahren 2002 bis 2008 beschlag-

nahmt.¹⁴³ Darin sind jeweils das thematisierte Bauprojekt sowie weitere Angaben zur betreffenden Submission wie die Art der Arbeit, der Bauherr, die Bauleitung und die Eingabefrist vermerkt. Weiter sind der genaue Sitzungszeitpunkt und der Sitzungsort angegeben. Als Sitzungsort ist fast immer die Bezzola Denoth AG in Scuol festgehalten. Auch ist in den Einladungen der jeweilige Sitzungsleiter angegeben. In der Regel war dies T._____, in ein paar Fällen auch C._____¹⁴⁴. In den Einladungen sind sodann die Bewerber aufgelistet. Diverse Einladungen zu Vorversammlungen enthalten zudem handschriftliche Zahlen neben den Bewerbern.¹⁴⁵

101. Exemplarisch werden an dieser Stelle die Einladung zur Vorversammlung vom 29. April 2008 betreffend [...] und zur Vorversammlung vom 1. Mai 2006 betreffend [...] abgebildet¹⁴⁶:

submission (174045) <http://www.infobau.ch/hs/proc/submission?SPa=print&submissionId=174045>

MR. 8112 S. 1/1

Submission (174045)

Ort: 7551 Etan
 Objekt: (##) [REDACTED]
 Eingabetermin: 30.04.2008
 Arbeit: Baumeisterarbeiten
 Bauherr: [REDACTED]
 Bauleitung: [REDACTED]
 Bereich: Hochbau
 Bausparte: Wohnungsbau
 Bewerber: 4
 Bemerkung: Einladung Sitzung
 Datum: Di., 29.04.08, 16.00 Uhr
 Ort: Bezzola Denoth AG, Scuol
 Sitzungsleiter: [REDACTED]

66V CHUR 081 2570009

Bewerber

Hohenegger René Sarl, Impraisa da fabrica, 7527 Brail	[REDACTED]	Sachbearbeiter	[REDACTED]	Telefon	[REDACTED]	Fax	[REDACTED]
Impraisa Mario GmbH, Bau- und Transportunternehmung, 7556 Ramosch	[REDACTED]		[REDACTED]	081 81 [REDACTED]	[REDACTED]	081 85 [REDACTED]	[REDACTED]
Fabio Bau GmbH, Bauunternehmung, 7554 Sent	[REDACTED]		[REDACTED]	081 81 [REDACTED]	[REDACTED]	081 86 [REDACTED]	[REDACTED]
Bezzola Denoth AG, Hoch- und Tiefbau, 7550 Scuol	[REDACTED]		[REDACTED]	081 81 [REDACTED]	[REDACTED]	081 86 [REDACTED]	[REDACTED]

24. APR. 2008 16:11

1 von 1

24.04.08 15:37

¹⁴² Act. III.C.025.

¹⁴³ Act. III.B.001; Act. III.B.002; Act. III.B.003; Act. III.C.010; Act. III.D.013; Act. III.D.018; Act. III.D.024; Act. III.D.025; Act. III.D.026; Act. III.D.027; Act. III.D.030; Act. III.D.031; Act. III.D.033; Act. III.D.034; Act. III.D.035; Act. III.D.036; Act. III.D.037; Act. III.D.038; Act. III.D.039; Act. III.D.040; Act. III.D.041; Act. III.D.046; Act. III.D.047; Act. III.D.048.

¹⁴⁴ Vgl. Act. III.D.048.

¹⁴⁵ Vgl. etwa Act. III.B.003; Act. III.D.024; Act. III.D.025; Act. III.D.026; Act. III.D.027; Act. III.D.030; Act. III.D.031; Act. III.D.033; Act. III.D.035; Act. III.D.037; Act. III.D.040.

¹⁴⁶ Act. III.B.003 und Act. III.D.033.

Chur, 28.04.06

EINLADUNG ZUR VORVERSAMMLUNG

ANGEBOT 2006-00895

Objekt: [REDACTED]
 Ort: [REDACTED] Eingabe: 02.05.06
 Arbeit: Baumeister Bauherr: [REDACTED]
 Bemerkung: Bauleitung: [REDACTED]

In obgenannter Submission laden wir Sie zur Vorbesprechung ein.

Ort: Bezzola Denoth AG, Scuol
 Datum: Montag, 1. Mai 2006, 10:00 Uhr
 Leiter: [REDACTED]
 Telefon: [REDACTED]

Bewerber	Ort	Telefon/Bemerkung	Sachbearbeiter
[REDACTED]	Zemez	081 85 [REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	Scuol	081 86 [REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	Ramosch	081 86 [REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	Scuol	081 86 [REDACTED]	[REDACTED]

102. Im Protokoll der Generalversammlung des GBV Sektion Unterengadin/Münstertal vom 13. März 2003 wird unter Traktandum 15 „Varia“ ausgeführt, dass C._____ S._____ für seinen Einsatz als Submissionsleiter danke. Sein Nachfolger werde T._____ sein.¹⁴⁷

103. Des Weiteren liegt der Behörde ein Reglement über die Entschädigung von Leistungen im Auftrage des Graubündnerischen Baumeisterverbandes, genehmigt am 23. Juni 2006, vor.¹⁴⁸ Für die Aufgabe des Submissionsleiters sind darin folgende Entschädigungen vorgesehen:

Einfache Submittentenversammlung	CHF	75.00
Doppelsitzung	CHF	105.00
Dreifachsitzung	CHF	140.00
Reisekosten pro km	CHF	0.60

104. Aus den Spesenabrechnungen des GBV für die Submissionsleiter und deren Stellvertreter¹⁴⁹ geht so dann hervor, dass der GBV T._____ im Jahr 2006 CHF 3'605.00, im Jahr 2007 CHF 1'605.00 und im Jahr 2008 CHF 550.00 Entschädigung entrichtete. In diesen Beträgen nicht inbegriffen sind die Spesen und Reisekosten. Aus der Spesenabrechnung des GBV betreffend das Jahr 2007 ist ersichtlich, dass C._____ eine Entschädigung von CHF 255.00 erhielt.¹⁵⁰

105. Weiter beschlagnahmte das Sekretariat anlässlich der Hausdurchsuchung bei T._____ dessen Agenda.¹⁵¹ Darin führte T._____ über seine Tätigkeit als Submissionsleiter im Auftrag des GBV in den Jahren 2003 bis 2008 Buch. Die Einträge, welche den GBV betrafen, sind in der Agenda blau markiert. Gewisse Einträge von

T._____ enthalten den Zusatz „SC“ oder „ZE“. T._____ vermerkte bei diesen Einträgen zudem jeweils Zusätze wie „1x“, „2x“, „3x“ oder „4x“.

106. Exemplarisch ist an dieser Stelle der Auszug der Agenda von T._____ betreffend den April 2006¹⁵² abzubilden:

¹⁴⁷ Act. III.B.018.

¹⁴⁸ Act. I.72 (22-0458).

¹⁴⁹ Act. I.72 (22-0458).

¹⁵⁰ Act. I.72 (22-0458).

¹⁵¹ Act. III.R.002, Act. III.R.003, Act. III.R.004, Act. III.R.005, Act. III.R.006 und Act. III.R.007.

¹⁵² Act. III.R.005.

2006 April Avril							Aprile April 2006							
07	08	09	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	
1 Sa	Sa											Sa	Sa	1
2 So	Di											Do	Su	2
3 Mo	Lu						14					Lu	Mo	3
4 Di	Ma											Ma	Tu	4
5 Mi	Me											Me	We	5
6 Do	Je											Gi	Th	6
7 Fr	Ve											Ve	Fr	7
8 Sa	Sa											Sa	Sa	8
9 So	Di											Do	Su	9
10 Mo	Lu											Lu	Mo	10
11 Di	Ma											Ma	Tu	11
12 Mi	Me											Me	We	12
13 Do	Je											Gi	Th	13
14 Fr	Ve											Ve	Fr	14
15 Sa	Sa											Sa	Sa	15
16 So	Di											Do	Su	16
17 Mo	Lu						16					Lu	Mo	17
18 Di	Ma											Ma	Tu	18
19 Mi	Me											Me	We	19
20 Do	Je											Gi	Th	20
21 Fr	Ve											Ve	Fr	21
22 Sa	Sa											Sa	Sa	22
23 So	Di											Do	Su	23
24 Mo	Lu											Lu	Mo	24
25 Di	Ma											Ma	Tu	25
26 Mi	Me													
27 Do	Je											Gi	Th	27
28 Fr	Ve											Ve	Fr	28
29 Sa	Sa											Sa	Sa	29
30 So	Di											Do	Su	30

107. Schliesslich ist in den Jahresberichten des Präsidenten des GBV Sektion Unterengadin/Münstertal – jeweils unter der Ziffer 2.1 – Folgendes zu Vorversammlungen festgehalten:

- Jahresbericht vom März 2005 betreffend das Jahr 2004¹⁵³:
„Bis Mitte Jahr mit Erfolg durchgeführt, im Sommer und Herbst keine mehr. (aus bekannten Gründen)“.
- Jahresbericht vom März 2006 betreffend das Jahr 2005¹⁵⁴:
„anfangs Jahr mit schwachem Erfolg durchgeführt, im Sommer und Herbst keine mehr“.
- Jahresbericht vom März 2008 betreffend das Jahr 2007¹⁵⁵:
„Im Münstertal regelmässig durchgeführt, sonst keine“.
- Jahresbericht vom März 2009 betreffend das Jahr 2008¹⁵⁶:

„Im Münstertal z.T. durchgeführt, sonst keine“.

B.4.1.2.2 Auskünfte von Parteien

(i) Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG und Zebias Bau AG Samnaun

108. Mit Faxschreiben vom 9. November 2012 zeigten die Bezzola Denoth AG und die Foffa Conrad AG ihre Beteiligung an einer mutmasslichen Wettbewerbsbeschränkung im Unterengadin an.¹⁵⁷

¹⁵³ Act. III.C.087.

¹⁵⁴ Act. III.C.088.

¹⁵⁵ Act. III.C.085.

¹⁵⁶ Act. III.C.089.

¹⁵⁷ Act. IX.C.3.

109. Am 31. Oktober 2012 gab C._____ im Rahmen einer Parteivernehmung folgende Aussagen zu Protokoll¹⁵⁸:

- Der Graubündnerische Baumeisterverband GBV habe einen sogenannten Berechnungsleiter gestellt. Die Bauunternehmen hätten sich mit dem Berechnungsleiter zu Sitzungen getroffen. An diesen Sitzungen habe man versucht, die Aufträge untereinander vernünftig zu verteilen. Es habe sogenannte Berechnungsverfahren gegeben. Dabei hätte jedes Unternehmen seine vorkalkulierte Eingabesumme dem Berechnungsleiter abgegeben. Anschliessend sei der Durchschnitt dieser Summen ermittelt worden. Gestützt darauf sei eine Rangliste der Bauunternehmen erstellt worden. Dasjenige Unternehmen sei auf dem ersten Rang platziert worden, das mit seiner Offerte am nächsten beim Mittelwert gewesen sei. Der Berechnungsleiter habe anschliessend den Bauunternehmen die Eingabesumme zugestellt, die sie hätten eingeben sollen.¹⁵⁹
- Die Funktion des Berechnungsleiters sei von T._____ und von S._____ ausgeübt worden. Dabei habe es sich um pensionierte Unternehmer gehandelt, die sich für diese Aufgabe zur Verfügung gestellt hätten.¹⁶⁰

110. Weiter sagte C._____ am 18. August 2015 Folgendes zum Thema Vorversammlungen aus¹⁶¹:

- Die Bauunternehmen, welche die Ausschreibungsunterlagen für ein Bauprojekt erhalten hätten, hätten dies dem GBV melden müssen. Der GBV habe daraufhin die Vorversammlungen organisatorisch begleitet und den Berechnungsleiter gestellt.¹⁶²
- Die Vorversammlungen hätten dazu gedient, sich über die Zuteilung und den Preis von Bauprojekten zu einigen.¹⁶³ Dabei habe man die Interessenlage der Bauunternehmen und die Beziehungen geklärt. Anschliessend habe man versucht, die Bauprojekte aufzuteilen und dass zu fairen Preisen angeboten worden sei.¹⁶⁴ Eine Einigung sei erzielt worden, wenn man die Ausschreibung einem Bauunternehmen habe zuteilen können. Die anderen Unternehmen hätten dann dasjenige Bauunternehmen „geschützt“, dem die Ausschreibung zugeteilt worden sei.¹⁶⁵
- Vorversammlungen habe man für alle Arten von Ausschreibungen durchgeführt, insbesondere sowohl für öffentliche als auch für private Ausschreibungen. Auch die Grösse des Projekts habe keine Rolle gespielt. An Vorversammlungen sei jeweils mindestens ein Bauprojekt besprochen worden. Es habe aber auch Vorversammlungen gegeben, an denen mehrere Projekte behandelt worden seien.¹⁶⁶
- An den Vorversammlungen sei es nicht immer zu einem Berechnungsverfahren gekommen. Ein Berechnungsverfahren sei an einer Vorversammlung erst dann durchgeführt worden, wenn man sich preislich nicht habe einigen können.¹⁶⁷

- Der Zweck der Vorversammlungen sei bis zum Schluss der gleiche gewesen. Die Bauunternehmen hätten versucht, sich über die Zuteilung und den Preis von Bauprojekten zu einigen. Sonst hätten die Bauunternehmen ja gar nicht zusammenkommen müssen.¹⁶⁸

111. Am 23. Mai 2016 bestätigte C._____ seine Aussage vom 18. August 2015, dass die Vorversammlungen dazu gedient hätten, sich über die Zuteilung und den Preis von Bauprojekten zu einigen.¹⁶⁹ Weiter räumte er ein, dass er zuweilen die Leitung von Vorversammlungen übernommen habe, wenn der vom GBV mandatierte Submissionsleiter nicht verfügbar gewesen sei. Er sei aber nie Submissionsleiter im eigentlichen Sinne gewesen.¹⁷⁰ Für die Leitung von Vorversammlungen sei er vom GBV entschädigt worden. Eine Entschädigung habe er aber nur erhalten, wenn die betreffende Vorversammlung tatsächlich durchgeführt worden sei. Es habe sich um einen Leistungsauftrag gehandelt. Wenn keine Vorversammlung stattgefunden habe, sei er nicht entschädigt worden.¹⁷¹

112. D._____, Bezzola Denoth AG, sagte am 18. August 2015 Folgendes zu Vorversammlungen aus:

- Bei Vorversammlungen habe es sich um projektspezifische Sitzungen gehandelt.¹⁷² Die Bauunternehmen seien verpflichtet gewesen, die einzugehenden Offerten dem GBV zu melden. Aufgrund dieser Meldungen habe der GBV anschliessend ggf. zu einer Vorversammlung eingeladen. Was die Kriterien für die Einberufung einer Vorversammlung gewesen seien, könne er nicht sagen. Diejenigen Bauunternehmen, welche sich für das entsprechende Projekt interessiert hätten, seien zusammengesessen.¹⁷³
- Er habe im Jahr 2007 und möglicherweise auch im Jahr 2008 ein paar Mal persönlich an Vorversammlungen teilgenommen.¹⁷⁴ Die Vorversammlungen seien von T._____ geleitet worden. Zunächst habe T._____ technische Fragen gestellt und abgeklärt, ob es Unklarheiten gebe. Anschliessend habe er die Vertreter der Bauunternehmen gefragt, ob es Interessen gebe. Weitere Funktionen habe T._____ seiner Auffassung nach nicht gehabt.¹⁷⁵ Bei der Klärung der Interessenlage seien auch die Kapazitäten der Unternehmen

¹⁵⁸ Act. IV.002.

¹⁵⁹ Act. IV.002, Zeilen 103 ff.

¹⁶⁰ Act. IV.002, Zeilen 128–130.

¹⁶¹ Act. IX.C.50.

¹⁶² Act. IX.C.50, Zeile 77–79.

¹⁶³ Act. IX.C.50, Zeile 215.

¹⁶⁴ Act. IX.C.50, Zeilen 56–59.

¹⁶⁵ Act. IX.C.50, Zeilen 152–154.

¹⁶⁶ Act. IX.C.50, Zeilen 138–149.

¹⁶⁷ Act. IX.C.50, Zeilen 215–217.

¹⁶⁸ Act. IX.C.50, Zeile 218 f. und Zeilen 280–282.

¹⁶⁹ Act. VII.B.8. (22-0458), Zeilen 127–132.

¹⁷⁰ Act. VII.B.8. (22-0458), Zeilen 70–75.

¹⁷¹ Act. VII.B.8. (22-0458), Zeilen 109–110.

¹⁷² Act. IX.C.49, Zeilen 109–116.

¹⁷³ Act. IX.C.49, Zeilen 120–124.

¹⁷⁴ Act. IX.C.49, Zeilen 188 und 195–198.

¹⁷⁵ Act. IX.C.49, Zeile 199–211.

betrachtet worden. Zumindest bei einem Teil der Projekte hätten sich die Bauunternehmen darüber geeinigt, wer mit „grossem“ oder mit „weniger grossem Interesse“ offeriere.¹⁷⁶ Es könne sein, dass die Vertreter der Bauunternehmen an Vorversammlungen im Einzelfall die Eingabesummen bekannt gegeben hätten.¹⁷⁷ Eigentliche Berechnungsverfahren hätten aber nicht mehr stattgefunden, seit er im Jahr 2007 bei der Bezzola Denoth AG begonnen habe.¹⁷⁸

113. Am 23. Mai 2016 gab D. _____ sodann zu Protokoll, dass es sicher Vorversammlungen zu Objekten gegeben habe, die dazu gedient hätten, sich über die Zuteilung und den Preis von Bauprojekten zu einigen. Die Aussage von C. _____ hierzu erachte er aber als zu absolut. In den Vorversammlungen ab 2007 sei der Preis je länger je weniger der Zweck der Vorversammlungen gewesen. Es habe auch andere Vorversammlungen gegeben, bei denen es darum gegangen sei, was überhaupt an Arbeit im Unterengadin vorhanden gewesen sei.¹⁷⁹

114. M. _____, Bezzola Denoth AG, gab am 19. August 2015 zu Protokoll, dass es bereits in den 80er-Jahren Vorversammlungen gegeben habe, als er als Kalkulator begonnen habe.¹⁸⁰ Die Vorversammlungen seien vom GBV organisiert worden. Die Unternehmen hätten sich beim GBV angemeldet, woraufhin dieser die Einladungen verschickt habe. Das Sekretariat des GBV habe den Sitzungsleiter organisiert und den Ort der Vorversammlungen festgelegt.¹⁸¹

115. An den Vorversammlungen hätten in der Regel die Geschäftsführer der Bauunternehmen teilgenommen, teilweise auch die Kalkulatoren. Er selber habe auch an Vorversammlungen teilgenommen, wenn der Geschäftsführer der Bezzola Denoth AG abwesend gewesen sei oder es sich um komplexe Projekte gehandelt habe.¹⁸² An den Vorversammlungen seien zunächst technische Aspekte thematisiert worden. Anschliessend sei besprochen worden, welche Unternehmen Interesse am betreffenden Bauprojekt gehabt hätten. Schliesslich habe man versucht, sich zu einigen, welches Unternehmen den Auftrag erhalten solle.¹⁸³ Wenn sich die teilnehmenden Bauunternehmen nicht hätten einigen können, sei jedes Unternehmen in seiner Eingabe frei gewesen. Andernfalls sei es zu einem „Berechnungsverfahren“ gekommen.¹⁸⁴ Dabei seien zwei unterschiedliche Methoden angewandt worden:

- Beim „offenen Berechnungsverfahren“ hätten die Vertreter der Unternehmen ihre Eingabesumme auf einen Zettel mit dem Namen des Unternehmens geschrieben und dem Berechnungsleiter abgegeben. Dieser habe aufgrund der mitgeteilten Eingabesummen eine Liste erstellt und diese vorgelesen. Bei der Liste habe es sich um eine Art Rangliste gehandelt. Man habe erfahren, auf welchem Platz man mit seiner Eingabesumme gestanden habe. Das sei der Marktpreis gewesen.¹⁸⁵
- Beim „verdeckten“ Berechnungsverfahren hätten die Vertreter der Unternehmen ebenfalls ihre kalkulierte Eingabesumme auf einem Zettel dem Berechnungsleiter abgegeben. Dieser habe die höchste und die niedrigste Summe gestrichen und aus den restlichen Eingabesummen den Mittel-

wert gebildet. Manchmal habe man um den Mittelwert „geklappt“. Dabei habe man die Reihenfolge der zwei am nächsten beim Mittelwert liegenden Unternehmen ausgetauscht. Dasjenige Unternehmen, das am nächsten unter dem Mittelwert gelegen habe, sei mit demjenigen Unternehmen ausgetauscht worden, das am nächsten über dem Mittelwert gelegen habe. Die Berechnung der Eingabesummen habe der Leiter vor Ort für sich gemacht. Anschliessend habe der Leiter den Unternehmen eine neu zugeteilte Eingabesumme auf dem gleichen Zettel mitgeteilt, den diese zuvor abgeben hätten. Die Unternehmen hätten nicht gewusst, auf welchem Platz sie sich befunden hätten. Sie hätten einfach diejenige Eingabesumme, die ihnen der Berechnungsleiter mitgeteilt habe, eingeben müssen. Der Berechnungsleiter habe protokolliert, welches Unternehmen welche Eingabesumme einzugeben gehabt habe. Es sei wohl auch kontrolliert worden, dass die Unternehmen anschliessend tatsächlich auch so eingegeben hätten.¹⁸⁶

116. Nach Aussage von M. _____ habe es Einstimmigkeit unter den Vertretern der Unternehmen gebraucht, dass an einer Vorversammlung eines dieser beiden Berechnungsverfahren durchgeführt worden sei. Wenn ein Unternehmensvertreter nicht einverstanden gewesen sei, habe er den Raum verlassen müssen. Die verbleibenden Unternehmensvertreter hätten die Situation anschliessend neu beurteilt und entschieden, ob die Vorversammlung fortgesetzt werde und ggf. dennoch ein Berechnungsverfahren durchgeführt werde.¹⁸⁷

(ii) Lazzarini AG

117. K. _____ sagte am 1. November 2012 für die Lazzarini AG aus, dass es scheinbar einmal Vorversammlungen gegeben habe. Er habe aber nie an einer Vorversammlung teilgenommen.¹⁸⁸

118. L. _____, Lazzarini AG, gab am 19. August 2015 zu Protokoll, dass er persönlich an rund fünf bis acht Vorversammlungen im Unterengadin teilgenommen habe.¹⁸⁹ Die Bauunternehmen hätten sich bei Ausschreibungen beim GBV für Vorversammlungen im Unterengadin anmelden können. Der GBV habe die Unternehmen anschliessend zu den Vorversammlungen eingeladen.¹⁹⁰ Die Vorversammlungen, an denen er teilgenommen habe, seien in der Regel von T. _____ geleitet worden, einmal habe S. _____ aus Zernez als Leiter fungiert. Die

¹⁷⁶ Act. IX.C.49, Zeilen 129–140.

¹⁷⁷ Act. IX.C.49, Zeile, 260 f.

¹⁷⁸ Act. IX.C.49, Zeile 248 f.

¹⁷⁹ Act. VII.B.7 (22-0458), Zeilen 85–96.

¹⁸⁰ Act. IX.C.51, Zeile 74 f.

¹⁸¹ Act. IX.C.51, Zeilen 249–252.

¹⁸² Act. IX.C.51, Zeilen 101–103.

¹⁸³ Act. IX.C.51, Zeilen 75–89.

¹⁸⁴ Act. IX.C.51, Zeilen 89–98.

¹⁸⁵ Act. IX.C.51, Zeilen 99–112.

¹⁸⁶ Act. IX.C.51, Zeilen 113–131.

¹⁸⁷ Act. IX.C.51, Zeilen 281–284.

¹⁸⁸ Act. IX.B.4, Zeilen 104–107.

¹⁸⁹ Act. IX.B.23, Zeilen 50–56.

¹⁹⁰ Act. IX.B.23, Zeilen 78–81.

Vorversammlungen hätten in den Büros der Bezzola Denoth AG stattgefunden.¹⁹¹ Er habe daran jeweils im Auftrag seines Vorgesetzten teilgenommen. Dabei habe er dem Sitzungsleiter des GBV einen Preis abgegeben. Dieser habe die Zahlen entgegengenommen und „etwas“ mit den Zahlen gemacht. Anschliessend habe dieser ihm wieder eine Zahl mitgeteilt. Verhandelt habe er nicht. Vielmehr habe seine Aufgabe darin bestanden, Zahlen zu „bringen“ und „abzuholen“.¹⁹² Die Zahl, die er vom Sitzungsleiter erhalten habe, habe er seinem Vorgesetzten gegeben. Was dann damit passiert sei, wisse er nicht.¹⁹³

119. In der Eingabe vom 16. Oktober 2015 führte die Lazzarini AG aus, dass K._____, seit 2006 [...], nie an einer projektspezifischen Vorversammlung von Unteregadiner Bauunternehmen teilgenommen habe. Er könne daher zu deren Ablauf und Inhalt keine Aussagen machen. Vom „Hörensagen“ wisse er aber, dass es im Engadin vor seiner Zeit solche Versammlungen gegeben habe. Dabei sollen unter Führung eines neutralen „Berechnungsleiters“ auch Preisabsprachen stattgefunden haben. L._____, hingegen habe als Bote einige Male an einer solchen Vorversammlung teilgenommen, verneine aber, dass dies unter der Verantwortung von K._____ geschehen sei. Zum genaueren Ablauf könne er hingegen keine Aussagen machen, habe er doch jeweils nur ein verdecktes Schreiben übergeben und eines wiederum entgegengenommen und seinem Vorgesetzten abgegeben.¹⁹⁴ Weiter legte die Lazzarini AG dar, dass anlässlich der Vorversammlungen ein Berechnungsleiter als neutrale Person unter den kalkulierten Offerten diejenige ausgewählt habe, welche den Zuschlag erhalten sollte. Wie genau dieser Preisbestimmungsmechanismus funktioniert habe, sei der Lazzarini AG nicht bekannt. Ebenfalls entziehe sich ihrer Kenntnis, wie sich die übrigen Unternehmungen verhalten und sichergestellt hätten, dass der Zuschlag an das vom Berechnungsleiter bestimmte Unternehmen erfolgt sei.¹⁹⁵ Weiter gab die Lazzarini AG an, dass davon auszugehen sei, dass sich die Vorversammlungen vornehmlich auf Projekte im Hoch- und Tiefbau bezogen hätten.¹⁹⁶

(iii) Fabio Bau GmbH

120. F._____ gab anlässlich der Parteieinvernahme der Fabio Bau GmbH vom 16. März 2016 an, dass er sich nicht erinnern könne, für die Fabio Bau GmbH an Vorversammlungen teilgenommen zu haben. Er habe aber früher für die r._____, Impraisa da fabrica zusammen mit dem damaligen Geschäftsführer bzw. Mitbesitzer an Vorversammlungen teilgenommen.¹⁹⁷ Auf die Fragen der Behörde zu Ablauf und Zweck der Vorversammlungen machte er keine Aussagen.¹⁹⁸

121. An der Einvernahme vom 27. März 2016 bestätigte F._____, dass er für die r._____, Impraisa da fabrica an Vorversammlungen teilgenommen habe. An diesen Vorversammlungen habe er T._____ gesehen. Ob dabei Berechnungsverfahren durchgeführt worden seien, könne er nicht mehr beantworten.¹⁹⁹ Weiter könne er sich nicht erinnern, für die Fabio Bau GmbH an Vorversammlungen teilgenommen zu haben.²⁰⁰ Zwar sei er hierzu vom GBV eingeladen worden. Ob er dem GBV mitgeteilt habe, dass er nicht an Vorversammlungen teilnehme, könne er nicht mehr beantworten. Auch erinnere er sich

nicht mehr, ob er jeweils T._____ mitgeteilt hätte, dass er daran nicht teilnehme.²⁰¹

(iv) GBV

122. Q._____, GBV, legte anlässlich der Parteieinvernahme vom 2. März 2016 dar, dass die Berechnungsleiter auf der Grundlage eines Mandatsverhältnisses für den GBV tätig gewesen. Sie seien keine Angestellte des GBV gewesen.²⁰² Als Berechnungsleiter seien namentlich T._____ und S._____ tätig gewesen.²⁰³ Sie hätten den Auftrag gehabt, Vorversammlungen nach Massgabe des jeweiligen Reglements des Schweizerischen Bau- und Meisterverbands SBV zu moderieren.²⁰⁴ Es sei möglich, dass die Vorversammlungen umgangssprachlich auch Submittenten-Versammlungen genannt worden seien.²⁰⁵ Der GBV habe Ort, Datum und Zeit der Vorversammlungen festgelegt.²⁰⁶ Weiter hätten die Berechnungsleiter vom GBV jeweils Sitzungspauschalen erhalten. Diese seien aufgrund der Sitzungsrapporte der Berechnungsleiter ausbezahlt worden.²⁰⁷ Die „Charge“ Berechnungsleiter habe der GBV bis 2008 gehabt.²⁰⁸ T._____ seien noch bis ins Jahr 2008 Sitzungsgelder für seine Tätigkeit als Berechnungsleiter entrichtet worden.²⁰⁹ Der Zweck der Vorversammlungen habe nach seinem Verständnis darin bestanden, die Ausschreibungsunterlagen zu klären und die Wettbewerbsbedingungen auf Übereinstimmung mit den geltenden Normen und Vorschriften zu prüfen.²¹⁰ Die Aussagen von C._____, dass der Zweck der Vorversammlungen darin bestanden habe, sich über die Zuteilung und den Preis von Bauprojekten zu einigen, und dass an den Vorversammlungen Berechnungsverfahren durchgeführt worden seien, nehme er zur Kenntnis. Dies sei nicht im Sinne des GBV passiert bzw. widerspreche dem Auftrag des GBV.²¹¹

(v) Impraisa da fabrica Margadant

123. In den Antworten auf den Fragebogen vom 18. September 2015 führte die Impraisa da fabrica Margadant aus, dass die von C._____ am 31. Oktober 2012 gemachten Aussagen zum Ablauf der Berechnungsverfahren zuträfen.²¹²

¹⁹¹ Act. IX.B.23, Zeilen 136–140.

¹⁹² Act. IX.B.23, Zeilen 43–47.

¹⁹³ Act. IX.B.23, Zeile 60 f.

¹⁹⁴ Act. IX.B.28, pag. 10 f.

¹⁹⁵ Act. IX.B.28, pag. 11.

¹⁹⁶ Act. IX.B.28, pag. 11.

¹⁹⁷ Act. II.2 (22-0458), Zeilen 176–180.

¹⁹⁸ Act. II.2 (22-0458), Zeilen 197–240.

¹⁹⁹ Act. II.10 (22-0458), Zeilen 37–46.

²⁰⁰ Act. II.10 (22-0458), Zeilen 69–71.

²⁰¹ Act. II.10 (22-0458), Zeilen 74–86.

²⁰² Act. II.1 (22-0458), Zeile 158.

²⁰³ Act. II.1 (22-0458), Zeilen 168–172.

²⁰⁴ Act. II.1 (22-0458), Zeilen 280–283.

²⁰⁵ Act. II.1 (22-0458), Zeilen 293–295.

²⁰⁶ Act. II.1 (22-0458), Zeile 323 f.

²⁰⁷ Act. II.1 (22-0458), Zeilen 219–228.

²⁰⁸ Act. II.1 (22-0458), Zeile 198.

²⁰⁹ Act. II.1 (22-0458), Zeilen 233–240.

²¹⁰ Act. II.1 (22-0458), Zeilen 343–345.

²¹¹ Act. II.1 (22-0458), Zeilen 349–353 und Zeilen 379–392.

²¹² Act. I.423, Seite 3.

124. Weiter gab I._____, Impraisa da fabrica Margadant, am 24. Mai 2016 zu Protokoll, dass er in den Jahren 1999 bis ungefähr 2004 an projektbezogenen „Submittenversammlungen“ teilgenommen habe, allerdings äusserst selten.²¹³ Diese seien von T._____ und S._____ geleitet worden.²¹⁴ An diesen Sitzungen sei es zu solchen Berechnungsverfahren gekommen, wie sie C._____ anlässlich der Parteieinvernahme vom 31. Oktober 2012 beschrieben habe.²¹⁵

(vi) Koch AG Ramosch

125. I._____, Koch AG Ramosch, sagte an der Parteieinvernahme vom 18. März 2016 aus, dass er keine Ahnung habe, um was es sich bei Vorversammlungen gehandelt habe. Daran habe er nie teilgenommen.²¹⁶ Er könne sich nicht daran erinnern, je eine Einladung zu einer Vorversammlung erhalten zu haben.²¹⁷ Ebenso verneinte er, jemals an einer Sitzung bei der Bezzola Denoth AG oder an einer Sitzung, die von T._____ geleitet worden sei, teilgenommen zu haben.²¹⁸

126. An der Parteieinvernahme vom 26. Mai 2016 hielt I._____ an seiner Aussage fest, nie an einer Vorversammlung teilgenommen zu haben.²¹⁹

127. E._____, [...] der Koch AG Ramosch, gab am 18. März 2016 zu Protokoll, dass er noch nie etwas davon gehört habe, dass es im Unterengadin Vorversammlungen gegeben habe.²²⁰ Er schliesse aus, dass ein Vertreter der Koch AG Ramosch ohne seine Einwilligung an einer Vorversammlung teilgenommen habe. Als Grund, dass er dies ausschliessen könne, nannte er, dass er [...] der Koch AG Ramosch sei. Bei wichtigen Entscheiden würde er informiert. Dies sei eine Vermutung.²²¹ Den Begriff „Infobau“ habe er erst im Rahmen der Einvernahmen in der vorliegenden Untersuchung gehört. Er sei nicht operativ tätig.²²²

(vii) René Hohenegger Sarl

128. P._____, René Hohenegger Sarl, räumte am 21. März 2013 ein, dass es im Unterengadin früher „Preisabsprachen in grösseren Runden“ gegeben habe.²²³ Am 22. Juli 2015 präzisierte er, dass die Bauunternehmen gemäss Statuten des GBV verpflichtet gewesen seien, den Erhalt der Ausschreibungsunterlagen auf der Infoplattform „Infobau“ des GBV zu melden. Auf dieser Plattform sei ersichtlich gewesen, welche Unternehmen sonst noch die Ausschreibungsunterlagen erhalten hätten. Die Unternehmen hätten dort mit einer Bemerkung eine Vorversammlung wünschen können. Wenn eine gewisse Anzahl Unternehmen eine Vorversammlung gewünscht habe, habe man eine entsprechende Einladung erhalten. Die Vorversammlungen seien von einem Berechnungsleiter geleitet worden. Wenn es Unklarheiten in den Ausschreibungsunterlagen gegeben habe, seien diese anlässlich der Vorversammlungen besprochen worden. Ob man über Endpreise gesprochen habe, wisse er nicht mehr genau. Sicher habe man einzelne Preispositionen des Devis besprochen. Ebenso habe man besprochen, wie es zur Berechnung einzelner Positionen gekommen sei.²²⁴

129. Weiter gab P._____ zu Protokoll, dass er insgesamt maximal zehn Einladungen zu Vorversammlungen erhalten habe. Allerdings habe er nur an einer einzigen Vorversammlung teilgenommen. Seines Wissens habe

es gar nicht so viele Vorversammlungen gegeben, an denen er hätte beteiligt sein können. Teilweise habe er auch kein Interesse gehabt, an den Vorversammlungen teilzunehmen, da die besprochenen Aufträge zu gross für sein Unternehmen gewesen seien.²²⁵ An der einen Vorversammlung, an der er teilgenommen habe, hätten die Bauunternehmen ihr Interesse für das Bauprojekt angemeldet. Da am betreffenden Bauprojekt verschiedene Unternehmen Interesse gezeigt hätten, sei man einfach wieder nach Hause gegangen.²²⁶ Vom Hörensagen habe er aber erfahren, dass es bei Vorversammlungen zu solchen Berechnungsverfahren gekommen sei, wie sie C._____ anlässlich der Parteieinvernahme vom 31. Oktober 2012 beschrieben habe.²²⁷

B.4.1.2.3 Zeugnis und Auskünfte von Drittpersonen

(i) Architekturbüro Y._____

130. Das Architekturbüro Y._____ ist im Unterengadin im Bereich Hochbau tätig. In seinen Antworten auf die Fragebogen des Sekretariats der WEKO vom 10. November 2016²²⁸ und vom 7. Dezember 2016²²⁹ gab Y._____ zum Bereich Hochbau im Unterengadin in den Jahren 2004 bis 2012 folgende Auskunft:

- Bei kleineren Vergabesummen (bis ca. CHF 200'000) bestehe Konkurrenz, da es einige kleinere Familienunternehmen gebe. Bei grösseren Aufträgen sei es eher schwieriger, da es wenige grosse Baumeisterfirmen gebe. Diese sprächen sich untereinander ab.²³⁰ Konkret hätten die grossen Bauunternehmen die Aufträge untereinander koordiniert und im Voraus besprochen, welches Unternehmen den Auftrag erhalten solle.²³¹ Das sei bekannt und darüber sei auch gesprochen worden.²³² So hätten etwa die kleinen Bauunternehmen wie [...], [...], c._____ und G._____ oft keine Chance gehabt und hätten auch gemeint, dass sich die grossen Bauunternehmen absprechen würden.²³³

²¹³ Act. II.8 (22-0458), Zeilen 215–220.

²¹⁴ Act. II.8 (22-0458), Zeile 139.

²¹⁵ Act. II.8 (22-0458), Zeilen 130–136.

²¹⁶ Act. II.5 (22-0458), Zeilen 75 und 155.

²¹⁷ Act. II.5 (22-0458), Zeile 176.

²¹⁸ Act. II.5 (22-0458), Zeilen 223–225.

²¹⁹ Act. II.5 (22-0458), Zeilen 44–47, 73–75 und 86 f.

²²⁰ Act. II.6 (22-0458), Zeile 142 f.

²²¹ Act. II.6 (22-0458), Zeilen 144–152.

²²² Act. II.6 (22-0458), Zeile 162 f.

²²³ Act. IX.D.2, Zeilen 110 ff.

²²⁴ Act. IX.D.14, Zeilen 105–116.

²²⁵ Act. IX.D.14, Zeilen 68–81.

²²⁶ Act. IX.D.14, Zeilen 124–128.

²²⁷ Act. IX.D.14, Zeilen 188–220.

²²⁸ Act. III.21 (22-0458).

²²⁹ Act. III.25 (22-0458).

²³⁰ Act. III.21 (22-0458), Antwort auf Frage 26.

²³¹ Act. III.25 (22-0458), Antwort auf Frage 5.

²³² Act. III.21 (22-0458), Antwort auf Frage 26.

²³³ Act. III.25 (22-0458), Antwort auf Frage 10.

- Weiter sei beobachtet worden, dass sich die grossen Bauunternehmen ständig in Scuol getroffen hätten. Er habe sich gefragt, welchen Grund solche Treffen haben könnten.²³⁴ Diese Treffen hätten anscheinend wöchentlich oder monatlich stattgefunden, da er oft die Autos der Unternehmensvertreter vor dem Büro der Bezzola Denoth AG gesehen habe.²³⁵ Ein solches Treffen habe er in den Räumlichkeiten der Bezzola Denoth AG persönlich beobachtet, als er dort anwesend gewesen sei. Daraufhin sei ihm gesagt worden, dass es sich um eine Baumeistersitzung des GBV gehandelt habe. D._____, Bezzola Denoth AG, den er persönlich kenne, habe ihm mitgeteilt, dass diese Sitzungen nur der Koordination dienen würden, um die Kapazitäten abzusprechen und die allgemeine Auftragslage zu besprechen.²³⁶

(ii) T._____

131. T._____ gab an der Zeugeneinvernahme vom 31. Oktober 2012 zu Protokoll, dass er beim GBV als Berechnungsleiter angestellt gewesen sei. So habe er an den Vorversammlungen des GBV die Gelegenheit, Kontakt mit anderen Bauunternehmen aufzunehmen und mit ihnen über das Geschäft zu sprechen. An diesen Sitzungen habe es immer wieder Streitigkeiten unter den Bauunternehmen gegeben. Zwischendurch hätten auch mal keine Vorversammlungen stattgefunden.²³⁷

132. Weiter führte er aus, dass an den Vorversammlungen zunächst die Offertunterlagen besprochen worden seien. Dabei seien die Vorbedingungen und die genaue Berechnung einzelnen Positionen in den Offerten besprochen worden. Man habe einzeln herausfiltern müssen, welche Arbeit wie viel kosten und diese Berechnung anschliessend in die finale Position aufgenommen.²³⁸ Allerdings sei es nicht einfach zu „Preisabsprachen“ gekommen, das sei nie so gewesen. Damit meine er, dass es kein „Preisdiktat“ gegeben habe. Die Interessenten hätten ihren Preis abgegeben. Welche Preise tatsächlich offeriert worden seien, habe man erst im Nachhinein erfahren. Zudem habe das Spiel, dass immer das Unternehmen mit dem tiefsten Preis das Projekt auch bekommen habe, nicht immer funktioniert.²³⁹

(iii) K._____

133. K._____ gab im Rahmen der Zeugeneinvernahme vom 23. Januar 2017 zu Protokoll, dass ihm vom Hörensagen bekannt sei, dass im Unterengadin Vorversammlungen zwischen Bauunternehmen durchgeführt worden seien.²⁴⁰ Zunächst sagte er aus, nie an einer Vorversammlung teilgenommen zu haben.²⁴¹ Auch Einladungen zu Vorversammlungen habe er keine erhalten.²⁴² Im weiteren Verlauf der Einvernahme gab er an, dass er sich nicht mehr daran erinnern könne, ob er an Vorversammlungen teilgenommen habe oder nicht.²⁴³ Er wisse dies nicht mehr und könne es nicht mit Bestimmtheit sagen.²⁴⁴ Dies sei zehn Jahre her oder länger. Zudem gab er im weiteren Verlauf der Einvernahme zu Protokoll, dass die Lazzarini AG Infoschreiben des GBV erhalten habe.²⁴⁵ Es könne sein, dass darin auch Angaben zu Sitzungen betreffend Bauprojekte enthalten gewesen seien. Es sei ihm aber nicht bewusst, dass die Lazzarini AG an entsprechenden Sitzungen teilgenommen habe. Abgemeldet habe sich die Lazzarini AG nie für solche

Sitzungen.²⁴⁶ Weiter fügte er an, dass die Mitglieder des GBV verpflichtet gewesen seien, aus statistischen Gründen ihr Interesse an einem Bauprojekt auf der Internetplattform Infobau anzumelden.²⁴⁷

(iv) H._____

134. H._____ gab anlässlich der Zeugeneinvernahme an, dass er sich nicht erinnern könne, an Vorversammlungen teilgenommen zu haben. Der Begriff „Vorversammlungen“ sei ihm nicht bekannt.²⁴⁸ Auch könne er sich nicht daran erinnern, an Sitzungen mit T._____ anwesend gewesen zu sein, an denen konkrete Bauprojekte besprochen worden seien.²⁴⁹ Auf Vorhalt von Einladungen zu Vorversammlungen, auf denen neben der Impraisa Mario GmbH handschriftliche Zahlen vermerkt sind, erklärte er, dass er nicht wisse, was diese Zahlen bedeuten würden. Solche Dokumente könne jeder ausstellen.²⁵⁰ Als er mit der Aussage von D._____ konfrontiert wurde, dass dieser ihn an Vorversammlungen gesehen habe, gab er zu Protokoll, dass es sein könne, dass D._____ ihn an Vorversammlungen gesehen habe. Er könne dies aber weder bejahen noch verneinen.²⁵¹

(v) S._____

135. S._____ sagte an der Zeugeneinvernahme vom 31. Oktober 2012 aus, dass sich die Mitglieder des GBV bei grösseren Ausschreibungen beim GBV gemeldet hätten und anschliessend Berechnungssitzungen stattgefunden hätten. Diese Sitzungen habe er geleitet. Seine Aufgabe als Berechnungsleiter habe darin bestanden, die Teilnehmer darauf aufmerksam zu machen, ob sie die Unterlagen studiert hätten. Anschliessend sei darüber gesprochen worden, ob die einzelnen Positionen in den Offerten alle richtig berechnet worden seien. Dabei habe er die Möglichkeit gegeben, nachzufragen, wie man bestimmte Positionen genau berechnen solle. Die eigentliche Offertberechnung sei aber Aufgabe der einzelnen Bauunternehmen gewesen. Mit der Erstellung der Endofferten hätte er nichts zu tun gehabt.²⁵²

136. Weiter gab er zu Protokoll, dass die Bauunternehmen ihm ihre Offertsummen schriftlich mitgeteilt hätten. Der GBV habe kontrolliert, ob die angegebenen Preise effektiv eingegeben worden seien.²⁵³ Schliesslich fügte er an, dass der Berechnungsleiter vor allem neutral habe sein müssen.²⁵⁴

²³⁴ Act. III.25 (22-0458), Antwort auf Frage 9.

²³⁵ Act. III.25 (22-0458), Antwort auf Frage 11d.

²³⁶ Act. III.25 (22-0458), Antwort auf Frage 11c.

²³⁷ Act. IV.004, Zeilen 23–28.

²³⁸ Act. IV.004, Zeilen 31–53.

²³⁹ Act. IV.004, Zeilen 121–126.

²⁴⁰ Act. II.11 (22-0458), Zeilen 66–68.

²⁴¹ Act. II.11 (22-0458), Zeilen 68, 83 f.

²⁴² Act. II.11 (22-0458), Zeile 72 f.

²⁴³ Act. II.11 (22-0458), Zeilen 90, 104, 127, 139 und 150.

²⁴⁴ Act. II.11 (22-0458), Zeilen 150, 156, 160 f und 195.

²⁴⁵ Act. II.11 (22-0458), Zeile 127.

²⁴⁶ Act. II.11 (22-0458), Zeilen 239–245.

²⁴⁷ Act. II.11 (22-0458), Zeile 250 f.

²⁴⁸ Act. II.12 (22-0458), Zeilen 81 ff.

²⁴⁹ Act. II.12 (22-0458), Zeilen 87 ff.

²⁵⁰ Act. II.12 (22-0458), Zeilen 152–155.

²⁵¹ Act. II.12 (22-0458), Zeilen 132–138.

²⁵² Act. IV.003, Zeilen 16–27.

²⁵³ Act. IV.003, Zeilen 28–31.

²⁵⁴ Act. IV.003, Zeile 63 f.

B.4.1.3 Beweiswürdigung

137. Im Rahmen der Beweiswürdigung ist zu beurteilen, ob im Unterengadin tätige Unternehmen den *übereinstimmenden* wirklichen Willen geäußert haben, im Rahmen von Vorversammlungen zusammenzuarbeiten und dabei den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise für Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin festzulegen. Hierbei handelt es sich um eine Tatfrage, die durch subjektive Auslegung des Verhaltens der Beteiligten zu beantworten ist.²⁵⁵

138. 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).²⁵⁶ Vorliegend bestand keine schriftliche Vereinbarung, welche die Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen betreffend das Unterengadin regelte. Zu prüfen ist, ob ein solcher Konsens mündlich oder konkludent zustande gekommen war.

139. Zunächst sind hierzu die Aussagen der Verfahrensparteien zu würdigen. Vorliegend räumten die Bezzola Denoth AG, die Foffa Conrad AG, die Zebblas Bau AG Samnaun, der GBV, die Lazzarini AG, die Impraisa da fabrica Margadant und die René Hohenegger Sarl ein, dass sich im Unterengadin tätige Bauunternehmen im Rahmen von Vorversammlungen getroffen hätten. Die Vorversammlungen seien namentlich von T._____ und S._____ geleitet worden.

140. Die Aussagen dieser Parteien werden durch objektive Beweismittel gestützt. So belegt die Agenda von T._____, dass im Unterengadin während vielen Jahren Vorversammlungen unter seiner Leitung durchgeführt wurden (dazu auch Rz 235 ff. hiernach). Zudem konnte die Behörde 29 Einladungen zu Vorversammlungen aus den Jahren 2002 bis 2008 beschlagnahmen, die teilweise handschriftliche Zahlen neben den Bewerbern enthalten. Dies bildet ein weiteres gewichtiges Indiz dafür, dass Vorversammlungen tatsächlich durchgeführt worden sind. Weiter sind die Spesenabrechnungen des GBV betreffend T._____ zu beachten. Daraus geht hervor, dass T._____ vom GBV für seine Tätigkeit als Submissionsleiter entschädigt wurde. Auch dies belegt, dass er die Funktion des Berechnungsleiters tatsächlich ausübte. Schliesslich zeigen auch die Jahresberichte des Präsidenten des GBV der Sektion Unterengadin/Münstertal betreffend die Jahre 2004–2005 auf, dass im Unterengadin Vorversammlungen stattfanden.

141. Im Lichte dieser Beweislage ist erstellt, dass sich im Unterengadin tätige Bauunternehmen während vielen Jahren zu Vorversammlungen im Unterengadin trafen. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

142. Zu würdigen sind die Beweismittel sodann im Hinblick auf die Frage nach dem Gegenstand und dem Ablauf der Vorversammlungen. Hierzu sind primär die Sachverhaltsdarstellungen von C._____, Foffa Conrad AG, und M._____, Bezzola Denoth AG, aussagekräftig. Deren präzise Schilderungen zum Ablauf der Vorversammlungen sind glaubhaft und im Rahmen der vorliegenden Beweiswürdigung massgebend. Insbesondere führten beide unabhängig voneinander aus, dass anläss-

lich von Vorversammlungen die besprochenen Bauprojekte zumindest teilweise einem bestimmten Bauunternehmen zugeteilt worden seien. Ebenso seien zumindest teilweise Berechnungsverfahren durchgeführt worden. Dabei habe der Berechnungsleiter den Mittelwert der vorkalkulierten Eingabesummen der teilnehmenden Unternehmen berechnet. Anschliessend habe der Berechnungsleiter die Unternehmen platziert und ihnen mitgeteilt, welche Eingabesummen sie einzugeben hätten. Nach Aussage von M._____ sei diese Kommunikation zwischen Berechnungsleiter und Unternehmensvertretern in gewissen Fällen verdeckt erfolgt. Die Eingabesumme desjenigen Unternehmens, dem der Auftrag zugeteilt worden sei, habe sich am Mittelwert der vorkalkulierten Eingabesummen orientiert. Auf den Punkt brachte es C._____ schliesslich mit seiner Aussage, dass die Vorversammlungen dazu gedient hätten, sich über die Zuteilung und den Preis von Bauprojekten zu einigen.

143. Dass an Vorversammlungen teilweise Berechnungsverfahren zur Ermittlung der Eingabesummen durchgeführt worden sind, bestätigte sodann auch G._____, Impraisa da fabrica Margadant.²⁵⁷ Auch den Aussagen von L._____ ist zu entnehmen, dass an Vorversammlungen Berechnungsverfahren unter der Leitung eines Berechnungsleiters angewandt worden sind. D._____, Bezzola Denoth AG, sagte zwar aus, dass es nicht bei allen Vorversammlungen zu einer Projektzuteilung und Koordination der Eingabesummen gekommen sei, räumte aber ein, dass es sicher auch Vorversammlungen zu Objekten gegeben habe, die dazu gedient hätten, sich über die Zuteilung und den Preis von Bauprojekten zu einigen.²⁵⁸ Schliesslich führten sowohl T._____ als auch S._____, die beide die Funktion des Berechnungsleiters ausübten, aus, dass die Unternehmensvertreter an Vorversammlungen ihre Eingabesummen bekanntgegeben hätten.

144. Anzeichen, dass die Aussagen der genannten Personen nicht der Wahrheit entsprechen, bestehen nicht. Vielmehr erscheinen die entsprechenden Aussagen schlüssig, kohärent und konkret. Zudem beruhen sie auf den eigenen Wahrnehmungen. C._____, M._____, G._____, L._____, D._____, T._____ und S._____ räumten allesamt ein, persönlich an Vorversammlungen teilgenommen zu haben.

145. Die Aussagen dieser Personen werden zudem durch objektive Beweismittel untermauert. So geht aus dem Schreiben des GBV an C._____, Foffa Conrad AG, vom 23. März 2001 betreffend „Wettbewerbsreglement: Nichtteilnahme an einer Vorversammlung Objekt-Nr. 2001-00077 – Erneuerung [...]“²⁵⁹ hervor, dass an Vorversammlungen wettbewerbswidrige Zwecke verfolgt

²⁵⁵ Statt vieler BGE 133 II 675 E. 3.3; BGE 131 II 467 E. 1.1; BGE 126 II 171 E. 4c/bb.

²⁵⁶ Vgl. etwa Urteil des BGer 4A_264/2014 vom 17.10.2014, E. 3.2.

²⁵⁷ Act. I.423, Seite 3.

²⁵⁸ Act. IX.C.49, Zeilen 85–96.

²⁵⁹ Act. III.C.025.

worden sind. Weiter enthalten diverse Einladungen zu Vorversammlungen handschriftliche Zahlen neben den Bewerbern.²⁶⁰ Dabei handelt es sich um die Eingabesummen, die anlässlich der Vorversammlungen besprochen wurden. Dies wurde von C.____²⁶¹ und M.____²⁶² hinsichtlich zweier Bauprojekte explizit und unabhängig voneinander bestätigt. Eine andere Bedeutung dieser Zahlen ist nicht ersichtlich. Anderweitige Erklärungen, die plausibel wären, brachte keine Partei vor.²⁶³ Besonders deutlich ist diesbezüglich die handschriftliche Gegenüberstellung verschiedener Eingabepositionen sowie der Gesamteingabesumme zwischen der Lazzarini AG und der Bezzola Denoth AG auf der Einladung zur Vorversammlung vom 24. Februar 2006 betreffend das Bauprojekt „[...]“.²⁶⁴

146. Vor diesem Hintergrund ist erstellt, dass die beteiligten Bauunternehmen an Vorversammlungen – jedenfalls zum Teil – Bauprojekte im Unterengadin aufgeteilt und die Angebotspreise festgelegt haben. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

147. Dass nun im Unterengadin tätige Bauunternehmen während vielen Jahren im Rahmen von Vorversammlungen Bauaufträge aufgeteilt und die Angebotspreise der Bauunternehmen festgelegt haben, ist als Ausfluss eines entsprechenden Konsenses der Beteiligten zu betrachten. Hätten zwischen den Beteiligten diesbezüglich keine übereinstimmenden Willenserklärungen bestanden, hätten sie sich nicht während Jahren auf einen solchen Verhaltensmodus eingelassen. Dass das Verhalten der Beteiligten anders zu erklären wäre, ist nicht ersichtlich und wurde von keiner Partei vorgebracht. Unerheblich ist dabei, dass dieser Konsens nicht in einer Vertragsurkunde verbrieft worden ist. Vielmehr ist erwiesen, dass dieser Konsens durch mündliche oder konkludente Willenserklärungen zustande kam bzw. aufrechterhalten wurde.

148. Wie die Aussagen von M.____²⁶⁵ zeigen, kam dieser Konsens vermutlich in den 80er Jahren des 20. Jahrhunderts zustande. In zeitlicher Hinsicht ist vorliegend aber relevant und daran bestehen keine vernünftigen Zweifel, dass dieser Konsens spätestens seit dem Jahr 1997 bestand.

149. Schliesslich ist erstellt, dass der Konsens, sich über die Zuteilung und Angebotspreise für Bauaufträge im Unterengadin zu einigen, sämtliche Leistungen des Hoch- und Tiefbaus erfasste. Neben den Aussagen von C.____²⁶⁶ und den Angaben der Lazzarini AG²⁶⁷ geht dies auch aus den Einladungen zu den Vorversammlungen hervor.²⁶⁸ Anzeichen, dass eine Einschränkung für gewisse Sparten bestand, bestehen nicht und wurden von keiner Partei vorgebracht. Ausgenommen waren jedoch Leistungen des Baunebengewerbes wie etwa Maler-, Schlosser- und Schreinerarbeiten.

B.4.1.4 Beweisergebnis

150. Nach dem Gesagten ist erwiesen, dass zwischen im Unterengadin tätigen Bauunternehmen seit spätestens dem Jahr 1997 tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen über die Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen vorlagen (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Dieser Konsens beinhaltete, im Rahmen von

Vorversammlungen für Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen.

B.4.2 Beteiligte

B.4.2.1 Beweisthema

151. Im Folgenden ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, welche Verfahrensparteien an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen im Unterengadin beteiligt waren.

B.4.2.2 Beweismittel

152. Im Zusammenhang mit der Frage, welche Verfahrensparteien an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen beteiligt waren, sind die Einladungen zu Vorversammlungen in den Jahren 2002 bis 2008²⁶⁹ zu beachten, insbesondere die handschriftlichen Zahlen und Vermerke, die darauf teilweise vorzufinden sind. Zudem sind die Unterlagen zur Vorversammlung vom 29. April 2008 betreffend das „[...]“ zu würdigen.²⁷⁰

153. Weiter gaben C.____ und D.____ im Einzelnen darüber Auskunft, welche Unternehmen an den Vorversammlungen im Unterengadin beteiligt gewesen seien. Deren Aussagen bilden Grundlage für die Beweiswürdigung. Ebenso sind die Aussagen der anderen befragten Verfahrensparteien zu würdigen. Dabei ist zu beachten, dass ein Teil der dazu befragten Verfahrensparteien die Beteiligung an Vorversammlungen anerkannt hat (Lazzarini AG, Impraisa da fabrica Margadant), während ein Teil der Verfahrensparteien dies ganz oder teilweise bestreitet (Fabio Bau GmbH, Koch AG Ramosch, René Hohenegger Sarl).

B.4.2.3 Beweiswürdigung

B.4.2.3.1 Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG und Zebblas Bau AG Samnaun

154. Die Bezzola Denoth AG, die Foffa Conrad AG und die Zebblas Bau AG Samnaun räumten allesamt ein, an Vorversammlungen im Unterengadin teilgenommen zu haben. Anzeichen, dass deren Angaben nicht der Wahrheit entsprächen, bestehen nicht. Zudem belegen auch

²⁶⁰ Vgl. etwa Act. III.B.003; Act. III.D.024; Act. III.D.025; Act. III.D.026; Act. III.D.027; Act. III.D.030; Act. III.D.031; Act. III.D.033; Act. III.D.035; Act. III.D.037; Act. III.D.040.

²⁶¹ Act. VII.B.8 (22-0458), Zeilen 543–547.

²⁶² Act. IX.C.51, Zeilen 180–185.

²⁶³ Vgl. etwa Act. II.12 (22-0458), Zeilen 152–159.

²⁶⁴ Act. III.D.024.

²⁶⁵ Act. IX.C.51, Zeile 74 f.

²⁶⁶ Act. IX.C.50, Zeilen 138–149.

²⁶⁷ Act. IX.B.28, pag. 11.

²⁶⁸ Act. III.B.001; Act. III.B.002; Act. III.B.003; Act. III.C.010; Act. III.D.013; Act. III.D.018; Act. III.D.024; Act. III.D.025; Act. III.D.026; Act. III.D.027; Act. III.D.030; Act. III.D.031; Act. III.D.033; Act. III.D.034; Act. III.D.035; Act. III.D.036; Act. III.D.037; Act. III.D.038; Act. III.D.039; Act. III.D.040; Act. III.D.041; Act. III.D.046; Act. III.D.047; Act. III.D.048.

²⁶⁹ Act. III.B.001; Act. III.B.002; Act. III.B.003; Act. III.C.010; Act. III.D.013; Act. III.D.018; Act. III.D.024; Act. III.D.025; Act. III.D.026; Act. III.D.027; Act. III.D.030; Act. III.D.031; Act. III.D.033; Act. III.D.034; Act. III.D.035; Act. III.D.036; Act. III.D.037; Act. III.D.038; Act. III.D.039; Act. III.D.040; Act. III.D.041; Act. III.D.046; Act. III.D.047; Act. III.D.048.

²⁷⁰ Act. III.B.003.

diverse Einladungen zu Vorversammlungen, dass zumindest die Bezzola Denoth AG und die Foffa Conrad AG tatsächlich häufig an Vorversammlungen vertreten waren und dort die Eingabesummen mit anderen Unternehmen besprachen. Dies zeigen handschriftliche Zahlen, die neben der Foffa Conrad AG und der Bezzola Denoth AG angebracht worden sind.²⁷¹ Damit ist erstellt, dass die Bezzola Denoth AG, die Foffa Conrad AG und die Zebblas Bau AG Samnaun an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen im Unterengadin beteiligt waren.

B.4.2.3.2 Impraisa da fabrica Margadant

155. G._____, Impraisa da fabrica Margadant, räumte ein, dass er in den Jahren 1999 bis ungefähr 2004 an projektbezogenen „Submittenversammlungen“ teilgenommen habe, allerdings äusserst selten.²⁷² Insbesondere sei er auch an Sitzungen anwesend gewesen, an denen „Berechnungsverfahren“ durchgeführt worden seien. Diese Sitzungen seien von T._____ oder S._____ geleitet worden. Der Ablauf dieser „Berechnungsverfahren“ sei in etwa so gewesen, wie ihn C._____ in der Einvernahme vom 31. Oktober 2012 beschrieben habe.²⁷³ Anzeichen, dass diese Aussagen nicht der Wahrheit entsprächen, bestehen nicht. Zwar konnte C._____ nicht bestätigen, dass G._____ an Vorversammlungen teilgenommen hatte. Er könne sich nicht daran erinnern, schliesse dies aber nicht aus.²⁷⁴ Vor dem Hintergrund, dass G._____ nach eigenen Angaben nur selten an Vorversammlungen teilgenommen habe, ist die fehlende Erinnerung von C._____ nachvollziehbar. Vernünftige Zweifel, dass die Impraisa da fabrica Margadant an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen beteiligt war, liegen jedenfalls nicht vor. Dies ist damit erstellt.

156. An diesem Beweisergebnis nichts zu ändern vermag die Behauptung der Impraisa da fabrica Margadant, dass sie sich nie mit Konkurrenten über die Zuteilung von Bauprojekten und Preise geeinigt habe.²⁷⁵ Diese Behauptung steht im Widerspruch zu den eigenen Aussagen, an Sitzungen teilgenommen zu haben, an denen „Berechnungsverfahren“ durchgeführt worden sind. Wie gezeigt worden ist, bestand der Zweck der „Berechnungsverfahren“ an Vorversammlungen darin, sich über die Zuteilung und den Preis von Bauprojekten zu einigen. Durch ihre Beteiligung an den besagten Sitzungen manifestierte die Impraisa da fabrica Margadant ihren Willen, den praktizierten Zuteilungs- und Preisfestlegungsmechanismus mitzutragen.

157. Bis wann die Beteiligung der Impraisa da fabrica Margadant bestand, ist weiter unten zu prüfen (Rz 209 ff. hiernach).

B.4.2.3.3 Impraisa Mario GmbH

158. H._____ gab anlässlich der Zeugeneinvernahme an, dass er sich nicht erinnern könne, an Vorversammlungen teilgenommen zu haben. Der Begriff „Vorversammlungen“ sei ihm nicht bekannt.²⁷⁶

159. Diese Aussagen sind nicht glaubhaft. C._____²⁷⁷ und D._____²⁷⁸ bestätigten, dass die Impraisa Mario GmbH an Vorversammlungen teilgenommen hatte. Dies ergibt sich auch aus den beschlagnahmten Einladungen zu Vorversammlungen. Daraus geht hervor, dass die

Impraisa Mario GmbH tatsächlich an Vorversammlungen teilgenommen hat und dort die Eingabesummen mit anderen Unternehmen besprach. Dies belegen handschriftliche Zahlen, die neben der Impraisa Mario GmbH angebracht worden sind.²⁷⁹ Damit ist erstellt, dass die Impraisa Mario GmbH an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen beteiligt war.

B.4.2.3.4 GBV

160. Q._____, GBV, führte aus, dass die Berechnungsleiter auf der Grundlage eines Mandatsverhältnisses für den GBV tätig gewesen seien.²⁸⁰ Sie hätten den Auftrag gehabt, Vorversammlungen nach Massgabe des jeweiligen Reglements des Schweizerischen Baumeisterverbands SBV zu moderieren.²⁸¹ Der GBV habe Ort, Datum und Zeit der Vorversammlungen festgelegt.²⁸² Weiter hätten die Berechnungsleiter vom GBV jeweils Sitzungspauschalen erhalten. Diese seien aufgrund der Sitzungsrapporte der Berechnungsleiter ausbezahlt worden.²⁸³ Die Aussagen sind glaubhaft. Zudem stimmen sie mit denjenigen anderer befragten Verfahrensparteien überein, etwa mit den Aussagen von M._____²⁸⁴. Wie aus einem Schreiben des GBV an die Foffa Conrad AG hervorgeht (vgl. Rz 99)²⁸⁵, wurde der GBV von der Bezzola Denoth AG bereits im Jahr 2001 darauf hingewiesen, dass an Vorversammlungen kartellrechtswidrige Inhalte behandelt worden seien.

161. Damit ist erstellt, dass der GBV in die Zusammenarbeit im Rahmen der Vorversammlungen involviert war. Seine Rolle bestand in der Organisation der entsprechenden Sitzungen. Zwar trat er nicht selber als Anbieter von Bauleistungen im Unterengadin auf, schaffte aber mit seinem Verhalten die Grundlagen für die Projektzuteilungen und Angebotskoordinierungen unter den Bauunternehmen.

B.4.2.3.5 Lazzarini AG

162. L._____, Lazzarini AG, räumte ein, persönlich an Vorversammlungen im Unterengadin teilgenommen zu haben.²⁸⁶ Die Lazzarini AG bestätigte dies mit Eingabe vom 16. Oktober 2015.²⁸⁷

²⁷¹ Vgl. Act. III.B.003; Act. III.D.024; Act. III.D.024; Act. III.D.030; Act. III.D.031; Act. III.D.025; Act. III.D.035; Act. III.D.037; Act. III.D.040; Act. III.D.033.

²⁷² Act. II.8 (22-0458), Zeilen 215–220.

²⁷³ Act. II.8 (22-0458), Zeilen 130–139; Act. I.423, Antwort auf Frage 7.

²⁷⁴ Act. IX.C.050, Zeilen 110–114.

²⁷⁵ Vgl. Act. V.32 (22-0458), Seiten 3 ff. und Act. II.8 (22-0458), Zeilen 287 ff.

²⁷⁶ Act. II.12 (22-0458), Zeilen 81 ff.

²⁷⁷ Act. IX.C.050, Zeilen 115–120.

²⁷⁸ Act. IX.C.049, Zeile 180 f. und Act. VII.B.7 (22-0458), Zeile 118.

²⁷⁹ Vgl. dazu etwa Act. III.D.033; Act. III.D.040; Act. III.D.037; Act. III.D.035; Act. III.B.003.

²⁸⁰ Act. II.1 (22-0458), Zeile 158.

²⁸¹ Act. II.1 (22-0458), Zeilen 280–283.

²⁸² Act. II.1. (22-0458), Zeile 323 f.

²⁸³ Act. II.1 (22-0458), Zeilen 219–228.

²⁸⁴ Act. IX.C.51, Zeilen 250–252.

²⁸⁵ Act. III.C.025.

²⁸⁶ Act. IX.B.23, Zeilen 50–56.

²⁸⁷ Act. IX.B.28, pag. 10 f.

163. Dass die Lazzarini AG an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen beteiligt war, führten sodann auch C._____²⁸⁸ und D._____ aus²⁸⁹. Beide waren sich sicher, dass die Lazzarini an Vorversammlungen beteiligt war. Gestützt werden deren Aussagen durch die beschlagnahmten Einladungen zu den Vorversammlungen. Darauf finden sich neben der Lazzarini AG in mehreren Fällen handschriftliche Zahlen.²⁹⁰ Diese zeigen, dass die Lazzarini AG tatsächlich an Vorversammlungen teilnahm und dort die Eingabesummen mit anderen Bauunternehmen besprach. Besonders deutlich ist diesbezüglich die handschriftliche Gegenüberstellung verschiedener Eingabepositionen und der Gesamteingabesumme zwischen der Lazzarini AG und der Bezzola Denoth AG auf der Einladung zur Vorversammlung vom 24. Februar 2006 betreffend das Bauprojekt „[...]“.²⁹¹

164. Damit ist erwiesen, dass die Lazzarini AG an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen beteiligt war. Bis wann ihre Beteiligung dauerte, ist weiter unten zu prüfen (Rz 202 ff. hiernach).

B.4.2.3.6 Fabio Bau GmbH

165. F._____, Fabio Bau GmbH, räumte ein, früher an Vorversammlungen für die r._____ teilgenommen zu haben. Allerdings könne er sich nicht erinnern, für die 2008 gegründete Fabio Bau GmbH an Vorversammlungen teilgenommen zu haben.²⁹² Diese Aussage von F._____ steht zum Teil im Widerspruch zu den Aussagen von C._____. So sagte C._____ aus, dass F._____ früher für r._____ an Vorversammlungen anwesend gewesen sei. Nach der Übernahme und Umfirmierung zur Fabio Bau GmbH habe dieser aber weiterhin an Vorversammlungen teilgenommen.²⁹³

166. Die Aussagen von C._____ sind glaubwürdig. Dabei ist zu beachten, dass C._____ differenziert und konsistent darlegte, welche Personen an Vorversammlungen teilnahmen und welche nicht. Zudem werden sie durch die Beweismittel zur Vorversammlung vom 29. April 2008 betreffend das „[...]“ gestützt. So belegt die Agenda von T._____ aus dem Jahr 2008, dass diese Vorversammlung tatsächlich stattgefunden hat (vgl. dazu auch Rz 198 hiernach).²⁹⁴ Auf der Einladung zu dieser Vorversammlung vom 29. April 2008 findet sich neben der Fabio Bau GmbH eine handschriftliche Zahl.²⁹⁵ Auch neben den weiteren aufgeführten Bewerberinnen (Impraisa Mario GmbH und Bezzola Denoth AG) ist eine Zahl vermerkt. Ausgenommen ist einzig die ebenfalls als Bewerberin aufgelistete René Hohenegger Sarl. Bezeichnenderweise hat sich diese mit Faxschreiben vom 28. April 2008²⁹⁶ für die Vorversammlung vom 29. April 2008 betreffend das Bauprojekt „[...]“ explizit abgemeldet. Weiter enthält der Vergabeantrag des Bauleiters Z._____ vom 16. Juni 2008 eine anonyme Auflistung der eingegangenen Offerten.²⁹⁷ Darauf ordnete F._____ die entsprechenden Eingabesummen der Impraisa Mario GmbH, der Bezzola Denoth AG und der Fabio Bau GmbH zu, wie seine handschriftlichen Vermerke auf diesem Dokument offenbaren. Die restlichen drei Eingabesummen konnte er – wiederum bezeichnenderweise – keinem Unternehmen zuordnen. All dies zeigt, dass die Fabio Bau GmbH an der besagten Vorversammlung teilgenommen hat und dabei die Eingabesummen mit der Impraisa Mario GmbH und der Bezzola Denoth AG

besprach. Einen anderen Schluss lassen die genannten Beweismittel nicht zu (vgl. dazu auch Rz 198 hiernach).

167. Nicht zu folgen ist vor diesem Hintergrund dem Einwand der Fabio Bau GmbH in ihrer Stellungnahme vom 3. Januar 2018, dass die Aussagen von C._____ in diesem Punkt für die Beweisführung ungeeignet seien.²⁹⁸ Wie gezeigt worden ist, decken sich dessen Aussagen mit den objektiven Beweismitteln, insbesondere betreffend das „[...]“ im April 2008. Ins Leere stösst insofern auch die Behauptung, dass die Behörde den Vorwurf gegen die Fabio Bau GmbH einzig auf die Aussagen von C._____ stütze.²⁹⁹ Neben dessen Aussagen wird die Beteiligung der Fabio Bau GmbH an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen durch mehrere objektive Beweismittel belegt, insbesondere die Unterlagen betreffend das Bauprojekt „[...]“ und die Agenda von T._____. Zu diesen objektiven Beweismitteln äusserte sich die Fabio Bau GmbH in ihrer Stellungnahme vom 3. Januar 2018 zum Antrags des Sekretariats nicht.³⁰⁰ Dies ist ein weiterer Beleg, dass es sich bei ihren Sachverhaltsbestreitungen um Schutzbehauptungen handelt.

168. Damit ist erstellt, dass die Fabio Bau GmbH an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen beteiligt war, ebenso die [...].

B.4.2.3.7 Koch AG Ramosch

169. I._____, Koch AG Ramosch, bestritt, jemals an einer Vorversammlung teilgenommen zu haben.³⁰¹ Auch könne er sich nicht daran erinnern, je eine Einladung zu einer Vorversammlung erhalten zu haben.³⁰²

170. Diese Aussagen sind nicht glaubhaft. Sowohl C._____ als auch D._____ bestätigten unabhängig voneinander, I._____ persönlich an Vorversammlungen gesehen zu haben. Konkret gaben sie dazu folgende Aussagen zu Protokoll:

- C._____ sagte aus, dass die Firma Koch im Jahr 2007 an einigen Vorversammlungen teilgenommen habe. Für das Jahr 2008 könne er dies nicht mit Sicherheit sagen.³⁰³ I._____ habe er persönlich an Vorversammlungen gesehen.³⁰⁴ Die Aussage von I._____, dass er nie an Vorversammlungen teilgenommen habe, könne er nicht nachvollziehen.³⁰⁵

²⁸⁸ Act. VII.B.8 (22-0458), Zeilen 253–281.

²⁸⁹ Act. VII.B.7 (22-0458), Zeilen 123–125.

²⁹⁰ Act. IX.D.033; Act. III.D.040; Act. III.D.035; Act. III.D.024; Act. III.D.024.

²⁹¹ Act. III.D.024.

²⁹² Act. II.2 (22-0458), Zeilen 176–180.

²⁹³ Act. VII.B.8 (22-0458), Zeilen 183 und 204–210.

²⁹⁴ Act. III.R.007.

²⁹⁵ Act. III.B.003.

²⁹⁶ Act. III.B.003.

²⁹⁷ Act. III.B.003.

²⁹⁸ Vgl. Act. V.28 (22-0458), Rz 18 f.

²⁹⁹ Vgl. Act. V.28 (22-0458), Rz 18 f.

³⁰⁰ Vgl. Act. V.28 (22-0458), Rz. 18 f.

³⁰¹ Act. II.5 (22-0458), Zeilen 75 und 155.

³⁰² Act. II.5 (22-0458), Zeile 176.

³⁰³ Act. VII.B.8 (22-0458), Zeile 226 f.

³⁰⁴ Act. VII.B.8 (22-0458), Zeile 241 f.

³⁰⁵ Act. VII.B.8 (22-0458), Zeile 246 f.

- D. _____ führte aus, dass er mit I. _____ persönlich an Vorversammlungen ab Frühsommer 2007 zusammengesessen sei.³⁰⁶ Die Absolutheit, mit welcher I. _____ seine Teilnahme an Vorversammlungen bestritten habe, habe ihn kurz an seiner Erinnerung zweifeln lassen. Aber er habe nochmals nachgedacht, als er dessen Aussage im Protokoll der Parteieinvernahme vom 18. März 2016 gelesen habe. Er habe die Erinnerung, dass er I. _____ an mindestens einer Vorversammlung gesehen habe, es könnten aber auch mehr als eine Vorversammlung gewesen sein. Seines Wissens habe I. _____ somit an Vorversammlungen teilgenommen.³⁰⁷

171. Dabei ist zu beachten, dass C. _____ und D. _____ beide differenziert, konsistent und übereinstimmend darlegten, welche Personen an Vorversammlungen teilnahmen und welche nicht. Aus ihrem Aussageverhalten geht hervor, dass sie ihre Erinnerungen zu den Personen, die sich an Vorversammlungen beteiligten, kritisch prüften und allfällige Erinnerungslücken oder Unsicherheiten offenlegten. Auch unterliessen sie es, ihre eigene Rolle im Zusammenhang mit den Vorversammlungen zu beschönigen. Beispielsweise räumte C. _____ ein, dass er im Jahr 2007 an einzelnen Vorversammlungen die Funktion des Sitzungsleiters übernommen habe.³⁰⁸ Diese „Realkennzeichen“ verstärken die Beweiskraft der Aussagen C. _____ und D. _____.

172. Weiter werden die Aussagen von C. _____ und D. _____ durch objektive Beweismittel gestützt. So ist I. _____ mehrfach auf Einladungen zu Vorversammlungen vermerkt und zwar sowohl für die Koch AG Ramosch als auch für die frühere s. _____.³⁰⁹ Teilweise befinden sich neben ihm handschriftliche Zahlen.³¹⁰ Auch dies belegt, dass I. _____ tatsächlich an Vorversammlungen teilgenommen hat und dabei mit anderen Bauunternehmen die Eingabesummen besprach. Eine (andere) Erklärung hierfür konnte I. _____ nicht nennen³¹¹ und ist auch der Stellungnahme der Koch AG Ramosch vom 7. Februar 2018 nicht zu entnehmen.³¹² Dies ist als weiterer Beleg zu werten, dass es sich bei ihren Sachverhaltsbestreitungen um Schutzbehauptungen handelt. Beizufügen ist, dass die Koch AG Ramosch nicht Mitglied des GBV war. Sie war daher nicht verpflichtet, dem GBV den Erhalt der Ausschreibungsunterlagen zu melden.³¹³ Dass sie auf Einladungen zu Vorversammlungen aufgeführt ist, offenbart ihren Willen, an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen zu partizipieren. Die Koch AG Ramosch wäre nicht zu einer Vorversammlung für die Besprechung eines spezifischen Bauprojekts eingeladen worden, wenn sie nicht vorgängig ihr Interesse angemeldet hätte.

173. Die Koch AG Ramosch, die zuvor als Enstrada SA firmierte, ist seit anfangs 2007 Trägerin eines Bauunternehmens (vgl. Rz 16 hiervor). D. _____ legte glaubhaft dar, dass er I. _____ an Vorversammlungen ab Frühsommer 2007 persönlich gesehen habe. Vor diesem Hintergrund ist nicht nur erwiesen, dass die frühere s. _____ an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen beteiligt war, sondern auch die Koch AG Ramosch. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

B.4.2.3.8 René Hohenegger Sarl

174. P. _____, René Hohenegger Sarl, gab zu Protokoll, insgesamt maximal zehn Einladungen zu Vorversammlungen erhalten zu haben, aber nur an einer einzigen Vorversammlung teilgenommen zu haben.³¹⁴ Diese Aussagen decken sich mit denjenigen von C. _____. Dieser sagte aus, dass die René Hohenegger Sarl in der Regel nicht an Vorversammlungen teilgenommen habe. Er könne nicht ausschliessen, dass P. _____ ein oder zwei Mal an Vorversammlungen anwesend gewesen sei.³¹⁵ D. _____ verneinte, P. _____ an Vorversammlungen gesehen zu haben.³¹⁶

175. Von Bedeutung ist sodann das Faxschreiben der René Hohenegger Sarl an den GBV vom 28. April 2008³¹⁷ für die Vorversammlung vom 29. April 2008 betreffend das „[...]“. Darin meldete sich die René Hohenegger Sarl zwar zu besagter Vorversammlung ab. Zur Begründung gab sie an, dass nicht alle Mitglieder den Erhalt der Ausschreibungsunterlagen dem GBV melden würden und eine Vorversammlungen unter diesen Voraussetzungen keinen Sinn mache. Allerdings distanzierte sich die René Hohenegger Sarl nicht von den Vorversammlungen als solchen, im Gegenteil: Sie zeigte ihre Bereitschaft an, weiterhin mit anderen Bauunternehmen in dieser Form zusammenzuarbeiten. Konkret hielt P. _____ im genannten Schreiben fest, dass er der „letzte sein werde, der nicht zu konstruktiven Gesprächen bereit“ sei, „sollte sich die leidige Situation zum Besseren wenden“. Schliesslich äusserte er seinen Wunsch, dass sich eine „positive Wendung“ finden lasse, „nicht zuletzt zum Wohle aller Unternehmungen“. Mit diesen Worten brachte die René Hohenegger Sarl zum Ausdruck, dass sie die Zusammenarbeit zwischen Unterengadiner Bauunternehmen im Rahmen von Vorversammlungen grundsätzlich mitträgt und auch für die Zukunft begrüsst, sofern die Disziplin der beteiligten Unternehmen grösser wäre. Daraus ist zu schliessen, dass die René Hohenegger Sarl am Konsens, an Vorversammlungen Bauprojekte aufzuteilen und die Angebotspreise festzulegen, beteiligt war. Allerdings ist zu ihren Gunsten festzuhalten, dass sie darin nur am Rande verwickelt war.

B.4.2.4 Beweisergebnis

176. Nach dem Gesagten ist erstellt, dass folgende Verfahrensparteien an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen beteiligt waren:

- die Bezzola Denoth AG, die Foffa Conrad AG und die Zebblas Bau AG Samnau;
- die Impraisa da fabrica Margadant;

³⁰⁶ Act. VII.B.7 (22-0458), Zeilen 120 und 126–128.

³⁰⁷ Act. VII.B.7 (22-0458), Zeilen 140–144.

³⁰⁸ Act. VII.B.8 (22-0458), Zeilen 87–96.

³⁰⁹ Act. III.D.035; Act. III.D.030; Act. III.D.013; Act. III.B.002; Act. III.C.010; Act. III.D.038; Act. III.D.041.

³¹⁰ Act. III.D.035; Act. III.D.030.

³¹¹ Act. II.9 (22-0458), Zeilen 93 ff.

³¹² Vgl. Act. V.36 (22-0458), Rz 7.

³¹³ Vgl. Act. II.9 (22-0458), Zeilen 199 ff.

³¹⁴ Act. IX.D.14, Zeilen 68–81.

³¹⁵ Act. IX.C.050, Zeilen 102–104.

³¹⁶ Act. IX.C.049, Zeile 173 f.

- die Impraisa Mario GmbH;
- die Lazzarini AG;
- die Fabio Bau GmbH, ebenso die r.____;
- die Koch AG Ramosch, ebenso die frühere s.____;
- die René Hohenegger Sarl.

177. Weiter ist erwiesen, dass auch der GBV in die Zusammenarbeit im Rahmen der Vorversammlungen involviert war. Seine Rolle bestand in der Organisation der entsprechenden Sitzungen. Zwar trat er nicht selber als Anbieter von Bauleistungen im Unterengadin auf, schaffte aber mit seinem Verhalten die Grundlagen für die Projektzuteilungen und Angebotskoordinierungen unter den Bauunternehmen.

B.4.3 Verfolgter Zweck

B.4.3.1 Beweisthema

178. In tatsächlicher Hinsicht ist weiter zu prüfen, welchen Zweck die beteiligten Verfahrensparteien mit der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen verfolgten. Dabei stützt sich die Behörde auf die nachfolgend aufgeführten Beweismittel.

B.4.3.2 Beweismittel

B.4.3.3 Urkunden

179. In seinem Schreiben an den GBV, Sektion Engiadina bassa/Val Müstair vom 25. Oktober 2006 betreffend „Rücksichtsabsichten von meinem Mandat als Leiter der Vorversammlungen in der Sektion Engiadina bassa/Val Müstair“³¹⁸ brachte T.____ zum Ausdruck, dass er als Leiter der Vorversammlungen versucht habe, dazu beizutragen, „das gegenseitige Vertrauen unter den Mitgliedern wieder aufzubauen.“ Leider sei diesem Vorhaben nicht immer Erfolg beschieden gewesen. [Mal sei der Eine ausgesichert, mal der andere. Meistens mit fragwürdigen Argumenten. Weiter äusserte er seinen Wunsch, dass den Verbandsmitgliedern im Unterengadin gelingen möge, „die anvisierten Ziele im Sinne des gegenseitigen Respekts zu erreichen.“

B.4.3.4 Auskünfte von Parteien

180. C.____, Foffa Conrad AG, sagte am 31. Oktober 2012 aus, dass es bei der Zusammenarbeit im Rahmen der Vorversammlungen nicht darum gegangen sei, die Preise zu erhöhen, sondern vernünftige Preise zu erhalten und die Arbeiten vernünftig zu verteilen.³¹⁹ Am 18. August 2015 führte er weiter aus, dass die Berechnungsverfahren dazu gedient hätten, überhöhte Preise zu verhindern. Sowohl überhöhte Preise als auch Dumpingpreise seien schlecht. Die Berechnungsverfahren hätten dazu geführt, dass die Unternehmen seriös gerechnet hätten. Heute müsse man in der Regel den tiefsten Preis offerieren, um den Auftrag zu erhalten. Der Zweck der Berechnungsverfahren habe namentlich darin bestanden, Spekulation zu verhindern. Man habe Unsicherheiten bezüglich des Bauprojekts oder von kalkulationsrelevanten Faktoren verhindern wollen. Mit den Berechnungsverfahren habe man die Diskussionen über den Preis reduzieren können.³²⁰ Am 23. Mai 2016 hielt C.____ schliesslich fest, dass mit den Vorversammlungen stets der gleiche Zweck verfolgt worden sei. Die

beteiligten Bauunternehmen hätten versucht, die Interessen abzuwägen und die Aufträge vernünftig zu verteilen.³²¹ Zudem bestätigte er, dass mit den Vorversammlungen bezweckt worden sei, sich über die Zuteilung und den Preis von Bauprojekten zu einigen.³²²

181. D.____, Bezzola Denoth AG, gab 18. August 2015 zu Protokoll, dass bei den Vorversammlungen ausführungstechnische und verfahrenstechnische Probleme thematisiert worden seien. Zudem habe man versucht, die Interessen der Bauunternehmen an Bauprojekten abzuklären.³²³ Am 23. Mai 2016 sagte er zwar aus, dass es nicht bei allen Vorversammlungen zu einer Projektzuteilung und Koordination der Eingabesummen gekommen sei, räumte aber ein, dass es sicher auch Vorversammlungen zu Objekten gegeben habe, die dazu gedient hätten, sich über die Zuteilung und den Preis von Bauprojekten zu einigen.³²⁴

182. P.____, René Hohenegger Sarl, führte am 22. Juli 2015 aus, dass die Vorversammlungen dazu gedient hätten, Unklarheiten in den Ausschreibungsunterlagen zu besprechen.³²⁵

183. Q.____, GBV, hielt fest, dass die Vorversammlungen zur Klärung der Ausschreibungsunterlagen und Wettbewerbsbedingungen unter dem Gesichtspunkt der Übereinstimmung mit den geltenden Normen und Vorschriften bestimmt gewesen seien. Der Zweck der Vorversammlungen sei abschliessend im entsprechenden Reglement des SBV umschrieben gewesen.³²⁶ Die Aussage von C.____, dass die Vorversammlungen dazu gedient hätten, sich über die Zuteilung und den Preis von Bauprojekten zu einigen, nahm er zur Kenntnis, verzichtete aber darauf, dazu Stellung zu nehmen.³²⁷ Auch F.____, Fabio Bau GmbH, und I.____, Koch AG Ramosch, nahmen die Aussagen von C.____ zum Zweck der Vorversammlungen zur Kenntnis, als sie damit konfrontiert wurden. Sie verzichteten aber ebenfalls darauf, sich dazu zu äussern.³²⁸ Lediglich G.____ erwähnte am 24. Mai 2016, dass diese Sitzungen nach seiner Erinnerung nicht Vorversammlungen, sondern Submittentenversammlungen hiessen.³²⁹ Schliesslich ist zu erwähnen, dass die Lazzarini AG in ihren Antworten auf den Fragebogen des Sekretariats vom 16. September 2016 bestritten hat, dass ihr Verhalten im Zusammenhang mit Vorversammlungen im Unterengadin eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt habe.³³⁰

B.4.3.5 Beweiswürdigung

184. Die Aussagen der Verfahrensparteien sind uneinheitlich, was den Zweck der Zusammenarbeit im Rah-

³¹⁷ Act. III.B.003.

³¹⁸ Act. III.R.001.

³¹⁹ Act. IV.002, Zeile 121 f.

³²⁰ Act. IX.C.50, Zeilen 188 ff.

³²¹ Act. VII.B.8 (22-0458), Zeile 113 f.

³²² Act. VII.B.8 (22-0458), Zeilen 127–132.

³²³ Act. IX.C.49, Zeilen 128–130.

³²⁴ Act. VII.B.7 (22-0458), Zeilen 85–96.

³²⁵ Act. IX.D.14, Zeilen 71–74.

³²⁶ Act. II.1 (22-0458), Zeilen 340–345.

³²⁷ Act. II.1 (22-0458), Zeilen 349–353.

³²⁸ Act. II.2 (22-0458), Zeilen 209–212 und Act. II.9. (22-0458), Zeilen 128–132.

³²⁹ Act. II.8 (22-0458), Zeilen 221–224.

³³⁰ Act. IX.B.28, Antwort auf Frage 8.

men von Vorversammlungen betrifft. P._____ und Q._____ heben hervor, dass der Zweck in der Beseitigung von Unklarheiten in den Ausschreibungsunterlagen bestanden habe. Gemäss C._____ und teils auch D._____ seien die Klärung der Interessenlage und die Aufteilung der Bauprojekte im Vordergrund gestanden, unter der Berücksichtigung der Kapazitäten.

185. Die Aussagen der Personen, die sich zum Zweck der Vorversammlungen äusserten, sind als glaubhaft zu werten. Sie zeigen einzelne Aspekte auf, die im Kontext der Vorversammlungen eine Rolle spielten. Um ein kompletteres Bild der Beweggründe der Beteiligten zu erhalten, sind allerdings dem Inhalt und der Art der Zusammenarbeit Rechnung zu tragen. Wie erstellt ist (vgl. Rz 150 hiervor), hatte die Zusammenarbeit im Rahmen von Versammlungen die Aufteilung von Hoch- und Tiefbauleistungen und die Festlegung bzw. Abstimmung der Angebotspreise zum Gegenstand. Einer solchen Form der Zusammenarbeit ist immanent, dass sie darauf abzielt, den Wettbewerb unter den Beteiligten auszuschalten. Die Beteiligten sollten sich nicht konkurrenzieren. Vielmehr wollten sie im Einvernehmen darüber entscheiden, welches Unternehmen welche Bauaufträge erhält und zu welchem Preis ausführt. Insofern bestand der Zweck der Vorversammlungen – neben möglichen weiteren Zielen – auch in der Zuschlagsteuerung und der Verhinderung des Preiswettbewerbs. Dass die Beteiligten mit ihrem Verhalten ausschliesslich andere Zwecke verfolgten, kann bei der vorliegend zu beurteilenden Form der Zusammenarbeit ausgeschlossen werden. Dies geht im Übrigen auch aus dem Schreiben von T._____ an den GBV, Sektion Engiadina bassa/Val Müstair vom 25. Oktober 2006 betreffend „Rücksichtsabsichten von meinem Mandat als Leiter der Vorversammlungen in der Sektion Engiadina bassa/Val Müstair“³³¹ hervor. Darin lässt T._____ die Ziele durchblicken, welche die Beteiligten mit der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen verfolgten, nämlich dass die Bauunternehmen im Unterengadin anstelle des Wettbewerbs ihr Marktverhalten koordinieren und einvernehmlich regeln sollten. Unglaublich ist vor diesem Hintergrund namentlich die nicht weiter substantiierte Behauptung der Lazzarini AG, dass ihr Verhalten im Zusammenhang mit den Vorversammlungen keine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt habe.

B.4.3.6 Beweisergebnis

186. Nach dem Gesagten ist erstellt, dass die Beteiligten mit der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen unter anderem bezweckten:

- sich betreffend den Zuschlag für Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin nicht zu konkurrenzieren;
- sich betreffend den Preis für Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin nicht zu konkurrenzieren.

B.4.4 Dauer

B.4.4.1 Beweisthema

187. Im Folgenden ist zu prüfen, wie lange der Konsens der beteiligten Verfahrensparteien bestand, im Rahmen von Vorversammlungen für Hoch- und Tiefbauleistungen

im Unterengadin den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen.

B.4.4.2 Beweismittel

B.4.4.2.1 Urkunden

188. Zur Beurteilung der vorliegenden Sachverhaltsfrage sind folgende Urkunden relevant:

- Reglement über die Entschädigung von Leistungen im Auftrage des GBV und Spesenabrechnungen des GBV für die Submissionsleiter und deren Stellvertreter (vgl. Rz 103 hiervor)³³²;
- Spesenabrechnungen des GBV für die Submissionsleiter und deren Stellvertreter betreffend die Jahre 2006 bis 2010 (vgl. dazu Rz 104 hiervor)³³³;
- Auszüge aus der Finanzbuchhaltung des GBV der Jahre 2008 bis 2010³³⁴;
- Agenda von T._____ betreffend die Jahre 2007 bis 2008 (vgl. dazu Rz 105 f. hiervor)³³⁵;
- Einladungen zu Vorversammlungen in den Jahren 2002 bis 2008³³⁶;
- Unterlagen zur Vorversammlung vom 29. April 2008 betreffend das „[...]“³³⁷;
- Jahresbericht des Präsidenten des GBV Sektion Unterengadin/Münstertal vom März 2008 betreffend das Jahr 2007 (vgl. dazu Rz 107 hiervor)³³⁸;
- Jahresbericht des Präsidenten des GBV Sektion Unterengadin/Münstertal vom März 2009 betreffend das Jahr 2008 (vgl. dazu Rz 107 hiervor)³³⁹.

B.4.4.2.2 Auskünfte von Parteien

189. C._____, Foffa Conrad AG, sagte am 31. Oktober 2012 aus, dass die letzten Berechnungssitzungen im Jahr 2006 durchgeführt worden seien.³⁴⁰ Am 18. August 2015 präzisierte er, dass auch im Jahr 2007 und 2008 noch einige Vorversammlungen stattgefunden hätten. Das Ziel dieser Vorversammlungen habe immer noch darin bestanden, sich betreffend die Aufteilung der Bauprojekte zu einigen. Allerdings habe man sich in der Regel nicht einigen können. Bei den Vorversammlungen im Jahr 2007 und 2008 habe es sich um „Ausläufer“ des früheren Systems gehandelt.³⁴¹ Am 23. bzw. 27. Mai 2016 führte C._____ schliesslich aus, dass es im Jahr 2006 noch eine gewisse Systematik bei den Vorversammlungen gegeben habe. 2007 habe es noch einige

³³¹ Act. III.R.001.

³³² Act. I.72 (22-0458).

³³³ Act. I.72 (22-0458).

³³⁴ Act. I.72 (22-0458).

³³⁵ Act. III.R.006 und Act. III.R.007.

³³⁶ Act. III.B.001; Act. III.B.002; Act. III.B.003; Act. III.C.010; Act. III.D.013; Act. III.D.018; Act. III.D.024; Act. III.D.025; Act. III.D.026; Act. III.D.027; Act. III.D.030; Act. III.D.031; Act. III.D.033; Act. III.D.034; Act. III.D.035; Act. III.D.036; Act. III.D.037; Act. III.D.038; Act. III.D.039; Act. III.D.040; Act. III.D.041; Act. III.D.046; Act. III.D.047; Act. III.D.048.

³³⁷ Act. III.B.003.

³³⁸ Act. III.C.085.

³³⁹ Act. III.C.089.

³⁴⁰ Act. IV.002, Zeile 101 f. und 117 f.

³⁴¹ Act. IX.C.50, Zeilen 257–291.

Vorversammlungen gegeben. 2008 habe es nur noch wenige Vorversammlungen gegeben.³⁴²

190. D._____, Bezzola Denoth AG, führte am 23. Mai 2016 aus, dass es nach seiner Erinnerung im Jahr 2007 noch einige Vorversammlungen gegeben habe, im Jahr 2008 nur noch vereinzelt.³⁴³

191. Q._____, GBV, räumte ein, dass Vorversammlungen noch bis ins 2008 durchgeführt worden seien.³⁴⁴

192. Die übrigen Verfahrensparteien bestritten, überhaupt an Vorversammlungen teilgenommen zu haben (Koch AG Ramosch³⁴⁵, Fabio Bau GmbH³⁴⁶, René Hohenegger Sarl³⁴⁷) oder zumindest nicht bis 2008 (Lazzarini AG³⁴⁸, Impraisa da fabrica Margadant³⁴⁹).

B.4.4.2.3 Zeugnis und Auskünfte von Drittpersonen

193. T._____ gab im Rahmen seiner Zeugeneinvernahme vom 31. Oktober 2012 zunächst an, dass er die Aufgabe des Berechnungsleiters wohl bis ungefähr im Jahr 2004 wahrgenommen habe.³⁵⁰ Im späteren Verlauf der Zeugeneinvernahme gab er zu Protokoll, dass er sich bei dieser Jahresangabe geirrt habe.³⁵¹

B.4.4.3 Beweiswürdigung

B.4.4.3.1 Im Allgemeinen

194. C._____, D._____ und Q._____ räumten unabhängig voneinander ein, dass bis ins Jahr 2008 Vorversammlungen durchgeführt worden seien. C._____ und D._____ anerkannten zudem, dass an den Vorversammlungen in diesen Jahren zumindest teilweise versucht worden sei, sich über die Zuteilung und den Preis von Bauprojekten zu einigen. Ihre übereinstimmenden Aussagen erachtet die Behörde als glaubhaft. Sie stimmen mit den objektiven Beweismitteln überein.

195. So belegt die Agenda von T._____, dass im Unterengadin in den Jahren 2007 und 2008 Vorversammlungen unter seiner Leitung durchgeführt wurden. Die Vorversammlungen im Unterengadin vermerkte T._____ in seiner Agenda jeweils mit blauen Markierungen und dem Betreff „SC“ oder „ZE“ (zum Ganzen auch Rz 235 ff. hiernach). Die letzte Vorversammlung im Unterengadin fand danach am 6. Mai 2008 statt. Für das Jahr 2008 insgesamt finden sich diverse solche Einträge.

196. Weiter sind die Spesenabrechnungen des GBV betreffend T._____ zu beachten. Daraus geht hervor, dass T._____ vom GBV für seine Tätigkeit als Submissionsleiter bis 2008 entschädigt wurde. Für das Jahr 2008 erhielt er eine Entschädigung von CHF 555.00. Auch dies belegt, dass T._____ die Funktion des Submissionsleiters bis ins Jahr 2008 ausübte. Dagegen ist in den Auszügen der Finanzbuchhaltung des GBV der Jahre 2009 und 2010 der Posten „Submissionsleiter“ weiterhin enthalten, jedoch wurde kein entsprechender Aufwand mehr verbucht. Dies belegt, dass T._____ nach dem Jahr 2008 keine Vorversammlungen mehr leitete.

197. In den Jahresberichten des Präsidenten des GBV betreffend die Jahre 2007 und 2008 ist zwar vermerkt, dass in diesen Jahren keine Vorversammlungen im Unterengadin durchgeführt worden seien.³⁵² Allerdings relativierte C._____, der diese Berichte verfasste, diese

Angaben. Vorversammlungen seien auch im Jahr 2007 und 2008 noch durchgeführt worden, doch seien sie nach seinem Wissen nicht mehr erfolgreich gewesen. Die Bauunternehmen hätten sich in diesen Jahren nicht mehr darauf einigen können, sich gegenseitig zu unterstützen.³⁵³

198. Dass an den Vorversammlungen im Jahr 2008 immer noch über Eingabesummen gesprochen worden ist, zeigen die Unterlagen zur Vorversammlung vom 29. April 2008 betreffend „[...]“.³⁵⁴ Auf der Einladung zu dieser Vorversammlung vom 29. April 2008 findet sich neben den Bewerberinnen Impraisa Mario GmbH, Fabio Bau GmbH und Bezzola Denoth AG eine handschriftliche Zahl.³⁵⁵ Ausgenommen ist einzig die ebenfalls als Bewerberin aufgelistete René Hohenegger Sarl. Bezeichnenderweise hat sich diese mit Faxschreiben vom 28. April 2008³⁵⁶ für die Vorversammlung vom 29. April 2008 betreffend „[...]“ explizit abgemeldet. Weiter enthält der Vergabeantrag des Bauleiters Z._____ vom 16. Juni 2008 eine anonyme Auflistung der eingegangenen Offerten.³⁵⁷ Darauf ordnete F._____ die entsprechenden Eingabesummen der Impraisa Mario GmbH, der Bezzola Denoth AG und der Fabio Bau GmbH zu, wie seine handschriftlichen Vermerke auf diesem Dokument offenbaren. Die restlichen drei Eingabesummen konnte er – wiederum bezeichnenderweise – keinem Unternehmen zuordnen. All dies zeigt, dass die beteiligten Unternehmen an der Vorversammlung vom 29. April 2008 die Eingabesummen besprachen. Einen anderen Schluss lassen die genannten Beweismittel nicht zu.

199. Vor diesem Hintergrund ist erwiesen, dass bis Mai 2008³⁵⁸ Vorversammlungen stattfanden, die vom GBV organisiert wurden, und die beteiligten Unternehmen in diesem Rahmen die – hiervor aufgezeigte (Rz 150) – Zusammenarbeitsform praktizierten. Ebenso ist erstellt, dass es nach dem Mai 2008 keine solchen vom GBV organisierten Vorversammlungen mehr gab. Daraus kann geschlossen werden, dass diejenigen Unternehmen, die sich daran beteiligten, bis Mai 2008 grundsätzlich auch den Willen hatten, im Rahmen von Vorversammlungen zusammenzuarbeiten, sowie dass sie diesen Willen mündlich oder durch konkludentes Verhalten kundtaten. Hätten sie diese Form der Zusammenarbeit nicht mehr gewollt, hätten sie sich daran nicht bis Mai 2008 beteiligt.

³⁴² Act. II.B.8 (22-0458), Zeilen 318–327, Zeilen 349–355 und Zeile 644 f.

³⁴³ Act. II.B.7 (22-0458), Zeilen 171–177 und 210–214.

³⁴⁴ Act. II.1. (22-0458), Zeilen 537–536.

³⁴⁵ Act. II.5 (22-0458), Zeilen 75 und 155.

³⁴⁶ Act. II.2 (22-0458), Zeilen 176–180.

³⁴⁷ Act. IX.D.14, Zeilen 68–81.

³⁴⁸ Act. IX.B.28, Seite 5.

³⁴⁹ Act. II.8 (22-0458), Zeilen 215–220.

³⁵⁰ Act. IV.004, Zeile 59 f.

³⁵¹ Act. IV.004, Zeile 76 f.

³⁵² Act. III.C.085 und Act. III.C.089.

³⁵³ Act. VII.B.8 (22-0458), Zeilen 102–106.

³⁵⁴ Act. III.B.003.

³⁵⁵ Act. III.B.003.

³⁵⁶ Act. III.B.003.

³⁵⁷ Act. III.B.003.

³⁵⁸ In der Agenda von T._____ ist am 6. Mai 2008 letztmals ein Eintrag für eine Vorversammlung im Unterengadin vermerkt.

200. Allerdings ist zu prüfen, ob alle beteiligten Unternehmen an dieser Zusammenarbeit tatsächlich bis zum Ende der Vorversammlungen involviert waren. Dabei ist zwischen den einzelnen Verfahrensparteien zu differenzieren. Darauf ist Folgenden im Einzelnen einzugehen.

B.4.4.3.2 Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG und Zebblas Bau AG Samnau

201. Die Bezzola Denoth AG, die Foffa Conrad AG und die Zebblas Bau AG Samnau räumten ein, bis zur Abschaffung der Vorversammlung an der entsprechenden Zusammenarbeit beteiligt gewesen sind.³⁵⁹ Anzeichen, dass ihre Angaben nicht der Wahrheit entsprächen, bestehen nicht. Zudem werden ihre Angaben durch objektive Beweismittel gestützt, namentlich durch die Agenda von T._____ und die beschlagnahmten Einladungen zu Vorversammlungen. Insofern ist als erwiesen zu erachten, dass die Bezzola Denoth AG, die Foffa Conrad AG und die Zebblas Bau AG Samnau bis Mai 2008 an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen beteiligt waren.

B.4.4.3.3 Lazzarini AG

202. Die Lazzarini AG bestreitet, nach dem Jahr 2005 noch an Vorversammlungen beteiligt gewesen zu sein.³⁶⁰ Insbesondere habe K._____, der seine Tätigkeit bei der Lazzarini AG im Jahr 2006 aufnahm, nie an Vorversammlungen teilgenommen. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, ist dies unglaubhaft.

203. C._____ und D._____ sagten beide unabhängig voneinander aus, K._____ persönlich an Vorversammlungen gesehen zu haben. Konkret gaben sie folgende Aussagen zu Protokoll:

- C._____ sagte am 23. Mai 2016 aus, dass er sich ganz sicher sei, dass K._____ an Vorversammlungen im Unterengadin teilgenommen habe. Er habe ihn an mehreren Vorversammlungen gesehen. Während seiner Zeit als Geschäftsführer der Lazzarini AG in Samedan sei K._____ auch verantwortlich für die Tätigkeiten der Lazzarini AG im Unterengadin gewesen. In diesem Zusammenhang habe er K._____ verschiedentlich an Vorversammlungen im Unterengadin gesehen. Es könne durchaus sein, dass die Lazzarini AG an einzelnen Vorversammlungen sowohl durch K._____ als auch durch L._____ vertreten worden sei.³⁶¹
- D._____ führte am 23. Mai 2016 aus, dass die Lazzarini AG sicher an Vorversammlungen dabei gewesen sei. Seines Wissens sei die Lazzarini AG durch zwei Personen vertreten gewesen. Mit Sicherheit habe K._____ teilgenommen und möglicherweise auch: L._____. Bei K._____ sei er sich sicher, L._____ sei er sich nicht sicher. Diese Aussagen würden sich auf Vorversammlungen ab Frühsommer 2007 beziehen, also etwa ab April/Mai 2007. Im Februar 2007 habe er bei der Bezzola Denoth AG begonnen, habe aber nicht sofort an Vorversammlungen teilgenommen. Die genannten Personen habe er persönlich an Vorversammlungen gesehen.³⁶²

204. In diesem Kontext ist zu beachten, dass C._____ und D._____ beide differenziert, konsistent und übereinstimmend darlegten, welche Personen an Vorversammlungen teilnahmen und welche nicht. Aus ihrem Aussageverhalten geht hervor, dass sie ihre Erinnerungen zu den Personen, die sich an Vorversammlungen beteiligten, kritisch prüften und allfällige Erinnerungslücken oder Unsicherheiten offenlegten. Auch unterliessen sie es, ihre eigene Rolle im Zusammenhang mit den Vorversammlungen zu beschönigen. Beispielsweise räumte C._____ ein, dass er im Jahr 2007 an einzelnen Vorversammlungen die Funktion des Sitzungsleiters übernommen habe.³⁶³ Diese „Realkennzeichen“ verstärken die Beweiskraft der Aussagen von C._____ und D._____. Im Rahmen der vorliegenden Beweiswürdigung kann auf ihre Aussagen abgestellt werden. Diese werden zudem durch objektive Beweismittel gestützt. Auf mehreren Einladungen zu Vorversammlungen aus dem Jahr 2006 finden sich neben der Lazzarini AG handschriftliche Zahlen.³⁶⁴ Besonders deutlich ist diesbezüglich die handschriftliche Gegenüberstellung verschiedener Eingabepositionen sowie der Gesamteingabesumme zwischen der Lazzarini AG und der Bezzola Denoth AG auf der Einladung zur Vorversammlung vom 24. Februar 2006 betreffend das Bauprojekt „[...]“.³⁶⁵ Dies zeigt, dass die Lazzarini AG auch nach 2005 noch an Vorversammlungen teilnahm und dabei die Eingabesummen mit anderen Bauunternehmen besprach. Weiter ist auf der Einladung zur Vorversammlung vom 9. März 2006 betreffend „[...]“³⁶⁶ handschriftlich vermerkt, welche Personen sich für diese Sitzung entschuldigten. Bei L._____, der auf diesem Dokument als Sachbearbeiter für die Lazzarini AG angegeben ist, fehlt ein solcher Vermerk. Dies deutet darauf hin, dass er an der besagten Vorversammlung vom 9. März 2006 teilgenommen hat. Zu nennen ist sodann die Einladung zur Vorversammlung vom 3. April 2008 betreffend das Bauprojekt „[...]“.³⁶⁷ Darauf ist die Lazzarini AG als Bewerberin vermerkt. Als Sachbearbeiter ist L._____ aufgeführt. Der Agenda von T._____ aus dem Jahr 2008³⁶⁸ ist zu entnehmen, dass diese Vorversammlung tatsächlich stattgefunden hat (dazu auch Rz 235 ff. hiernach). Gleiches gilt etwa für die Vorversammlung vom 29. März 2007 betreffend das Bauprojekt „[...]“.³⁶⁹ Auf der entsprechenden Einladung ist die Lazzarini AG als Bewerberin angegeben³⁶⁹ und die Vorversammlung fand gemäss der Agenda von T._____ aus dem Jahr 2007 tatsächlich statt.³⁷⁰

205. Andere Erklärungen dieser Beweismittel sind den Vorbringen der Lazzarini AG nicht zu entnehmen. In ihrer Stellungnahme vom 7. Februar 2018 zum Antrag des Sekretariats äusserte sie sich nicht dazu.³⁷¹ Dies ist

³⁵⁹ Vgl. etwa Act. VII.B.8 (22-0458), Zeilen 65 ff. und 600–612.

³⁶⁰ Act. IX.B.28, Seite 5; Act. V.35 (22-0458), Rz 6 ff.

³⁶¹ Act. VII.B.8, Zeilen 270–281.

³⁶² Act. VII.B.7 (22-0458), Zeilen 120 und 123–131.

³⁶³ Act. VII.B.8 (22-0458), Zeilen 87–96.

³⁶⁴ Act. III.D.033; Act. III.D.040; Act. III.D.035; Act. III.D.024.

³⁶⁵ Act. III.D.024.

³⁶⁶ Act. III.D.030.

³⁶⁷ Act. III.D.018.

³⁶⁸ Act. III.R.007.

³⁶⁹ Act. III.D.046.

³⁷⁰ Act. III.R.006.

³⁷¹ Act. V.35 (22-0458), Rz 7.

als weiterer Beleg zu werten, dass es sich bei ihren Sachverhaltsbestreitungen betreffend die Dauer ihrer Beteiligung an den Vorversammlungen um eine Schutzbehauptung handelt. Zurückzuweisen ist sodann der Einwand der Lazzarini AG, dass sich C._____ und D._____ hinsichtlich der Präsenz von K._____ an Vorversammlungen getäuscht haben könnten.³⁷² Beide gaben unabhängig voneinander zu Protokoll, dass sie sich „sicher“³⁷³ bzw. „ganz sicher“³⁷⁴ seien, K._____ an Vorversammlungen persönlich gesehen zu haben. K._____ selber räumte ein, nachdem er seine Teilnahme an Vorversammlungen zunächst bestritt, dass seine Aussagen mit Unsicherheiten behaftet seien. Konkret gab er diesbezüglich zu Protokoll, [er wisse es wirklich nicht mehr. Er könne dies nicht mit Bestimmtheit sagen].³⁷⁵ Vor diesem Hintergrund sind seine Aussagen nicht geeignet, Zweifel am Wahrheitsgehalt der eindeutigen und übereinstimmenden Parteiauskünften von C._____ und D._____ aufkommen zu lassen. Daran ändert auch nichts, wie die Lazzarini AG vorbrachte³⁷⁶, dass K._____ als Zeuge unter Wahrheitspflicht stand.

206. Schliesslich ist zu erwähnen, dass sich die Lazzarini AG zu keinem Zeitpunkt von der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen distanzierte. So gab K._____ an, dass sich die Lazzarini AG – obwohl sie wohl jeweils die entsprechenden Sitzungsangaben erhalten habe³⁷⁷ – nie beim GBV für diese Sitzungen abgemeldet habe.³⁷⁸ Die handschriftlichen Notizen auf der Einladung zur Vorversammlung vom 9. März 2006 betreffend „[...]“³⁷⁹ zeigen, dass es zumindest nicht unüblich war, sich bei einer Nichtteilnahme an einer Vorversammlung abzumelden. Zur konkreten Vorversammlung liessen sich immerhin drei Unternehmen entschuldigen. C._____ bestätigte zudem, dass die Lazzarini AG in der Regel zu Vorversammlungen erschien, für die sie eingeladen war. Die Lazzarini AG sei ein Unternehmen, das „sich an Anstandsregeln und Ordnungen“ halte.³⁸⁰ Nachdem sich die Lazzarini AG an dieser Kooperationsform während vielen Jahren massgebend beteiligte und diese mitprägte, hätte sie sich explizit davon distanziert, wenn sie zum Schluss gekommen wäre, ihre Mitwirkung zu beenden, wie dies beispielsweise die René Hohenegger Sarl mit Faxschreiben vom 28. April 2008³⁸¹ kommunizierte. Anzeichen, dass die Lazzarini AG den Konsens, im Rahmen von Vorversammlungen Bauprojekte zuzuteilen und die Angebotspreise festzulegen, nicht bis zu deren Ende im Mai 2008 mitrug, bestehen nicht.

207. Aus dem Gefüge der Beweismittel und Indizien ergibt sich ein klares Gesamtbild: Die Lazzarini AG war bis Mai 2008 an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen beteiligt. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Insbesondere ist erstellt, dass auch K._____ nach seinem Eintritt bei der Lazzarini AG im Sommer 2006 an Vorversammlungen teilnahm.

B.4.4.3.4 Fabio Bau GmbH

208. F._____, Fabio Bau GmbH, sagte aus, dass er sich nicht erinnern könne, für die 2008 gegründete Fabio Bau GmbH an Vorversammlungen teilgenommen zu haben.³⁸² Wie bereits gezeigt worden ist, ist indes erstellt, dass die Fabio Bau GmbH im Jahr 2008 an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen beteiligt

gewesen ist (dazu im Einzelnen Rz 165 ff. hiervor). Dabei stützt sich die Behörde insbesondere auf die Aussagen von C._____ und D._____ sowie auf die Agenda T._____ aus dem Jahr 2008³⁸³ und die Beweismittel zur Vorversammlung vom 29. April 2008 betreffend „[...]“.³⁸⁴

B.4.4.3.5 Impraisa da fabrica Margadant

209. G._____, Impraisa da fabrica Margadant, gab am 24. Mai 2016 zu Protokoll, dass er in den Jahren 1999 bis ungefähr 2004 an projektbezogenen „Submittenversammlungen“ teilgenommen habe, allerdings äusserst selten.³⁸⁵ C._____ sagte am 18. August 2015 aus, dass er sich nicht daran erinnern könne, dass G._____ jemals an einer Vorversammlung teilgenommen habe. Er könne dies aber nicht ausschliessen. Er wolle ihn nicht in Schutz nehmen, es sei einfach so.³⁸⁶ D._____ verneinte ebenfalls, dass G._____ an Vorversammlungen teilgenommen habe.³⁸⁷

210. Diese Aussagen von Verfahrensparteien sind im Kontext der objektiven Beweismittel zu würdigen. Auf der Einladung zur Vorversammlung vom 17. Juli 2006 betreffend „[...]“³⁸⁸ sind neben der Impraisa da fabrica Margadant handschriftlich zwei Fragezeichen vermerkt. Dies deutet darauf hin, dass er an der besagten Vorversammlung nicht anwesend war. Allerdings ist auf der Einladung zur Vorversammlung vom 2. März 2006 betreffend „[...]“ neben der Impraisa da fabrica Margadant eine handschriftliche Zahl angegeben. Dies zeigt, dass G._____ an der betreffenden Vorversammlung teilnahm und dort die Eingabesummen mit anderen Unternehmen besprach. Eine andere Erklärung ist hierfür nicht ersichtlich. G._____ selber konnte keine schlüssige anderweitige Erklärung abgeben, was dieser Vermerk bedeutet und wie er zustande kam.³⁸⁹

211. Hinweise, dass die Impraisa da fabrica Margadant auch nach dem Jahr 2006 noch an Vorversammlungen teilnahm, liegen nicht vor. Dem Grundsatz *in dubio pro reo* folgend ist daher zu ihren Gunsten anzunehmen, dass sie ihre Mitwirkung anschliessend einstellte. Damit ist erstellt, dass sich die Impraisa da fabrica Margadant bis 2006 – wenn auch nur sporadisch – an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen beteiligte.

³⁷² Vgl. Act. V.35 (22-0458), Rz 9.

³⁷³ Act. VII.B.7 (22-0458), Zeilen 123 ff. (Aussage von D._____).

³⁷⁴ Act. VII.B.8 (22-0458), Zeile 271 (Aussage von C._____).

³⁷⁵ Act. II.11 (22-0458), Zeile 150.

³⁷⁶ Act. V.35 (22-0458), Rz 8.

³⁷⁷ Act. II.11 (22-0458), Zeile 240 f.; vgl. dazu etwa auch die Infobau-Einladungen aus den Jahren 2007 und 2008, auf denen die Lazzarini AG als Bewerberin aufgeführt ist (Act. III.B.002; Act. III.D.046; Act. III.D.018).

³⁷⁸ Act. II.11 (22-0458), Zeilen 243–245.

³⁷⁹ Act. III.D.030.

³⁸⁰ Act. VII.B.8 (22-0458), Zeilen 255–259.

³⁸¹ Act. III.B.003.

³⁸² Act. II.2 (22-0458), Zeilen 176–180.

³⁸³ Act. III.R.007.

³⁸⁴ Act. III.B.003.

³⁸⁵ Act. II.8 (22-0458), Zeilen 215–220.

³⁸⁶ Act. IX.C.50, Zeilen 110–114.

³⁸⁷ Act. IX.C.49, Zeilen 177–179.

³⁸⁸ Act. III.D.037.

³⁸⁹ Act. II.8 (22-0458), Zeilen 166–199.

B.4.4.3.6 Impraisa Mario GmbH

212. H._____ gab anlässlich seiner Zeugeneinvernahme an, dass er sich nicht erinnern könne, an Vorversammlungen teilgenommen zu haben.³⁹⁰ Wie gezeigt worden ist, ist indes erstellt, dass die Impraisa Mario GmbH an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen beteiligt war. Massgebend zu berücksichtigen sind dabei insbesondere die entsprechenden Aussagen von C._____ und D._____; ebenso die handschriftlichen Zahlen auf Einladungen zu Vorversammlungen, die sich neben der Impraisa Mario GmbH befinden. Diese belegen, dass die Impraisa Mario GmbH tatsächlich an Vorversammlungen teilnahm und dabei die Eingabesummen mit anderen Unternehmen besprach. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel (dazu Rz 158 f. hiervor).

213. Was die Dauer der Beteiligung der Impraisa Mario GmbH an dieser Zusammenarbeit betrifft, sind zunächst die Aussagen von D._____ heranzuziehen. Dieser legte glaubhaft dar, H._____ an Vorversammlungen ab Frühsommer 2007 gesehen zu haben. Anzeichen, dass seine Aussagen nicht der Wahrheit entsprechen, bestehen nicht. Vielmehr gab er differenziert, konsistent und überzeugend darüber Auskunft, welche Personen an Vorversammlungen teilnahmen und welche nicht. Dass sich die Impraisa Mario GmbH bis zur Abschaffung der Vorversammlungen im Jahr 2008 an der entsprechenden Zusammenarbeit beteiligte, belegen sodann auch die Beweismittel zur Vorversammlung vom 29. April 2008 betreffend „[...]“.³⁹¹ Daraus geht hervor, dass die Impraisa Mario GmbH an der besagten Vorversammlung teilnahm und dabei mit der Bezzola Denoth AG und der Fabio Bau GmbH die Eingabesummen besprach (dazu auch Rz 198 hiervor).

214. Damit ist erwiesen, dass die Impraisa Mario GmbH bis Mai 2008 an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen beteiligt war.

B.4.4.3.7 René Hohenegger Sarl

215. Beweismässig ist erstellt, dass die René Hohenegger Sarl – wenn auch nur am Rande – am Konsens, an Vorversammlungen Bauprojekte aufzuteilen und die Angebotspreise festzulegen, beteiligt war (dazu Rz 174 f. hiervor).

216. Aus dem Faxschreiben der René Hohenegger Sarl an den GBV vom 28. April 2008³⁹² für die Vorversammlung vom 29. April 2008 betreffend „[...]“ geht hervor, dass sie die Zusammenarbeit zwischen Unterengadiner Bauunternehmen im Rahmen von Vorversammlungen grundsätzlich mittrug und auch für die Zukunft begrüsst hätte, sofern die Disziplin der beteiligten Unternehmen grösser gewesen wäre. Wörtlich hielt P._____ im genannten Schreiben fest, dass er der „*letzte sein werde, der nicht zu konstruktiven Gesprächen bereit*“ sei, „*sollte sich die leidige Situation zum Besseren wenden*“. Schliesslich äusserte er seinen Wunsch, dass sich eine „positive Wendung“ finden lasse, „*nicht zuletzt zum Wohle aller Unternehmungen*“. Diesen Worten ist zu entnehmen, dass die René Hohenegger Sarl den Konsens, im Rahmen von Vorversammlungen mit anderen Bauunternehmen zusammenzuarbeiten, bis zu diesem Zeitpunkt mittrug. Ihr Bruch mit dieser Zusammenarbeitsform ist damit auf den April 2008 zu datieren.

B.4.4.3.8 Koch AG Ramosch

217. Wie erstellt ist, beteiligte sich die Koch AG Ramosch, die seit 2007 Trägerin eines Bauunternehmens ist, an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen, ebenso die frühere s._____. Obwohl dies von der Koch AG Ramosch selber bestritten wird³⁹³, bestehen daran im Lichte der Aussagen von C._____ und D._____ sowie der objektiven Beweismittel – insbesondere der Einladungen zu Vorversammlungen mit teils handschriftlichen Zahlen³⁹⁴ – keine vernünftigen Zweifel (dazu Rz 169 ff. hiervor). Im Zusammenhang mit der Dauer der Beteiligung der Koch AG Ramosch ist insbesondere zu erwähnen, dass D._____ ausführte, I._____ an Vorversammlungen ab Frühsommer 2007 gesehen zu haben.³⁹⁵ Dies wurde von C._____ bestätigt.³⁹⁶ Deren übereinstimmende Aussagen sind glaubhaft. Dabei ist zu beachten, dass C._____ und D._____ differenziert, konsistent und übereinstimmend darlegten, welche Personen an Vorversammlungen teilnahmen und welche nicht (dazu auch Rz 171 hiervor).

218. Weiter ist zu erwähnen, dass sich die Koch AG Ramosch zu keinem Zeitpunkt von der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen distanzierte. Nachdem sich die Koch AG Ramosch bzw. die frühere s._____ Koch an dieser Kooperationsform während vielen Jahren beteiligte, hätte sie sich explizit davon distanziert, wenn sie zum Schluss gekommen wäre, ihre Mitwirkung zu beenden, wie dies beispielsweise die René Hohenegger Sarl mit Faxschreiben vom 28. April 2008³⁹⁷ kommunizierte. Anzeichen, die konkrete Zweifel aufkommen lassen würden, dass die Koch AG Ramosch den Konsens, im Rahmen von Vorversammlungen Bauprojekte zuzuteilen und die Angebotspreise festzulegen, nicht bis zu deren Abschaffung mittrug, bestehen nicht. Vielmehr ist zu beachten, dass die Koch AG Ramosch auch im Jahr 2008 noch auf Einladungen zu Vorversammlungen erscheint. Dies zeigt die Einladung zur Vorversammlung vom 8. Februar 2008 betreffend das Bauprojekt „[...]“.³⁹⁸ Die Koch AG Ramosch war nicht Mitglied des GBV. Daher war sie nicht verpflichtet, dem GBV den Erhalt der Ausschreibungsunterlagen zu melden.³⁹⁹ Dies unterstreicht ihren Willen, auch im Jahr 2008 noch an der jahrelang gelebten und eingespielten Zusammenarbeit zu partizipieren.

219. Damit ist erstellt, dass die Koch AG Ramosch bis Mai 2008 an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen beteiligt war. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

³⁹⁰ Act. II.12 (22-0458), Zeilen 81 ff.

³⁹¹ Act. III.B.003.

³⁹² Act. III.B.003.

³⁹³ Vgl. dazu Act. V.36 (22-0458), Rz 6 ff.

³⁹⁴ Act. III.D.035; Act. III.D.030; Act. III.D.013; Act. III.B.002; Act. III.C.010; Act. III.D.038; Act. III.D.041.

³⁹⁵ Act. VII.B.7 (22-0458), Zeilen 120 und 126–128.

³⁹⁶ Act. VII.B.8 (22-0458), Zeilen 172–180.

³⁹⁷ Act. III.B.003.

³⁹⁸ Act. III.B.002.

³⁹⁹ Vgl. Act. II.9 (22-0458), Zeilen 199 ff.

B.4.4.3.9 GBV

220. Der GBV räumte ein, die Vorversammlungen bis zu deren Abschaffung organisiert zu haben. Dies geht auch aus den beschlagnahmten Einladungen zu den Vorversammlungen im Jahr 2007 und 2008 hervor.⁴⁰⁰ Diese wurden jeweils vom GBV verschickt. Als Sitzungsleiter ist in der Regel T._____ angegeben, der vom GBV als Berechnungsleiter mandatiert und für seine Tätigkeit entschädigt wurde.⁴⁰¹

221. Aus diesen Gründen ist erstellt, dass der GBV in die Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlung bis zu deren Abschaffung – d.h. bis Mai 2008 – in der Rolle als Organisator der Treffen involviert war.

B.4.4.4 Beweisergebnis

222. Damit ist erwiesen, dass der Konsens der beteiligten Verfahrensparteien, im Rahmen von Vorversammlungen für Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen (vgl. dazu Rz 150 hiervor), bis Mai 2008 bestand.

223. Folgende Verfahrensparteien waren an dieser Zusammenarbeit bis zum Ende beteiligt:

- die Bezzola Denoth AG, die Foffa Conrad AG und die Zebblas Bau AG Samnaun;
- die Impraisa Mario GmbH;
- die Lazzarini AG;
- die Koch AG Ramosch;
- die René Hohenegger Sarl (bis April 2008);
- der GBV.

224. Dagegen ist nicht erwiesen, dass sich die Impraisa da fabrica Margadant nach 2006 noch an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen beteiligte. Vielmehr ist anzunehmen, dass deren Beteiligung im Jahr 2006 endete.

B.4.5 Umsetzung und Auswirkungen

B.4.5.1 Beweisthema

225. Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich die beteiligten Verfahrensparteien tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die Zusammenarbeit anlässlich von Vorversammlungen verhielten. Sodann werden die Auswirkungen beurteilt, welche dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte.

B.4.5.2 Beweismittel

B.4.5.2.1 Urkunden

226. Zur Beurteilung der vorliegenden Sachverhaltsfragen sind folgende Urkunden zu würdigen:

- Reglement über die Entschädigung von Leistungen im Auftrage des GBV und Spesenabrechnungen des GBV für die Submissionsleiter und deren Stellvertreter (vgl. Rz 103 hiervor)⁴⁰²;
- Spesenabrechnungen des GBV für die Submissionsleiter und deren Stellvertreter betreffend die Jahre 2006 bis 2010 (vgl. dazu Rz 104 hiervor)⁴⁰³;

- Auszüge aus der Finanzbuchhaltung des GBV der Jahre 2008 bis 2010⁴⁰⁴;
- Agenda von T._____ betreffend die Jahre 2003 bis 2008 (vgl. dazu Rz 105 f. hiervor)⁴⁰⁵;
- Schreiben von T._____ an den GBV, Sektion Engiadina bassa/Val Müstair vom 25. Oktober 2006 betreffend „Rücksichtsabsichten von meinem Mandat als Leiter der Vorversammlungen in der Sektion Engiadina bassa/Val Müstair“⁴⁰⁶;
- Einladungen zu Vorversammlungen in den Jahren 2002 bis 2008⁴⁰⁷;
- Jahresberichte des Präsidenten des GBV Sektion Unterengadin/Münstertal betreffend die Jahre 2003 bis 2005 und die Jahre 2007 und 2008 (vgl. dazu Rz 107 hiervor)⁴⁰⁸.

B.4.5.2.2 Auskünfte von Parteien

227. Nach Aussage von M._____, Bezzola Denoth AG, seien an den Vorversammlungen „offene“ und „verdeckte“ Berechnungsverfahren durchgeführt worden (dazu Rz 115 hiervor). Beide Methoden seien je in rund einem Drittel der Fälle zur Anwendung gelangt. In rund einem Drittel der Fälle sei kein Berechnungsverfahren durchgeführt worden, so dass die Bewerber in ihrer Eingabe „frei“ gewesen seien.⁴⁰⁹ Diese Aussagen bezogen sich auf den Zeitraum bis und mit 2006. An den Vorversammlungen ab 2007 hätten sich die Unternehmen in der Regel nicht mehr binden lassen.⁴¹⁰

228. C._____, Foffa Conrad AG, gab zu Protokoll, dass der GBV einen sogenannten Berechnungsleiter gestellt habe. Die Bauunternehmen hätten sich mit dem Berechnungsleiter zu Vorversammlungen getroffen. An diesen Sitzungen habe man versucht, die Aufträge untereinander vernünftig zu verteilen. Es habe sogenannten Berechnungsverfahren gegeben. Dabei hätte jedes Unternehmen seine vorkalkulierte Eingabesumme dem Berechnungsleiter abgegeben. Anschliessend sei der Durchschnitt dieser Summen ermittelt worden. Gestützt darauf sei eine Rangliste der Bauunternehmen erstellt worden. Dasjenige Unternehmen sei auf dem ersten

⁴⁰⁰ Vgl. etwa Act. III.D.018; Act. III.B.002; Act. III.D.013; Act. III.D.048; Act. III.D.046; Act. III.D.041; Act. III.D.047; Act. III.B.001.

⁴⁰¹ Act. I.72 (22-0458).

⁴⁰² Act. I.72 (22-0458).

⁴⁰³ Act. I.72 (22-0458).

⁴⁰⁴ Act. I.72 (22-0458).

⁴⁰⁵ Act. III.R.006 und Act. III.R.007.

⁴⁰⁶ Act. III.R.001.

⁴⁰⁷ Act. III.B.001; Act. III.B.002; Act. III.B.003; Act. III.C.010; Act. III.D.013; Act. III.D.018; Act. III.D.024; Act. III.D.025; Act. III.D.026; Act. III.D.027; Act. III.D.030; Act. III.D.031; Act. III.D.033; Act. III.D.034; Act. III.D.035; Act. III.D.036; Act. III.D.037; Act. III.D.038; Act. III.D.039; Act. III.D.040; Act. III.D.041; Act. III.D.046; Act. III.D.047; Act. III.D.048.

⁴⁰⁸ Act. III.C.085, Act. III.C.087, Act. III.C.088 und Act. III.C.089.

⁴⁰⁹ Act. IX.C.51, Zeilen 142–147.

⁴¹⁰ Act. IX.C.51, Zeilen 237–244.

⁴¹¹ Act. IV.002, Zeilen 103 ff.

Rang platziert worden, das mit seiner Offerte am nächsten beim Mittelwert gelegen habe. Der Berechnungsleiter habe anschliessend den Bauunternehmen die Eingabesumme mitgeteilt, die sie hätten eingeben sollen.⁴¹¹ Einer sei dann der „Glückliche“ gewesen.⁴¹² Weiter führte er aus, dass im Jahr 2006 Vorversammlungen noch mit einer gewissen Systematik durchgeführt worden seien.⁴¹³ Auch in den Jahren 2007 und 2008 hätten noch Vorversammlungen stattgefunden. Eine Einigung betreffend Projektzuteilung sei dabei aber nach seiner Erinnerung nicht mehr zustande gekommen.⁴¹⁴

229. Gemäss D. _____ seien die Vorversammlungen von T. _____ geleitet worden. Zunächst habe T. _____ technische Fragen gestellt und abgeklärt, ob es Unklarheiten gebe. Anschliessend habe er die Vertreter der Bauunternehmen gefragt, ob es Interessen gebe. Weitere Funktionen habe T. _____ seiner Auffassung nach nicht gehabt.⁴¹⁵ Bei der Klärung der Interessenlage seien auch die Kapazitäten der Unternehmen betrachtet worden. Zumindest bei einem Teil der Projekte hätten sich die Bauunternehmen darüber geeinigt, wer mit „grossem“ oder mit „weniger grossem Interesse“ offeriere.⁴¹⁶ Es könne sein, dass die Vertreter der Bauunternehmen an Vorversammlungen im Einzelfall die Eingabesummen bekannt gegeben hätten.⁴¹⁷ Eigentliche Berechnungsverfahren hätten aber nicht mehr stattgefunden, seit er im Jahr 2007 bei der Bezzola Denoth AG begonnen habe.⁴¹⁸

230. L. _____, Lazzarini AG, gab am 19. August 2015 zu Protokoll, dass sich die Bauunternehmen bei Ausschreibungen beim GBV für Vorversammlungen im Unterengadin hätten anmelden können. Der GBV habe die Unternehmen anschliessend zu den Vorversammlungen eingeladen.⁴¹⁹ Die Vorversammlungen, an denen er teilgenommen habe, seien in der Regel von T. _____ geleitet worden, einmal habe S. _____ aus Zernez als Leiter fungiert. Die Vorversammlungen hätten in den Büros der Bezzola Denoth AG stattgefunden.⁴²⁰ Dabei habe er dem Sitzungsleiter des GBV einen Preis abgegeben. Dieser habe die Zahlen entgegengenommen und „etwas“ mit den Zahlen gemacht. Anschliessend habe dieser ihm wieder eine Zahl mitgeteilt. Verhandelt habe er nicht. Vielmehr habe seine Aufgabe darin bestanden, Zahlen zu „bringen“ und „abzuholen“.⁴²¹

231. In den Antworten auf den Fragebogen vom 18. September 2015 führte die Impraisa da fabrica Margadant aus, dass die von C. _____ zum Ablauf der Berechnungsverfahren zuträfen.⁴²²

232. Q. _____, GBV, räumte ein, dass Vorversammlungen noch bis ins 2008 durchgeführt worden seien.⁴²³

B.4.5.3 Beweiswürdigung

233. C. _____, D. _____, M. _____, L. _____, G. _____ und Q. _____ räumten ein, dass im Unterengadin tatsächlich Vorversammlungen durchgeführt worden sind. C. _____ und D. _____ bestätigten zudem, dass auch in den Jahren 2007 und 2008 noch Vorversammlungen stattgefunden haben, die dazu gedient hätten, sich über die Zuteilung und die Preise von Bauprojekten zu einigen. Deren übereinstimmenden Aussagen erachtet die Behörde als glaubhaft. Anzeichen, dass sie nicht der Wahrheit entsprechen, bestehen nicht.

234. Die Aussagen der befragten Personen werden sodann durch objektive Beweismittel untermauert. Dem Schreiben von T. _____ an den GBV, Sektion Engiadina bassa/Val Müstair vom 25. Oktober 2006 betreffend „Rücksichtsabsichten von meinem Mandat als Leiter der Vorversammlungen in der Sektion Engiadina bassa/Val Müstair“⁴²⁴ ist zu entnehmen, dass T. _____ von 1986 bis 1994 und ab 2003 die Aufgabe des Leiters der Vorversammlungen tatsächlich ausübte. In den Jahren 1995 bis 2002 habe S. _____ diese Funktion vorübergehend übernommen. Weiter geht aus dem besagten Schreiben hervor, dass die Angebotskoordination im Rahmen der Vorversammlungen teils funktionierte, teils ohne Erfolg blieb, in den Worten von T. _____ ausgedrückt, [mal sei der eine ausgeschert, mal der andere].“

235. In der Agenda von T. _____ der Jahre 2003 bis 2008⁴²⁵ befinden sich sodann blaue Einträge, die den Vermerk „GBV Scuol“, „GBV SC“, „GBV Zernez“ und „GBV ZE“ enthalten. Diese Einträge stehen für Vorversammlungen in Scuol und Zernez, was der Abgleich mit den beschlagnahmten Einladungen zu Vorversammlungen offenbart. Exemplarisch ist hierzu die Vorversammlung vom 3. April 2008 betreffend das Bauprojekt „[...]“ zu nennen. In der Sitzungseinladung betreffend dieses Bauprojekt⁴²⁶ setzte der GBV am 3. April 2008 um 16.00 Uhr eine Vorversammlung mit T. _____ bei der Bezzola Denoth AG in Scuol an. Die Agenda T. _____ aus dem Jahr 2008 enthält genau an diesem Datum um 16.00 Uhr den Eintrag „GBV SC“. Auch die weiteren Einladungen zu Vorversammlungen, welche die Behörde beschlagnahmte, decken sich mit den Einträgen von T. _____ in seiner Agenda.⁴²⁷

236. Zu beachten sind in diesem Zusammenhang weiter die Vermerke „1x“, „2x“, „3x“ oder „4x“, die T. _____ bei den entsprechenden Einträgen in seiner Agenda vorgenommen hat. Dabei handelt es sich um die Anzahl der Bauprojekte, die an den betreffenden Vorversammlungen besprochen wurden. Der Vermerk „1x“ steht danach für eine „Einfache Submittentenversammlung“, der Vermerk „2x“ für eine „Doppelsitzung“ und der Vermerk „3x“ für eine Dreifachsitzung im Sinne des Reglements über die Entschädigung von Leistungen im Auftrage des GBV. Zu berücksichtigen ist dabei, dass die in den Jahren 2006 bis 2008 effektiv vom GBV an T. _____ bezahlten Entschädigungen (vgl. die Auszüge aus der Finanzbuchhaltung des GBV) in der Grössenordnung denjenigen Beträgen entsprechen, die der GBV T. _____ unter Zugrundlegung dieser Annahme aufgrund des Spesenreglements geschuldet hätte.

⁴¹² Act. IX.C.50, Zeilen 188 ff.

⁴¹³ Act. VII.B.8 (22-0458), Zeile 318.

⁴¹⁴ Act. VII.B.8 (22-0458), Zeilen 102–106 und 119–124.

⁴¹⁵ Act. IX.C.49, Zeile 199–211.

⁴¹⁶ Act. IX.C.49, Zeilen 129–140.

⁴¹⁷ Act. IX.C.49, Zeile, 260 f.

⁴¹⁸ Act. IX.C.49, Zeile 248 f.

⁴¹⁹ Act. IX.B.23, Zeilen 78–81.

⁴²⁰ Act. IX.B.23, Zeilen 136–140.

⁴²¹ Act. IX.B.23, Zeilen 43–47.

⁴²² Act. I.423, Seite 3.

⁴²³ Act. II.1. (22-0458), Zeilen 537–536.

⁴²⁴ Act. III.R.001.

⁴²⁵ Act. III.R.006 und Act. III.R.007.

⁴²⁶ Act. III.D.018.

237. Nach dem Gesagten ist erstellt, dass die Einträge „Scuol“, „SC“, „Zernez“ und „ZE“ in der Agenda von T._____ die im Unterengadin durchgeführten Vorversammlungen kennzeichnen. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Aus diesen Einträgen lässt sich die Anzahl Vorversammlungen eruieren, die im Unterengadin von 2003 bis 2008 unter der Leitung von T._____ stattgefunden haben und wie viele Bauprojekte dabei thematisiert wurden. Nicht zu berücksichtigen sind dabei die Einträge, die in der Agenda durchgestrichen sind.

Diesbezüglich ist – zugunsten der Parteien – davon auszugehen, dass die entsprechenden Vorversammlungen abgesagt worden sind.

238. Die nachfolgende Übersicht gibt die Anzahl der im Unterengadin unter der Leitung von T._____ durchgeführten Vorversammlungen (2. Spalte) und die Anzahl der dabei thematisierten Projekte (3. Spalte) in den Jahren 2003 bis 2008 wieder. Dies ergibt folgendes Bild:

Jahr	Anzahl Vorversammlungen	Anzahl thematisierter Bauprojekte
2003	22	40
2004	19	37
2005	12	17
2006	33	50
2007	7	12
2008	4	4
Total	97	160

Tabelle 11: Übersicht der Anzahl Vorversammlungen unter der Leitung von T._____

239. Darüber hinaus ist zu beachten, dass im Unterengadin zumindest im Jahr 2007 zusätzliche Vorversammlungen unter der Leitung von C._____ durchgeführt worden sind. So zeigt die Spesenabrechnung des GBV für die Submissionsleiter und deren Stellvertreter betreffend das Jahr 2007⁴²⁸, dass C._____ für die Leitung von Vorversammlungen mit dem Betrag von CHF 255.00 entschädigt worden ist. Nach Aussagen von C._____ habe es sich hierbei um etwa drei Vorversammlungen gehandelt, für die er entschädigt worden sei.⁴²⁹

240. Dieses Bild der Anzahl durchgeführten Vorversammlungen wird durch die Aussagen von C._____ bestätigt. Konkret gab C._____ zu Protokoll, dass es im Jahr 2006 noch eine gewisse Systematik bei den Vorversammlungen gegeben habe. 2007 hätten noch einige Vorversammlungen stattgefunden. 2008 seien nur noch wenige Vorversammlungen durchgeführt worden.⁴³⁰

241. C._____, M._____, D._____ sowie ansatzweise auch L._____ G._____ führten aus, dass die Aufteilung von Bauprojekten und die Preisabstimmung anlässlich von Vorversammlungen teilweise funktioniert habe. Wenn sich die Unternehmen hätten einigen können, wer das Projekt habe erhalten sollen, habe man die Eingabepreise besprochen. Hierzu sei – zumindest im Rahmen des „verdeckten Berechnungsverfahrens“⁴³¹ – anhand der von den Unternehmen vorkalkulierten Eingabesummen ein Mittelwert berechnet worden. Dasjenige Unternehmen, das als Zuschlagsempfänger auserkoren worden sei, habe nicht höher als diesen Mittelwert eingeben dürfen. Die übrigen Unternehmen hätten über diesem Mittelwert liegende Eingaben gemacht.⁴³² Diese Aussagen erachtet die Behörde als glaubhaft. Wie er-

wiesen ist (Rz 150 hiervor), sollten an den Vorversammlungen der designierte Zuschlagsempfänger bzw. die designierte Zuschlagsempfängerin und die jeweiligen Angebotspreise bestimmt werden. Hätte diese Art der Zusammenarbeit nicht zumindest teilweise funktioniert, hätten die Beteiligten nicht über eine so lange Dauer hinweg Vorversammlungen durchgeführt. Zugunsten der Beteiligten ist allerdings festzuhalten, dass an den Vorversammlungen in den Jahren 2007 und 2008 nur noch ausnahmsweise eine Einigung betreffend Projektzuweisung erzielt werden konnte. Eine solche Ausnahme bildete etwa die Vorversammlung vom 29. April 2008 betreffend das Bauprojekt [...].⁴³³ Unternehmensspezifisch ist schliesslich zu erwähnen, dass die René Hohenegger Sarl und die Impraisa da fabrica Margadant nur am Rande an der Umsetzung der Zusammenarbeit anlässlich der Vorversammlungen beteiligt waren. Daran nur zum Teil beteiligt war die Koch AG Ramosch, die nur im Bereich Tiefbau, nicht aber im Bereich Hochbau tätig ist. Diesen Umständen wird im Rahmen der Sanktionierung Rechnung zu tragen sein (vgl. Rz 775 hiernach).

⁴²⁷ Vgl. etwa die Einladungen zu Vorversammlungen in Act. III.D.046; Act. III.D.030; Act. III.D.035; Act. III.D.024; Act. III.B.003; Act. III.D.013; Act. III.B.001; Act. III.C.010; Act. III.D.025; Act. III.D.034; Act. III.D.038; Act. III.D.036; Act. III.D.041; Act. III.D.031; Act. III.D.033.

⁴²⁸ Act. I.72 (22-0458).

⁴²⁹ Act. VII.B.8 (22-0458), Zeilen 85–87.

⁴³⁰ Act. VII.B.8 (22-0458), Zeilen 318–327, 349–355 und Zeile 644 f.

⁴³¹ Vgl. dazu Act. IX.C.51, Zeilen 113–131.

⁴³² Vgl. dazu Act. IV.002, Zeilen 109–115.

⁴³³ Vgl. dazu Act. III.B.003.

242. Erwiesen ist schliesslich, dass bei denjenigen Projekten, bei denen es zu einer Projektzuteilung kam, der Wettbewerb unter den Beteiligten ausgeschlossen wurde. Aufgrund der praktizierten Projektzuteilung bestehen daran keine vernünftigen Zweifel.

B.4.5.4 Beweisergebnis

243. Nach dem Gesagten ist erstellt, dass sich die beteiligten Verfahrensparteien von 2004 bis 2008 entsprechend ihrem Konsens verhielten und im Rahmen von Vorversammlungen – zumindest teilweise – den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise für Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin festlegten. Erwiesen ist auch, dass bei denjenigen Bauprojekten, bei denen es zu einer Projektzuteilung kam, der Wettbewerb unter den Beteiligten ausgeschlossen wurde.

B.4.6 Zwischenfazit

244. Zusammenfassend ist folgender Sachverhalt betreffend die Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen bis 2008 erstellt:

245. Zwischen im Unterengadin tätigen Bauunternehmen lagen seit spätestens dem Jahr 1997 tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen über die Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen vor (Vorliegen eines natürlichen Konsenses). Dieser Konsens beinhaltete, im Rahmen von Vorversammlungen für Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen (Rz 150 hiervor).

246. An der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen waren die Verfahrensparteien Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG, Zebblas Bau AG Samnaun, Impraisa da fabrica Margadant, Impraisa Mario GmbH, Lazzarini AG, Fabio Bau GmbH (ebenso die r.____), Koch AG Ramosch (ebenso die frühere s.____) und die René Hohenegger Sarl beteiligt. Involviert war auch der GBV. Seine Rolle bestand in der Organisation der entsprechenden Sitzungen. Zwar trat er nicht selber als Anbieter von Bauleistungen im Unterengadin auf, schaffte aber mit seinem Verhalten die Grundlagen für die Projektzuteilungen und Angebotskoordinierungen unter den Bauunternehmen (Rz 176 f. hiervor).

247. Die beteiligten Unternehmen bezweckten mit der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen unter anderem, sich betreffend den Zuschlag für Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin nicht zu konkurrieren. Zudem bezweckten sie, sich bei diesen Bauleistungen nicht betreffend den Preis zu konkurrieren (Rz 186 hiervor).

248. Der Konsens der beteiligten Verfahrensparteien, im Rahmen von Vorversammlungen für Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen, bestand bis Mai 2008. Folgende Verfahrensparteien waren daran bis zum Ende beteiligt: die Bezzola Denoth AG, die Foffa Conrad AG und die Zebblas Bau AG

Samnaun, die Impraisa Mario GmbH, die Lazzarini AG, die Koch AG Ramosch, die René Hohenegger Sarl (bis April 2008). Die Beteiligung der Impraisa da fabrica Margadant endete im Jahr 2006 (Rz 222 ff. hiervor).

249. Die beteiligten Verfahrensparteien verhielten sich von 2004 bis 2008 entsprechend ihrem Konsens und legten im Rahmen von Vorversammlungen – zumindest teilweise – den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise für Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin fest. Bei denjenigen Bauprojekten, bei denen es zu einer Projektzuteilung kam, wurde der Wettbewerb unter den Beteiligten ausgeschlossen (Rz 243 hiervor).

B.5 Zusammenarbeit zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG (bis 2012)

B.5.1 Beweisthema

250. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet sodann die Zusammenarbeit der Foffa Conrad AG und der Bezzola Denoth AG mit der Lazzarini AG betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin. Dabei stellen sich folgende Sachverhaltsfragen:

- ob zwischen der Foffa Conrad AG bzw. der Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG ein Konsens zur Zusammenarbeit betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin vorlag und was dieser ggf. beinhaltete (Rz 272 ff.);
- was ggf. der verfolgte Zweck dieser Zusammenarbeit war (Rz 291 ff.);
- bis wann dieser allfällige Konsens bestand (Rz 295 ff.);
- ob sich die beteiligten Unternehmen ggf. entsprechend ihrem Konsens verhielten und welches ggf. die Auswirkungen ihres Verhaltens waren (Rz 299 ff.).

B.5.2 Beweismittel

251. Zur Beurteilung dieser Sachverhaltsfragen stützt sich die Behörde auf die nachfolgend genannten Beweismittel.

B.5.2.1 Urkunden

252. Im vorliegenden Zusammenhang sind folgende Urkunden von Bedeutung:

- Besprechungsnotiz vom 23. Januar 2012 betr. TBA Bez. 4⁴³⁴:

⁴³⁴ Act. III.C.007.

TBA Bn 4 Bupri, 23/01/2012

Budget 2012

2011

600'000

[Redacted]

500'000	FC ✓
600'000	FC ✓
540'000	FC ✓
350'000	FC ✓

Husband

[Redacted]

2'700'000 Bid ✓

[Redacted]

2'400'000 FC/Bid/Lat

[Redacted]

1'900'000 Bid ✓

[Redacted]

2'850'000 FC/Lat

[Redacted]

1'700'000 Lat

[Redacted]

1'400'000 Bid

[Redacted]

1'700'000 ✓ FC

[Redacted]

800'000 Bid/FC

Total

~ 24'000'000

[Redacted]

Gatani -

[Redacted]

0700

[Redacted]

- E-Mailverkehr zwischen der Lazzarini AG und der Foffa Conrad AG bzw. der Bezzola Denoth AG im Zusammenhang mit einzelnen Bauprojekten in den Jahren 2008 bis 2012:
 - o E-Mail von K._____ an D._____ vom 31. Juli 2008 betreffend „[...]“⁴³⁵;
 - o E-Mail von K._____ an D._____ vom 16. April 2009 betreffend „[...]“ vor⁴³⁶;
 - o E-Mailverkehr zwischen D._____ und K._____ vom 28./29. April 2009 betreffend [...]“⁴³⁷;
 - o E-Mail von X._____ an C._____, D._____ und M._____ vom 5. Februar 2010 [ohne Betreff]⁴³⁸;
 - o E-Mailverkehr zwischen K._____ und D._____ vom 26. Februar 2010 betreffend „[...]“⁴³⁹;
 - o E-Mail von K._____ an D._____ vom 17. März 2010 betreffend „[...]“⁴⁴⁰;
 - o E-Mail von K._____ an C._____ vom 5. August 2010 betreffend „[...]“⁴⁴¹;
 - o drei E-Mails von K._____ an C._____ vom 5. Dezember 2011 betreffend „[...]“⁴⁴²;
 - o E-Mailverkehr zwischen K._____ und D._____ vom 14. Februar 2011 betreffend „[...]“⁴⁴³;
 - o E-Mailverkehr zwischen D._____ und K._____ vom 24. und 27. Mai 2011 betreffend „[...]“⁴⁴⁴;
 - o E-Mailverkehr zwischen D._____ und L._____ bzw. K._____ vom 9. August 2011 und 7. September 2011 betreffend „[...]“⁴⁴⁵;
 - o E-Mailverkehr zwischen K._____ und D._____ vom 17./18. April 2012 betreffend „[...]“⁴⁴⁶;
 - o E-Mailverkehr zwischen D._____ und K._____ vom 25. und 28. September 2012 betreffend „[...]“⁴⁴⁷.

253. Exemplarisch sind an dieser Stelle aus diesem E-Mailverkehr zwischen der Lazzarini AG und der Foffa Conrad AG bzw. der Bezzola Denoth AG die E-Mails vom 14. Februar 2011 betreffend „[...]“⁴⁴⁸ sowie vom 7. September 2011 betreffend „[...]“⁴⁴⁹ abzubilden:

⁴³⁵ Act. IX.C.35, pag. 27.

⁴³⁶ Act. IX.C.35, pag. 30.

⁴³⁷ Act. IX.C.35, pag. 28 f.

⁴³⁸ Act. III.D.020.

⁴³⁹ Act. III.D.069.

⁴⁴⁰ Act. IX.C.35, pag. 31.

⁴⁴¹ Act. III.C.104.

⁴⁴² Act. III.C.080; Act. III.C.081; Act. III.C.063.

⁴⁴³ Act. IX.C.35, pag. 32 ff.

⁴⁴⁴ Act. IX.C.35 pag. 40 f.

⁴⁴⁵ Act. III.D.071, Act. III.D.106 sowie Act. IX.C.35, pag. 50.

⁴⁴⁶ Act. III.D.067.

⁴⁴⁷ Act. IX.C.35, pag 53 ff.

⁴⁴⁸ Act. IX.C.35, pag. 32 ff.

⁴⁴⁹ Act. III.D.106.

Von: [redacted]@bezzola-denoth.ch]
Gesendet: Montag, 14. Februar 2011 15:39
An: [redacted]
Betreff: AW: [redacted]

Verlauf: Empfänger Gelesen
 Gelesen: 14.02.2011 16:07

Bist somit ca. 5% über meinem Preis. Passe meinen noch um ca. 1.5% nach oben an.

Gruss [redacted]

Von: [redacted]@lazzarini.ch]
Gesendet: Montag, 14. Februar 2011 14:18
An: [redacted]
Betreff: [redacted]

Hallo [redacted]
hier noch unseres Angebot Nr. 2 der Baumeisterarbeiten als .pdf.

Baugrubenaushub folgt.

Gruss

[redacted] Samedan



Lazzarini AG
 Cho d'Punt 11, 7503 Samedan
 Tel: 081 85 [redacted]
 Fax: 081 8 [redacted]
 Mail: [redacted]@lazzarini.ch

WEITERE SUBMITTEURE
 UNBEKANNT.
 SITUATION UNKLAR ?
 OB WIRKLICH ANSPRACHE.

From: [REDACTED]@lazzarini.ch>
To: [REDACTED]@bezzola-denoth.ch>
Subject: [REDACTED]
Sent: 07.09.2011 08:36:50 +00:00
Attachments: SKMBT_C35311090710210.pdf
Embedded graphics: 1

Hallo [REDACTED]

Eingabe Lazzarini AG.

Wie immer gebe ich **"KEIN"** Rabatt und Skonto!

Gruss

[REDACTED] Samedan



Lazzarini AG

Cho d'Punt 11, 7503 Samedan

Tel: 081 85 [REDACTED]

Fax: 081 85 [REDACTED]

Mail: [REDACTED]@lazzarini.ch

254. Sodann sind folgende weiteren Urkunden als Beweismittel zu berücksichtigen:

- Offertdeckblatt der Lazzarini AG vom 16. März 2011 betreffend „[...]“ mit handschriftlichen Vermerken⁴⁵⁰;
- Offertdeckblatt der Bezzola Denoth AG vom 23. Mai 2012 betreffend „[...]“ mit der Bezeichnung „Kontrollausdruck DD“ mit handschriftlichen Vermerken und Zahlen sowie Offertöffnungsprotokoll⁴⁵¹;
- Handschriftliches Schreiben von C._____ an Regierungsrat d._____ vom 2. Mai 2007 betreffend „[...]“⁴⁵²;
- Handschriftliche Notiz von C._____ betreffend die Besprechung mit X._____ vom 26. März 2012⁴⁵³;
- Offertlisten der Lazzarini AG zu Bauprojekten im Unterengadin in den Jahren 2006 bis 2012⁴⁵⁴.

B.5.2.2 Auskünfte von Parteien

B.5.2.2.1 Lazzarini AG

255. K._____ gab am 1. November 2012 anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige der Lazzarini AG im Wesentlichen folgende Aussagen zur Zusam-

menarbeit mit der Foffa Conrad AG und der Bezzola Denoth AG zu Protokoll:

- Die Lazzarini AG habe sich im Unterengadin hauptsächlich auf grosse Projekte und Spezialarbeiten im Bereich Tiefbau konzentriert, zum Beispiel auf den Bau von Brücken und Galerien. Sie habe im Unterengadin weder über ein Magazin noch über einen Werkhof verfügt, sondern nur über Personalressourcen. Diese Umstände hätten bedingt, dass sie mit anderen Unternehmen Arbeitsgemeinschaften gebildet habe, [...].⁴⁵⁵

⁴⁵⁰ Act. III.E.004.

⁴⁵¹ Act. VII.B.1 (22-0458), pag. 13 und 14.

⁴⁵² Act. C.002.

⁴⁵³ Act. III.C.007.

⁴⁵⁴ Act. IX.B.7–IX.B.10, Beilagen 12a–36.

⁴⁵⁵ Act. IX.B.4, Zeilen 1–16.

- Im Unterengadin hätten die öffentliche Hand und die Rhätische Bahn das Problem gehabt, dass es zu wenig Anbieter gegeben habe. Es sei vorgekommen, dass nur ein einziges Unternehmen auf eine Ausschreibung offeriert habe. Darüber habe sich die öffentliche Hand beklagt. Zum Teil habe die öffentliche Hand in solchen Fällen das Ausschreibungsverfahren abgebrochen. Aus diesem Notstand heraus hätten sich die Foffa Conrad AG, die Bezzola Denoth AG und die Lazzarini AG abgestimmt, um jeweils eine zweite Offerte zu ermöglichen. Dabei habe es sich um eine „Schutzofferte“ gehandelt. Hierfür habe jeweils ein Unternehmen dem anderen die Daten der „ersten Offerte“ sowie meistens auch bereits die „zweite Offerte“ geschickt, um die Arbeit der Offertstellung zu ersparen.⁴⁵⁶
- Wenn die Lazzarini AG über Kapazitäten verfügt habe, habe sie mit der Foffa Conrad AG oder der Bezzola Denoth AG eine Arbeitsgemeinschaft gebildet. Andernfalls habe sie eine „Schutzofferte“ eingereicht. Dies sei aufgrund des „Notstandes“ der öffentlichen Hand erfolgt.⁴⁵⁷ Diese Zusammenarbeit mit der Foffa Conrad AG und der Bezzola Denoth AG sei seit den Jahren 2007/2008 so gelaufen.⁴⁵⁸
- Im Rahmen dieser „Schutzofferten“ habe K. _____ mit C. _____, Foffa Conrad AG, und D. _____, Bezzola Denoth AG, Kontakt gehabt.⁴⁵⁹ Der entsprechende Austausch sei zum Teil anlässlich von Treffen erfolgt, zum Teil telefonisch.⁴⁶⁰ Die beteiligten Unternehmen hätten voneinander gewusst, wie die Kosten und Preise aussehen würden. Die Kostenvorschläge der Bauherren seien nicht überschritten worden. Vielmehr seien sie mit ihren Preisen darunter gelegen. Der Preis der „richtigen“ Offerte sei korrekt gewesen, es sei nicht darum gegangen, sich zu bereichern; es sei ein Marktpreis gewesen. Man habe jeweils nicht gewusst, ob es doch noch andere Anbieter gegeben habe. Die Schutzofferte sei jeweils drei bis fünf Prozent höher gewesen als die „richtige“ Offerte.⁴⁶¹

256. Weiter äusserte sich die Lazzarini AG mit Eingabe vom 7. Dezember 2012 im Wesentlichen wie folgt zur Zusammenarbeit mit der Foffa Conrad AG und der Bezzola Denoth AG:

- Die Lazzarini AG habe sich im Unterengadin seit längerem fast ausnahmslos auf [...]. Nur ausnahmsweise habe sie für Hochbauobjekte offeriert, so u.a. bei fehlender Auslastung im Unterengadin durch Tiefbauprojekte oder wenn im Einzelfall ein persönlicher Kontakt zur Bauherrschaft oder Bauherrenvertretung bestanden und man sich daher reelle Chancen auf den Zuschlag ausrechnet habe.⁴⁶²
- Aufgrund fehlender eigener Infrastruktur und des knappen Personals im Unterengadin sei es der Lazzarini AG selten möglich gewesen, bei den anspruchsvollen Bauvorhaben der öffentlichen Hand und/oder Rhätischen Bahn allein zu offerieren. Aus besagten Gründen sowie in Folge Feh-

lens qualifizierten Personals seien die meisten im Unterengadin ansässigen Baumeister nicht als Partner in Frage gekommen. Über die Jahre hätten sich daher die Foffa Conrad AG und die Bezzola Denoth AG als [...] Partner im von der Lazzarini AG angestrebten Bausegment herauskristallisiert.⁴⁶³ Über die Jahre habe sich – aufgrund der regelmässigen projektbezogenen Kooperation dieser drei Unternehmen im Einzelfall – eine gut eingespielte, routinierte Zusammenarbeit ergeben. Dies habe sich letztlich auch für die Bauherren durch Terminsicherheit und Qualität ausgezahlt.⁴⁶⁴

- Über diese Zusammenarbeit im Rahmen von Arbeitsgemeinschaften hinaus nannte die Lazzarini AG einige Bauprojekte, bei denen es vor Offerteingabe zu einem Austausch der Eingabesummen mit der Foffa Conrad AG und/oder der Bezzola Denoth AG gekommen sei. So habe sich C. _____ bei K. _____ bezüglich des Bauprojekts „[...]“ im Jahr 2008 telefonisch nach dem Offertpreis der Lazzarini AG erkundigt und seinerseits den tieferen Preis der Foffa Conrad AG bekannt gegeben.⁴⁶⁵ Gleiches sei beim Bauprojekt „[...]“ in Lavin im Jahr 2009 erfolgt.⁴⁶⁶ Bezüglich des Bauprojekts „[...]“ in Scuol im Jahr 2010 könne die Lazzarini AG nicht ausschliessen, dass Gespräche mit der Bezzola Denoth AG stattgefunden hätten.⁴⁶⁷ Beim Bauprojekt „[...]“ bei Ardez-Scuol im Jahr 2011 habe die Lazzarini AG der Bezzola Denoth AG ihren kalkulierten Preis telefonisch mitgeteilt.⁴⁶⁸

257. In ihren Antworten vom 16. Oktober 2015 auf den Fragebogen vom 16. September 2015 ergänzte die Lazzarini AG ihre Auskünfte zur Zusammenarbeit mit der Foffa Conrad AG und der Bezzola Denoth AG. Im Wesentlichen hielt sie Folgendes fest:

- K. _____ habe sich ab dem Baujahr 2006 bis 2012⁴⁶⁹ jeweils einmal jährlich mit Vertretern der Foffa Conrad AG sowie der Bezzola Denoth AG getroffen (sog. „Dreiergespräche“). In diesen Sitzungen seien in Kenntnis der anstehenden Grossprojekte im Unterengadin projektspezifisch die Möglichkeit einer gemeinsamen Arbeitsgemeinschaft sondiert worden. Wenn in Bezug auf ein einzelnes Projekt das gemeinsame Interesse bestanden habe, sei eine Vereinbarung zur Eingabe als Arbeitsgemeinschaft abgeschlossen worden. Sofern ein Unternehmen kein Interesse an einer Arbeitsgemeinschaft gehabt habe, seien

⁴⁵⁶ Act. IX.B.4, Zeilen 24–39.

⁴⁵⁷ Act. IX.B.4, Zeilen 40–42.

⁴⁵⁸ Act. IX.B.4, Zeile 75.

⁴⁵⁹ Act. IX.B.4, Zeilen 118–120.

⁴⁶⁰ Act. IX.B.4, Zeile 110 f.

⁴⁶¹ Act. IX.B.4, Zeilen 50 ff.

⁴⁶² Act. IX.B.7, pag. 7.

⁴⁶³ Act. IX.B.7, pag. 8.

⁴⁶⁴ Act. IX.B.7, pag. 9.

⁴⁶⁵ Act. IX.B.7, pag. 15.

⁴⁶⁶ Act. IX.B.7, pag. 16.

⁴⁶⁷ Act. IX.B.7, pag. 17.

⁴⁶⁸ Act. IX.B.7, pag. 19.

⁴⁶⁹ Act. IX.B.28, Antwort auf Frage 18.

alle frei gewesen, das Objekt im Alleingang oder in einer anderen Arbeitsgemeinschaft-Konstellation zu offerieren. Eine Aufteilung einzelner Projekte oder gar eine Preisabsprache habe jedoch anlässlich der „Dreiergespräche“ nicht stattgefunden.⁴⁷⁰ Wenn überhaupt, sei über andere Projekte nur sehr unverbindlich gesprochen worden.⁴⁷¹

- Sofern sich im Laufe der Bausaison gezeigt habe, dass die Lazzarini AG ihre Ressourcen im Unterengadin mehrheitlich ausgelastet gehabt habe und daher keine weiteren grösseren Projekte mehr habe realisieren können, sei in Einzelfällen eine „Schutzofferte“ zu Gunsten der Foffa Conrad AG oder der Bezzola Denoth AG abgegeben worden.⁴⁷²
- Eine Wettbewerbsbeschränkung sei mit der Abgabe solcher „Schutzofferten“ nicht bezweckt worden. Vielmehr sei ein allfälliger Austausch von Preisen, Kalkulationen oder SIA-Schnittstellen in einzelnen Projekten einzig deshalb erfolgt, weil die Lazzarini AG am entsprechenden Auftrag nicht interessiert gewesen sei (insbesondere mangels Ressourcen), sich aber durch eine Eingabe „im Gespräch“ habe halten wollen. Zudem habe dank der „Schutzofferte“ der Erwartung des Tiefbauamts nach mehreren Eingaben entsprochen werden können. Eine künstliche Erhöhung des Marktpreises sei dadurch nicht bezweckt worden. Die vom „Geschützen“ errechnete Offerte habe jeweils den Marktpreisen entsprochen und deren Preisniveau sei dank der höheren Schutzofferte nicht zusätzlich erhöht worden. Es habe nie ausgeschlossen werden können, dass Drittunternehmen (zum Beispiel aus dem Oberengadin oder Nordbünden) eine Offerte abgegeben hätten.⁴⁷³
- Das Verhalten der Lazzarini AG habe in diesem Zusammenhang keine wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen gehabt. Dem Tiefbauamt Graubünden seien die Marktpreise bekannt gewesen. Eine künstliche Erhöhung der offerierten Eingaben sei daher trotz einer „Schutzofferte“ nicht möglich gewesen. Zudem sei jederzeit mit Eingaben von Dritten zu rechnen gewesen, mit denen keine Absprachen getroffen worden seien.⁴⁷⁴

B.5.2.2.2 Foffa Conrad AG

258. Anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige der Foffa Conrad AG vom 27. Oktober 2015 konfrontierte die Behörde C._____ mit der Besprechungsnotiz vom 23. Januar 2012 betr. „TBA Bez. 4“ (dazu Rz 252 hiervor). Daraufhin gab C._____ im Wesentlichen folgende Aussagen zu Protokoll⁴⁷⁵:

- Bei der Besprechungsnotiz vom 23. Januar 2012 handle es sich um ein von ihm verfasstes, persönliches Marktbearbeitungsdokument. Darauf seien die zu erwartenden Projekte des Tiefbauamts Graubünden im Bezirk 4 aufgelistet. Die Summe aller vorgesehenen Bauprojekte habe ein Total von CHF 24 Mio. ergeben.⁴⁷⁶ Dies bedeute nicht, dass alle aufgelisteten Projekte anschliessend tatsächlich ausgeschrieben worden seien.⁴⁷⁷

- An der besagten Sitzung hätten D._____ für die Bezzola Denoth AG, K._____ für die Lazzarini AG und er selber für die Foffa Conrad AG teilgenommen. Die Teilnehmer hätten in erster Linie über mögliche Arbeitsgemeinschaften gesprochen. Die Kreise um gewisse Projekte würden mögliche Arbeitsgemeinschaften bezeichnen, ansonsten stünden jeweils die Kürzel FC/BeDe und Laz. Die Zahlen „F+C 8.65“, „Bede 7.40“ und „Laz 3.10“ entsprächen ungefähr dem Bauvolumen pro Unternehmen, wenn die Bauprojekte so wie auf der Besprechungsnotiz hätten aufgeteilt werden können.⁴⁷⁸
- Weiter bestätigte C._____ die Aussagen K._____ vom 10. September 2015 (dazu Rz 266 hiernach), wonach es sei bei dieser Besprechung vom 23. Januar 2012 darum gegangen sei, das Interesse an Bauprojekten zu bekunden resp. die Interessenbekundungen aufzuteilen.⁴⁷⁹ Allerdings sei es nicht möglich gewesen, die Bauaufträge des Tiefbauamtes anfangs Jahr untereinander aufzuteilen. Die erwarteten Budgetzahlen hätten in der Regel nicht zugetroffen. Daher werde jedes Objekt neu angeschaut, wenn es ausgeschrieben werde.⁴⁸⁰
- Eine solche „systematische Besprechung“ wie diejenige vom 23. Januar 2012 habe es anschliessend nicht mehr gegeben. Es habe sich hierbei um die letzte Sitzung in dieser Form gehandelt.⁴⁸¹ Die Beendigung der gemeinsamen Besprechungen stehe im Zusammenhang mit kartellrechtlichen Gründen.⁴⁸² Ferner würden die Unternehmen zwar zuweilen weiterhin noch einzelne Arbeitsgemeinschaften bilden. Die Unternehmungen hätten sich aber „anders ausgerichtet“. Das Klima habe sich „abgekühlt“. Es herrsche „Funkstille“.⁴⁸³

259. An der Befragung vom 23. und 27. Mai 2016 bestätigte C._____ im Wesentlichen seine Aussagen zur Besprechungsnotiz vom 23. Januar 2012. Darüber hinaus präziserte er, dass auf der Notiz auch Projekte aufgeführt seien, bei denen eine Arbeitsgemeinschaft mit der Lazzarini AG nicht in Frage gekommen sei. Mit der Lazzarini AG sei aber nur über diejenigen Projekte gesprochen worden, die eingekreist seien. Dabei handle es sich um diejenigen Projekte, bei denen eine Arbeitsgemeinschaft mit der Lazzarini AG in Frage gekommen sei. Bei den übrigen Projekten, welche nicht eingekreist sei,

⁴⁷⁰ Act. IX.B.28, Antwort auf Frage 16.

⁴⁷¹ Act. IX.B.28, pag. 6.

⁴⁷² Act. IX.B.28, Antwort auf Frage 16.

⁴⁷³ Act. IX.B.28, Antwort auf Frage 22.

⁴⁷⁴ Act. IX.B.28, Antwort auf Frage 23.

⁴⁷⁵ Act. IX.C.61, Zeilen 719 ff.

⁴⁷⁶ Act. IX.C.61, Zeilen 724 und 732 f.

⁴⁷⁷ Act. IX.C.61, Zeilen 770–772.

⁴⁷⁸ Act. IX.C.61, Zeilen 751–753.

⁴⁷⁹ Act. IX.C.61, Zeilen 808–811 und 817–820.

⁴⁸⁰ Act. IX.C.61, Zeilen 812–816 und 836–838.

⁴⁸¹ Act. IX.C.61, Zeilen 855–857.

⁴⁸² Act. IX.C.61, Zeilen 897–901.

⁴⁸³ Act. IX.C.61, Zeilen 892–896.

habe Lazzarini kein Interesse an der Ausführung gehabt.⁴⁸⁴ Diesbezüglich sei keine Abstimmung mit der Lazzarini AG bezweckt worden.⁴⁸⁵ Auf die Frage, ob es bei der Besprechung auch darum gegangen sei, dass die Lazzarini AG im Jahr 2012 im Unterengadin ausgelastet sein würde, damit sie die Foffa Conrad AG bei anderen Projekten nicht konkurrenzieren, antwortete er, dass sich das so hätte ergeben können. Das Ziel jedes Unternehmens sei eine 100%-ige Auslastung. Aus seiner Sicht habe das Ziel des Gesprächs mit der Lazzarini AG darin bestanden, das Potential für sinnvolle Arbeitsgemeinschaften abzuklären und die für sein Unternehmen beste Ausgangslage anzustreben. Der Rest sei Spekulation.⁴⁸⁶

260. Weiter räumte C._____ am 27. Oktober 2015 ein, dass es bei einigen Projekten zu einer Angebotskoordination zwischen der Lazzarini AG und der Foffa Conrad AG gekommen sei, so bei den Bauprojekten „[...]“ (2009) und „[...]“ (2011).⁴⁸⁷

261. C._____ wurde am 9. Februar 2018, also nach Versand des Antrags des Sekretariats, nochmals eingehend zur Zusammenarbeit der Foffa Conrad-Gruppe mit der Lazzarini AG befragt.⁴⁸⁸ Dabei bestätigte er zwar grundsätzlich seine früheren Aussagen⁴⁸⁹, äusserte sich aber auch zu Beweismitteln, mit denen er zuvor nicht konfrontiert wurde und relativierte in einigen Punkten seine früheren Aussagen. Im Wesentlichen sind vorliegend folgende Aussagen von C._____ zur Zusammenarbeit mit der Lazzarini AG relevant:

- Die Strategie der Lazzarini AG von 2006 bis 2011 sei klar gewesen. Sie habe mit [...] Mitarbeitern im Unterengadin über sehr wenig Personal verfügt. Offeriert habe sie praktisch ausschliesslich für Tiefbauprojekte. Ihr Interesse habe sich vornehmlich auf grössere Tiefbauprojekte konzentriert, die sie aber nicht alleine, sondern in Zusammenarbeit mit der Foffa Conrad-Gruppe zu realisieren beabsichtigt habe. Sobald ihre Kapazitäten hierdurch gebunden gewesen seien, habe sie sich für den übrigen Markt im Unterengadin nicht mehr interessiert. Im Bereich Hochbau sei die Lazzarini AG in dieser Zeit praktisch untätig gewesen. Sie sei in diesem Bereich daher nicht als Konkurrentin oder Mitbewerberin der Foffa Conrad-Gruppe zu betrachten gewesen.⁴⁹⁰ An anderer Stelle fügte C._____ bei, dass die Lazzarini AG jederzeit die Möglichkeit gehabt habe, ihre Kapazitäten zu erhöhen.⁴⁹¹
- Er habe im Laufe des Jahres 2012 festgestellt, dass die Lazzarini AG ihre Strategie angepasst habe. Der Grund habe darin bestanden, dass sie Ende 2012 die Fabio Bau GmbH übernommen habe. Mit der Fabio Bau GmbH habe sie im Unterengadin über andere Möglichkeiten verfügt. Sie habe sich dementsprechend anders am Markt verhalten. Die Strategieänderung habe die Lazzarini AG der Foffa Conrad-Gruppe nicht mitgeteilt. Die Foffa Conrad-Gruppe habe dies selber festgestellt.⁴⁹²
- Auch die Strategie der Foffa Conrad-Gruppe habe damals darin bestanden, mit der Lazzarini AG bei grösseren Projekten im Rahmen von Arbeitsge-

meinschaften zusammenzuarbeiten.⁴⁹³ Die Zusammenarbeit mit der Lazzarini AG bei Arbeitsgemeinschaften sei den Vergabebehörden offengelegt worden. Sie sei von den Behörden nie beanstandet worden. Vielmehr sei die Zusammenarbeit voll und ganz akzeptiert worden.⁴⁹⁴

- Er habe drei bis vier Mal pro Jahr Kontakt mit X._____, CEO der Lazzarini AG gehabt. Bei diesen Treffen hätten sie über die Ausrichtung der Unternehmen gesprochen und über die Frage, ob sie in Zukunft in Arbeitsgemeinschaften zusammenarbeiten würden. Es sei darum gegangen, die Strategie festzulegen.⁴⁹⁵ Konkret sei die Aussicht auf die Bauvorhaben in der Region, welche im Raum gestanden hätten, besprochen worden, nicht Projekte die unmittelbar bevorgestanden hätten. Jedes Unternehmen habe über Informationen über die Gemeinden, die Rhätische Bahn usw. verfügt und man habe sich ausgetauscht. Es sei in einem frühen Stadium besprochen worden, wo eine Arbeitsgemeinschaft sinnvoll sein könnte.⁴⁹⁶ Die Notiz vom 26. März 2012⁴⁹⁷ sei von ihm zur Vorbereitung einer solchen Besprechung mit X._____ verfasst worden.⁴⁹⁸
- Die Zusammenarbeit zwischen der Foffa Conrad-Gruppe und der Lazzarini AG habe sich auf die Bildung von Arbeitsgemeinschaften bei grösseren, komplexen Bauprojekten beschränkt.⁴⁹⁹ An anderer Stelle gab er zu Protokoll, dass die Foffa Conrad-Gruppe in den Jahren 2008 bis 2012 darüber hinaus bei ungefähr 15 Bauprojekten ihre Angebotspreise mit der Lazzarini AG koordiniert oder entsprechende Bemühungen dazu unternommen habe.⁵⁰⁰ In den Jahren 2006 bis 2011 sei es weniger oder nur vereinzelt vorgekommen, dass die Foffa Conrad-Gruppe mit der Lazzarini AG im Unterengadin in direkter Konkurrenz gestanden sei. Dies habe damit zu tun gehabt, dass sich die Lazzarini AG im Unterengadin in der Offertstellung zurückgehalten habe. Ab dem Jahr 2012 sei dies aber häufiger vorgekommen. Es habe ab 2012 relativ viele Projekte gegeben, bei denen die Foffa Conrad-Gruppe mit der Lazzarini AG in direkter Konkurrenz gestanden habe.⁵⁰¹

⁴⁸⁴ Act. VII.B.8 (22-0458), Zeilen 723–739.

⁴⁸⁵ Act. VII.B.8 (22-0458), Zeilen 740–742.

⁴⁸⁶ Act. VII.B.8 (22-0458), Zeilen 745–751.

⁴⁸⁷ Act. X.C.61, Zeilen 414–432 und 516–553.

⁴⁸⁸ Act. VII.B.49 (22-0458).

⁴⁸⁹ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 82 ff.

⁴⁹⁰ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 129 ff. und 136 ff.

⁴⁹¹ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeile 987.

⁴⁹² Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 141 ff.

⁴⁹³ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeile 339 f.

⁴⁹⁴ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 391 ff.

⁴⁹⁵ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 586–589.

⁴⁹⁶ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 620 ff.

⁴⁹⁷ Act. III.C.007.

⁴⁹⁸ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 589 und 630 f.

⁴⁹⁹ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeile 314 f.

⁵⁰⁰ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 926 ff.

⁵⁰¹ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 953–957.

262. Weiter hielt C._____ Folgendes zur Besprechungsnotiz vom 23. Januar 2012 betr. „TBA Bez. 4“ (dazu Rz 252 hiervor) fest:

- Die betreffende Notiz vom 23. Januar 2012 habe er bereits vor der Besprechung verfasst. Sie habe nur ihm persönlich gehört und sie sei nur ihm persönlich bekannt gewesen. Sie sei nicht Bestandteil der Sitzung vom 23. Januar 2012 gewesen. Es sei keine Besprechungsnotiz, keine Aktennotiz und kein Protokoll. Das Papier sei weder offiziell noch verbindlich.⁵⁰² Die Notiz sei ein Planungsinstrument gewesen, mit der Auflistung von grösseren Projekten im Strassenbaubereich, die im Jahr 2012 hätten ausgeführt werden sollen. Vier der erwähnten Projekte seien bereits im Jahr 2011 an die Foffa Conrad-Gruppe vergeben worden, deren Ausführung aber bis ins Jahr 2012 gedauert habe, nämlich die Projekte „[...]“, „[...]“ und „[...]“.⁵⁰³
- Das auf der Notiz aufgeführte Projekt „[...]“ habe die Foffa Conrad-Gruppe in der Selbstanzeige betreffend das Münstertal angezeigt. Dieses habe sie mit der Hohenegger SA in Fuldera abgesprochen.⁵⁰⁴ Bei den grösseren Projekten „[...]“ und „[...]“ hätten die Foffa Conrad-Gruppe und die Lazzarini AG eine Arbeitsgemeinschaft bilden wollen. Weiter seien die Projekte „[...]“, „[...]“ und „[...]“ im Jahr 2012 ausgeschrieben worden.⁵⁰⁵ Das Projekt „[...]“ sei ein Spezialfall gewesen. Die Lazzarini AG habe die „[...]“ im Jahr 2011 aufgeführt. Sie sei auf dieser Baustelle schon installiert gewesen. Deshalb hätten die Beteiligten an der Besprechung vom 23. Januar 2012 vereinbart, dass auch das Folgeprojekt der Lazzarini AG überlassen werde.⁵⁰⁶ Beim Projekt „[...]“ habe die Lazzarini AG der Foffa Conrad-Gruppe „Schutz“ gewährt. Dies sei aber nicht an der Besprechung vom 23. Januar 2012 besprochen worden.⁵⁰⁷
- Zu den Zeugenaussagen von K._____ vom 10. September 2015 (dazu Rz 266 hiernach), dass die Teilnehmer der Besprechung vom 23. Januar 2012 ihr Interesse an Bauprojekten ausgetauscht hätten, führte er aus, dass „Interessenbekundungen“ ein komischer und missverständlicher Ausdruck sei. Die Interessen seien im Voraus klar gewesen. Die Foffa Conrad-Gruppe habe sich für alle Projekte interessiert, die Lazzarini AG hingegen nur für grosse Projekte mit ARGE-Potenzial. Die Lazzarini AG habe sich von 2006 bis 2011 so verhalten. Zwar hätte die Lazzarini AG ihre Strategie jederzeit anpassen können. Die Foffa Conrad-Gruppe habe jedoch keinen Grund gehabt, davon auszugehen, dass sich dies ändern würde. Die Besprechung vom 23. Januar 2012 habe schliesslich bestätigt, dass sich die Strategie der Lazzarini AG im Jahr 2012 nicht verändern werde. Sie habe weiterhin ihr Interesse an grösseren Projekten im Rahmen von Arbeitsgemeinschaften mit der Foffa Conrad-Gruppe gehabt.⁵⁰⁸
- Die Besprechungen mit der Lazzarini AG hätten jeweils dann stattgefunden, wenn sie im Zusam-

menhang mit möglichen Arbeitsgemeinschaften notwendig gewesen seien. Die Aussage der Lazzarini AG, jeweils einmal jährlich zusammengesessen zu sein, sei falsch, ebenso dass diese Besprechungen jeweils anfangs Jahr stattgefunden hätten.⁵⁰⁹

B.5.2.2.3 Bezzola Denoth AG

263. D._____, Bezzola Denoth AG, wurde ebenfalls mit der Besprechungsnotiz vom 23. Januar 2012 betr. „TBA Bez. 4“ (dazu Rz 252 hiervor) konfrontiert. Er äusserte sich dazu wie folgt:

- Die Sitzung vom 23. Januar 2012 habe wohl effektiv stattgefunden.⁵¹⁰ Man habe sich damals mit der Lazzarini AG getroffen, um vorzubesprechen, wer über Kapazität verfüge, die technischen Fähigkeiten auszuloten und in welchen Fällen es Sinn gemacht habe, im Rahmen von Arbeitsgemeinschaften zusammenzuarbeiten.⁵¹¹ Dabei habe man sich gegenseitig über die Interessen ausgetauscht.⁵¹² [...] [...] [...] ⁵¹³
- Bei den Zahlen auf der Notiz handle es sich wohl um das geschätzte Budget des Tiefbauamts Graubünden.⁵¹⁴ Die Kreise um gewisse Projekte würden bedeuten, dass in diesen Fällen beabsichtigt worden sei, gemeinsam eine Arbeitsgemeinschaft zu bilden.⁵¹⁵
- Treffen in dieser Form zwischen der Lazzarini AG, der Foffa Conrad AG und der Bezzola Denoth AG hätten insgesamt ca. zwei bis drei Mal stattgefunden. Ab dem Jahr 2013 habe es keine solchen Besprechungen gegeben.⁵¹⁶ Den Beteiligten sei bewusst geworden, dass dies unzulässig sei. In der Folge habe die Bezzola Denoth AG zwar weiterhin Arbeitsgemeinschaften mit der Lazzarini AG gebildet. So gebe es auch im Jahr 2015 ein Projekt, bei dem sie aufgrund der Anforderungen mit anderen Unternehmen zusammenarbeiten müssten. Allerdings würde sich die Bezzola Denoth AG nun vorher überlegen, in welchen Fällen es Sinn mache, mit der Lazzarini AG im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft zusammenzuspannen. Zudem würde sie nun sicher nicht mehr mit der Lazzarini AG über Projekte sprechen, bei denen eine Arbeitsgemeinschaft keinen Sinn machen würde.⁵¹⁷

⁵⁰² Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 687 ff.

⁵⁰³ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 700–710.

⁵⁰⁴ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeile 711 f.

⁵⁰⁵ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 713–718.

⁵⁰⁶ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 826–835.

⁵⁰⁷ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 846 ff. und 857 ff.

⁵⁰⁸ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 776 ff.

⁵⁰⁹ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 765 ff.

⁵¹⁰ Act. IX.C.49, Zeile 362.

⁵¹¹ Act. IX.C.49, Zeilen 330–334.

⁵¹² Act. IX.C.49, Zeile 340.

⁵¹³ Act. IX.C.49, Zeilen 373–377.

⁵¹⁴ Act. IX.C.49, Zeile 352 f.

⁵¹⁵ Act. IX.C.49, Zeilen 355–358.

⁵¹⁶ Act. IX.C.49, Zeilen 364–370.

⁵¹⁷ Act. IX.C.49, Zeilen 382–388.

- Die Bezzola Denoth AG habe einen ständigen Kontakt mit der Lazzarini AG gehabt.⁵¹⁸ Zusätzlich zu den besagten Besprechungen habe es teilweise auch einen bilateralen Kontakt zwischen der Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG gegeben. Die Lazzarini AG habe über viele Möglichkeiten verfügt, aber nur über wenig Kapazität. Es sei deshalb vorgekommen, dass die Lazzarini AG gefragt habe, was sie preismässig machen müsse, um den Auftrag sicher nicht zu erhalten. Dieser bilaterale Austausch habe zu 95 % Einladungsverfahren betroffen. Allerdings habe sich die Bezzola Denoth AG in dieser Zeit immer im Wettbewerb mit anderen Unternehmen befunden, etwa der Impraisa Mario GmbH.⁵¹⁹

264. Weiter bezeichnete D. _____ am 26. Oktober 2015 diverse Bauprojekte, bei denen es zu einer Angebotskoordination zwischen der Lazzarini AG und der Bezzola Denoth AG gekommen sei, so unter anderem die Projekte „[...]“ 2008⁵²⁰, [...] ⁵²¹, [...] (2010)⁵²², „[...]“ (2011)⁵²³, [...] (2011)⁵²⁴, [...] (2011)⁵²⁵ und [...] (2012)⁵²⁶

265. Auch D. _____ wurde am 9. Februar 2018, also nach Versand des Antrags des Sekretariats, nochmals eingehend zur Zusammenarbeit der Foffa Conrad-Gruppe mit der Lazzarini AG befragt.⁵²⁷ Dabei bestätigte er zwar grundsätzlich seine früheren Aussagen, hielt aber fest, dass vielleicht nicht alle gemachten Aussagen „so rüber“ gekommen seien, wie es seinem Empfinden und auch der Wahrheit entspreche.⁵²⁸ Im Wesentlichen sind vorliegend folgende Aussagen von D. _____ zur Zusammenarbeit mit der Lazzarini AG zu würdigen:

- Die Lazzarini AG sei immer auch eine Mitbewerberin in Scuol gewesen. Aber es habe sich nicht unbedingt um eine wichtige Konkurrentin gehandelt. Aufgrund ihrer Grösse und ihres Potenzials sei sie keine grosse Mitbewerberin gewesen. Allerdings habe sich seine Wahrnehmung der Lazzarini AG im Verlaufe des Jahres 2012 verändert. Er habe den Eindruck gehabt, dass bei der Lazzarini AG eine Strategieänderung stattgefunden habe.⁵²⁹
- Die Zusammenarbeit mit der Lazzarini AG habe darin bestanden, dass die Bezzola Denoth AG mit ihr bei vereinzelt komplexen Bauprojekten in einem ARGE-Verhältnis gestanden habe. Zum Teil habe es sich auch um Arbeitsgemeinschaften in grösseren Zusammensetzungen gehandelt, bei denen die Lazzarini AG eines der beteiligten Unternehmen gewesen sei.⁵³⁰ Weiter gab er zur Koordination der Angebotspreise mit der Lazzarini AG bei einzelnen Bauprojekten zu Protokoll, dass er alles angezeigt habe, was er in irgendeiner Form belegen könne. Zu den Aussagen von K. _____ über Angebotskoordinationen ohne Belege könne er nichts sagen. Er bestreite die Aussagen von K. _____, wo es keine Belege über Angebotskoordinationen gebe.⁵³¹ Die Foffa Conrad-Gruppe habe mit der Lazzarini AG eine gute und vertrauensvolle Zusammenarbeit in Arbeitsgemeinschaften gehabt. Dies habe zu mehr Kontakten mit der Lazzarini AG als mit anderen Unternehmen geführt. Die Lazzarini AG habe eine an-

dere Strategie als die Foffa Conrad-Gruppe verfolgt. Sie habe im Prinzip kein Interesse an anderen Aufträgen als jenen im Rahmen von Arbeitsgemeinschaften mit der Foffa Conrad-Gruppe gehabt.⁵³² Er könne aber nicht für die Lazzarini AG sprechen. Wenn die Lazzarini AG zu wenig zu tun gehabt hätte, hätte sie nicht koordiniert, sondern gekämpft.⁵³³

- Bei den Projekten, bei denen sich die Foffa Conrad-Gruppe und die Lazzarini AG abgestimmt hätten, habe zwischen ihnen kein Wettbewerb geherrscht. Bei den gemeinsamen Arbeitsgemeinschaften seien sie mit Aussenkonkurrenz konfrontiert gewesen. Zwischen der Foffa Conrad-Gruppe und der Lazzarini AG hätten sie sich bei gemeinsamen ARGE-Projekten ja schlecht konkurrenzieren können.⁵³⁴ Daneben sei es in einer gewissen Regelmässigkeit vorgekommen, dass sich die Foffa Conrad-Gruppe in Bezug auf einzelne Bauprojekte in den Jahren 2008 bis 2012 tatsächlich mit der Lazzarini AG konkurrenziert habe.⁵³⁵
- Zur Besprechung mit der Lazzarini AG vom 23. Januar 2012 sagte er aus, dass sie zwei oder maximal drei Mal in irgendeiner Form zusammengesessen seien. Die Auskunft der Lazzarini AG, dass sich die Vertreter der Lazzarini AG, der Bezzola Denoth AG und der Foffa Conrad AG jeweils einmal jährlich zu sog. „Dreiergesprächen“ getroffen hätten, sei nicht richtig.⁵³⁶ Auch die Aussage von K. _____, dass hierbei die „Interessenbekundungen“ aufgeteilt worden seien, treffe nicht zu. Die Idee, dass sie zu dritt die Planung ausgetauscht hätten, sei eine Aussage von K. _____, die er nicht teile.⁵³⁷

B.5.2.3 Zeugnis und Auskünfte von Drittpersonen

B.5.2.3.1 K. _____

266. Anlässlich seiner Zeugeneinvernahme vom 10. September 2015 sagte K. _____, vormals Lazzarini AG, auf Vorhalt der Besprechungsnotiz vom 23. Januar 2012 betr. „TBA Bez. 4“ (dazu Rz 252 hiervor) Folgendes zur Zusammenarbeit der Lazzarini AG mit der Foffa Conrad AG und der Bezzola Denoth AG aus.

⁵¹⁸ Act. IX.C.49, Zeile 371.

⁵¹⁹ Act. IX.C.49, Zeilen 396–401.

⁵²⁰ Act. IX.C.60, Zeilen 976–991.

⁵²¹ Act. IX.C.60, Zeilen 948–975.

⁵²² Act. IX.C.60, Zeilen 890–920.

⁵²³ Act. IX.C.60, Zeilen 282–333.

⁵²⁴ Act. IX.C.60, Zeilen 618–672.

⁵²⁵ Act. IX.C.60, Zeilen 754–784.

⁵²⁶ Act. IX.C.60, Zeilen 213–235.

⁵²⁷ Act. VII.B.49 (22-0458).

⁵²⁸ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 89–91.

⁵²⁹ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 124 ff.

⁵³⁰ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 316–318.

⁵³¹ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 916–919.

⁵³² Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 935–939.

⁵³³ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeile 978.

⁵³⁴ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 982–986.

⁵³⁵ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 944–952.

⁵³⁶ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 725–734.

⁵³⁷ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 814 f.

- Er sei an der Besprechung vom 23. Januar 2012 anwesend gewesen.⁵³⁸ Mit C._____, Foffa Conrad AG, und D._____, Bezzola Denoth AG, seien an dieser Besprechung die grösseren, vom Kanton budgetierten Projekte besprochen worden.⁵³⁹
- Konkret hätten die Teilnehmer an dieser Besprechung vom 23. Januar 2012 ihr Interesse an Bauprojekten bekundet.⁵⁴⁰ Hinter den auf der Notiz aufgelisteten Bauobjekten und Zahlen seien die Abkürzungen der Unternehmen vermerkt. Daraus seien die Interessenbekundungen ersichtlich. Die auf der Besprechungsnotiz gemachten Häkchen würden bedeuten, dass die entsprechende Interessenbekundung „in Ordnung“ gegangen sei.⁵⁴¹ Insofern seien zwar nicht die Bauaufträge aufgeteilt worden, da diese zu diesem Zeitpunkt noch nicht hätten vergeben werden können. Aufgeteilt worden seien vielmehr die „Interessenbekundungen“.⁵⁴²
- Er habe an mehr als einer solchen Besprechung teilgenommen. Diese Besprechungen hätten aber sicher nicht mehr als einmal pro Jahr stattgefunden. Ob es jedes Jahr zu einem solchen Treffen gekommen sei, könne er nicht abschliessend sagen. Manchmal habe die Lazzarini AG bereits eine genügende Auslastung gehabt und sei nicht auf solche Besprechungen angewiesen gewesen.⁵⁴³
- e._____, [...] der Lazzarini im Bereich Hoch- und Tiefbau, habe über die Besprechungen mit der Foffa Conrad AG und der Bezzola Denoth AG Bescheid gewusst. Wer genau ihn über den Inhalt der Besprechungen orientiert habe, wisse er nicht. Neben ihm selber könne die Orientierung auch von D._____ oder C._____ erfolgt sein.⁵⁴⁴

267. K._____ gab am 10. September 2015 sodann zu verschiedenen Bauprojekten in den Jahren 2008 bis 2012 Auskunft, bei denen Urkunden vorliegen, die auf eine Angebotskoordination mit der Bezzola Denoth AG oder der Foffa Conrad AG hindeuten. Dies betrifft namentlich die Bauprojekte „[...]“ (2008)⁵⁴⁵, „[...]“ (2009)⁵⁴⁶, „[...]“ (2009)⁵⁴⁷, „[...]“ (2010)⁵⁴⁸, „[...]“⁵⁴⁹, Scuol (2010)⁵⁴⁹, „[...]“⁵⁵⁰, Samedan (2010)⁵⁵⁰, „[...]“ (2011)⁵⁵¹, „[...]“⁵⁵², Samedan (2011)⁵⁵², „[...]“⁵⁵³, „[...]“⁵⁵⁴, Scuol (2012)⁵⁵⁴ und „[...]“⁵⁵⁵, Scuol⁵⁵⁵.

268. Anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 23. Januar 2017 bestätigte K._____, dass zwischen der Bezzola Denoth AG, der Foffa Conrad AG und der Lazzarini AG sogenannte „Dreiergespräche“ stattgefunden hätten. Dabei hätten die beteiligten Unternehmen die Interessen an Submissionen abgewogen, die in den folgenden Jahren ausgeschrieben worden seien.⁵⁵⁶ Diskutiert worden seien vor allem Tiefbauprojekte, vereinzelt auch Hochbauprojekte.⁵⁵⁷ Die „Dreiergespräche“ hätten maximal einmal pro Jahr stattgefunden.⁵⁵⁸ Wann die beteiligten Unternehmen damit begonnen hätten, wisse er nicht mit Bestimmtheit. Als er seine Tätigkeit bei der Lazzarini AG im Jahr 2006 aufgenommen habe, habe es noch keine solchen Gespräche gegeben. Damit habe man irgendwann später begonnen.⁵⁵⁹

269. Weiter gab K._____ zum Verhalten der Lazzarini AG im Zusammenhang mit den Bauprojekten „[...]“ in Tschlin und „[...]“ in Scuol, beide im Jahr 2011, Auskunft. In genereller Hinsicht hielt er fest, dass die Lazzarini AG jeweils mit der Bezzola Denoth AG zusammengekommen sei. Dabei sei es zu Interessenbekundungen für konkrete Bauprojekte gekommen. Wenn sich bei diesen Gesprächen ergeben habe, dass die Bezzola Denoth AG an einem Projekt interessiert gewesen sei und die Lazzarini AG nicht, dann sei es klar gewesen, dass die Lazzarini AG eine „Schutzofferte“ eingereicht habe, sofern dies nötig gewesen sei.⁵⁶⁰

B.5.2.3.2 Auskunft des Architekturbüros Y._____

270. Mit Fragebogen vom 10. November 2016 ersuchte die Behörde das Architekturbüro Y._____, das im Unterengadin im Bereich Hochbau tätig ist, um Auskunft im vorliegenden Verfahren. Mit Eingabe vom 17. November 2016⁵⁶¹ reichte das Architekturbüro Y._____ seine Antworten ein. Im Begleitschreiben dazu hielt Y._____, [...], Folgendes fest:

- Ihm sei aufgefallen, dass die Lazzarini AG bei Hochbauprojekten im Unterengadin immer höhere Preise offerieren würde als die Bezzola Denoth AG. Dies, obwohl L._____, sein Nachbar und Bauführer bei der Lazzarini AG, ihn jeweils angefragt habe, ob die Lazzarini AG bei von ihm betreuten Projekten offerieren dürfe, sie würde sich freuen, Bauten mit dem Architekturbüro Y._____ auszuführen.
- Eines Tages habe ihm L._____, Lazzarini AG, mitgeteilt, dass er diesbezüglich mit K._____, seinem Vorgesetzten, gesprochen habe. K._____ habe ihm wie folgt geantwortet: Die Lazzarini AG habe mit der Bezzola Denoth AG vereinbart, sich im Hochbau im Unterengadin nicht einzusetzen. Grund bestehe darin, dass die Lazzarini AG im Bereich Tiefbau mit der Bezzola Denoth AG in Arbeitsgemeinschaften zusammenarbeite. Um diese Zusammenarbeit nicht zu gefährden, lasse sie die Finger vom Hochbau.

⁵³⁸ Act. IV.23, Zeilen 224.

⁵³⁹ Act. IV.23, Zeile 227.

⁵⁴⁰ Act. IV.23, Zeile 241 f.

⁵⁴¹ Act. IV.23, Zeilen 248–255.

⁵⁴² Act. IV.23, Zeilen 256–260.

⁵⁴³ Act. IV.23, Zeilen 261–276.

⁵⁴⁴ Act. IV.23, Zeilen 283–290.

⁵⁴⁵ Act. IV.23, Zeilen 422–442.

⁵⁴⁶ Act. IV.23, Zeilen 443–463.

⁵⁴⁷ Act. IV.23, Zeilen 464–502.

⁵⁴⁸ Act. IV.23, Zeilen 505–532.

⁵⁴⁹ Act. IV.23, Zeilen 384–421.

⁵⁵⁰ Act. IV.23, Zeilen 360–380.

⁵⁵¹ Act. IV.23, Zeilen 282–333.

⁵⁵² Act. IV.23, Zeilen 173–203.

⁵⁵³ Act. IV.23, Zeilen 563–594.

⁵⁵⁴ Act. IV.23, Zeilen 533–562.

⁵⁵⁵ Act. IV.23, Zeilen 291–319.

⁵⁵⁶ Act. II.11 (22-0458), Zeilen 165–171.

⁵⁵⁷ Act. II.11 (22-0458), Zeile 185 f.

⁵⁵⁸ Act. II.11 (22-0458), Zeile 172 f.

⁵⁵⁹ Act. II.11 (22-0458), Zeilen 174–176.

⁵⁶⁰ Act. II.11 (22-0458), Zeilen 501–505.

⁵⁶¹ Act. III.21 (22-0458).

- Diese Aussage von K._____ habe ihn und auch L._____ sehr überrascht. Für ihn sei dies der Beweis gewesen, dass „Absprachen“ tatsächlich stattfinden würden.

271. In seinen Antworten vom 9. Dezember 2016 auf den Fragebogen der Behörde vom 7. Dezember 2016⁵⁶² nannte das Architekturbüro Y._____ vier Hochbauprojekte in den Jahren 2008 bis 2011, bei denen die Lazzarini AG zunächst Interesse an der Ausführung gezeigt, aber anschliessend ein höheres Angebot als die Bezzola Denoth AG oder gar kein Angebot eingereicht habe.⁵⁶³ Sodann präzisierte das Architekturbüro, dass die Offerten der Lazzarini AG ab dem Jahr 2012 – als F._____ die Niederlassungsleitung übernommen habe – wieder konkurrenzfähiger geworden seien.⁵⁶⁴

B.5.3 Beweiswürdigung

B.5.3.1 Konsens und Inhalt

272. Im Rahmen der Beweiswürdigung ist zu beurteilen, ob die Foffa Conrad AG, die Bezzola Denoth AG und die Lazzarini AG den *übereinstimmenden* wirklichen Willen geäussert haben, im Bereich Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin zusammenzuarbeiten (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Ist ein solcher Konsens zu bejahen, ist alsdann dessen Inhalt zu ermitteln. Hierbei handelt es sich um Tatfragen, die durch subjektive Auslegung des Verhaltens der Beteiligten zu beantworten ist.⁵⁶⁵

273. 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).⁵⁶⁶ Vorliegend bestand keine schriftliche Vereinbarung, welche die Zusammenarbeit zwischen der Lazzarini AG, der Bezzola Denoth AG und der Foffa Conrad AG regelte. Zu prüfen ist, ob ein solcher Konsens mündlich oder konkludent zustande gekommen war.

274. Im Vordergrund steht das tatsächliche Verhalten der Parteien. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Zusammenarbeit zwischen der Lazzarini AG, der Bezzola Denoth AG und der Foffa Conrad AG im Unterengadin im Wesentlichen durch folgende Elemente geprägt war:

- gemeinsame Jahresstartsitzungen (Rz 276 ff. hiernach);
- Zusammenarbeit im Rahmen von Arbeitsgemeinschaften (Rz 281 ff. hiernach);
- Koordination der Angebotspreise bei einzelnen Bauprojekten (Rz 285 ff. hiernach).

275. Im Folgenden sind diese Elemente der Zusammenarbeit in einem ersten Schritt im Einzelnen zu würdigen. In einem zweiten Schritt ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu beurteilen, ob und ggf. inwiefern diese einzelnen Aspekte der Zusammenarbeit in Verbindung stehen (dazu Rz 288 ff. hiernach). Dabei stellt sich insbesondere die Frage, was daraus unter dem Gesichtspunkt eines allfälligen Konsenses zur Zusammenarbeit zwischen der Lazzarini AG, der Bezzola Denoth AG und der Foffa Conrad AG zu schliessen ist.

B.5.3.1.1 Gemeinsame Jahresstartsitzungen

276. Die Lazzarini AG räumte ein, dass sie sich jeweils anfangs Jahr zu gemeinsamen Besprechungen mit der Foffa Conrad-Gruppe getroffen habe.⁵⁶⁷ Sie bestätigte dies in ihrer Stellungnahme vom 7. Februar 2018 zum Antrag des Sekretariats.⁵⁶⁸ Die Foffa Conrad-Gruppe bestritt nicht, dass es Besprechungen mit der Lazzarini AG gegeben habe, jedoch dass diese stets anfangs Jahr durchgeführt worden seien.⁵⁶⁹ Zweifel an den Angaben der Lazzarini AG bestehen allerdings nicht. Zum einen ist zu erwähnen, dass unbestrittenermassen am 23. Januar 2012 eine solche Besprechung stattgefunden hat, also anfangs Jahr (dazu Rz 278 hiernach). Zum anderen bestand der Anlass dieser Besprechungen jeweils in den Budgetvorgaben des Kantons Graubünden, welche die beteiligten Unternehmen einmal pro Jahr – typischerweise zu Jahresbeginn – in Erfahrung bringen konnten. Dies belegen unter anderem die Zeugenaussagen von K._____.⁵⁷⁰ Im Folgenden werden diese Besprechungen daher „Jahresstartsitzungen“ genannt.

277. C._____⁵⁷¹, D._____⁵⁷² und K._____⁵⁷³ gaben alleamt zu Protokoll, an diesen Sitzungen persönlich teilgenommen zu haben. Ihre übereinstimmenden und glaubhaften Aussagen lassen keine Zweifel aufkommen, dass solche Besprechungen tatsächlich stattgefunden haben. Damit ist erstellt, dass die Zusammenarbeit der Lazzarini AG, der Bezzola Denoth AG und der Foffa Conrad AG neben den gemeinsamen Arbeitsgemeinschaften (dazu Rz 281 ff. hiernach) auch auf gemeinsamen Jahresstartsitzungen beruhte.

278. Anhand der erhobenen Beweismittel sind Gegenstand, Zweck, Häufigkeit und Bedeutung der gemeinsamen Jahresstartsitzungen zu beleuchten. Als Beweismittel sticht in diesem Zusammenhang die Besprechungsnotiz vom 23. Januar 2012 betr. „TBA Bez. 4“ (dazu Rz 252) hervor. Diese Notiz erstellte C._____ im Hinblick auf eine solche Jahresstartsitzung, nämlich derjenigen im Jahr 2012.⁵⁷⁴ Sie enthält unter dem Titel „Budget 2012“ eine Auflistung von Projekten des Tiefbauamts Graubünden im Bezirk 4 (Unterengadin). Neben jedem Projekt finden sich eine Schätzung des Bauvolumens, ein oder mehrere Kürzel („FC“, „Bede“, „Laz“) sowie bei einigen Projekten ein „Häkchen“. Weiter ist ein „Total“ angegeben (~ CHF 24'000'000) sowie ein Anteil pro Unternehmen („F+C“: CHF 8,65 Mio.; „Bede“: CHF 7,40 Mio.; „Laz“: CHF 3,10 Mio.). Über die genannten

⁵⁶² Act. III.25 (22-0458).

⁵⁶³ Act. III.25 (22-0458), Antwort auf Frage 1b.

⁵⁶⁴ Act. III.25 (22-0458), Antwort auf Frage 1c.

⁵⁶⁵ Statt vieler BGE 133 II 675 E. 3.3; BGE 131 II 467 E. 1.1; BGE 126 II 171 E. 4c/bb.

⁵⁶⁶ Vgl. etwa Urteil des BGer 4A_264/2014 vom 17.10.2014, E. 3.2.

⁵⁶⁷ Act. IX.B.28, Antwort auf Frage 16;

⁵⁶⁸ Act. V.35 (22-0458), Rz 24.

⁵⁶⁹ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 753 ff.

⁵⁷⁰ Act. IV.23, Zeile 264.

⁵⁷¹ Act. IX.C.61, Zeilen 729–731.

⁵⁷² Act. IX.C.49, Zeile 331 und 362.

⁵⁷³ Act. IV. 23, Zeile 224 und Act. IV.23, Zeile 239 f.

⁵⁷⁴ Act. IX.C.61, Zeile 727 f. (Aussage C._____); und Act. IV.23, Zeile 236 f. (Zeugenaussage K._____).

Fragen geben weiter auch die Parteiaussagen von D. _____ und C. _____ sowie die Zeugenaussagen von K. _____ Aufschluss. Auf der Grundlage dieser Beweismittel ist Folgendes festzuhalten:

- An den "gemeinsamen Jahresstartsitzungen äusseren die beteiligten Unternehmen ihr Interesse an Bauprojekten, deren Ausschreibung im betreffenden Jahr zu erwarten gewesen ist.⁵⁷⁵ Neben der Interessenlage wurden dabei auch die Kapazitäten der Unternehmen sowie technische Anforderungen thematisiert.⁵⁷⁶ Besprochen worden sind vor allem mögliche Projekte des Tiefbauamts Graubünden im Unterengadin (Bezirk 4). Gemäss Aussage von K. _____ sind vereinzelt auch Hochbauprojekte diskutiert worden.⁵⁷⁷
- Der Zweck der gemeinsamen Jahresstartsitzungen bestand nicht darin, anstehende Projekte unter den beteiligten Unternehmen definitiv aufzuteilen.⁵⁷⁸ Dies wäre anlässlich dieser Sitzungen, die jeweils anfangs Jahr stattfanden, auch nicht möglich gewesen. Zu diesem Zeitpunkt stand nicht mit Sicherheit fest, welche Projekte anschliessend tatsächlich ausgeschrieben wurden. Allerdings glichen die beteiligten Unternehmen an den gemeinsamen Jahresstartsitzungen ihre Interessen in Bezug auf die zu erwartenden Projekte ab. Dies belegt die Besprechungsnotiz vom 23. Januar 2012. Darauf sind hinter verschiedenen Projekten die Interessen der beteiligten Unternehmen mit Kürzeln vermerkt.⁵⁷⁹ „FC“ steht für die Foffa Conrad AG, „BeDe“ für die Bezzola Denoth AG und „Laz“ für die Lazzarini AG. Zudem sind hinter diesen Interessenbekundungen „Häkchen“ angebracht. Gemäss K. _____ bedeuten diese Häkchen, dass die Interessenkundgabe des betreffenden Unternehmens „in Ordnung“ ging.⁵⁸⁰ Dies heisst mit anderen Worten, dass die entsprechenden Interessenkundgaben von den anderen beteiligten Unternehmen akzeptiert wurden. Weiter ist auf der Besprechungsnotiz vom 23. Januar 2012 das auf die Foffa Conrad AG, Bezzola Denoth AG und die Lazzarini AG fallende Bauvolumen aufgeführt, wenn die Projekte tatsächlich gemäss den Interessenbekundungen hätten aufgeteilt werden können.⁵⁸¹ Für die Foffa Conrad AG war ein Bauvolumen von CHF 8,65 Mio. vorgesehen, für die Bezzola Denoth AG ein Bauvolumen von CHF 7,40 Mio. und für die Lazzarini AG ein Bauvolumen von CHF 3,10 Mio. All dies zeigt, dass sich die Foffa Conrad AG, die Bezzola Denoth AG und die Lazzarini AG an ihren gemeinsamen Jahresstartsitzungen nicht bloss darauf beschränkten, den anderen Unternehmen ihr eigenes Interesse an den Bauprojekten mitzuteilen. Vielmehr dienten diese Sitzungen dazu, sich bereits vor den konkreten Ausschreibungen, unter Berücksichtigung der Kapazitäten, Ressourcen und Fähigkeiten, im Hinblick auf die anstehenden Submissionsverfahren aufeinander *abzustimmen*. Der Zweck bestand damit auch nicht in der Koordination einer einzelnen Ausschreibung, etwa hinsichtlich der Frage, ob für ein konkretes Projekt eine gemeinsame Arbeitsgemeinschaft gebildet werden sollte. Viel-

mehr bezogen die beteiligten Unternehmen in ihre Koordinationsbestrebungen zumindest sämtliche Ausschreibungen des Tiefbauamts Graubünden ein, die sie im Unterengadin im betreffenden Jahr erwarteten. Die beteiligten Unternehmen bezweckten eine *projektübergreifende Koordination*. Damit ist auch erwiesen, dass die Koordination zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG an den gemeinsamen Jahresstartsitzungen nicht nur Projekte erfasste, für die eine Arbeitsgemeinschaft in Frage kam, sondern auch solche Projekte, welche sie alleine auszuführen gedenkten. Dies ergibt sich zum einen aus den Aussagen von K. _____⁵⁸² und D. _____⁵⁸³, zum anderen aus dem Umstand, dass auf der Besprechungsnotiz vom 23. Januar 2012 auch Projekte mit einer Interessensangabe eines Unternehmens aufgeführt sind (vgl. die Kürzel „FC“, „BeDe“ und „Laz“ sowie die „Häkchen“), die nicht in einer Arbeitsgemeinschaft ausgeführt werden sollten. Daran bestehen bei dieser Beweislage keine vernünftigen Zweifel. Allerdings bezog sich die Koordination an den Jahresstartsitzungen nur auf das Verhältnis zwischen der Foffa Conrad AG bzw. Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG. Andere im Unterengadin tätige Unternehmen waren daran nicht beteiligt.

- Ob solche Jahresstartsitzungen der Foffa Conrad AG und der Bezzola Denoth AG mit der Lazzarini AG jedes Jahr stattfanden, lässt sich anhand der erhobenen Beweismittel nicht mit Sicherheit eruieren.⁵⁸⁴ In Jahren, in denen die Lazzarini AG bereits eine genügende Auslastung gehabt habe, habe nach Aussage von K. _____ kein Bedarf für solche Besprechungen bestanden.⁵⁸⁵ Fest steht aber, dass es im Zeitraum von ca. 2007/2008 bis 2012 zwar nie mehr als einmal pro Jahr zu einem solchen Treffen kam,⁵⁸⁶ aber in mehreren Jahren solche Sitzungen durchgeführt worden sind. Dies wurde von den Beteiligten übereinstimmend eingeräumt.⁵⁸⁷ Insofern wiesen die Jahresstartsitzungen im Kreis dieser Unternehmen eine gewisse *Systematik* auf. Erwiesen ist ebenso, dass es sich

⁵⁷⁵ Act. II.11 (22-0458), Zeilen 165–171 und Act. IV.23, Zeile 241 f. (Zeugenaussage K. _____), Act. IX.C.49, Zeilen 359–361 (Aussage D. _____).

⁵⁷⁶ Act. IX.C.61, Zeilen 763–765 (Aussage C. _____); Act. IX.C.49, Zeile 332 f. (Aussage D. _____).

⁵⁷⁷ Act. II.11 (22-0458), Zeile 185 f.

⁵⁷⁸ Act. IV.23, Zeilen 256–260 (Zeugenaussage K. _____); Act. IX.C.61, Zeilen 812–816 (Aussage C. _____).

⁵⁷⁹ Act. IV.23, Zeilen 247–249 (Zeugenaussage K. _____).

⁵⁸⁰ Act. IV.23, Zeile 254 f.

⁵⁸¹ Act. IX.C.61, Zeilen 749–753 (Aussage C. _____).

⁵⁸² Act. IV.23, Zeilen 227–230, 244 f., 256–260 sowie Act. II.11 (22-0458), Zeilen 168–171.

⁵⁸³ Act. IX.C.49, Zeilen 386–388.

⁵⁸⁴ Act. IV.23, Zeilen 272 (Zeugenaussage K. _____).

⁵⁸⁵ Act. IV.23, Zeilen 273 f.

⁵⁸⁶ Act. II.11 (22-0458), Zeile 172 f. (Zeugenaussage K. _____).

⁵⁸⁷ Act. IV.23, Zeilen 275 f. (Zeugenaussage K. _____); Act. IX.C.49, Zeilen 364–366 (Aussage D. _____); Act. IX.C.61, Zeilen 844 ff. (Aussage C. _____).

bei der Sitzung vom 23. Januar 2012 um das letzte Treffen in dieser Form handelte. Der Grund, weshalb die Foffa Conrad AG, die Bezzola Denoth AG und die Lazzarini AG ab dem Jahr 2013 auf gemeinsame Jahresstartsitzungen verzichteten, bestand namentlich in Bedenken, die an deren kartellrechtlichen Zulässigkeit aufkamen. Dies bestätigten C._____⁵⁸⁸ und D._____⁵⁸⁹.

- An den gemeinsamen Jahresstartsitzungen nahmen für die beteiligten Unternehmen Vertreter aus dem *obersten Kader* teil. C._____ ist [...] und [...] der Foffa Conrad AG sowie [...] der Bezzola Denoth AG. D._____ ist [...] und [...] der Bezzola Denoth AG. K._____ nahm in seiner damaligen Funktion als Niederlassungsleiter der Lazzarini AG teil. Zudem wusste e._____, [...] Hoch und Tiefbau und Mitglied der Geschäftsleitung der Lazzarini AG, über die gemeinsamen Jahresstartsitzungen Bescheid. Über deren Ergebnis musste er orientiert werden.⁵⁹⁰ Dies zeigt, dass das Ergebnis der gemeinsamen Jahresstartsitzungen für die beteiligten Unternehmen von Bedeutung war. Zu erwähnen ist sodann, dass sich C._____ und X._____, [...], rund drei bis vier Mal pro Jahr getroffen haben, um die Strategie festzulegen. Gemäss C._____ sei an diesen Treffen insbesondere besprochen worden, ob die Foffa Conrad-Gruppe und die Lazzarini AG in Zukunft (weiterhin) im Rahmen von Arbeitsgemeinschaften zusammenarbeiten wollten.⁵⁹¹

279. Diese Schlüsse werden von der Foffa Conrad-Gruppe nachträglich zumindest teilweise bestritten. Insbesondere behauptete sie im Nachhinein, d.h. nachdem ihr der Antrag des Sekretariats vorlag, dass die beteiligten Personen sich an der Besprechung vom 23. Januar 2012 nicht über ihre Interessen an Bauprojekten ausgetauscht hätten. Der Zweck dieser Sitzung habe ausschliesslich darin bestanden, die allfällige Bildung von Arbeitsgemeinschaften zu besprechen.⁵⁹² Die einzige Ausnahme hiervon habe das Projekt „[...]“ gebildet, bei dem die Foffa Conrad-Gruppe die Lazzarini AG nicht habe konkurrenzieren wollen.⁵⁹³ Hierzu ist Folgendes zu entgegnen:

- Die nachträglichen Vorbringen der Foffa Conrad-Gruppe widersprechen den Zeugenaussagen von K._____. So gab K._____ am 10. September 2015 zu Protokoll, dass die Teilnehmer an dieser Besprechung vom 23. Januar 2012 ihr Interesse an Bauprojekten bekundet hätten⁵⁹⁴ und diese „Interessenbekundungen“ aufgeteilt worden seien.⁵⁹⁵ Dies deckt sich mit seinen späteren Aussagen an der Zeugeneinvernahme vom 23. Januar 2017.⁵⁹⁶ Die Aussagen von K._____ wurden von C._____ am 27. Oktober 2015 bestätigt.⁵⁹⁷ Auch D._____ führte am 18. August 2015 aus, dass die Notiz von C._____ vom 23. Januar 2012 für ihn zeige, dass sich die Beteiligten über die Interessen ausgetauscht hätten.⁵⁹⁸ An den weiteren Befragungen äusserten sich weder C._____ noch D._____ dazu. Erst über zwei Jahre später und nachdem ihnen der Antrag des Sekretariats vorlag, kamen sie auf ihre ursprünglichen Aussagen zurück und relativierten diese. Dies ist ein erstes Indiz, dass

es sich bei den nachträglichen Vorbringen der Foffa Conrad-Gruppe um Schutzbehauptungen handelt.

- Gegen die Behauptungen der Foffa Conrad-Gruppe sprechen sodann der Titel der Notiz von C._____ vom 23. Januar 2012. Dieser lautet „TBA Bez. 4“. Ein Bezug zur Bildung von Arbeitsgemeinschaften ist nicht ersichtlich. Anlass der Besprechung bildete denn auch die Bekanntgabe der Budgetvorgaben durch den Kanton, wie den Zeugenaussagen von K._____ zu entnehmen ist.⁵⁹⁹ Bei den beiden Projekten „Giarsun – Ardez“ und „Ova da Sagl“ (Zernez), bei denen die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft beschlossen worden ist, finden sich auf der Notiz keine näheren Angaben, die typischerweise bei Vorbesprechungen von konkreten Arbeitsgemeinschaften festgelegt werden, wie etwa die Unternehmensanteile. Dies sind weitere Indizien, dass der Anlass und Gegenstand dieser Besprechung nicht (bloss) die Bildung von konkreten Arbeitsgemeinschaften bildete, sondern zum einen abstrakterer und zum anderen umfassenderer Natur war, nämlich die Klärung der Interessen für alle vom Tiefbauamt im Jahr 2012 zu erwartenden Ausschreibungen,⁶⁰⁰ und zwar bevor diese ausgeschrieben wurden. Dies heisst nicht, dass über jedes der aufgelisteten Projekte im Detail debattiert worden sein muss. Allenfalls war die Interessenlage bei einigen Projekten rasch geklärt oder nicht strittig. Zu beachten ist auch, dass die Strategie zwischen der Foffa Conrad-Gruppe und der Lazzarini AG jeweils auf höchster Ebene festgelegt wurde. Wie den Aussagen von C._____ zu entnehmen ist, traf er sich rund drei bis vier Mal pro Jahr mit X._____, CEO der Lazzarini AG, um die Strategie zu bestimmen. An diesen Treffen sei insbesondere besprochen worden, ob die Foffa Conrad-Gruppe und die Lazzarini AG in Zukunft (weiterhin) im Rahmen von Arbeitsgemeinschaften zusammenarbeiten wollten.⁶⁰¹
- Weiter ist dem Inhalt der Notiz von C._____ Rechnung zu tragen. Auf der Notiz berechnete C._____ die auf die Unternehmen fallenden Gesamtsummen. Für die Foffa Conrad AG war ein Bauvolumen von CHF 8,65 Mio. vorgesehen, für

⁵⁸⁸ Act. IX.C.61, Zeilen 897–900.

⁵⁸⁹ Act. IX.C.49, Zeilen 382–393.

⁵⁹⁰ Act. IV.23, Zeilen 224 f. und 287–290.

⁵⁹¹ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 586–589 und 605–612.

⁵⁹² Act. V.38 (22-0458), Rz 133 ff.

⁵⁹³ Act. V.38 (22-0458), Rz 144.

⁵⁹⁴ Act. IV.23, Zeile 241 f.

⁵⁹⁵ Act. IV.23, Zeilen 256–260.

⁵⁹⁶ Act. II.11 (22-0458), Zeile 169 f.

⁵⁹⁷ Act. IX.C.61, Zeilen 808–811 und 817–820.

⁵⁹⁸ Act. IX.C.49, Zeile 340.

⁵⁹⁹ Act. IV.23, Zeile 264 f.

⁶⁰⁰ So auch die Zeugenaussagen von K._____ vom 10.9.2015, Act. IV.23, Zeilen 244 ff.

⁶⁰¹ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 586–589 und 605–612.

die Bezzola Denoth AG ein Bauvolumen von CH 7,40 Mio. und für die Lazzarini AG ein Bauvolumen von CHF 3,10 Mio. Dies belegt, dass an der Besprechung auch die Kapazitäten und Auslastung der Unternehmen zur Sprache kommen sollten, und zwar nicht nur der Foffa Conrad-Gruppe, sondern insbesondere diejenige der Lazzarini AG. So führte auch D._____ am 18. August 2015 aus, [er denke, dass es es effektiv darum gegangen sei, dass man besprochen hätte, wer über Kapazitäten verfügen würde].⁶⁰² Dies ist ein weiteres Indiz, dass die Besprechung eine Gesamtbetrachtung für das ganze Jahr 2012 zum Gegenstand hatte und nicht bloss der Bildung von konkreten, bevorstehenden Arbeitsgemeinschaften diente.

- Die Foffa Conrad-Gruppe räumte selber ein, dass an der Besprechung vom 23. Januar 2012 vereinbart worden sei, dass die Lazzarini AG beim Bauprojekt „[...]“ zum Zuge kommen sollte.⁶⁰³ Weshalb gerade ausschliesslich dieses Projekt hätte zur Sprache kommen sollen, wie die Foffa Conrad-Gruppe behauptet, ist nicht ersichtlich. Besonders war an diesem Projekt einzig, dass an deren Ausführung die Lazzarini AG interessiert war und die Foffa Conrad-Gruppe nicht; dies im Unterschied zu den anderen auf der Liste aufgeführten Projekte. Unabhängig davon beweist der Fall „[...]“, dass die Beteiligten an der Besprechung vom 23. Januar 2012 nicht nur über die Bildung von Arbeitsgemeinschaften gesprochen haben.
- Schliesslich fällt auf, dass die Foffa Conrad-Gruppe und Lazzarini AG bereits seit spätestens 2003⁶⁰⁴ und auch nach 2012 noch im Rahmen von Arbeitsgemeinschaften zusammenarbeiteten.⁶⁰⁵ Solche Besprechungen wie diejenige vom 23. Januar 2012 gab es aber nach 2012 nicht mehr.⁶⁰⁶ Offenbar waren solche Sitzungen für die Bildung von Arbeitsgemeinschaften nicht notwendig. Auch dies verdeutlicht, dass der Gegenstand der Besprechung vom 23. Januar 2012 über die allfällige Bildung von Arbeitsgemeinschaften hinausging.

280. Nach dem Gesagten sind die nachträglichen Vorbringen der Foffa Conrad-Gruppe zur Besprechung vom 23. Januar 2012 entkräftet. Sie erweisen sich als Schutzbehauptungen. Die Lazzarini AG stellte die Sachverhaltsfeststellungen der Behörde hierzu in ihrer Stellungnahme vom 7. Februar 2018 nicht infrage. Weitere Ausführungen erübrigen sich.

B.5.3.1.2 Arbeitsgemeinschaften

281. Zu würdigen ist sodann die Zusammenarbeit zwischen den betreffenden Unternehmen in Arbeitsgemeinschaften. Diese Zusammenarbeit ist durch die Offertöffnungsprotokolle der öffentlichen Hand sowie die Offertlisten der Lazzarini AG, der Bezzola Denoth AG und der Foffa Conrad AG gut dokumentiert. Zudem bestätigten alle beteiligten Unternehmen, regelmässig gemeinsame Arbeitsgemeinschaften gebildet zu haben.⁶⁰⁷

282. Die genannten Beweismittel erlauben folgende Schlüsse zur Zusammenarbeit der Foffa Conrad AG und

der Bezzola Denoth AG mit der Lazzarini AG im Rahmen von Arbeitsgemeinschaften:

- Die Lazzarini AG führte im Unterengadin in den Jahren 2006 bis 2012 insgesamt [14–20] Projekte in Arbeitsgemeinschaften aus, davon [...] mit der Bezzola Denoth AG und [...] mit der Foffa Conrad AG. Mit anderen Unternehmen arbeitete sie im Unterengadin nicht in Arbeitsgemeinschaften zusammen. Eine Ausnahme bestand beim Bauprojekt „[...]“ im Jahr 2009. Allerdings wickelte sie dieses Bauprojekt über die Sparte „Grosstiefbau“ und nicht über die Sparte „Hoch-/Tiefbau“ ab.⁶⁰⁸ A„[...]“uch die Foffa Conrad AG und die Bezzola Denoth AG bildeten ihre Arbeitsgemeinschaften primär mit der Lazzarini AG, war aber auch an Arbeitsgemeinschaften mit anderen Unternehmen beteiligt.⁶⁰⁹
- Von den Projekten, welche die Lazzarini AG mit der Foffa Conrad AG und der Bezzola Denoth AG in Arbeitsgemeinschaften ausführte, betrafen [...] Projekte den Bereich Tiefbau. Bei [...] Projekten handelte es sich um *Hochbauprojekte*.
- Die meisten Projekte waren *grösserer Natur*. Mit Ausnahme des Projekts „[...]“ in Ftan im Jahr 2007 wiesen sämtliche Projekte ein Bauvolumen von mehr als CHF [...]– auf. Bei [...] der [14–20] Projekte überstieg das Bauvolumen den Betrag von CHF [...].
- Die Anzahl der in Arbeitsgemeinschaften ausgeführten Projekte blieb über die Jahre konstant. Im Zeitraum von 2006 bis 2012 führte die Lazzarini AG in jedem Jahr mindestens ein Projekt in einer Arbeitsgemeinschaft mit der Foffa Conrad AG oder der Bezzola Denoth AG aus. Jahre, in denen die betreffenden Unternehmen keine gemeinsamen Arbeitsgemeinschaften bildeten, gab es nicht. Am meisten Projekte in Arbeitsgemeinschaften führten sie in den Jahren 2008 bis 2010 aus, nämlich je [...] pro Jahr. Insofern ist in der Zusammenarbeit im Rahmen von Arbeitsgemeinschaften eine gewisse Systematik zu erkennen. Dies bestätigen auch die Aussagen der Lazzarini AG. Danach habe sich aufgrund der regelmässigen projektbezogenen Kooperation der drei beteiligten Unternehmen eine *„gut eingespielte, routinierte Zusammenarbeit“* ergeben.⁶¹⁰

⁶⁰² Act. IX.C.49, Zeile 332 f.

⁶⁰³ Act. V.38 (22-0458), Zeilen 826–828.

⁶⁰⁴ Vgl. das Schreiben von C._____ an d._____ vom 2. Mai 2007, Act. III.C.002.

⁶⁰⁵ Act. V.38 (22-0458), Rz 124 f.

⁶⁰⁶ Act. IX.C.49, Zeile 369 f. (Aussage von D._____); Act. IX.C.61, Zeilen 855–857 (Aussage von C._____).

⁶⁰⁷ Act. IX.B.4, Zeilen 1–16 (Aussage K._____); Act. IV.002, Zeilen 152–154 (Aussage C._____); Act. IX.C.49, Zeilen 371–377 (Aussage D._____).

⁶⁰⁸ Vgl. Act. V.II.B.49 (22-0458), Zeilen 480–483.

⁶⁰⁹ Dazu Act. V.38 (22-0458), Rz 126 f.

⁶¹⁰ Act. IX.B.7, pag. 9.

- Die Lazzarini AG erzielte einen *bedeutenden Anteil* ihres Umsatzes im Unterengadin aus Arbeitsgemeinschaften mit der Foffa Conrad AG und der Bezzola Denoth AG. In den Jahren 2009 und 2010 realisierte sie gar [...] Umsatz im Unterengadin mit Projekten in Arbeitsgemeinschaften mit diesen Unternehmen. In den Jahren 2006 bis 2012 führte sie im Unterengadin lediglich [7-12] Hoch- und Tiefbauprojekte alleine, d.h. ohne Ein-

bindung der Foffa Conrad AG oder der Bezzola Denoth AG, aus. Die nachfolgende Tabelle 12 zeigt, welchen Anteil am Gesamtumsatz der Lazzarini AG im Unterengadin in den Jahren 2006 bis 2012 jeweils auf Arbeitsgemeinschaften mit der Foffa Conrad AG und der Bezzola Denoth AG fällt:

Jahr	Umsatz im Hoch- und Tiefbau im Unterengadin	Umsatz aus ARGE mit der Foffa Conrad AG und der Bezzola Denoth AG	Anteil aus ARGE mit der Foffa Conrad AG und Bezzola Denoth AG
2006	CHF [3-5 Mio.]	CHF [...]	[70-90] %
2007	CHF [0,4-0,6 Mio.]	CHF [...]	[20-40] %
2008	CHF [3-5 Mio.]	CHF [...]	[80-100] %
2009	CHF [3-5 Mio.]	CHF [...]	[80-100] %
2010	CHF [2-4 Mio.]	CHF [...]	[80-100] %
2011	CHF [0-2 Mio.]	CHF [...]	[70-90] %
2012	CHF [3-5 Mio.]	CHF [...]	[10-30] %

Tabelle 12: Umsatzanteil der Lazzarini AG aus ARGE mit der Foffa Conrad AG und Bezzola Denoth AG

- Schliesslich ist festzuhalten, dass die Zusammenarbeit zwischen der Lazzarini AG mit der Foffa Conrad AG und der Bezzola Denoth AG im Rahmen von Arbeitsgemeinschaften meistens erfolgreich war. Bei [...] Bauprojekten im Unterengadin, bei denen die Lazzarini AG in den Jahren 2006 bis 2011 entweder mit der Bezzola Denoth AG oder der Foffa Conrad AG im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft offerierte, erhielt die Arbeitsgemeinschaft den Zuschlag.⁶¹¹ Die *Erfolgsquote* dieser Zusammenarbeit in Form von Arbeitsgemeinschaften betrug in diesen Jahren [...] %. [...] im Jahr 2012 erging der Zuschlag – wie die Foffa Conrad-Gruppe geltend machte⁶¹² – bei zwei Projekten an andere Unternehmen, wobei in einem Fall das Bauprojekt vier Lose umfasste (Projekt „Kraftwerk Tasnan“ in Ardez/Ftan).

283. Bei vielen Bauprojekten nahmen neben der Arbeitsgemeinschaft zwischen der Foffa Conrad-Gruppe und der Lazzarini AG keine weiteren Bewerber an der Ausschreibung teil.⁶¹³ Dies betraf in den Jahren 2008 bis 2012 die Ausschreibungen [...] (2008), [...], Zernez (2008), [...], Tschlin (2008), [...] (2009), [...], Zernez (2009), [...], Susch (2010), [...] (2011) und [...] (2012). Wie aus den Offertöffnungsprotokollen hervorgeht⁶¹⁴, war das Bauvolumen dieser Bauprojekte, bei denen es keine Mitbewerber gab, beträchtlich. Gesamthaft betrug es in den Jahren 2008 bis 2012 CHF 23'211'977.65. Im Verhältnis zum gesamten Bauvolumen, das auf Arbeitsgemeinschaften zwischen der Foffa Conrad-Gruppe und

der Lazzarini AG in diesen Jahren fällt, entspricht dies einem Anteil von 70 %.

284. Die Foffa Conrad-Gruppe brachte in ihrer Stellungnahme vom 14. Februar 2018 vor, dass für die Lazzarini AG ohne Werkhof und ausreichendes Personal im Unterengadin im relevanten Zeitraum nicht möglich gewesen sei, die grossen und anspruchsvollen Bauprojekte (TBA, RhB) allein zu offerieren. Der Einsatz von Personal der Lazzarini-Gruppe von ausserhalb des Unterengadins wäre zu teuer gewesen. Auswärtiges Personal koste bei Einsätzen im Unterengadin und Vollversetzung ca. 25 % mehr. Personal, das täglich pendle, verursache Mehrkosten in Höhe von ca. 10–15 %.⁶¹⁵ Hierzu sind folgende Aspekte zu berücksichtigen: Dass sich die Lazzarini AG auf grössere Tiefbauprojekte fokussierte, bei denen die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft mit der Foffa Conrad-Gruppe erforderlich war, war nicht zwingend. Wie zu zeigen sein wird, beruhte dies auf der von beiden Unternehmen gewählten und gemeinsam getragenen Strategie (vgl. Rz 289). Die Lazzarini AG hätte

⁶¹¹ Vgl. Act. IX.B.7, Beilagen 12a–12g.

⁶¹² Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 491 ff.

⁶¹³ Vgl. dazu die Zusammenstellung der Angebotspreise gemäss den Offertöffnungsprotokollen in Act. III.38 (22-0458).

⁶¹⁴ Act. III.38 (22-0458).

⁶¹⁵ Act. V.38 (22-0458), Rz 72.

sich ebenso gut auf kleinere bzw. mittelgrosse Tiefbauprojekte oder auf Hochbauprojekte konzentrieren können. Immerhin handelt es sich bei ihr um ein Unternehmen, dessen Anfänge im Bereich Hochbau liegen.⁶¹⁶ Sodann hätte die Lazzarini AG ihre Kapazitäten im Unterengadin jederzeit ausbauen können. Dies war auch der Foffa Conrad-Gruppe bewusst, wie den Aussagen von C._____ zu entnehmen ist.⁶¹⁷ Die Lazzarini AG ist ein traditionsreiches und expandierendes Bauunternehmen. Ihr Tätigkeitsgebiet beschränkte sich nicht auf das Ober- und Unterengadin. Vielmehr weitete sie dieses nach Nordbünden aus, insbesondere ins Churer Rheintal (Niederlassung in Chur) und ins St. Galler Rheintal (Übernahme der Gebrüder Gantenbein AG in Buchs und anschliessender Fusion) aus. Ende 2012 verfügte sie über einen Mitarbeiterbestand von mehreren hundert Personen (vgl. auch Rz 289 hiernach).⁶¹⁸ Schliesslich ist festzuhalten, dass die Lazzarini AG bereits vor der Integration der Fabio Bau GmbH Ende 2012 mit den bestehenden Ressourcen in der Lage war, nicht nur kleine Projekte im Unterengadin alleine zu konkurrenzfähigen Preisen auszuführen. Dies zeigt das Bauprojekt „H27, Engadinerstrasse, Anschluss Senterstrasse“ aus dem Jahr 2007. Die Lazzarini AG unterbreitete der Bauherrschaft ein Angebot von CHF 1'787'217.50 und war damit das günstigste Unternehmen.⁶¹⁹ Dieses Projekt wurde nur deshalb an die Foffa Conrad-Gruppe vergeben, weil C._____ beim zuständigen Regierungsrat des Kantons Graubünden, d._____, intervenierte und die Lazzarini AG – offenbar in Absprache mit dem zuständigen Regierungsrat⁶²⁰ – dazu bewegte, auf einen Rekurs gegen die Vergabe an die Foffa Conrad-Gruppe zu verzichten.⁶²¹ Wie C._____ in seinem handschriftlichen Schreiben an Regierungsrat d._____ vom 2. Mai 2007 erwähnte, hätte die Lazzarini AG beim besagten Bauprojekt etwa Führungspersonal aus Chur beiziehen können.⁶²² Die Lazzarini AG war vor diesem Hintergrund in der Lage, sich bei grösseren Bauprojekten im Unterengadin im Wettbewerb durchzusetzen.

B.5.3.1.3 Koordination der Angebotspreise bei einzelnen Bauprojekten

285. Die Foffa Conrad AG, die Bezzola Denoth AG und die Lazzarini AG räumten weiter ein, dass es zwischen ihnen – neben der Zusammenarbeit in Arbeitsgemeinschaften und Jahresstartsitzungen – auch zu Koordinierungen bei einzelnen Bauprojekten kam. Gemäss K._____ habe die Lazzarini AG mit der Bezzola Denoth AG oder der Foffa Conrad AG eine Arbeitsgemeinschaft gebildet, wenn sie über Kapazitäten verfügt habe. Andernfalls habe sie eine „Schutzofferte“ eingereicht.⁶²³ D._____ bestätigte, dass sich die Bezzola Denoth AG und die Lazzarini AG zuweilen im Rahmen von bilateralen Kontakten preislich abstimmten, meistens bei Einladungsverfahren.⁶²⁴ Die Lazzarini AG zeigte sodann einige Projekte an, bei denen es zu einer Koordination der Angebotspreise zwischen ihr und der Foffa Conrad AG oder der Bezzola Denoth AG gekommen sei. Auch die Foffa Conrad AG und die Bezzola Denoth AG nannten Projekte, bei denen sie sich mit der Lazzarini AG koordiniert hätten. Zudem liegen der Behörde diverse E-Mails vor, welche den Austausch von Offerten oder Preisangaben zwischen den betreffenden Unternehmen offenbaren (dazu Rz 252 hiervor).

286. Im Lichte dieser Beweismittel ist erwiesen, dass die Lazzarini AG, die Bezzola Denoth AG und die Foffa Conrad AG bei verschiedenen Bauprojekten ihre Angebotspreise koordinierten. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Im Einzelnen erfolgten in den Jahren 2008 bis 2012 zumindest bei folgenden Projekten solche Koordinierungen oder entsprechende Bemühungen eines der beteiligten Unternehmen:

⁶¹⁶ Dazu Act. IX.B.7, pag. 4.

⁶¹⁷ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeile 987.

⁶¹⁸ Zum Ganzen Act. IX.B.7, pag. 4 f.

⁶¹⁹ Act. C.002.

⁶²⁰ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 410–414 (Aussagen von C._____).

⁶²¹ Act. C.002 und Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 319–429 (Aussagen von C._____).

⁶²² Act. C.002.

⁶²³ Act. IX.B.4, Zeile 40 f.

⁶²⁴ Act. IX.C.49, Zeilen 394–401.

Projekt	Jahr	Bereich	Beweismittel	Koordination
[...]	2008	Hochbau	E-Mail von K. _____ an D. _____ ⁶²⁵ ; Zeugenaussage K. _____ ⁶²⁶ ; Aussage D. _____ ⁶²⁷	Die Bezzola Denoth AG gab der Lazzarini AG ihre Eingabesumme bekannt; diese reichte anschliessend keine Offerte ein.
[...]	2008	Tiefbau	Aussage Lazzarini AG ⁶²⁸	C. _____ und K. _____ tauschten sich telefonisch ihre Eingabesummen aus; die Lazzarini AG reichte anschliessend ein höheres Angebot als die Bezzola Denoth AG ein.
[...]	2009	Hochbau	E-Mail von K. _____ an D. _____ ⁶²⁹ ; Zeugenaussage K. _____ ⁶³⁰ ; Aussage D. _____ ⁶³¹	Die Lazzarini AG bat die Bezzola Denoth AG per E-Mail, ihr deren Bruttopreis bekanntzugeben.
[...]	2009	Tiefbau	Aussage Lazzarini AG ⁶³²	C. _____ und K. _____ tauschten sich telefonisch ihre Eingabesummen aus; die Lazzarini AG reichte anschliessend ein höheres Angebot als die Bezzola Denoth AG ein.
[...]	2009	Tiefbau	E-Mailverkehr zwischen D. _____ und K. _____ ⁶³³ ; Zeugenaussage K. _____ ⁶³⁴	Die Bezzola Denoth AG bat der Lazzarini AG an, ihr ihre Preise bekanntzugeben; die Lazzarini AG hatte aber bereits aus Kapazitätsgründen auf eine Eingabe verzichtet.
[...]	2009	Hochbau	Auskunft Foffa Conrad AG ⁶³⁵ ; eine von der Lazzarini AG zuhanden der Foffa Conrad AG erstellte Offerte ⁶³⁶ ; Aussage C. _____ ⁶³⁷	Die Lazzarini AG liess der Foffa Conrad AG ihre Offerte zukommen. Diese verzichtete aber auf eine Eingabe.
[...]	2010	Tiefbau	E-Mailverkehr zwischen K. _____ und D. _____ ⁶³⁸ ; Aussage D. _____ ⁶³⁹ ; Zeugenaussage K. _____ ⁶⁴⁰	Die Lazzarini AG liess der Bezzola Denoth AG ihre Offerte per E-Mail zukommen.

⁶²⁵ Act. IX.C.35, pag. 27.

⁶²⁶ Act. IV.23, Zeilen 422–442.

⁶²⁷ Act. IX.C.60, Zeilen 976–991.

⁶²⁸ Act. IX.B.7, pag. 15.

⁶²⁹ Act. IX.C.35, pag. 30.

⁶³⁰ Act. IV.23, Zeilen 443–463.

⁶³¹ Act. IX.C.60, Zeilen 948–975.

⁶³² Act. IX.B.7, pag. 16.

⁶³³ Act. IX.C.35, pag. 28 f.

⁶³⁴ Act. IV.23, Zeilen 464–502.

⁶³⁵ Act. IX.C.35, pag. 5.

⁶³⁶ Act. IX.C.35, pag. 18.

⁶³⁷ Act. IX.C.61, Zeilen 414–432.

⁶³⁸ Act. III.D.069.

⁶³⁹ Act. IX.C.60, Zeilen 804–887.

⁶⁴⁰ Act. IV.23, Zeilen 505–532.

Projekt	Jahr	Bereich	Beweismittel	Koordination
[...]	2010	Tiefbau	E-Mail von X. _____ an C. _____, D. _____ und M. _____ sowie weitere Unterlagen ⁶⁴¹ ; Aussagen D. _____ ⁶⁴²	Die Lazzarini AG und die Bezzola Denoth AG besprachen das Bauprojekt im Hinblick auf eine Arbeitsgemeinschaft. Dabei erkannten sie, dass der Auftraggeber Arbeitsgemeinschaften ausgeschlossen hatte. Die Lazzarini AG schlug daraufhin der Bezzola Denoth AG vor, trotzdem zu kooperieren (ggf. im Subunternehmerverhältnis) und «koordinierte Angebote» einzureichen. Beide Unternehmen reichten Angebote mit geringem Preisunterschied ein. Ob eine Angebotskoordination tatsächlich erfolgt ist, ist unklar.
[...]	2010	Hochbau	E-Mail von K. _____ an D. _____ ⁶⁴³ ; Aussage D. _____ ⁶⁴⁴ ; Zeugenaussage K. _____ ⁶⁴⁵	Die Lazzarini AG teilte der Bezzola Denoth AG ihre Eingabesumme per E-Mail mit und reichte anschliessend ein höheres Angebot als die Bezzola Denoth AG ein.
[...]	2010	Hochbau	E-Mail von K. _____ an C. _____ ⁶⁴⁶ ; Aussage C. _____ ⁶⁴⁷ ; Zeugenaussage K. _____ ⁶⁴⁸	Die Lazzarini AG liess der Foffa Conrad AG ihre Offerte zukommen. Diese verzichtete anschliessend auf eine Eingabe.
[...]	2010	Tiefbau	E-Mail von D. _____ an L. _____ ⁶⁴⁹ , Aussage Lazzarini AG ⁶⁵⁰ ; Aussage L. _____ ⁶⁵¹	Die Bezzola Denoth AG bat die Lazzarini AG, sie bei diesem Projekt nicht zu konkurrenzieren. Die Lazzarini AG reichte anschliessend ein höheres Angebot als die Bezzola Denoth AG ein.

⁶⁴¹ Act. III.D.020.

⁶⁴² Act. IX.C.60, Zeilen 1281 ff.

⁶⁴³ Act. IX.C.35, pag. 31.

⁶⁴⁴ Act. IX.C.60, Zeilen 890–920.

⁶⁴⁵ Act. IV.23, Zeilen 384–421.

⁶⁴⁶ Act. III.C.104.

⁶⁴⁷ Act. IX.C.61, Zeilen 702–715.

⁶⁴⁸ Act. IV.23, Zeilen 360–380.

⁶⁴⁹ Act. III.D.071.

⁶⁵⁰ Act. IX.B.7, pag. 17.

⁶⁵¹ Act. IX.B.23, Zeilen 251–321.

Projekt	Jahr	Bereich	Beweismittel	Koordination
[...]	2011	Hochbau	E-Mailverkehr zwischen K._____ und D._____ ⁶⁵² ; Zeugenaussage K._____ ⁶⁵³ ; Aussage D._____ ⁶⁵⁴	Die Lazzarini AG liess der Bezzola Denoth AG ihre Eingabe zukommen. Da die Bezzola Denoth AG einen um ca. 5 % tieferen Preis kalkuliert hatte, passte sie ihren Preis um 1,5 % nach oben an, was sie der Lazzarini AG mitteilte.
[...]	2011	Hochbau	Drei E-Mails von K._____ an C._____ ⁶⁵⁵ ; Aussage C._____ ⁶⁵⁶ ; Zeugenaussage K._____ ⁶⁵⁷	Die Lazzarini AG liess der Foffa Conrad AG auf deren Ersuchen ihre Eingaben per E-Mail zukommen; die Foffa Conrad AG reichte anschliessend ein höheres Angebot als die Lazzarini AG ein.
[...]	2011	Tiefbau	E-Mailverkehr zwischen D._____ und K._____ ⁶⁵⁸ ; Aussage D._____ ⁶⁵⁹ ; Zeugenaussage K._____ ⁶⁶⁰	Die Bezzola Denoth AG liess der Lazzarini AG ihre Eingabe sowie weitere Unterlagen zukommen. Anschliessend reichte die Lazzarini AG in Absprache mit der Bezzola Denoth AG ein höheres Angebot als diese ein.
[...]	2011	Tiefbau	E-Mailverkehr zwischen D._____ und L._____ bzw. K._____ ⁶⁶¹ , Aussage L._____ ⁶⁶² ; Aussage D._____ ⁶⁶³ ; Zeugenaussage K._____ ⁶⁶⁴	Die Lazzarini AG liess der Bezzola Denoth AG ihre Offerte zukommen. Anschliessend reichte die Bezzola Denoth AG in Absprache mit der Lazzarini AG ein höheres Angebot ein.
[...]	2011	Tiefbau	Aussage Lazzarini AG ⁶⁶⁵	Die Lazzarini AG teilte der Bezzola Denoth AG ihren kalkulierten Preis telefonisch mit.

⁶⁵² Act. IX.C.35, pag. 32 ff.

⁶⁵³ Act. IV.12, Zeilen 145–172.

⁶⁵⁴ Act. IX.C.60, Zeilen 282–333.

⁶⁵⁵ Act. III.C.080; Act. III.C.081; Act. III.C.063.

⁶⁵⁶ Act. IX.C.61, Zeilen 516–553.

⁶⁵⁷ Act. IV.23, Zeilen 173–203.

⁶⁵⁸ Act. IX.C.35, pag. 40 f.

⁶⁵⁹ Act. IX.C.60, Zeilen 618–672.

⁶⁶⁰ Act. II.11 (22-0458), Zeilen 441–514.

⁶⁶¹ Act. III.D.071, Act. III.D.106 sowie Act. IX.C.35, pag. 50.

⁶⁶² Act. IX.B.23, Zeilen 334–390.

⁶⁶³ Act. IX.C.60, Zeilen 754–784.

⁶⁶⁴ Act. II.11 (22-0458), Zeilen 518–553.

⁶⁶⁵ Act. IX.B.7, pag. 19.

Projekt	Jahr	Bereich	Beweismittel	Koordination
[...]	2011	Hochbau	Beim Bauprojekt „[...]“ koordinierten die Bezzola Denoth AG und die Lazzarini AG ihre Angebotspreise. Konkret einigten sie sich, dass die Lazzarini AG ein höheres Angebot einreicht als die Bezzola Denoth AG. Zusätzlich bestand auch eine dahingehende Abrede zwischen der Bezzola Denoth AG und der [...]. Infolge der Beteiligung der [...] beurteilten die Wettbewerbsbehörden diese Wettbewerbsbeschränkung im getrennten Verfahren 22-0465: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin VIII. Die WEKO fällte dazu ihren Entscheid mit Verfügung vom 2. Oktober 2018 (vgl. zur Berücksichtigung dieses Umstands bei der Sanktionierung Rz 1082 ff. hiernach).	
[...]	2011/ 2012	Tiefbau	Offerte der Lazzarini AG mit handschriftlichen Vermerken ⁶⁶⁶ ; Zeugenaussage K. _____ ⁶⁶⁷	Die Lazzarini AG reichte in Absprache mit der Bezzola Denoth AG ein höheres Angebot als diese ein.
[...]	2012	Tiefbau	Aussage der Bezzola Denoth AG ⁶⁶⁸ ; Offerte der Bezzola Denoth AG mit der Bezeichnung „Kontrollausdruck DD“ mit handschriftlichen Vermerken und Zahlen sowie Offertöffnungsprotokoll ⁶⁶⁹	Die Lazzarini AG reichte ein höheres Angebot als die Bezzola Denoth AG ein, basierend auf deren Kalkulation.
[...]	2012	Tiefbau	E-Mailverkehr zwischen K. _____ und D. _____ ⁶⁷⁰ ; Auskunft Lazzarini AG ⁶⁷¹ , Zeugenaussagen K. _____ ⁶⁷²	Die Lazzarini AG erkundigte sich bei der Bezzola Denoth AG per E-Mail betreffend deren Eingabe und bat um einen Rückruf. Die Bezzola Denoth AG antwortete, dass sie günstig eingeben werde und teilte mit, wann sie mit der Kalkulation fertig sein werde. Die Lazzarini AG reichte anschliessend ein leicht höheres Angebot als die Bezzola Denoth AG ein. Nach Aussage von K. _____ habe sie bei diesem Projekt aufgrund der Konstellation der Bauherrschaft keine Chance gehabt.

⁶⁶⁶ Act. III.E.004.⁶⁶⁷ Act. IV.23, Zeilen 563–594.⁶⁶⁸ Act. VII.B.1 (22-0458), pag. 3.⁶⁶⁹ Act. VII.B.1 (22-0458), pag. 13 und 14.⁶⁷⁰ Act. III.D.067.⁶⁷¹ Act. IX.C.35, pag. 38 und Act. IX.B.7, pag. 97.⁶⁷² Act. IV.23, Zeilen 533–562.

Projekt	Jahr	Bereich	Beweismittel	Koordination
[...]	2012	Tiefbau	E-Mailverkehr zwischen D._____ und K._____ ⁶⁷³ ; Zeugenaussage K._____ ⁶⁷⁴ ; Aussage D._____ ⁶⁷⁵	Die Bezzola Denoth AG liess der Lazzarini AG ihre Offerte zukommen. Diese reichte anschliessend ein höheres Angebot ein als die Bezzola Denoth AG.
[...]	2012	Tiefbau	Aussage von C._____ ⁶⁷⁶ , Besprechungsnotiz vom 23. Januar 2012 ⁶⁷⁷ (Interessenbekundung der Lazzarini AG)	Die Foffa Conrad-Gruppe und die Lazzarini AG vereinbarten an der Besprechung vom 23. Januar 2012, dass die Lazzarini AG dieses Projekt ausführen solle. Die Foffa Conrad-Gruppe offerierte daraufhin einen um 3,28 % höheren Preis als die Lazzarini AG.

Tabelle 13: Übersicht der Koordination bei einzelnen Bauprojekten

287. Daraus sind folgende Schlüsse zu ziehen:

- Die Koordinierungen der Angebotspreise zwischen der Lazzarini AG, der Bezzola Denoth AG und der Foffa Conrad AG in den Jahren 2008 bis 2012 oder entsprechende Bemühungen betrafen mindestens 22 *Projekte*, davon acht im Bereich Hochbau und vierzehn im Bereich Tiefbau. Die Grösse dieser Projekte war sehr unterschiedlich. Einige Projekte waren kleiner Natur, zum Beispiel das Bauprojekt „[...]“, Scuol (2009). Die Offerte der obsiegenden Bezzola Denoth AG belief sich auf CHF 41'197.50. Die Angebotskoordinierungen bezogen sich aber auch auf Grossprojekte, etwa die Ausschreibungen „[...]“ (2008; Bauvolumen rund [...]), [...] (2009; Bauvolumen über [...]), [...] (2009; Bauvolumen [...]), [...] (2010; Bauvolumen knapp [...]), [...] (2011; Bauvolumen [...]) [...] (2012; Bauvolumen [...]). Bei den meisten dieser Projekte reichten die Unternehmen tatsächlich preislich aufeinander abgestimmte Angebote ein. Bei einigen der Projekte kam es zwar zu einem bilateralen Kontakt oder Austausch der Eingabesummen, aber eines der Unternehmen verzichtete anschliessend darauf, eine Offerte einzureichen. Die meisten der koordinierten Projekte betrafen das Unterengadin. Vereinzelt kam es auch bei Projekten im Oberengadin zu einer Koordination der Angebotspreise.
- Für die jeweiligen Unternehmen handelten im Wesentlichen die gleichen Personen, die sich auch zu den gemeinsamen Jahresstartsitzungen trafen, nämlich K._____, C._____ und D._____. Dabei bedienten sie sich verschiedenen *Kommunikationsmitteln*. In den konkreten Fällen, in denen eine Abstimmung erwiesen ist (vgl. dazu die Übersicht unter Rz 286 hiervoor), kommunizierten die beteiligten Unternehmen in der Regel per E-Mail, etwa indem sie sich Offertentwürfe, Preis-

gaben oder SIA-Schnittstellendateien austauschten. Darüber hinaus räumten die Beteiligten ein, dass es auch telefonisch oder anlässlich von Treffen zu entsprechenden Koordinationshandlungen kam.⁶⁷⁸ In wie vielen zusätzlichen Fällen die Lazzarini AG, Bezzola Denoth AG und Foffa Conrad AG einzelne Projekte auf diese Weise untereinander koordiniert haben, lässt sich nicht eruieren. Erstellt ist jedoch, dass es sich bei den 22 konkret genannten Projekten (dazu Rz 286) nicht um eine abschliessende Auflistung handelt.⁶⁷⁹

- Die Koordination der Angebotspreise bei einzelnen Bauprojekten zwischen der Lazzarini AG, der Bezzola Denoth AG und der Foffa Conrad AG war *regelmässiger Natur*. Im Zeitraum von 2008 bis 2012 kam es in sämtlichen Jahren mehrfach zu solchen preislichen Abstimmungen, in den Jahren 2010, 2011 und 2012 sind gar jeweils bei fünf bis sechs Bauprojekten entsprechende bilaterale Kontakte erwiesen. Dass das Verhalten der beteiligten Unternehmen eine gewisse Systematik aufwies, zeigen auch die Aussagen von K._____. Danach habe die Lazzarini AG eine „Schutzofferte“ eingereicht, wenn sie aus fehlenden Kapazitäten keine Arbeitsgemeinschaft mit der Foffa Conrad AG oder der Bezzola Denoth AG gebildet habe.⁶⁸⁰ An anderer Stelle gab er zu Protokoll, dass

⁶⁷³ Act. IX.C.35, pag 53 ff.

⁶⁷⁴ Act. IV.23, Zeilen 291–319.

⁶⁷⁵ Act. IX.C.60, Zeilen 213–235.

⁶⁷⁶ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 826 ff.

⁶⁷⁷ Act. III.C.007.

⁶⁷⁸ Act. IX.B.4, Zeile 110 f.

⁶⁷⁹ Vgl. auch Act. IX.C.60, Zeilen 1078–1082 und Act. IX.C.5, Seite 3 unten.

⁶⁸⁰ Act. IX.B.4, Zeilen 40–42.

sich die Lazzarini AG jeweils mit der Bezzola Denoth AG getroffen habe. Dabei sei es zu Interessenbekundungen für konkrete Bauprojekte gekommen. Wenn sich bei diesen Gesprächen ergeben habe, dass die Bezzola Denoth AG an einem Projekt interessiert gewesen sei und die Lazzarini AG nicht, dann sei es klar gewesen, dass die Lazzarini AG eine „Schutzofferte“ eingereicht habe, sofern dies nötig gewesen sei.⁶⁸¹

- Die Rollen der beteiligten Unternehmen bei der Koordination der Angebotspreise bei den aufgeführten Projekten waren *wechselseitig*. In den meisten Fällen reichte die Lazzarini AG ein höheres Angebot ein und trat dadurch hinter die Foffa Conrad AG oder die Bezzola Denoth AG zurück. Bei wenigen Projekten war diese Rolle der Foffa Conrad AG bzw. Bezzola Denoth AG zugeordnet.

B.5.3.1.4 Gesamtwürdigung

288. Wie gezeigt worden ist, beruhte die Zusammenarbeit zwischen der Lazzarini AG und der Foffa Conrad AG bzw. Bezzola Denoth AG im Unterengadin auf Treffen, um ihre Strategie festzulegen⁶⁸², projektübergreifenden Interessensabgleichungen an gemeinsamen Jahresstartsitzungen (Rz 276 ff. hiervor), der systematischen Bildung von Arbeitsgemeinschaften (Rz 281 ff. hiervor) sowie der – bis zu einem gewissen Grad – systematischen Koordination der Angebotspreise bei einzelnen Bauprojekten (Rz 285 ff. hiervor). Um ein umfassendes Bild der Zusammenarbeit zwischen den betreffenden Unternehmen zu erhalten, sind diese einzelnen Elemente im Gesamtkontext zu würdigen. Hierzu sind folgende Punkte hervorzuheben:

- Die genannten Elemente der Zusammenarbeit zwischen der Lazzarini AG und der Foffa Conrad AG bzw. Bezzola Denoth AG bildeten nicht isolierte, voneinander unabhängige Koordinationsinstrumente. Vielmehr bestanden zwischen ihnen *enge Verbindungen* und *Interdependenzen*. So schufen etwa die Treffen zwischen C._____ und X._____ zur Strategie, die drei bis vier Mal pro Jahr stattfanden⁶⁸³, sowie die projektübergreifenden Interessensabgleichungen anlässlich der gemeinsamen Jahresstartsitzungen die Grundlage, dass die beteiligten Unternehmen in der Folge bei derart vielen Projekten Arbeitsgemeinschaften bilden konnten. Die systematische Einbindung der Lazzarini AG in Arbeitsgemeinschaften ihrerseits führte dazu, dass diese – angesichts ihrer beschränkten Ressourcen im Unterengadin – kaum noch über Kapazitäten für weitere, eigenständig auszuführende Projekte verfügte.⁶⁸⁴ Dies wiederum begünstigte, dass sie bei Projekten, bei denen auf eine Arbeitsgemeinschaft verzichtet wurde, ihre Interessen oft hinter diejenigen der Foffa Conrad AG und Bezzola Denoth AG zurückstellte und ihnen in der Form eines höheren Angebots „Schutz“ gewährte. Diesen Zusammenhängen mussten sich die beteiligten Unternehmen bewusst sein, als sie ihren Zusammenarbeitsmodus festlegten und praktizierten. Aufgrund ihres andauernden und regelmässigen Informationsaustausches im Rahmen von Jahresstartsitzungen

und gemeinsam ausgeführten Projekten wussten sie über ihre Kapazitäten, Ressourcen und Fähigkeiten gegenseitig Bescheid. Dass die gemeinsamen Arbeitsgemeinschaften Folgen für das restliche Anbieterverhalten der Lazzarini AG hatten, entspricht im Übrigen auch den Wahrnehmungen des [...] Y._____. Diesem sei aufgefallen, dass die Lazzarini AG bei Hochbauprojekten im Unterengadin jeweils höhere Preise als die Bezzola Denoth AG offeriert habe, obwohl sie an der Ausführung der betreffenden Objekte Interesse gezeigt habe. L._____, Lazzarini AG, habe ihm daraufhin mitgeteilt, dass die Lazzarini AG nach Auskunft von K._____ die „Finger vom Hochbau“ lasse, um die Zusammenarbeit mit der Bezzola Denoth AG im Bereich Tiefbau nicht zu gefährden.⁶⁸⁵

- Die Zusammenarbeit zwischen der Lazzarini AG und der Foffa Conrad AG bzw. Bezzola Denoth AG war sodann durch ihre *Konstanz* und ihren auf *Dauer* angelegten Charakter geprägt. Der praktizierte Kooperationsmodus blieb über Jahre hinweg unverändert. Im Einzelnen glichen die beteiligten Unternehmen bei Bedarf anfangs Jahr im Rahmen von gemeinsamen Jahresstartsitzungen ihre Interessen ab (Rz 276 ff. hiervor), bildeten in sämtlichen Jahren diverse gemeinsame Arbeitsgemeinschaften (Rz 281 ff. hiervor) und koordinierten darüber hinaus bei einer Vielzahl von einzelnen Projekten ihre Angebotspreise (Rz 285 ff. hiervor).
- Konstanz und Dauercharakter der Zusammenarbeit implizieren, dass ihr eine *gemeinsame Strategie* zugrunde lag. Die Zusammenarbeit hätte denn auch nicht über Jahre hinweg so praktiziert werden können, wenn sie nicht allseitig akzeptiert worden wäre. Hätte sich beispielsweise die Foffa Conrad AG oder die Bezzola Denoth AG nicht auf die Zusammenarbeit mit der Lazzarini AG in besagter Form eingelassen, hätte sich diese anders ausrichten müssen, etwa durch die Akquisition von Projekten anderer Grössenordnung oder Sparten. Dass eine gemeinsame Strategie verfolgt worden ist, wird von der Lazzarini AG bestritten.⁶⁸⁶ Der Einwand läuft jedoch ins Leere. Dies zeigen die Aussagen von C._____ vom 9. Februar 2018. Danach habe er sich rund drei bis vier Mal pro Jahr mit X._____, [...], getroffen, um die Strategie festzulegen. An diesen Treffen sei insbesondere besprochen worden, ob die Foffa Conrad-Gruppe und die Lazzarini AG in Zukunft (weiterhin) im Rahmen von Arbeitsgemeinschaften zusammenarbeiten wollten.⁶⁸⁷ Dass die beteiligten Unternehmen eine einvernehmliche Strategie verfolgten, zeigt auch das Gespräch zwischen L._____,

⁶⁸¹ Act. II. 11 (22-0458), Zeilen 501–505.

⁶⁸² Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 586–589 und 605–612.

⁶⁸³ Dazu Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 586–589 und 605–612.

⁶⁸⁴ Vgl. dazu auch Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 137–139 (Aussage von C._____) und Zeile 978 f. (Aussage von D._____).

⁶⁸⁵ Act. III.21 (22-0458).

⁶⁸⁶ Act. V.35 (22-0458), Rz 29.

⁶⁸⁷ Act. V.B.49 (22-0458), Zeilen 586–589 und 611 f.

Lazzarini AG, und dem [...] Y.____, über welches letzterer die Behörde orientierte. So habe L.____ ihm mitgeteilt, dass die Lazzarini AG gemäss Auskunft von K.____ die „Finger vom Hochbau“ lasse, um die Zusammenarbeit mit der Bezzola Denoth AG im Bereich Tiefbau nicht zu gefährden.⁶⁸⁸ Schliesslich spricht auch die Interessenlage für eine gemeinsame Strategie der beteiligten Unternehmen. Für die Lazzarini AG bot die Zusammenarbeit mit der Foffa Conrad AG und der Bezzola Denoth AG den Vorteil, dass sie ihre beschränkten Ressourcen im Unterengadin relativ stabil und mit einer gewissen Sicherheit auslasten konnte. Immerhin betrug die Erfolgsquote der gemeinsamen Arbeitsgemeinschaften bis 2011 [...] % (Rz 282 hiervor). Der Nutzen für die Foffa Conrad AG und die Bezzola Denoth AG bestand namentlich darin, dass die systematische Einbindung der Lazzarini AG in gemeinsamen Arbeitsgemeinschaften zur Folge hatte, dass diese kaum über Ressourcen für weitere Projekte verfügte und sich daher der von ihr ausgehende Konkurrenzdruck verringerte.

- Die Zusammenarbeit deckte schliesslich einen wesentlichen Teil des *Konkurrenzverhältnisses* zwischen der Lazzarini AG und der Bezzola Denoth AG bzw. Foffa Conrad AG ab. Soweit sie in gemeinsamen Arbeitsgemeinschaften zusammenarbeiteten und ihr Eingabeverhalten bei Einzelprojekten koordinierten, entfiel zwischen ihnen der Wettbewerb.⁶⁸⁹ Wie erstellt ist, waren beide Elemente der Zusammenarbeit regelmässiger und teils systematischer Natur (Rz 282 und Rz 287 hiervor). Daneben blieb für die Lazzarini AG wenig Raum, die Foffa Conrad AG und die Bezzola Denoth AG im Unterengadin zu konkurrenzieren. Dies bestätigte auch C.____. Gemäss seinen Aussagen seien die Foffa Conrad-Gruppe und die Lazzarini AG in den Jahren 2006 bis 2011 nur vereinzelt in direkter Konkurrenz gestanden, ab dem Jahr 2012 sei dies häufiger vorgekommen.⁶⁹⁰ Auch für die Foffa Conrad AG und die Bezzola Denoth AG war die Zusammenarbeit mit der Lazzarini AG von grosser Tragweite für die Konkurrenzsituation. Immerhin handelte es sich bei der Lazzarini AG im Bereich grösserer Bauprojekte fast um die einzige bedeutende Konkurrentin im Unterengadin (Rz 92 hiervor). Dabei ist zu beachten, dass die Lazzarini AG zwar im Unterengadin bis 2012 nur über relativ wenige Personalressourcen verfügte. Sie ist aber ein traditionsreiches und expandierendes Bauunternehmen. Ursprünglich in Samedan gegründet und vorwiegend im Oberengadin als Hochbauunternehmen tätig, erweiterte sie im Laufe der Zeit das Angebot um Leistungen im Tiefbau und vermehrt auch um Arbeiten im Grosstiefbau (Stollen- und Tunnelbau). In geographischer Hinsicht weitete sie ihr Tätigkeitsgebiet – neben dem Ober- und Unterengadin – nach Nordbünden aus, insbesondere ins Churer Rheintal (Niederlassung in Chur) und ins St. Galler Rheintal (Übernahme der Gebrüder Gantenbein AG in Buchs und anschliessender Fusion) aus. Ende 2012 verfügte sie über einen Mitarbeiterbestand

von mehreren hundert Personen.⁶⁹¹ Im Unterengadin hätte sie ihre Kapazitäten – was auch C.____ bemerkte⁶⁹² – jederzeit erhöhen können. Durch die Zusammenarbeit wurde der von ihr auf die Foffa Conrad-Gruppe ausgehende Konkurrenzdruck stark reduziert (zu den Auswirkungen der Zusammenarbeit auch Rz 299 ff. hiernach).

289. Diese Aspekte führen zum Schluss, dass die drei aufgezeigten Kooperationselemente – d.h. die gemeinsamen Jahrestartsitzungen (Rz 276 ff.), die gemeinsamen Arbeitsgemeinschaften (Rz 281 ff.) und die Koordination der Angebotspreise bei einzelnen Projekten (Rz 285 ff.) – vom gemeinsamen Willen zur Abstimmung des Marktverhaltens der beteiligten Unternehmen getragen wurden. Zwischen der Lazzarini AG, der Bezzola Denoth AG und der Foffa Conrad AG herrschte ein Konsens, ihre Wettbewerbsverhältnisse im Unterengadin im Einvernehmen zu regeln. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Unerheblich ist dabei, dass dieser Konsens nicht in einer Vertragsurkunde verbrieft worden ist. Vielmehr ist erwiesen, dass dieser Konsens durch mündliche oder konkludente Willenserklärungen zustande kam bzw. aufrechterhalten wurde. Weiter ist erstellt, dass dieser Konsens Hoch- und Tiefbauleistungen umfasste. Sowohl die gemeinsamen Arbeitsgemeinschaften (Rz 281 ff. hiervor) als auch die Koordinierungen der Angebotspreise bei einzelnen Projekten (Rz 285 ff. hiervor) betrafen Objekte beider Bausparten.

290. Zusammenfassend ist somit erwiesen:

- dass zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen über die Zusammenarbeit betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin vorlagen (*natürlicher Konsens*).
- dass dieser Konsens beinhaltete, ihre Wettbewerbsverhältnisse betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin im Einvernehmen zu regeln.

B.5.3.2 Verfolgter Zweck

291. In tatsächlicher Hinsicht ist weiter zu prüfen, welchen Zweck die Lazzarini AG, Bezzola Denoth AG und Foffa Conrad AG mit ihrer Zusammenarbeit verfolgten. Die Lazzarini AG hob in diesem Zusammenhang etwa hervor, dass sie ihren Fokus im Unterengadin auf grosse Spezialarbeiten im Bereich Tiefbau gerichtet habe. Zudem habe sie im Unterengadin weder über ein Magazin noch über einen Werkhof verfügt. Dies habe bedingt, mit der Foffa Conrad AG und der Bezzola Denoth AG im Rahmen von Arbeitsgemeinschaften zusammenzuarbeiten. Für die Bezzola Denoth AG hätten die gemeinsamen Arbeitsgemeinschaften [...].⁶⁹⁴

⁶⁸⁸ Act. III.21 (22-0458).

⁶⁸⁹ Vgl. dazu auch Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 983–986 (Aussage von D.____).

⁶⁹⁰ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 953–957.

⁶⁹¹ Zum Ganzen Act. IX.B.7, pag. 4 f.

⁶⁹² Act. VII.B.49 (22-0458), Zeile 987.

⁶⁹³ Act. IX.B.4, Zeilen 1–16 (Aussage K.____).

⁶⁹⁴ Act. IX.C.49, Zeilen 373–377 (Aussage D.____).

292. Diese Motive mögen für einzelne der gebildeten Arbeitsgemeinschaften zutreffen, greifen mit Blick auf die Natur und den Umfang der praktizierten Zusammenarbeit jedoch zu kurz. So ging die Zusammenarbeit der Lazzarini AG mit der Bezzola Denoth AG und Foffa Conrad AG weit über das hinaus, was für die Bildung von einzelfallbezogenen, punktuellen Arbeitsgemeinschaften notwendig gewesen wäre.⁶⁹⁵ Die beteiligten Unternehmen legten an Treffen zwischen den Geschäftsführern ihre Strategie fest, glichen projektübergreifend ihre Interessen an gemeinsamen Jahresstartsitzungen ab, bildeten systematisch gemeinsame Arbeitsgemeinschaften und koordinierten bei einer Vielzahl von Einzelprojekten, die keinen Bezug zu Arbeitsgemeinschaften aufwiesen, ihre Angebotspreise (Rz 276 ff., 281 ff. und 285 ff. hier vor).

293. Wie erstellt ist (vgl. Rz 290 hiervor), hatte die Zusammenarbeit zwischen der Lazzarini AG, der Bezzola Denoth AG und der Foffa Conrad AG zum Gegenstand, ihre Wettbewerbsverhältnisse im Unterengadin im Einvernehmen zu regeln. Einer solchen Form der Zusammenarbeit ist immanent, dass sie darauf abzielt, den Wettbewerb unter den beteiligten Unternehmen auszuschalten. Die Beteiligten sollten sich nicht konkurrenzieren. Vielmehr wollten sie ihr Marktverhalten koordinieren. Dass die beteiligten Unternehmen mit ihrem Verhalten ausschliesslich andere Zwecke verfolgten, kann bei der vorliegend zu beurteilenden Form der Zusammenarbeit ausgeschlossen werden. Damit ist auch die Behauptung der Lazzarini AG⁶⁹⁶ widerlegt, dass mit ihrem Verhalten keine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt worden sei.

294. Nach dem Gesagten ist erstellt, dass die Lazzarini AG, Bezzola Denoth AG und Foffa Conrad AG mit ihrer Zusammenarbeit unter anderem bezweckten, sich betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin nicht zu konkurrenzieren.

B.5.3.3 Dauer

295. Im Folgenden ist zu prüfen, in welchem Zeitraum der Konsens der Lazzarini AG, Bezzola Denoth AG und Foffa Conrad AG, ihre Wettbewerbsverhältnisse betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin im Einvernehmen zu regeln, Bestand hatte.

296. Der Anfangszeitpunkt dieses Konsenses lässt sich nicht exakt bestimmen. Spätestens ab dem Jahr 2005 bildeten die Lazzarini AG, die Bezzola Denoth AG und die Foffa Conrad AG gemeinsame Arbeitsgemeinschaften.⁶⁹⁷ Mit der Zeit resultierte daraus eine gut eingespielte, routinierte Zusammenarbeit.⁶⁹⁸ Im Jahr 2008 betrug der Umsatzanteil der Lazzarini AG im Unterengadin aus Arbeitsgemeinschaften mit der Foffa Conrad AG und Bezzola Denoth AG bereits [80-100] % (dazu Rz 282 hiervor). Mit der Zeit kamen zu den Arbeitsgemeinschaften die gemeinsamen Jahresstartsitzungen hinzu. Nach Aussage von K.____ habe es noch keine solchen Jahresstartsitzungen gegeben, als er im Jahr 2006 seine Tätigkeit bei der Lazzarini AG aufgenommen habe. Vielmehr habe man damit irgendwann später begonnen.⁶⁹⁹ Seit den Jahren 2007/2008 habe die Zusammenarbeit mit der Foffa Conrad AG und der Bezzola Denoth AG darin bestanden, dass die Lazzarini AG in Fällen, in denen keine Arbeitsgemeinschaft gebildet

worden sei, eine „Schutzofferte“ eingereicht habe.⁷⁰⁰ Vor diesem Hintergrund ist erwiesen, dass seit spätestens dem Jahr 2008 der gefestigte Wille der beteiligten Unternehmen bestand, im Rahmen von systematischen Arbeitsgemeinschaften, gemeinsamen Jahresstartsitzungen und der Koordination der Angebotspreise bei einzelnen Bauprojekten zusammenzuarbeiten. Obwohl Indizien für ein früheres Zustandekommen des Konsenses zwischen den beteiligten Unternehmen zur Zusammenarbeit in besagter Form vorliegen, ist dessen Anfangszeitpunkt daher – dem Grundsatz *in dubio pro reo* folgend – auf das Jahr 2008 zu datieren. Dieser Zeitpunkt fällt mit dem Auslaufen der Vorversammlungen zusammen.

297. Eindeutig bestimmen lässt sich das Ende dieses Konsenses. Mit der Eröffnung der vorliegenden kartellrechtlichen Untersuchung im Oktober 2012 brach der Wille der beteiligten Unternehmen zur Zusammenarbeit in dieser Form auseinander. Ab diesem Zeitpunkt arbeiteten sie nicht mehr systematisch in Arbeitsgemeinschaften zusammen, beendeten die gemeinsamen Jahresstartsitzungen und koordinierten auch nicht mehr ihre Angebotspreise bei einzelnen Bauprojekten. In diesem Punkt liegen übereinstimmende Aussagen der beteiligten Unternehmen vor.⁷⁰¹ Zwar bilden die Unternehmen zuweilen noch immer vereinzelt Arbeitsgemeinschaften. Die Unternehmungen hätten sich aber – in den Worten von C.____ – „anders ausgerichtet“. Das Klima habe sich „abgekühlt“. Es herrsche nun „Funkstille“.⁷⁰²

298. Damit ist erwiesen, dass der Konsens der Lazzarini AG, der Bezzola Denoth AG und der Foffa Conrad AG, ihre Wettbewerbsverhältnisse betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin im Einvernehmen zu regeln (vgl. dazu Rz 290 hiervor), von spätestens 2008 bis Oktober 2012 bestand.

B.5.3.4 Umsetzung und Auswirkungen

299. Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich die Lazzarini AG, Bezzola Denoth AG und Foffa Conrad AG tatsächlich entsprechend dem Konsens, ihre Wettbewerbsverhältnisse betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin im Einvernehmen zu regeln, verhielten. Sodann sind die Auswirkungen zu beurteilen, welche dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte.

300. C.____⁷⁰³, D.____⁷⁰⁴ und K.____⁷⁰⁵ räumten ein, dass sie bis 2012 regelmässig gemeinsame Arbeitsgemeinschaften gebildet haben. Ihren Aussagen ist

⁶⁹⁵ Vgl. dazu auch Act. IX.C.49, Zeilen 382–388 (Aussage D.____).

⁶⁹⁶ Act. IX.B.24, Antwort auf Fragen 22.

⁶⁹⁷ Vgl. Act. IX.C.61, Zeile 882 (Aussage von C.____).

⁶⁹⁸ Act. IX.B.7, pag. 9.

⁶⁹⁹ Act. II.11 (22-0458), Zeilen 174–176.

⁷⁰⁰ Act. IX.B.4, Zeile 75.

⁷⁰¹ Act. IX.C.49, Zeilen 364–370; Act. IX.C.61, Zeilen 855–857; Act. IX.B.28, Antwort auf Frage 18.

⁷⁰² Act. IX.C.61, Zeilen 892–896.

⁷⁰³ Vgl. etwa Act. IX.C.61, Zeilen 719 ff.

⁷⁰⁴ Vgl. etwa Act. IX.C.49, Zeilen 326 ff.

⁷⁰⁵ Vgl. etwa Act. IX.B.4, Zeilen 1 ff., Act. IV.23, Zeilen 204 ff. und Act. II.11 (22-0458), Zeilen 165 ff. und 362 ff.

sodann zu entnehmen, dass sie sich an Jahresstart-sitzungen ihre Interessen an Bauprojekten ausgetauscht und teils ihre Angebotspreise bei einzelnen Bauprojekten koordiniert haben. Deren übereinstimmende Aussagen erachtet die Behörde in diesen Punkten als glaubhaft. Anzeichen, dass sie nicht der Wahrheit entsprechen, bestehen nicht.

301. Die Aussagen der befragten Personen werden sodann durch objektive Beweismittel bestätigt. Die von C._____ verfasste Besprechungsnotiz vom 23. Januar 2012⁷⁰⁶ gibt den Inhalt der gemeinsamen Jahresstart-sitzung des Jahres 2012 wieder. Die systematische Bildung von gemeinsamen Arbeitsgemeinschaften ist durch Offertlisten der Unternehmen und Offertöffnungsprotokolle der öffentlichen Hand gut dokumentiert. Schliesslich ist die Koordination der Angebotspreise bei einzelnen Bauprojekten durch eine Vielzahl von E-Mails zwischen den beteiligten Unternehmen belegt (dazu Rz 252).

302. Daraus folgt, dass sich die Lazzarini AG, Bezzola Denoth AG und Foffa Conrad AG im Zeitraum von 2008 bis Oktober 2012 tatsächlich entsprechend ihrem Konsens verhielten und ihre Wettbewerbsverhältnisse – zumindest weitgehend – im Einvernehmen regelten. Zur Tragweite und den Auswirkungen dieser Koordination ist Folgendes festzuhalten:

- Bei Projekten, welche die beteiligten Unternehmen in gemeinsamen Arbeitsgemeinschaften ausführten, entfielen zwischen ihnen sämtliche Aspekte eines Konkurrenzverhältnisses. Dies entspricht dem Wesen einer Arbeitsgemeinschaft. Dabei tritt anstelle einer kompetitiven eine kooperative Beziehung. Wie erstellt ist (dazu Rz 282), bildeten die Lazzarini AG und die Bezzola Denoth AG bzw. Foffa Conrad AG im relevanten Zeitraum systematisch gemeinsame Arbeitsgemeinschaften. Dadurch wurde der [...] Teil der Kapazitäten der Lazzarini AG im Unterengadin gebunden. In den Jahren 2009 und 2010 realisierte sie gar [...] Umsatz im Unterengadin aus Arbeitsgemeinschaften mit der Bezzola Denoth AG oder der Foffa Conrad AG (dazu Rz 282). Die systematischen Arbeitsgemeinschaften führten dazu, dass der Wettbewerb zwischen diesen Unternehmen in weiten Teilen ihrer Tätigkeit in den Bereich Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin entfiel.
- Neben den Projekten in Arbeitsgemeinschaften führte die Lazzarini AG zwischen 2008 und 2012 nur wenige Projekte im Unterengadin eigenständig aus (dazu Rz 282). Erwiesen ist zudem, dass sich die Lazzarini AG, Foffa Conrad AG und Bezzola Denoth AG bei einer Vielzahl von Einzelprojekten ihre Angebotspreise koordinierten (dazu Rz 285 ff.). Soweit sie ihr Marktverhalten nicht ohnehin bereits durch gemeinsame Arbeitsgemeinschaften aufeinander abgestimmt hatten, verblieb zwischen diesen Unternehmen infolge der einzelprojektbezogenen Absprachen wenig Raum für kompetitives Verhalten. Daraus ist zwar nicht zu folgern, dass sie ihre Wettbewerbsverhältnisse bei sämtlichen offerierten Hoch- und Tiefbauprojekten im Unterengadin im Einvernehmen regelten. Den-

noch war ihre Kooperation derart ausgeprägt, dass sie einen grossen Teil ihres Marktverhaltens abdeckte.

- Im Ergebnis kam die Zusammenarbeit zwischen der Lazzarini AG und der Foffa Conrad AG bzw. Bezzola Denoth AG – im Innenverhältnis – weitgehend einer Projektaufteilung gleich. So legten sie bei den gemeinsamen Arbeitsgemeinschaften den auf die verschiedenen Unternehmen fallenden internen Anteil fest. Im Rahmen der Koordination der Angebotspreise bei Einzelprojekten legten sie gemeinsam fest, bei welchem Unternehmen durch ein höheres Angebot des jeweils anderen Unternehmens die Chancen an der Zuschlagserteilung aufrechterhalten werden sollten. Dass ihre Zusammenarbeit zumindest im Innenverhältnis zu einer Projektaufteilung führte, wird sodann durch die Besprechungsnotiz der Jahresstart-sitzung vom 23. Januar 2012⁷⁰⁷ bestätigt (dazu Rz 252). Darauf sind die von den beteiligten Unternehmen geäusserten und abgeglichenen Interessen für erwartete Projekte des Tiefbauamts Graubünden im Unterengadin ersichtlich. Dabei fällt auf, dass in der Regel tatsächlich dasjenige Unternehmen den Zuschlag erhielt, das dafür gemäss den Interessenbekundungen auf der Besprechungsnotiz vorgesehen war. Dies zeigt die folgende Übersicht, welche die Interessenbekundungen gemäss der Besprechungsnotiz – soweit erkenntlich – den tatsächlichen Zuschlagsempfängern gegenüberstellt. Daraus ist Folgendes ersichtlich:

⁷⁰⁶ Act. III.C.007.

⁷⁰⁷ Act. III.C.007.

Bauobjekt TBA Bez. 4	Interesse ⁷⁰⁸	Zuschlag	Bausumme
[...]	Dieses Projekt wurde bereits im Jahr 2011 an die Foffa Conrad-Gruppe vergeben, die Arbeiten dauerten aber im Jahr 2012 an. Der auf der Notiz erwähnte Betrag ist der Anteil im Jahr 2012. ⁷⁰⁹		[...] (Anteil 2012)
[...]	FC	Foffa Conrad AG ⁷¹⁰	[...]
[...]	FC	Foffa Conrad AG ⁷¹¹	[...].
[...]	Dieses Projekt wurde bereits im Jahr 2011 an die Foffa Conrad-Gruppe vergeben, die Arbeiten dauerten aber im Jahr 2012 an. Der auf der Notiz erwähnte Betrag ist der Anteil im Jahr 2012. ⁷¹²		[...] (Anteil 2012)
[...]	BeDe	Bezzola Denoth AG ⁷¹³	[...]
[...] ⁷¹⁴	FC, BeDe, Laz	Das Bauprojekt „[...]“ wurde nicht im Jahr 2012 ausgeschrieben. Das Projekt wurde schliesslich in einer ARGE, bestehend aus der Foffa Conrad-Gruppe, Lazzarini AG und der [...] offeriert und ausgeführt. ⁷¹⁵	[...]
[...]	Dieses Projekt wurde bereits im Jahr 2011 an die Foffa Conrad-Gruppe vergeben, die Arbeiten dauerten aber im Jahr 2012 an. Der auf der Notiz erwähnte Betrag ist der Anteil im Jahr 2012. ⁷¹⁶		[...] (Anteil 2012)
[...]	FC, Laz	ARGE Foffa Conrad-Gruppe und Lazzarini AG ⁷¹⁷	[...]
[...]	Laz	Lazzarini AG ⁷¹⁸	[...]
[...]	BeDe	Bezzola Denoth AG ⁷¹⁹	[...]

⁷⁰⁸ Gemäss der Besprechungsnotiz vom 23. Januar 2012; Act. III.C.007.

⁷⁰⁹ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 706–710.

⁷¹⁰ Act. III.38 (22-0458), Ausschreibung S12.0124.01, tiefste Offerte von [...] eingereicht; Zuschlag Foffa Conrad AG.

⁷¹¹ Act. III.38 (22-0458), Ausschreibung S12.0133.01, tiefste Offerte von der Foffa Conrad AG eingereicht.

⁷¹² Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 706–710.

⁷¹³ Act. IX.C.49, Zeile 339.

⁷¹⁴ Act. IX.C.61, Zeile 775 f.

⁷¹⁵ Act. V.38 (22-0458), Rz 122.

⁷¹⁶ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 706–710.

⁷¹⁷ Act. V.38 (22-0458), Rz 119 ff.

⁷¹⁸ Act. III.38 (22-0458), Ausschreibung S12.0078.01, tiefste Offerte von der Lazzarini AG eingereicht (CHF 1'442'780.00).

⁷¹⁹ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeile 848.

Bauobjekt TBA Bez. 4	Interesse ⁷⁰⁸	Zuschlag	Bausumme
[...]	Dieses Projekt wurde bereits im Jahr 2011 an die Foffa Conrad-Gruppe vergeben, die Arbeiten dauerten aber im Jahr 2012 an. Der auf der Notiz erwähnte Betrag ist der Anteil im Jahr 2012. ⁷²⁰		[...]
[...]	BeDe/FC	Foffa Conrad AG ⁷²¹	0,8 Mio.

Tabelle 14: Übersicht der Bauprojekte gemäss Besprechungsnotiz vom 23. Januar 2012

303. Zum besseren Verständnis dieser Übersicht ist Folgendes beizufügen:

- Vier Projekte, die auf der Liste aufgeführt sind, wurden bereits im Jahr 2011 an die Foffa Conrad-Gruppe vergeben, so die Projekte „[...]“, „[...]“, „[...]“ und „[...]“.
- Diejenigen Projekte, welche die Foffa Conrad-Gruppe und die Lazzarini AG gemäss der Notiz vom 23. Januar 2012 in einer Arbeitsgemeinschaft realisieren wollten, führten sie tatsächlich gemeinsam aus. Dies betrifft die Projekte „[...]“ und „[...]“. Beim letztgenannten Projekt bezogen sie schliesslich auch die [...] ein. Beim Bauprojekt „[...]“ gab es keine weiteren Bewerber.
- Bei den übrigen genannten Projekten obsiegte jeweils dasjenige Unternehmen, das an der Besprechung vom 23. Januar 2012 sein Interesse bekundete. So erhielt die Foffa Conrad AG bei den Projekten „[...]“ und „[...]“ tatsächlich den Zuschlag.⁷²² Beim Bauprojekt „[...]“ unterbreitete die Foffa Conrad AG der Bauherrschaft zwar nicht das tiefste Angebot, erhielt aber dennoch den Zuschlag, wie aus ihrer Projektliste hervorgeht.⁷²³ Weder die Bezzola Denoth AG noch die Lazzarini AG reichten bei diesem Projekt eine Offerte ein.⁷²⁴ Beim Bauprojekt „[...]“ offerierte die Foffa Conrad AG den tiefsten Preis, während die Bezzola Denoth AG und die Lazzarini AG auf eine Offertstellung verzichteten.⁷²⁵ Die Lazzarini AG äusserte anlässlich der Besprechung vom 23. Januar 2012 ihr Interesse am Bauprojekt „[...]“. In der Folge erhielt sie hierfür tatsächlich den Zuschlag, während die Bezzola Denoth AG der Lazzarini AG durch ein höheres Angebot „Schutz“ gewährte.⁷²⁶ Die beteiligten Unternehmen verhielten sich folglich auch bei diesem Bauprojekt so, wie sie es gemäss ihren Interessenbekundungen beabsichtigten. Bezüglich des Bauprojekts „[...]“ äusserten die Foffa Conrad AG und die Bezzola Denoth AG anlässlich der Besprechung vom 23. Januar 2012 ihr Interesse, während keine Interessenkundgabe der Lazzarini AG vermerkt ist. Die Foffa Conrad AG erhielt in der Folge den Zuschlag. Die Lazzarini AG offerierte der Bauherrschaft einen um 2,35 % höheren Preis als die Foffa Conrad AG, die Bezzola Denoth AG verzichtete auf ein Angebot.⁷²⁷ Eines der interessierten Unternehmen setzte sich somit im Ausschreibungsverfahren durch,

während dasjenige Unternehmen, das kein Interesse zeigte, der Bauherrschaft ein höheres Angebot unterbreitete. Auch hier decken sich die Interessenbekundungen mit dem tatsächlichen Anbieterverhalten der beteiligten Unternehmen. Schliesslich ist das Projekt „[...]“ zu nennen. Diesbezüglich räumte die Foffa Conrad-Gruppe ein, von der Lazzarini AG „Schutz“ erhalten zu haben. Auch hier decken sich die Interessenbekundungen der beteiligten Unternehmen gemäss der Besprechungsnotiz vom 23. Januar 2012 mit dem tatsächlichen Anbieterverhalten.

304. Somit fällt auf, dass bei allen Projekten der Zuschlag den Interessenbekundungen anlässlich der Besprechung vom 23. Januar 2012 entspricht und die jeweils nicht interessierten Unternehmen in diesen Fällen entweder eine höhere Offerte einreichten oder auf eine Offertstellung verzichteten. Im Ergebnis untermauert somit auch die Auswertung der Besprechungsnotiz vom 23. Januar 2012 die Tatsache, dass die Zusammenarbeit zwischen der Lazzarini AG, Bezzola Denoth AG und Foffa Conrad AG im Innenverhältnis zu einer Projektaufteilung führte. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

305. Nach dem Gesagten ist erstellt, dass sich die Lazzarini AG, Bezzola Denoth AG und Foffa Conrad AG entsprechend ihrem Konsens zur Zusammenarbeit betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin verhielten. Im Zeitraum von 2008 bis Oktober 2012 regelten sie ihre Wettbewerbsverhältnisse in diesen Bereichen weitgehend im Einvernehmen. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Erwiesen ist auch, dass dies im internen Verhältnis zu einer Projektaufteilung führte. Dadurch wurde der Wettbewerb zwischen ihnen in wesentlichen Teilen ihrer Tätigkeit in den Bereichen Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin ausgeschlossen.

306. Zusammenfassend ist folgender Sachverhalt betreffend die Zusammenarbeit zwischen der Foffa Conrad

⁷²⁰ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 706–710.

⁷²¹ Act. III.38 (22-0458), Ausschreibung S12.0302.01, tiefste Offerte von der Foffa Conrad AG eingereicht (CHF 1'719'709.05).

⁷²² Act. IX.C.61, Zeile 800 f.

⁷²³ Act IX.C.18, Seite 3.

⁷²⁴ Act. III.38 (22-0458), Ausschreibung S12.0124.01.

⁷²⁵ Act. III.38 (22-0458), Ausschreibung S12.0133.01.

⁷²⁶ Act. III.38 (22-0458), Ausschreibung S12.0078.01 und Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 826–830 (Aussage von C. _____).

⁷²⁷ Act. III.38 (22-0458), Ausschreibung S12.0124.01.

AG, der Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG (bis 2012) erstellt:

B.5.4 Beweisergebnis

307. Zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG lagen tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen über die Zusammenarbeit betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin vor (*natürlicher Konsens*). Dieser Konsens beinhaltete, ihre Wettbewerbsverhältnisse betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin im Einvernehmen zu regeln (Rz 290 hiervor). Damit bezweckten die beteiligten Unternehmen, sich betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin nicht zu konkurrieren (Rz 294 hiervor). Dieser Konsens hatte von spätestens 2008 bis Oktober 2012 Bestand (Rz 298 hiervor).

308. Die Lazzarini AG, Bezzola Denoth AG und Foffa Conrad AG verhielten sich entsprechend ihrem Konsens zur Zusammenarbeit betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin. Im Zeitraum von 2008 bis Oktober 2012 regelten sie ihre Wettbewerbsverhältnisse in diesen Bereichen weitgehend im Einvernehmen. Konkret

legten die beteiligten Unternehmen an Treffen zwischen den Geschäftsführern ihre Strategie fest, glichen projektübergreifend ihre Interessen an gemeinsamen Jahresstartsitzungen ab, bildeten systematisch gemeinsame Arbeitsgemeinschaften und koordinierten bei einer Vielzahl von Einzelprojekten ihre Angebotspreise. Dies führte in den betroffenen Fällen im internen Verhältnis zu einer Projektaufteilung. Dadurch wurde der Wettbewerb zwischen ihnen in wesentlichen Teilen ihrer Tätigkeit in den Bereichen Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin ausgeschlossen (Rz 305 hiervor).

B.6 Zusammenarbeit bei einzelnen Bauprojekten (bis 2012)

B.6.1 Übersicht

309. Im Folgenden werden die kartellrechtlich relevanten Sachverhaltsfragen im Zusammenhang mit elf Hoch- und Tiefbaubauprojekten im Unterengadin im Zeitraum von 2009 bis 2012 behandelt, bei denen Anhaltspunkte auf eine bilaterale Angebotskoordinierung zwischen Bauunternehmen bestehen. Im Einzelnen handelt es sich um folgende Bauprojekte:

Bauprojekt	Parteien	Jahr	Bereich	Verweis
„[...]“, Zernez	Foffa Conrad AG René Hohenegger Sarl	2009	Hochbau	Rz 310 ff.
„[...]“, Zernez	Foffa Conrad AG René Hohenegger Sarl	2009	Hochbau	Rz 325 ff.
„[...]“, Zernez	Foffa Conrad AG René Hohenegger Sarl	2009	Hochbau	Rz 338 ff.
„[...]“, Scuol	Bezzola Denoth AG Fabio Bau GmbH	2010	Hochbau	Rz 353 ff.
„[...]“, Zernez	Foffa Conrad AG René Hohenegger Sarl	2010	Hochbau	Rz 366 ff.
„[...]“	Bezzola Denoth AG Impraisa Mario GmbH	2010	Tiefbau	Rz 381 ff.
„[...]“, Scuol	Bezzola Denoth AG Fabio Bau GmbH	2011	Hochbau	Rz 393 ff.
„[...]“, Tschlin	Bezzola Denoth AG Koch AG Ramosch	2011	Tiefbau	Rz 410 ff.
„[...]“, Scuol	Bezzola Denoth AG Fabio Bau GmbH	2011	Hochbau	Rz 427 ff.
„Waldweg Kurhaus, Val Sinestra“	Fabio Bau GmbH Koch AG Ramosch	2011	Tiefbau	Rz 445 ff.
„[...]“, Zernez	Foffa Conrad AG René Hohenegger Sarl	2012	Tiefbau	Rz 460 ff.

Tabelle 15: Übersicht der Bauprojekte im Unterengadin mit Anhaltspunkten auf Angebotskoordinierungen (2009 bis 2012)

B.6.2 [...], Zerne (2009)

310. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“, Zerne (2009), richtet sich der Vorwurf der bilateralen Angebotskoordinierung an die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl.

B.6.2.1 Beweisthema

311. Nachfolgend ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob zwischen der Foffa Conrad AG und der René Hohenegger Sarl übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich der Baumeisterarbeiten „[...]“ in Zerne im Jahr 2009 zu koordinieren (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Ist dies zu bejahen, sind folgende Sachverhaltsfragen zu prüfen:

- welchen Zweck die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl mit der Angebotskoordinierung verfolgten (Rz 321);
- ob sich die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die Angebotskoordinierung verhielten und welche Auswirkungen dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte (Rz 322 f.).

B.6.2.2 Beweismittel

B.6.2.2.1 Urkunden

312. Zur Beurteilung der vorliegenden Sachverhaltsfragen ist folgende E-Mail von f._____, Foffa Conrad AG, an P._____, René Hohenegger Sarl, vom 31. März 2009 betreffend „SIA- Dateien [...]“⁷²⁸ zu würdigen:

From: Foffa & Conrad SA
 To: [REDACTED]@vtxmail.ch
 Subject: SIA- Dateien [REDACTED]
 Date: Dienstag, 31. März 2009 10:48:03

Hallo [REDACTED]

Wie gewünscht die SIA- Dateien von [REDACTED]

Gruss

[REDACTED]
 FOFFA+CONRAD AG

B.6.2.2.2 Auskünfte von Parteien

313. C._____ gab am 27. Oktober 2015 zu Protokoll, dass die Selbstanzeige der Foffa Conrad AG auch das Bauprojekt „[...]“ aus dem Jahr 2009 umfasse.⁷²⁹ Die René Hohenegger Sarl habe zugunsten der Foffa Conrad AG eine höhere Offerte eingereicht. G._____, der Bauherr des Projekts, sei ein Jagdkollege von ihm. Es sei daher schon zum Vornherein klar gewesen, dass die Foffa Conrad AG diesen Auftrag erhalten werde. Dies sei auch der René Hohenegger Sarl bewusst gewesen. Er nehme an, dass der Kontakt zwischen der René Hohenegger Sarl und der Foffa Conrad AG betreffend [...] g._____ von der Foffa Conrad AG ausgegangen sei. Die Foffa Conrad AG habe dieses Bauprojekt schliesslich auch ausgeführt.⁷³⁰

314. P._____ sagte am 2. September 2015 auf Vorhalt der E-Mail von f._____ an P._____ vom 31. März 2009⁷³¹ aus, dass er nicht mehr beurteilen könne, ob es sich um eine Schutzanfrage oder um eine leere Offerte im Zusammenhang mit der Ausschreibung gehandelt habe.⁷³² Bemerkenswerterweise sei der Absender der E-Mail [...] und nicht [...] der Foffa Conrad AG gewesen. In diesem Fall könne es sich um ein leeres Formular gehandelt haben, das ihm f._____ geschickt habe. Es sei möglich, dass er die Foffa Conrad AG um ein leeres Formu-

lar angefragt habe. Er habe teilweise Probleme mit dem verwendeten Dateiformat „Sorba“ gehabt. Die Mitarbeiter der Foffa Conrad AG seien gewandter mit dieser Software. Auf die Frage, wieso die Foffa Conrad AG die Konkurrentin René Hohenegger Sarl bei der Eingabe von Offerten unterstütze, antwortete P._____, [dass es ja einige Projekte gäbe, bei denen die René Hohenegger Sarl die Foffa Conrad AG geschützt hätte. Da sei es verständlich, dass ihm die Foffa Conrad AG zumindest mit leeren Formularen helfe].

315. Mit Eingabe vom 11. Juli 2017 führte die Foffa Conrad AG aus, dass es nicht vorgekommen sei, dass sie der René Hohenegger Sarl „leere Formulare“ geschickt habe, um sie bei der Erstellung von Offerten zu unterstützen. Der Anhang der E-Mail von f._____ an P._____ vom 31. März 2009⁷³³ habe wahrscheinlich die von der Foffa Conrad AG kalkulierte Offerte enthalten.⁷³⁴

⁷²⁸ Act. IX.D.15, Beilage 6.

⁷²⁹ Act. IX.C.61 (22-0458), Zeilen 697–701.

⁷³⁰ Act. IX.C.61 (22-0458), Zeilen 680 ff.

⁷³¹ Act. IX.D.15, Beilage 6.

⁷³² Act. IX.D.15 (22-0048), Zeilen 403 ff

⁷³³ Act. IX.D.15, Beilage 6.

⁷³⁴ Act. VII.B.30 (22-0458), Antworten auf Fragen 1a und 1b.

B.6.2.2.3 Auskünfte von Dritten

316. g._____, Bauherr des vorliegend zu beurteilenden Projekts, gab in seinen Antworten auf ein Auskunftsbegehren des Sekretariats bekannt, welche Unternehmen welche Angebote einreichten.⁷³⁵ Nach seinen Angaben habe die Foffa Conrad AG für die Baumeisterarbeiten bezüglich [...] in der ersten Angebotsrunde eine Summe (inkl. MWST) von CHF 186'660.60 und die René Ho-

henegger Sarl eine Summe von CHF 193'968.65 offeriert. In der Abgebotsrunde habe die Foffa Conrad AG eine Gesamtsumme (inkl. MWST) von CHF 180'000 angeboten. Mit diesem Angebot habe die Foffa Conrad AG den Zuschlag erhalten. Die Angaben von g._____ ergeben folgendes Bild der eingereichten Angebote:

Unternehmen	Eingaben 1. Runde (inkl. MWST)	Abgebote (inkl. MWST)
Foffa Conrad AG	CHF [...]	CHF [...]
René Hohenegger Sarl	CHF [...]	–

Tabelle 16: Übersicht der eingereichten Offerten betreffend Bauprojekt „[...]“, Zernez (2009)

317. Weiter gab g._____ an, dass es betreffend die zu beurteilende Ausschreibung eher wenig Konkurrenz gegeben habe.⁷³⁶ Seine Planerin, die Künzli Holz AG aus Davos, habe für die Baumeisterarbeiten mit einem Betrag von CHF 145'000 gerechnet. Entweder habe die Künzli Holz AG falsch gerechnet oder die Preise im Engadin seien wirklich höher als anderswo. Etwas Verdächtiges oder Spezielles während der Ausschreibung sei ihm jedoch nicht aufgefallen.

B.6.2.3 Beweismwürdigung

B.6.2.3.1 Konsens

318. Vorliegend räumte die Foffa Conrad AG ein, dass es zwischen der René Hohenegger Sarl und ihr in Bezug auf das Bauprojekt „[...]“ zu einer Angebotskoordination gekommen sei. Konkret habe die René Hohenegger Sarl in Absprache mit ihr eine höhere Offerte eingereicht.⁷³⁷ Die René Hohenegger Sarl stellte sich dagegen auf den Standpunkt, dass es sich bei der E-Mail von f._____ an P._____ vom 31. März 2009⁷³⁸ neben einer „Schutzanfrage“ allenfalls auch bloss um eine „leere Offerte“ im Zusammenhang mit der Ausschreibung gehandelt haben könnte.⁷³⁹

319. Die Foffa Conrad AG widersprach dieser Sachverhaltsvariante. Gemäss ihrer Auskunft sei es nicht vorgekommen, dass sie der René Hohenegger Sarl „leere Formulare“ geschickt habe, um sie bei der Erstellung von Offerten zu unterstützen.⁷⁴⁰ Diese Angaben der Foffa Conrad AG sind glaubhaft. Dabei sind folgenden Punkten Rechnung zu tragen:

- Dass ein Bauunternehmen bei der Erstellung von Offerten auf leere SIA-Schnittstellendateien einer Konkurrentin zurückgreifen muss, ist unwahrscheinlich. Immerhin handelt es sich bei dem solchen Dateien zugrunde liegenden Programm „Sorba“ um eine im Baugewerbe übliche und verbreitete Software. Auch die René Hohenegger Sarl verwendete diese Software zur Erstellung ihrer Offerten.⁷⁴¹ Bereits dieser Umstand wirft Fragen an der Behauptung der René Hohenegger Sarl auf.

- Nach Auskunft der Foffa Conrad AG habe sie aufgrund der persönlichen Beziehung von C._____ zum Bauherrn gegenüber der René Hohenegger Sarl Vorteile gehabt. Es sei der René Hohenegger Sarl klar gewesen, dass sie kaum Chancen an einer Auftragserteilung gehabt habe.⁷⁴² Dass die René Hohenegger Sarl bei dieser Ausgangslage tatsächlich eine leicht höhere Offerte einreichte als die Foffa Conrad AG, stützt deren Angaben.
- Weiter ist erstellt, dass es zwischen der Foffa Conrad AG und der René Hohenegger Sarl durchaus mehrfach zur Angebotskoordination kam. Dies wurde von der René Hohenegger Sarl nicht bestritten.⁷⁴³ Es würde sich mithin in Bezug auf das Bauprojekt „[...]“ nicht um einen Ausnahmefall handeln. Auch P._____ schloss nicht aus, dass die E-Mail von E-Mail von f._____ an ihn vom 31. März 2009⁷⁴⁴ im Hinblick auf eine Angebotskoordination verschickt worden ist.⁷⁴⁵ Schliesslich ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Foffa Conrad AG die René Hohenegger Sarl vorliegend zu Unrecht hätte belasten sollen. Immerhin räumte sie damit auch ihre eigene Tatbeteiligung ein.

320. Aus diesen Gründen erscheinen die Sachauskünfte der Foffa Conrad AG überzeugend und sind im Rahmen der vorliegenden Beweismwürdigung massgebend. Damit ist erstellt, dass die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl den gemeinsamen Willen äusserten, ihre

⁷³⁵ Act. III.3 (22-0458).

⁷³⁶ Act. III.3 (22-0458).

⁷³⁷ Act. IX.C.61, Zeile 680 f.

⁷³⁸ Act IX.D.15, Beilage 6.

⁷³⁹ Act IX.D.15 (22-0048), Zeilen 403 ff.

⁷⁴⁰ Act. VII.B.30 (22-0458), Antwort auf Frage 1b.

⁷⁴¹ Vgl. auch Act. IX.D.16.

⁷⁴² Act. IX.C.61, 680 f.

⁷⁴³ Act. IX.D.15, Zeilen 431 f., 538–542 und 617 f.

⁷⁴⁴ Act IX.D.15, Beilage 6.

⁷⁴⁵ Act. IX.D.15, Zeile 416 f.

Angebote beim Bauprojekt „[...]“ zu koordinieren. Konkret sollte die René Hohenegger Sarl dem Bauherrn ein höheres Angebot als die Foffa Conrad AG unterbreiten. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

B.6.2.3.2 Verfolgter Zweck

321. Der Konsens zwischen der Foffa Conrad AG und der René Hohenegger Sarl beinhaltete, ihre Angebote zu koordinieren. Einer solchen Angebotskoordination ist immanent, dass sie darauf zielt, den Wettbewerb zwischen den Beteiligten zu verhindern. Andere Gründe sind hierfür nicht ersichtlich und wurden auch nicht vorgebracht. Damit ist erstellt, dass die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl mit ihrem Verhalten bezweckten, sich beim Bauprojekt „[...]“ nicht zu konkurrenzieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

B.6.2.3.3 Umsetzung und Auswirkungen

322. Den Angaben des Bauherrn (Rz 316) ist zu entnehmen, dass die Foffa Conrad AG den Preis von CHF [...] offerierte, die René Hohenegger Sarl den Preis von CHF [...]. Weitere Angebote wurden nicht eingereicht. Der Zuschlag ging schliesslich zum Preis von CHF [...] (Abgebot) an die Foffa Conrad AG.

323. Damit ist erwiesen, dass sich die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl an die getroffene Abmachung hielten. Konkret reichte die René Hohenegger Sarl ein höheres Angebot als die Foffa Conrad AG ein. Ebenso ist erstellt, dass sie sich beim strittigen Bauprojekt nicht konkurrenzieren. Daran bestehen im Lichte der umgesetzten Angebotskoordination keine vernünftigen Zweifel.

B.6.2.4 Beweisergebnis

324. Nach dem Gesagten ist erwiesen, dass zwischen der Foffa Conrad AG und der René Hohenegger Sarl ein Konsens vorlag, ihre Angebote beim Bauprojekt „[...]“ im Jahr 2009 zu koordinieren. Konkret sollte die René Hohenegger Sarl ein höheres Angebot einreichen als die Foffa Conrad AG. Damit bezweckten sie, sich bei diesem Bauprojekt nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist erstellt, dass sie sich in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – verhielten und sich nicht konkurrenzieren. Weitere Mitbewerber gab es nicht. Wie beabsichtigt, erhielt die Foffa Conrad AG den Zuschlag.

B.6.3 [...], Zernez (2009)

325. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“, Zernez (2009), richtet sich der Vorwurf der bilateralen Angebotskoordination an die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl.

B.6.3.1 Beweisthema

326. Nachfolgend ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob zwischen der Foffa Conrad AG und der René Hohenegger Sarl übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich der Baumeisterarbeiten „[...]“ in Zernez im Jahr 2009 zu koordinieren (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Ist dies zu bejahen, sind folgende Sachverhaltsfragen zu prüfen:

- welchen Zweck die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl mit der Angebotskoordination verfolgten (Rz 311);
- ob sich die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die Angebotskoordination verhielten und welche Auswirkungen dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte (Rz 311).

B.6.3.2 Beweismittel

B.6.3.2.1 Urkunden

327. Zu beurteilen ist – wie beim Bauprojekt [...], Zernez (2009) – wiederum die E Mail von f.____, Foffa Conrad AG, an P.____, René Hohenegger Sarl, vom 31. März 2009 betreffend „SIA- Dateien [...]“.⁷⁴⁶

328. Des Weiteren liegt dem Sekretariat die Offerte der Foffa Conrad AG vom 27. Februar 2009 vor.⁷⁴⁷ Daraus ist ersichtlich, dass die Foffa Conrad AG ursprünglich die Baumeisterarbeiten des betreffenden Bauprojekts zum Preis von CHF [...] offerierte. Auf der Offerte von Foffa Conrad AG ist sodann handschriftlich vermerkt, dass die Foffa Conrad AG ihr Angebot schliesslich gemäss Telefonat vom 7. April 2009 auf CHF [...] reduzierte.

329. Dem Werkvertrag zwischen h.____ und der Foffa Conrad AG vom 9. April 2009⁷⁴⁸ ist zu entnehmen, dass die Baumeisterarbeiten bezüglich des Bauprojekts „[...]“ zu einer Summe von CHF [...] (inkl. MWST) vergeben wurden.

B.6.3.2.2 Auskünfte von Parteien

330. C.____ gab am 27. Oktober 2015 zu Protokoll, dass die Selbstanzeige der Foffa Conrad AG auch das Bauprojekt „[...]“ aus dem Jahr 2009 umfasse.⁷⁴⁹ Die René Hohenegger Sarl habe zugunsten der Foffa Conrad AG eine höhere Offerte eingereicht. Er nehme an, dass der Kontakt zwischen der René Hohenegger Sarl und der Foffa Conrad AG in dieser Sache von der Foffa Conrad AG ausgegangen sei. Die Foffa Conrad AG habe dieses Bauprojekt schliesslich auch ausgeführt.⁷⁵⁰

331. P.____ sagte am 2. September 2015 auf Vorhalt der E-Mail von f.____ an P.____ vom 31. März 2009⁷⁵¹ aus, dass er nicht mehr beurteilen könne, ob es sich um eine Schutzanfrage oder um eine leere Offerte im Zusammenhang mit der Ausschreibung gehandelt habe (dazu auch Rz 314 hiavor).⁷⁵²

332. Mit Eingabe vom 11. Juli 2017 führte die Foffa Conrad AG aus, dass es nicht vorgekommen sei, dass sie der René Hohenegger Sarl „leere Formulare“ geschickt habe, um sie bei der Erstellung von Offerten zu unterstützen. Der Anhang der E-Mail von f.____ an P.____ vom 31. März 2009⁷⁵³ habe wahrscheinlich die von der Foffa Conrad AG kalkulierte Offerte enthalten (dazu auch Rz 315 hiavor).⁷⁵⁴

⁷⁴⁶ Act IX.D.15, Beilage 6.

⁷⁴⁷ Act III.20 (22-0458), pag. 14.

⁷⁴⁸ Act III.17 (22-0458), pag. 96 ff.

⁷⁴⁹ Act IX.C.61 (22-0458), Zeilen 697–701.

⁷⁵⁰ Act IX.C.61 (22-0458), Zeilen 680 ff.

⁷⁵¹ Act IX.D.15, Beilage 6.

⁷⁵² Act IX.D.15 (22-0048), Zeilen 403 ff.

⁷⁵³ Act IX.D.15, Beilage 6.

⁷⁵⁴ Act. VII.B.30 (22-0458), Antworten auf Fragen 1a und 1b.

B.6.3.2.3 Auskünfte von Dritten

333. Nach Angaben der Künzli Holz AG, Davos, seien bezüglich des zu beurteilenden Bauprojekts Offerten von der Foffa Conrad AG und der René Hohenegger Sarl eingegangen. Die Foffa Conrad AG habe die Baumeisterarbeiten mit einer Gesamtsumme (inkl. MWST) von CHF [...] und die René Hohenegger Sarl mit von CHF

[...] offeriert.⁷⁵⁵ Telefonisch sei schliesslich mit der Foffa Conrad AG ein Preis von CHF [...] (inkl. MWST) vereinbart worden.

334. Daraus ergibt sich folgendes Bild der eingereichten Angebote:

Unternehmen	Eingaben 1. Runde (inkl. MWST)	Abgebote (inkl. MWST)
Foffa Conrad AG	CHF [...]	CHF [...]
René Hohenegger Sarl	CHF [...]	–

Tabelle 17: Übersicht der eingereichten Offerten betreffend Bauprojekt „[...]“, Zernez (2009)

335. i._____, der Bauherr des Projekts „[...]“, gab im Rahmen eines Auskunftsbegehrens an, dass ihm keine Ungereimtheiten oder Unregelmässigkeiten aufgefallen seien.⁷⁵⁶

B.6.3.3 Beweiswürdigung

336. Die Beweislage ist vorliegend die gleiche wie beim „[...]“, welches zuvor behandelt worden ist (Rz 310 ff. hiervor). Im Vordergrund stehen die E-Mail von f._____ an P._____ vom 31. März 2009⁷⁵⁷ sowie die dazu von den Parteien gemachten Aussagen. Zusammenfassend ist Folgendes festzuhalten:

- Die Foffa Conrad AG räumte ein, dass es in Bezug auf das vorliegend zu beurteilende Bauprojekt zu einer Angebotskoordination mit der René Hohenegger Sarl gekommen ist. Ihre Aussagen sind glaubhaft. Der Einwand der René Hohenegger Sarl, dass der E-Mail von f._____ an P._____ vom 31. März 2009⁷⁵⁸ allenfalls bloss eine „leere Offerte“ beigelegt worden sei, überzeugt nicht. Zu den Gründen, die zu diesem Schluss führen, kann auf die entsprechenden Ausführungen betreffend das „[...]“ verwiesen werden (Rz 318 ff. hiervor). Damit ist erstellt, dass die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl den gemeinsamen Willen äusserten, ihre Angebote beim Bauprojekt „[...]“ zu koordinieren. Konkret sollte die René Hohenegger Sarl dem Bauherrn ein höheres Angebot als die Foffa Conrad AG unterbreiten.
- Einer solchen Angebotskoordination ist immanent, dass sie darauf zielt, den Wettbewerb zwischen den Beteiligten zu verhindern. Andere Gründe sind hierfür nicht ersichtlich und wurden auch nicht vorgebracht. Damit ist erstellt, dass die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl mit ihrem Verhalten bezweckten, sich beim Bauprojekt „[...]“ nicht zu konkurrenzieren._____
- Den Angaben der Künzli Holz AG (Rz 333) ist zu entnehmen, dass die Foffa Conrad AG den Preis von CHF [...] offerierte, die René Hohenegger Sarl den Preis von CHF [...]. Weitere Angebote wurden nicht eingereicht. Der Zuschlag ging schliesslich zum Preis von CHF [...] (Abgebot) an die Foffa Conrad AG. Damit ist erwiesen, dass

sich die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl an die getroffene Abmachung hielten. Konkret reichte die René Hohenegger Sarl ein höheres Angebot als die Foffa Conrad AG ein. Ebenso ist erstellt, dass sie sich beim strittigen Bauprojekt nicht konkurrenzieren. Daran bestehen im Lichte der umgesetzten Angebotskoordination keine vernünftigen Zweifel.

B.6.3.4 Beweisergebnis

337. Zusammenfassend ist erwiesen, dass zwischen der Foffa Conrad AG und der René Hohenegger Sarl ein Konsens vorlag, ihre Angebote beim Bauprojekt „[...]“ im Jahr 2009 zu koordinieren. Konkret sollte die René Hohenegger Sarl ein höheres Angebot einreichen als die Foffa Conrad AG. Damit bezweckten sie, sich bei diesem Bauprojekt nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist erstellt, dass sie sich in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – verhielten und sich nicht konkurrenzieren. Weitere Mitbewerber gab es nicht. Wie beabsichtigt, erhielt die Foffa Conrad AG den Zuschlag.

B.6.4 [...] (2009)

338. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“, Zernez (2009), richtet sich der Vorwurf der bilateralen Angebotskoordination an die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl.

B.6.4.1 Beweisthema

339. Nachfolgend ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob zwischen der Foffa Conrad AG und der René Hohenegger Sarl übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich der Baumeisterarbeiten „[...]“ in Zernez im Jahr 2009 zu koordinieren (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Ist dies zu bejahen, sind folgende Sachverhaltsfragen zu prüfen:

⁷⁵⁵ Act III.20 (22-0458), Antwort auf Frage 2.

⁷⁵⁶ Act III.17 (22-0458).

⁷⁵⁷ Act IX.D.15, Beilage 6.

⁷⁵⁸ Act IX.D.15, Beilage 6.

- welchen Zweck die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl mit der Angebotskoordination verfolgten (Rz 348 f.);
- ob sich die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die Angebotskoordination verhielten und welche Auswirkungen dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte (Rz 350 f.).

B.6.4.2 Beweismittel

B.6.4.2.1 Urkunden

340. Zur Beurteilung der vorliegend relevanten Sachverhaltsfragen stützt sich die Behörde auf folgende Urkunden:

- E-Mail von P._____, René Hohenegger Sarl, an j._____, Foffa Conrad AG, vom 4. März 2009, 10.05 Uhr, betreffend „Offerte [...]“⁷⁵⁹:

Offerte [REDACTED]

From: [REDACTED]@vtxmail.ch
To: [REDACTED]@foffa-conrad.ch
Date: Wed, 04 Mar 2009 10:05:38 +0100

Hallo [REDACTED]

Wie besprochen wäre ich Dir dankbar wenn Du mir die Offerte [REDACTED] Senden könntest.

Mit freundlichen Grüßen

[REDACTED]
 René Hohenegger Sarl
 impraisa da fabrica
7527 Brail / Zernez
 7532 Tschiers

Telefon +41(0)81 [REDACTED]
 Fax +41(0)81 [REDACTED]
 Natel +41(0)79 [REDACTED]
 Mail [REDACTED]@vtxmail.ch

- E-Mail von j._____ an P._____ vom 4. März 2009, 10.19 Uhr, betreffend „[...]“.⁷⁶⁰ Der E-Mail wurde die Datei „G9 031 0603 BAUMEISTERARBEITEN.01s“ angehängt ist:

⁷⁵⁹ Act III.F.006.

⁷⁶⁰ Act. III.F.021.

Offerte [REDACTED]

From: [REDACTED]@foffa-conrad.ch>
 To: [REDACTED]@vtxmail.ch
 Date: Wed, 04 Mar 2009 10:19:42 +0100
 Attachments: G9 031 0603 BAUMEISTERARBEITEN.01s (128.76 kB)

Hallo [REDACTED]

Wie besprochen sende ich dir die Offerte [REDACTED] Ich hoffe es funktioniert.

Gruss [REDACTED]

- Offertvergleich der Bauleitung vom 15. April 2009 betreffend „[...]“⁷⁶¹: Daraus ist ersichtlich, dass folgende Unternehmen Offerten eingereicht haben (inkl. Rabatt und Skonti):

Unternehmen	Gesamtsumme (inkl. MWST)	Abgebot (inkl. MWST)
Foffa Conrad AG	CHF [...]	CHF [...]
Lazzarini AG	CHF [...]	–
[...]	CHF [...]	CHF [...]
René Hohenegger Sarl	CHF [...]	CHF [...]
Impraisa da fabrica Margadant	–	–

Tabelle 18: Übersicht der eingereichten Offerten betreffend Bauprojekt „[...]“, Zernez (2009)

- Pauschalangebot der Foffa Conrad AG vom 24. April 2009⁷⁶²;
- Werkvertrag zwischen k._____ und der Foffa Conrad AG betreffend Baustelleneinrichtung, Gerüste, Kanalisationen im Gebäude, Beton- und Stahlbetonarbeiten, Maurerarbeiten, Verputzarbeiten (äussere), Verputzarbeiten (innere) und Unterlagsböden.⁷⁶³ Daraus ist ersichtlich, dass die genannten Arbeiten der Foffa Conrad AG zu einer Summe (inkl. MWST) von CHF [...] als Teil eines Pauschalangebots, das weitere Arbeiten beinhaltete, vergeben wurden.

oder keine Offerte einzureichen.⁷⁶⁵ Weiter sagte er aus, dass j._____ ihm daraufhin eine Offerte geschickt habe. Er interpretiere den Satz der Foffa Conrad AG in der E-Mail vom 4. März 2009, 10.19 Uhr, [j._____ hoffe, dass es funktionieren würde] als Aufforderung, dass sich die René Hohenegger Sarl an das vorgängige Gespräch halte und nicht tiefer als die Foffa Conrad AG eingeben. Mit allergrösster Wahrscheinlichkeit sei es im E-Mail-Verkehr darum gegangen, dass die René Hohenegger Sarl die Foffa Conrad AG schützen solle.⁷⁶⁶

B.6.4.2.2 Auskünfte von Parteien

(i) René Hohenegger Sarl

341. P._____, René Hohenegger Sarl, gab am 2. September 2015 zu Protokoll, dass vorgängig zur E-Mail-Korrespondenz vom 4. März 2009 mit j._____ ⁷⁶⁴ ein Gespräch zwischen C._____ und ihm stattgefunden habe, möglicherweise telefonisch oder mündlich. Dabei habe er zugesagt, die Foffa Conrad AG zu „schützen“

⁷⁶¹ Act. III.22 (22-0458).

⁷⁶² Act. III.22 (22-0458).

⁷⁶³ Act. III.5 (22-0458), pag. 6.

⁷⁶⁴ Vgl. Act. III.F.006 und Act. III.F.021.

⁷⁶⁵ Act. IX.D.15, Zeilen 146–153.

⁷⁶⁶ Act. IX.D.15, Zeilen 162–165.

342. P. _____ wies sodann darauf hin, dass jemand aus der Verwandtschaft k. _____ bei der Bezzola Denoth AG gearbeitet habe. Die Foffa Conrad AG habe ihm mitgeteilt, dass sie dieses Bauprojekt ohnehin ausführen werde. Es sei für ihn somit klar gewesen, dass die Foffa Conrad AG den Zuschlag erhalten werde, jedoch nicht zu welchem Preis.⁷⁶⁷ P. _____ präziserte, dass es sich hierbei um die Unklarheit handelte, ob es ein „guter“ oder ein „schlechter“ Preis für die Foffa Conrad AG werden würde. Gemäss P. _____ wirke sich eine Schutzgewährung dahingehend auf den Preis aus, dass man sicher kostendeckend arbeiten könne.⁷⁶⁸

343. Schliesslich stellte P. _____ explizit klar, dass sich die Selbstanzeige der René Hohenegger Sarl auch auf ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“ aus dem Jahr 2009 bezieht.⁷⁶⁹

(ii) Foffa Conrad AG

344. Mit Eingabe vom 11. Juli 2017 hielt die Foffa Conrad AG fest, dass es beim E-Mailverkehr zwischen j. _____ und P. _____ vom 4. März 2009⁷⁷⁰ darum gegangen sei, die Angebote zwischen der René Hohenegger Sarl und der Foffa Conrad AG zu koordinieren.⁷⁷¹ Die René Hohenegger Sarl sollte ein höheres Angebot abgeben als die Foffa Conrad AG.⁷⁷² Vor dem E-Mailverkehr habe es einen Kontakt zwischen der Foffa Conrad AG und der René Hohenegger Sarl gegeben, wahrscheinlich zwischen C. _____ und P. _____. Dieser Kontakt sei wahrscheinlich von der Foffa Conrad AG initiiert worden.⁷⁷³ Das Interesse der Foffa Conrad AG an der Angebotskoordination habe darin bestanden, dass sie gute Beziehungen zur Bauherrschaft gehabt habe und das günstigste Angebot habe abgeben wollen.⁷⁷⁴

B.6.4.2.3 Auskünfte von Dritten

345. k. _____, der Bauherr des Projekts, gab im Rahmen eines Auskunftsbegehrens an, dass ein bis zwei Abgerundeten und eine mündliche Verhandlung durchgeführt worden seien. Schliesslich habe die Foffa Conrad AG zu einem Preis (inkl. MWST) von CHF 373'475.– den Zuschlag erhalten. Hierbei habe es sich um einen Teil eines Pauschalangebotes von CHF 490'000 für Baugruben-, Baumeister-, Zimmermann-, Spengler- und Dachdeckerarbeiten gehandelt.⁷⁷⁵

B.6.4.3 Beweiswürdigung

B.6.4.3.1 Konsens

346. Aus dem E-Mailverkehr zwischen j. _____ und P. _____ vom 20. März 2012⁷⁷⁶ ist ersichtlich, dass die Foffa Conrad AG der René Hohenegger Sarl vor Ablauf der Eingabefrist ihre Offerte zustellte. Die René Hohenegger Sarl und die Foffa Conrad AG räumten übereinstimmend ein, dass es hierbei darum gegangen sei, ihre Angebote zu koordinieren. Dieses Vorgehen sei vorgängig besprochen worden. Die übereinstimmenden Aussagen der beteiligten Unternehmen sind schlüssig, konkret und widerspruchsfrei.

347. Damit ist erstellt, dass die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl übereingekommen waren, ihre Angebote beim Bauprojekt „[...]“ zu koordinieren. Konkret sollte die René Hohenegger Sarl dem Bauherrn ein höheres Angebot unterbreiten, um deren Chancen auf die Zuschlagserteilung zu begünstigen. Daran bestehen

bei der vorliegenden Beweislage keine vernünftigen Zweifel.

B.6.4.3.2 Verfolgter Zweck

348. Wie erstellt ist (Rz 347), kamen die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl überein, ihre Angebote bezüglich der strittigen Ausschreibung zu koordinieren. Einer solchen Angebotskoordination ist immanent, dass sie darauf zielt, den Wettbewerb zwischen den Beteiligten zu verhindern. Andere Gründe sind hierfür nicht ersichtlich. Dies deckt sich auch mit der Angabe der Foffa Conrad AG, dass sie habe sicherstellen wollen, das tiefste Angebot abzugeben.⁷⁷⁷

349. Damit ist erwiesen, dass die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl mit ihrem Verhalten bezweckten, sich beim Bauprojekt „[...]“ nicht zu konkurrenzieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

B.6.4.3.3 Umsetzung und Auswirkungen

350. Dem Offertvergleich der Bauleitung vom 15. April 2009⁷⁷⁸ ist zu entnehmen, dass die Foffa Conrad AG dem Bauherrn in der ersten Angebotsrunde den Preis von CHF [...] offerierte, die René Hohenegger Sarl den Preis von CHF [...]. Weiter boten die Lazzarini AG den Preis von CHF [...] und die [...] den Preis von CHF [...].

351. Damit ist erwiesen, dass sich die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl im Rahmen der ersten Angebotsrunde an die getroffene Abmachung hielten. Konkret reichte die René Hohenegger Sarl ein höheres Angebot als die Foffa Conrad AG ein. Damit ist auch erstellt, dass sie sich in dieser Phase der Ausschreibung nicht konkurrenzieren. Ob die betreffenden Unternehmen ihr Anbieterverhalten hingegen auch im weiteren Verlauf der Ausschreibung koordinierten, etwa bei der Abgabe der Angebote, ist nicht erwiesen. Erstellt ist jedoch, dass der Zuschlag, wie von den beteiligten Unternehmen ursprünglich beabsichtigt, an die Foffa Conrad AG erging, allerdings im Rahmen eines Pauschalangebots für weitere Leistungen.⁷⁷⁹

B.6.4.4 Beweisergebnis

352. Nach dem Gesagten ist erwiesen, dass zwischen der Foffa Conrad AG und der René Hohenegger Sarl ein Konsens vorlag, ihre Angebote bei der Ausschreibung „[...]“ im Jahr 2009 zu koordinieren. Konkret sollte die René Hohenegger Sarl ein höheres Angebot einreichen als die Foffa Conrad AG. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. Weiter

⁷⁶⁷ Act. IX.D.15, Zeilen 104–107.

⁷⁶⁸ Act. IX.D.15, Zeilen 190–197.

⁷⁶⁹ Act. IX.D.15, Zeilen 180–184.

⁷⁷⁰ Vgl. Act. III.F.006 und Act. III.F.021.

⁷⁷¹ Act. VII.B.30 (22-0458), Antwort auf Frage 6.

⁷⁷² Act. VII.B.30 (22-0458), Antwort auf Frage 6a.

⁷⁷³ Act. VII.B.30 (22-0458), Antworten auf Fragen 7a–c.

⁷⁷⁴ Act. VII.B.30 (22-0458), Antwort auf Frage 6c.

⁷⁷⁵ Act. III.5 (22-0458).

⁷⁷⁶ Vgl. Act. III.F.006 und Act. III.F.021.

⁷⁷⁷ Act. VII.B.30 (22-0458), Antwort auf Frage 6c.

⁷⁷⁸ Act. III.22 (22-0458).

⁷⁷⁹ Act. III.5 (22-0458).

ist erstellt, dass sie sich im Rahmen der ersten Eingabe-
runde tatsächlich – entsprechend diesen übereinstim-
menden Willenserklärungen – verhielten und koordinier-
te Angebote einreichten. Damit konkurrenziierten sie sich
in der Phase der Ausschreibung nicht. Nicht erwiesen
ist, dass sie ihr Anbieterverhalten auch im weiteren Ver-
lauf der Ausschreibung, namentlich bei der Abgebots-
runde, koordinierten. Allerdings erhielt die Foffa Conrad
AG, wie ursprünglich beabsichtigt, den Zuschlag.

B.6.5 [...], Scuol (2010)

353. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“,
Scuol (2010), richtet sich der Vorwurf der bilateralen
Angebotskoordination an die Bezzola Denoth AG und
die Fabio Bau GmbH.

B.6.5.1 Beweisthema

354. Nachfolgend ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen,
ob zwischen der Bezzola Denoth AG und der Fabio Bau
GmbH übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen
vorlagen, ihre Angebote bezüglich „[...]“ in Scuol im Jahr
2010 zu koordinieren (*Vorliegen eines natürlichen Kon-
senses*). Ist dies zu bejahen, sind folgende Sachver-
haltsfragen zu prüfen:

- welchen Zweck die Bezzola Denoth AG und die
Fabio Bau GmbH mit der Angebotskoordination
verfolgten (Rz 361 f.);
- ob sich die Bezzola Denoth AG und die Fabio Bau
GmbH tatsächlich entsprechend ihrem Konsens
über die Angebotskoordination verhielten und
welche Auswirkungen dieses Verhalten ggf. zur
Folge hatte (Rz 363 f.).

B.6.5.2 Beweismittel

B.6.5.2.1 Urkunden

355. Zur Beurteilung der vorliegend relevanten Sachver-
haltsfragen stützt sich die Behörde auf folgende Urkun-
den:

- Faxschreiben vom 5. Februar 2010, versendet
von der Fax-Nr. 081 86[...], an D._____, Bezzola
Denoth AG, mit dem Entwurf der Offerte der Fabio
Bau GmbH vom 8. Januar 2010 betreffend
„[...]“⁷⁸⁰. Auf dem Deckblatt dieser Offerte ist
handschriftlich „z. H. D._____“ und „EINGABE“
vermerkt. Als Eingabesumme ist der Betrag von
CHF [...] inkl. MWST angegeben;

Empfangen von: 0810b [REDACTED]

05-02-10 15:47 S.: 1

z. N. [REDACTED]

Sachbearbeiter: [REDACTED]

08.01.10

Offerte Nr.
[REDACTED]

Laut Pläne und Augenschein vor Ort

Gültig bis:

Zusammenstellung:				
114	Gerüste			
348	Aussenputze			
	Brutto-Betrag			
	Skonto	%		
	Nettobetrag 4			
	Mehrwertsteuer	%	7.600	
	Nettobetrag nach MWST			

EINGABE

- die Offerte der Bezzola Denoth AG vom 15. Februar 2010⁷⁸¹, erstellt von D. _____;
- eine Übersicht des Architekten über die eingereichten Offerten und Abgebote.⁷⁸² Daraus ergibt sich folgendes Bild:

Unternehmen	Offertsumme (inkl. MWST)	Abgebot (inkl. MWST)
Impraisa da fabrica Margadant	CHF [...]	CHF [...]
Bezzola Denoth AG	CHF [...]	CHF [...]
Fabio Bau GmbH	CHF [...]	CHF [...]

Tabelle 19: Übersicht der eingereichten Offerten betreffend Bauprojekt „[...]“, Scuol (2010)

- die Mitteilung des Architekturbüros [...] an D. _____ vom 25. März 2010, dass der Auftrag an die Impraisa da fabrica Margadant vergeben worden sei.⁷⁸³

⁷⁸¹ Act III.D.021, pag. 4.⁷⁸² Act III.D.021, pag. 2.⁷⁸³ Act III.D.021, pag. 1.

B.6.5.2.2 Auskünfte von Parteien

(i) Bezzola Denoth AG

356. D. _____, Bezzola Denoth AG, sagte am 26. Oktober 2015 aus, dass es ihm bewusst sei, dass die Bezzola Denoth AG beim Bauprojekt „[...]“ in Scuol eine Offerte eingereicht habe.⁷⁸⁴ Anscheinend habe F. _____ am 8. Januar 2010 eine Offerte erstellt und ihm diese am 5. Februar 2010 per Fax geschickt.⁷⁸⁵ Die Bezzola Denoth AG habe am 15. Februar 2010 eine Offerte eingereicht, die tiefer gewesen sei als diejenige der Fabio Bau GmbH. Es sehe danach aus, als habe er dabei den Offertpreis der Fabio Bau GmbH gekannt.⁷⁸⁶ Die Fabio Bau habe genau zu dem Preis der zugeschickten Offerte eingegeben. Er nehme an, dass es sich um eine „Schutzgewährung“ der Fabio Bau GmbH zugunsten der Bezzola Denoth AG gehandelt habe.⁷⁸⁷ Die Selbstanzeige der Bezzola Denoth AG schliesse ihr Verhalten im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt ein.⁷⁸⁸ An der „Absprache“ sei die Impraisa da fabrica Margadant nicht beteiligt gewesen. Er habe sich noch nie mit G. _____ unterhalten.⁷⁸⁹

(ii) Fabio Bau GmbH

357. Anlässlich der Einvernahme vom 27. Mai 2016 hielt das Sekretariat F. _____ das Faxschreiben vom 5. Februar 2010, versendet von der Fax-Nr. 081 86[...], an D. _____, Bezzola Denoth AG, mit dem Entwurf der Offerte der Fabio Bau GmbH vom 8. Januar 2010 betreffend „Stweg Sotcha, Scuol“ vor. F. _____ sagte daraufhin aus, dass er nicht mehr wisse, ob er dieses Faxschreiben D. _____ geschickt habe.⁷⁹⁰ Er könne nicht mit Sicherheit sagen, ob die Fax-Nr. 081 86[...] diejenige der Fabio Bau GmbH gewesen sei.⁷⁹¹ Die handschriftliche Notiz auf dem Deckblatt des Offertentwurfs der Fabio Bau GmbH könnte von ihm stammen.⁷⁹² Auf Vorhalt der Aussage von D. _____⁷⁹³, dass die Fabio Bau GmbH die Bezzola Denoth AG bei diesem Projekt wohl geschützt habe, gab er an, dass er sich an nichts mehr erinnern könne. Er nehme dessen Aussage zur Kenntnis.⁷⁹⁴ Auf Ergänzungen verzichtete er.

B.6.5.3 Beweismwürdigung

B.6.5.4 Konsens

358. Zu würdigen ist zunächst das Faxschreiben vom 5. Februar 2010, versendet von der Faxnummer 081 86[...], an D. _____, Bezzola Denoth AG. Dieses Schreiben enthält den Entwurf der Offerte der Fabio Bau GmbH. Die Faxnummer 081 86[...] ist der Fabio Bau GmbH zuzuordnen. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Auch wenn dies die Fabio Bau GmbH selber nicht eingeräumt hat, offenbaren dies andere beschlagnahmte Beweismittel, etwa die Signatur von F. _____ in seiner E-Mail vom 16. August 2011⁷⁹⁵ und die Adressangaben im Schreiben vom 29. September 2012⁷⁹⁶. Darin ist die Nummer 081 86[...] jeweils als Faxnummer der Fabio Bau GmbH angegeben. Damit ist erstellt, dass die Fabio Bau GmbH der Bezzola Denoth AG am 5. Februar 2010 ihren Offertentwurf vom 8. Januar 2010 zukommen liess. Erwiesen ist ebenso, dass die Fabio Bau GmbH in der Folge tatsächlich einen Preis in der Höhe des Offertentwurfs vom 8. Januar 2010 offerierte sowie dass die Bezzola Denoth AG ein tieferes Angebot

einreichte. All dies wird im Übrigen auch von D. _____, Bezzola Denoth AG, bestätigt.⁷⁹⁷

359. Aus dem Faxschreiben vom 5. Februar 2010 nicht unmittelbar ersichtlich ist, ob die Bezzola Denoth AG und die Fabio Bau GmbH vorgängig in Kontakt standen und sie dabei dieses Vorgehen beschlossen. Konkret ist zu prüfen, ob die Bezzola Denoth AG und die Fabio Bau GmbH ausdrücklich oder konkludent den *übereinstimmenden* wirklichen Willen geäußert haben, ihre Angebote zu koordinieren. Dabei handelt es sich um eine Tatfrage. Zu würdigen sind dabei die gesamten Umstände des Einzelfalls, insbesondere das Verhalten der Bezzola Denoth AG und der Fabio Bau GmbH vor und nach dem allfälligen Konsens sowie die Verkehrssitten und Usancen. Vorliegend sind folgende Punkte zu berücksichtigen:

- Zunächst fällt auf, dass dem Faxschreiben, mit welchem die Fabio Bau GmbH der Bezzola Denoth AG am 5. Februar 2010 ihren Offertentwurf zukommen liess, keine Hinweise auf die Beweggründe oder den Hintergrund zu entnehmen sind, weshalb sie der Bezzola Denoth AG vor Ablauf der Eingabefrist ihre Eingabesumme offenlegte. Auch erschliesst sich aus dem Faxschreiben nicht, wie sich die Bezzola Denoth AG anschliessend hätte verhalten sollen. Vielmehr enthält das Faxschreiben lediglich die handschriftlichen Vermerke „z. H. D. _____“ und „EINGABE“. Daraus muss geschlossen werden, dass die beiden Unternehmen in dieser Angelegenheit vorgängig in Kontakt standen und ihr Vorgehen besprachen. Anders lässt sich diese ausgesprochen knappe, nicht selbsterklärende Kommunikation im Faxschreiben nicht erklären.
- Zum Inhalt des Kontakts zwischen der Fabio Bau GmbH und der Bezzola Denoth AG ist Folgendes festzuhalten: Im Kontext von Submissionen läuft es den üblichen Abläufen und Verhaltensweisen zuwider, wenn ein Unternehmen einem Konkurrenzunternehmen im Vorfeld der Eingabe einen Offertentwurf zustellt, namentlich wenn es sich unabhängig von Konkurrenten verhalten will. Damit deckt es seine Absichten zum künftigen Eingabeverhalten auf und riskiert, vom Konkurrenzunternehmen in der Ausschreibung unterboten zu werden. Dass die Fabio Bau GmbH der Bezzola Denoth AG vorliegend vor Ablauf der Eingabefrist

⁷⁸⁴ Act IX.C.60, Zeile 1259.

⁷⁸⁵ Act IX.C.60, Zeilen 1269–1271.

⁷⁸⁶ Act IX.C.60, Zeilen 1261 ff.

⁷⁸⁷ Act IX.C.60, Zeile 1277.

⁷⁸⁸ Act IX.C.60, Zeile 1273 f.

⁷⁸⁹ Act IX.C.60, Zeilen 1278–1280.

⁷⁹⁰ Act II.10 (22-0458), Zeile 403 f.

⁷⁹¹ Act II.10 (22-0458), Zeile 405 f.

⁷⁹² Act II.10 (22-0458), Zeilen 407–409.

⁷⁹³ Act IX.C.60 Zeile 1277.

⁷⁹⁴ Act II.10 (22-0458), Zeilen 410 ff.

⁷⁹⁵ Act. III.B.035.

⁷⁹⁶ Act. III.B.023.

⁷⁹⁷ Act IX.C.60, Zeilen 1252 ff.

ihre Eingabesumme bekanntgegeben hat, ist daher mit typischem Verhalten in Konkurrenzverhältnissen nicht vereinbar. Vielmehr lässt sich dieses nur durch den gemeinsamen Willen zur Koordination der Angebote erklären.

- Eine anderweitige Erklärung für ihr Verhalten brachten die beteiligten Unternehmen nicht vor, im Gegenteil: D._____, Bezzola Denoth AG, kam in Anbetracht des Fax-schreibens vom 5. Februar 2010 zum Schluss, dass das Zustellen des Offertentwurfs durch die Fabio Bau GmbH wohl im Hinblick auf eine „Schutzgewährung“ erfolgt sei. Diese Aussage erachtet die Behörde als glaubhaft. Den Aussagen von F._____ kann dagegen kaum Beweiswert zugesprochen werden. Er gab an, sich an nichts erinnern zu können. Auch konnte er die Fax-Nr. 081 86[...] nicht mit Sicherheit der Fabio Bau GmbH zuordnen, ein Unternehmen, das er immerhin gegründet und während fünf Jahren als Geschäftsführer geleitet hat.⁷⁹⁸

360. Damit ist erstellt, dass zwischen der Fabio Bau GmbH und der Bezzola Denoth AG ein Konsens zustande gekommen ist, ihre Angebote im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“ in Scuol zu koordinieren. Konkret sollte die Fabio Bau GmbH zu einem höheren Preis offerieren als die Bezzola Denoth AG. Daran bestehen bei dieser Beweislage keine vernünftigen Zweifel.

B.6.5.5 Verfolgter Zweck

361. Wie erstellt ist (vgl. Rz 361 hiavor), lag zwischen der Bezzola Denoth AG und der Fabio Bau GmbH ein Konsens vor, ihre Angebote beim Bauprojekt „[...]“ zu koordinieren. Einem Konsens über einen solchen Inhalt ist immanent, dass die Beteiligten darauf zielten, den Wettbewerb unter sich auszuschalten. Die Bezzola Denoth AG und Fabio Bau GmbH sollten sich nicht konkurrenzieren. Vielmehr wollten sie im Einvernehmen darüber entscheiden, bei welchem Unternehmen die Chancen für die Zuschlagserteilung aufrechterhalten werden sollten. Andere Motive für die Verhaltensweise der Beteiligten sind nicht ersichtlich und wurden auch nicht vorgebracht.

362. Damit ist erstellt, dass die Fabio Bau GmbH und die Bezzola Denoth AG mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei der Ausschreibung des Bauprojekts „[...]“ nicht zu konkurrenzieren.

B.6.5.6 Umsetzung und Auswirkungen

363. Aus der Übersicht des Architekten über die eingereichten Offerten und Angebote⁷⁹⁹ ist ersichtlich, dass die Fabio Bau GmbH die Ausführung des Bauprojekts „[...]“ im Rahmen der ersten Eingaberunde zum Preis von CHF [...] und die Bezzola Denoth AG zum Preis von CHF [...] offerierten. Damit ist erstellt, dass sie sich an die getroffene Abmachung hielten. Das Angebot der Fabio Bau GmbH entspricht exakt der Eingabesumme gemäss dem Offertentwurf, den sie am 5. Februar 2010 der Bezzola Denoth AG zukommen liess, während die Bezzola Denoth AG der Bauherrschaft ein tieferes Angebot unterbreitete. Erwiesen ist damit auch, dass sich die Fabio Bau GmbH und die Bezzola Denoth AG in Bezug auf das vorliegende Bauprojekt nicht konkurrenzieren.

364. Den Zuschlag erhielt allerdings nicht, wie beabsichtigt, die Bezzola Denoth AG, sondern die Impraisa da fabrica Margadant zum Preis von CHF [...] inkl. MWST (nach erfolgter Abgebotsrunde).

B.6.5.7 Beweisergebnis

365. Nach dem Gesagten ist bewiesen, dass zwischen der Fabio Bau GmbH und der Bezzola Denoth AG ein Konsens vorlag, ihre Angebote beim Projekt „[...]“ im Jahr 2010 zu koordinieren. Konkret sollte die Fabio Bau GmbH eine höhere Offerte einreichen als die Bezzola Denoth AG. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist bewiesen, dass die Bezzola Denoth AG in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – tatsächlich eine tiefere Offerte einreichte, während die Fabio Bau GmbH denjenigen Preis offerierte, den sie zuvor der Bezzola Denoth AG bekanntgab. Den Zuschlag erhielt allerdings nicht, wie beabsichtigt, die Bezzola Denoth AG, sondern die Impraisa da fabrica Margadant.

B.6.6 [...], Zernez (2010)

366. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“, Zernez (2010), richtet sich der Vorwurf der bilateralen Angebotskoordination an die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl.

B.6.6.1 Beweisthema

367. Nachfolgend ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob zwischen der Foffa Conrad AG und der René Hohenegger Sarl übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich der Baumeisterarbeiten „[...]“ in Zernez im Jahr 2010 zu koordinieren (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Ist dies zu bejahen, sind folgende Sachverhaltsfragen zu prüfen:

- welchen Zweck die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl mit der Angebotskoordination verfolgten (Rz 376 f.);
- ob sich die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die Angebotskoordination verhielten und welche Auswirkungen dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte (Rz 378 f.).

B.6.6.2 Beweismittel

B.6.6.2.1 Urkunden

368. Zur Beurteilung der vorliegend relevanten Sachverhaltsfragen stützt sich die Behörde auf folgende Urkunden:

- E-Mail von N._____ an P._____ vom 24. September 2010.⁸⁰⁰ Der E Mail sind sieben Beilagen zu verschiedenen Arbeiten betreffend [...], Zernez, angehängt. Die E-Mail enthält keine Kommentare oder Erläuterungen von N._____, sondern lediglich die Grussformel „Saluds N._____“.

⁷⁹⁸ Vgl. Act. II.2 (22-0458), Zeile 49 f.

⁷⁹⁹ Act III.D.021, pag. 2.

⁸⁰⁰ Act. III.F.007.

- Die Offertübersicht bezüglich des vorliegenden Bauprojekts der Hohenegger SA, der René Hohenegger Sarl und der Foffa Conrad AG.⁸⁰¹ Daraus ergibt sich folgendes Bild:

Unternehmen	Offertsumme (inkl. MWST)	Abgebot (inkl. MWST)
Hohenegger SA	CHF [...]	CHF [...]
René Hohenegger Sarl	CHF [...]	–
Foffa Conrad AG	CHF [...]	–

Tabelle 20: Übersicht der eingereichten Offerten betreffend Bauprojekt „[...]“, Zernez (2010)

B.6.6.2.2 Auskünfte von Parteien

369. N.____, Foffa Conrad AG, führte am 20. August 2015 aus, dass er sich noch erinnere, dass die Foffa Conrad AG für [...], Zernez, eine Offerte eingereicht habe. Auf Vorhalt seiner E-Mail vom 24. September 2010 an P.____ räumte er ein, der René Hohenegger Sarl die Offerte der Foffa Conrad AG per E-Mail zugestellt zu haben. Dabei habe er auf Anweisung von C.____ gehandelt. Ob die René Hohenegger Sarl eine Offerte eingereicht habe, wisse er nicht mehr. Er denke nicht, dass die René Hohenegger Sarl damals die Kapazität gehabt habe, eine solche Arbeit durchzuführen. Weiter sei er erstaunt, dass die René Hohenegger Sarl von der Bauherrschaft angefragt worden sei, eine Offerte für diese Arbeiten einzureichen. Den Zuschlag habe schliesslich die Hohenegger SA in Fuldera erhalten.⁸⁰²

370. Mit Eingabe vom 11. Juli 2017 präzisierte die Foffa Conrad AG, dass wegen vorbestehender Geschäftsbeziehungen zum Vornherein klar gewesen sei, dass der Auftrag an die Hohenegger SA gehen würde. Die Offerten der Foffa Conrad AG und der René Hohenegger Sarl seien daher, wenn auch abgesprochen, „reine Alibiübungen“ gewesen.⁸⁰³

371. P.____, René Hohenegger Sarl, sagte am 2. September 2015 auf Vorhalt der E-Mail von N.____ an ihn vom 24. September 2010 aus, dass die Foffa Conrad AG der René Hohenegger Sarl ihre Preise bekannt gegeben habe. Er gehe davon aus, dass er vorgängig die Eingabe einer „Schutzofferte“ mit C.____ besprochen habe. Diese Diskussionen seien immer mit C.____ geführt worden. Daraufhin habe ihm N.____ die Offerten der Foffa Conrad AG geschickt, damit er gewusst habe, wie er einzugeben habe. Es sei darum gegangen, dass die René Hohenegger Sarl eine höhere Offerte als die Foffa Conrad AG einreiche. Er wisse jedoch nicht mehr, ob die René Hohenegger Sarl tatsächlich eingegeben habe, die Wahrscheinlichkeit sei jedoch gross, da es sich um ein Bauprojekt in Zernez gehandelt habe. Falls die René Hohenegger Sarl eingegeben habe, habe es sich um eine „Schutzofferte“ gehandelt. Grundsätzlich sei die René Hohenegger Sarl, soweit es die damalige Auftragslage erlaubt habe, in der Lage gewesen, dieses Bauprojekt auszuführen. Weiter gab er zu Protokoll, dass sich die Selbstanzeige der René Hohenegger Sarl auch auf ihr Verhalten im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beziehe.⁸⁰⁴

372. Mit Eingabe vom 7. September 2015 präzisierte die René Hohenegger Sarl, dass sie beim betreffenden Bauprojekt mit grosser Wahrscheinlichkeit von der Foffa Conrad AG „geschützt“ worden sei und nicht umgekehrt. Die Bauherrschaft habe das Projekt aber nicht an die René Hohenegger Sarl vergeben, sondern an die Hohenegger SA.⁸⁰⁵

B.6.6.2.3 Auskünfte von Dritten

373. Der Bauherr der vorliegend zu beurteilenden Ausschreibung, m.____, gab an, dass der Zuschlag der Hohenegger SA, Fuldera, erteilt worden sei. Er habe dieses Unternehmen vorher schon gut gekannt. Zudem decke sie auch den Bereich Sanitär/Heizung ab. Daher habe er die Hohenegger SA bevorzugt. Etwas Spezielles oder Verdächtiges sei ihm im Verlaufe der Ausschreibung nicht aufgefallen.⁸⁰⁶

B.6.6.3 Beweiswürdigung

B.6.6.3.1 Konsens

374. Vorliegend räumten sowohl die Foffa Conrad AG als auch die René Hohenegger Sarl den relevanten Sachverhalt ein. So anerkennen sie, dass die Foffa Conrad AG der René Hohenegger Sarl vor Ablauf der Eingabefrist ihre Offerte zukommen liess und die René Hohenegger Sarl auf deren Grundlage ihre eigene Offerte einreichen sollte. Insofern bestreiten sie nicht, dass sie den gemeinsamen Willen zur Angebotskoordination äusserten. Dass sie ihre Angebote koordinieren wollten, offenbart zudem auch die E-Mail von N.____ an P.____ vom 24. September 2010, mit welcher er der René Hohenegger Sarl die Offerte der Foffa Conrad AG zukommen liess.⁸⁰⁷

⁸⁰¹ Act. III.14 (22-0458).

⁸⁰² Zum Ganzen Act. IX.C.53, Zeilen 50 ff.

⁸⁰³ Act. VII.B.30 (22-0458), Antwort auf Frage 8b.

⁸⁰⁴ Zum Ganzen Act. IX.D.15, Zeilen 434 ff.

⁸⁰⁵ Act. IX.D.16.

⁸⁰⁶ Act. III.14 (22-0458), Antworten auf Fragen 4, 5 und 7.

⁸⁰⁷ Act. III.F.007.

375. Unstrittig ist sodann, dass es vor der E-Mail vom 24. September 2010 einen Kontakt zwischen C. _____ und P. _____ gegeben hat. Dabei besprachen sie, jedenfalls nach Aussage von P. _____⁸⁰⁸, die Einreichung einer Schutzofferte. Dessen Aussage erachtet die Behörde als glaubwürdig. Dass es diesbezüglich zu einer Einigung kam, zeigt sich daran, dass N. _____ anschliessend P. _____ auf Anweisung von C. _____ die Offerte der Foffa Conrad AG offenlegte. Damit ist erstellt, dass zwischen der Foffa Conrad AG und der René Hohenegger Sarl übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich [...] in Zernez im Jahr 2010 zu koordinieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Wie aus den glaubhaften Angaben der René Hohenegger Sarl zu schliessen ist, sollte ihr die Foffa Conrad AG durch ein höheres Angebot „Schutz“ gewähren.⁸⁰⁹ Dies deckt sich mit dem tatsächlichen Anbieterverhalten der Parteien. So unterbreitete die Foffa Conrad AG der Bauherrschaft effektiv ein höheres Angebot als die René Hohenegger Sarl (vgl. Rz 368 hier- vor).

B.6.6.3.2 Verfolgter Zweck

376. Wie erstellt ist (vgl. Rz 375 hiervor), lag zwischen der René Hohenegger Sarl und der Foffa Conrad AG ein Konsens vor, ihre Angebote beim Bauprojekt „[...]“ zu koordinieren. Einem Konsens über einen solchen Inhalt ist immanent, dass die Beteiligten darauf zielten, den Wettbewerb unter sich auszuschalten. Die René Hohenegger Sarl und Foffa Conrad AG sollten sich nicht konkurrenzieren. Vielmehr wollten sie im Einvernehmen darüber entscheiden, bei welchem Unternehmen die Chancen für die Zuschlagserteilung aufrechterhalten werden sollten. Andere Motive für die Verhaltensweise der Beteiligten sind nicht ersichtlich und wurden auch nicht vorgebracht.

377. Damit ist erstellt, dass die René Hohenegger Sarl und die Foffa Conrad AG mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei der Ausschreibung des Bauprojekts „[...]“ nicht zu konkurrenzieren.

B.6.6.3.3 Umsetzung und Auswirkungen

378. Wie aus der Offertübersicht ersichtlich ist (Rz 368), offerierte die René Hohenegger Sarl die Ausführung des Bauprojekts „[...]“ zum Preis von CHF [...] und die Foffa Conrad AG zum Preis von CHF [...]. Damit ist erstellt, dass sie sich an die getroffene Abmachung hielten. Konkret unterbreitete die Foffa Conrad AG der Bauherrschaft ein höheres Angebot als die René Hohenegger Sarl. Erwiesen ist damit auch, dass sie sich in Bezug auf das vorliegende Bauprojekt nicht konkurrenzieren.

379. Den Zuschlag erhielt allerdings nicht die René Hohenegger Sarl, sondern die Hohenegger SA zum Preis von CHF [...] inkl. MWST (nach erfolgter Abgebotsrunde).

B.6.6.4 Beweisergebnis

380. Nach dem Gesagten ist bewiesen, dass zwischen der Foffa Conrad AG und der René Hohenegger Sarl ein Konsens vorlag, ihre Angebote beim Projekt „[...]“ im Jahr 2010 in Zernez zu koordinieren. Konkret sollte die Foffa Conrad AG eine höhere Offerte einreichen als die René Hohenegger Sarl. Damit bezweckten sie, sich bei

dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist bewiesen, dass die Foffa Conrad AG der Bauherrschaft in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – tatsächlich eine höhere Offerte unterbreitete als die René Hohenegger Sarl. Den Zuschlag erhielt allerdings nicht die René Hohenegger Sarl, sondern die Hohenegger SA.

B.6.7 [...] (2010)

381. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“ (2010) richtet sich der Vorwurf der bilateralen Angebotskoordinierung an die Bezzola Denoth AG und die Impraisa Mario GmbH.

B.6.7.1 Beweisthema

382. Nachfolgend ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob zwischen der Bezzola Denoth AG und der Impraisa Mario GmbH übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich des Bauprojekts „[...]“ im Jahr 2010 zu koordinieren (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Ist dies zu bejahen, sind folgende Sachverhaltsfragen zu prüfen:

- welchen Zweck die Bezzola Denoth AG und die Impraisa Mario GmbH mit der Angebotskoordination verfolgten (Rz 390);
- ob sich die Bezzola Denoth AG und die Impraisa Mario GmbH tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die Angebotskoordination verhielten und welche Auswirkungen dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte (Rz 391).

B.6.7.2 Beweismittel

383. Zur Beurteilung dieser Sachverhaltsfragen stützt sich die Behörde auf die nachfolgend genannten Beweismittel.

B.6.7.2.1 Urkunden

384. Im vorliegenden Kontext sind folgende Urkunden relevant:

- E-Mail-Korrespondenz zwischen D. _____, Bezzola Denoth AG, und H. _____, Impraisa Mario GmbH betreffend „[...]“ vom 12. August 2010⁸¹⁰:

E-Mail von H. _____ an D. _____ (12. August 2010, 17.31 Uhr):

„hallo D. _____

schau mal in deiner offerte nach. die position 451 / npk 237.

ich habe einen preis von fr. 137.40 pro m. gemäss aussage von t. _____ hast du einen preis von ca. 730.-fr. pro m.

dies ergibt einen unterschied von ca. 130'000.-fr.

⁸⁰⁸ Act. IX.D.15, Zeile 406 f.

⁸⁰⁹ Act. IX.D.16.

⁸¹⁰ Act III.D.070.

und ausgerechnet DIESE position wird jetzt gestrichen????!!!!????!!!

Ich wäre froh, wenn wir eine lösung finden würden. Eine mögliche lösung habe ich dir bereits vorgeschlagen.

ich bin morgen vormittag im büro. du kannst mich jederzeit auf mein handy erreichen. 079 [...].

wünsche dir einen schönen abend.

Mit freundlichen Grüssen

H._____“

E-Mail von D._____ an H._____ (12. August 2010, 17.55 Uhr):

„Hallo H._____.

Sehe den Fehler. Habe den gleichen Materialpreis wie in Position 455.311 eingesetzt. Ergibt tatsächlich eine gewaltige Differenz.

Sehe meinerseits keine Möglichkeit unmittelbar etwas zu unternehmen. Falls, müsste die Bauherrschaft oder die Bauleitung auf mich zukommen und anfragen.

Habe selbstverständlich im technischen Bericht eine Auftragsliste mit Bestätigung der notwendigen Kapazitäten beigelegt.

Sorry, tut mir leid. Ist nicht meine Art und sicherlich nicht gewollt. Mal schauen was da kommt.....

Gruss D._____“

Antwort-E-Mail von H._____ an D._____ (12. August 2010, 16.11 Uhr):

„hi D._____

ich sehe dies ein bisschen anders. bin mir nicht sicher, ob dies nicht doch gewollt war.

ich will auch mal schauen was da kommt.....

sollte die gemeinde beide aufträge an euch vergeben, werden wir uns in zukunft anders verhalten und reagieren.

bin auch sehr enttäuscht, dass man nicht seriös miteinander umgehen kann.

aber da muss jeder selber wissen, welchen weg er einschlagen will.....

Mit freundlichen Grüssen

H._____“

- Offertöffnungsprotokoll der [...] betreffend [...] (NPK 237)⁸¹¹. Daraus geht hervor, dass folgende Unternehmen Angebote für das zu beurteilende Bauprojekt einreichen:

Unternehmen	Offertsumme (inkl. MWST)
Bezzola Denoth AG	CHF [...]
Impraisa Mario GmbH	CHF [...]

Tabelle 21: Übersicht der eingereichten Offerten betreffend Bauprojekt „[...]“, (2010)

B.6.7.2.2 Auskünfte von Parteien

385. D._____, Bezzola Denoth AG, räumte am 23. Mai 2016 auf Vorhalt des E-Mailverkehrs vom 12. August 2010 (dazu Rz 384) ein, dass sich die Bezzola Denoth AG und die Impraisa Mario GmbH in Bezug auf das Bauprojekt „[...]“ im Jahr 2010 abgesprochen hätten. Grundsätzlich habe die Bezzola Denoth AG damals nicht über die notwendigen Kapazitäten für die Ausführung dieser Arbeit verfügt. Er habe H._____, Impraisa Mario GmbH, die Eingabesumme der Bezzola Denoth AG mitgeteilt, wisse aber nicht, zu welchem Preis dieser anschliessend offeriert habe. Er habe dieses Projekt noch gut in Erinnerung, weil er mit H._____ diesbezüglich mehrere Telefonate geführt habe. Dieser habe das Gefühl gehabt, über den Tisch gezogen worden zu sein. Die Offerte der Bezzola Denoth AG habe offenbar einen Fehler enthalten. Nach der entsprechenden Korrektur durch das Ingenieurbüro sei die Offerte der Impraisa Mario GmbH plötzlich höher als diejenige der Bezzola Denoth AG gewesen. Insofern habe es sich um eine „missglückte Stützofferte“ gehandelt. Das Projekt habe schliesslich die Bezzola Denoth AG ausgeführt. Weiter gab D._____ auf Nachfrage des Sekretariats zu Protokoll, dass sich die Selbstanzeige der Bezzola Denoth AG

auch auf ihr Verhalten im Zusammenhang mit diesem Projekt beziehe.⁸¹²

386. H._____ gab am 2. Februar 2017 zu Protokoll, dass er sich nicht daran erinnern könne, dass D._____ ihm die Eingabesumme der Bezzola Denoth AG in Bezug auf das zu beurteilende Projekt bekanntgegeben habe.⁸¹³ Weiter führte er aus, dass es sich bei den strittigen Positionen in der Ausschreibung um Röhren gehandelt habe. Die Vergabestelle habe zwei verschiedene Arten von Röhren ausgeschrieben. Sie habe sich schliesslich für diejenigen Röhren entschieden, bei welchen die Bezzola Denoth AG günstiger gewesen sei als die Impraisa Mario GmbH. Dies habe ihn geärgert und schliesslich zum E-Mailverkehr mit D._____ geführt.⁸¹⁴

⁸¹¹ Act. VI.092, pag. 32 f.

⁸¹² Zum Ganzen Act. VII.B.7 (22-0458), Zeilen 738 ff.

⁸¹³ Act. II.12 (22-0458), Zeilen 248–252.

⁸¹⁴ Act. II.12 (22-0458), Zeilen 233–236.

B.6.7.3 Beweiswürdigung

B.6.7.3.1 Konsens

387. Vorliegend anerkannte D._____, dass die Bezzola Denoth AG und die Impraisa Mario GmbH den gemeinsamen Willen äusserten, ihre Angebote in Bezug auf das Bauprojekt „[...]“ im Jahr 2010 zu koordinieren. Sinngemäss sind seinen Aussagen zu entnehmen, dass die Abmachung zwischen den beiden Unternehmen darin bestand, dass die Bezzola Denoth AG eine höhere Offerte einreichen sollte als die Impraisa Mario GmbH. Die Aussagen von D._____ erachtet die Behörde als glaubhaft. Sie decken sich mit den objektiven Beweismitteln. So geht aus dem E-Mailverkehr zwischen H._____ und D._____ vom 12. August 2010 hervor, dass die Bezzola Denoth AG und die Impraisa Mario GmbH beabsichtigt hatten, ihre Angebote so zu koordinieren, dass die Impraisa Mario GmbH den Zuschlag erhalten würde.

388. Nicht stimmig sind die Aussagen von H._____. Er behauptet, dass die Vergabestelle zwei verschiedene Arten von Röhren ausgeschrieben habe und sich schliesslich für diejenige Art entschieden habe, bei welcher die Bezzola Denoth AG günstiger gewesen sei. Dies habe ihn verärgert. Gegen diese Sachverhaltsversion spricht Folgendes:

- Erstens erklärt dies nicht, weshalb sich H._____ per E-Mail an D._____ wandte und dabei seinen Unmut gegen die Bezzola Denoth AG zum Ausdruck brachte. Seiner Sachverhaltsvariante zufolge hätte sich sein Ärger nicht gegen die Bezzola Denoth AG, sondern allenfalls gegen die Vergabestelle richten müssen.
- Zweitens deutet insbesondere die Formulierung von H._____, [dass er sehr enttäuscht sei, dass man nicht seriös miteinander umgehen könne], in der E-Mail vom 12. August 2010, 16.11 Uhr, darauf hin, dass die Impraisa Mario GmbH mit der Bezzola Denoth AG im Zusammenhang mit der vorliegend zu beurteilenden Ausschreibung eine Abmachung getroffen hatte und sich letztere nach seiner Wahrnehmung nicht daran hielt.
- Drittens ist im E-Mailverkehr zwischen H._____ und D._____ nicht davon die Rede, dass die Vergabestelle eine Position in zwei Varianten ausschrieb und sich anschliessend für eine der Varianten entschied. Vielmehr ist den Äusserungen von H._____ in der E-Mail vom 12. August 2010, 17.31 Uhr, zu entnehmen, dass die Vergabestelle eine bestimmte Materialposition (Position 451) ersatzlos strich, nämlich diejenige, bei welcher die Bezzola Denoth AG irrtümlicherweise einen viel zu hohen Preis einsetzte.⁸¹⁵

389. Damit ist im Rahmen der vorliegenden Beweiswürdigung auf die Aussagen von D._____ abzustellen, die sich mit den objektiven Beweismitteln decken. Somit ist erstellt, dass zwischen der Bezzola Denoth AG und der Impraisa Mario GmbH ein Konsens vorlag, ihre Angebote bei der Ausschreibung „[...]“ zu koordinieren. Konkret sollte die Bezzola Denoth AG der Vergabestelle ein höheres Angebot als die Impraisa Mario GmbH unterbreiten. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

B.6.7.3.2 Verfolgter Zweck

390. D._____ gab an, dass die Bezzola Denoth AG damals grundsätzlich nicht über die erforderlichen Kapazitäten verfügt habe, um das strittige Bauprojekt auszuführen. Er habe dem Bauherrn dennoch bestätigt, dass die Bezzola Denoth AG in der Lage gewesen sei, den Auftrag zu übernehmen.⁸¹⁶ Diese Aussagen zeigen ein klares Bild der Beweggründe der beteiligten Unternehmen für ihr Verhalten. Die Bezzola Denoth AG sollte hinter die Impraisa Mario GmbH zurücktreten und deren Chancen auf die Zuschlagserteilung durch ein höheres Angebot begünstigen. Insofern beabsichtigten die Bezzola Denoth AG und die Impraisa Mario GmbH mit der Angebotskoordination, sich in Bezug auf die Ausschreibung „[...]“ nicht zu konkurrenzieren. Andere Motive sind nicht ersichtlich und wurden auch nicht vorgebracht.

B.6.7.3.3 Umsetzung und Auswirkungen

391. Die Bezzola Denoth AG und die Impraisa Mario GmbH verhielten sich entsprechend ihrem Konsens. So zeigt der E-Mailverkehr zwischen H._____ und D._____ vom 12. August 2010 (dazu Rz 384), dass die Bezzola Denoth AG ein höheres Angebot einreichte als die Impraisa Mario GmbH. Erstellt ist sodann auch, dass nicht – wie beabsichtigt – die Impraisa Mario GmbH den Zuschlag erhielt, sondern die Bezzola Denoth AG. Allerdings erhielt sie den Zuschlag nur, weil die Vergabestelle eine Materialposition strich, bei welcher die Bezzola Denoth AG irrtümlicherweise einen viel zu hohen Preis eingesetzt hatte. Dies führte dazu, dass das Angebot der Bezzola Denoth AG letztlich das preisgünstigste war.⁸¹⁷

B.6.7.4 Beweisergebnis

392. Nach dem Gesagten ist bewiesen, dass zwischen der Bezzola Denoth AG und der Impraisa Mario GmbH ein Konsens vorlag, ihre Angebote bei der Ausschreibung „[...]“ im Jahr 2010 zu koordinieren. Konkret sollte die Bezzola Denoth AG ein höheres Angebot einreichen als die Impraisa Mario GmbH. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist erstellt, dass sie sich in der Folge entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen verhielten und die Bezzola Denoth AG tatsächlich ein höheres Angebot einreichte als die Impraisa Mario GmbH. Weitere Mitbewerber gab es nicht. Den Zuschlag erhielt aber dennoch die Bezzola Denoth AG, weil die Vergabestelle schliesslich eine bestimmte Materialposition strich, bei welcher die Bezzola Denoth AG irrtümlicherweise einen viel zu hohen Preis eingesetzt hatte.

B.6.8 [...], Scuol (2011)

393. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“, Scuol (2011), richtet sich der Vorwurf der bilateralen Angebotskoordination an die Bezzola Denoth AG und die Fabio Bau GmbH.

⁸¹⁵ Vgl. auch die Aussagen von D._____; Act. VII.B.7 (22-0458), Zeilen 743 ff.

⁸¹⁶ Act. VII.B.7 (22-0458), Zeile 756 f.

⁸¹⁷ Vgl. Act. VI.092, pag. 32 f.

B.6.8.1 Beweisthema

394. Nachfolgend ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob zwischen der Bezzola Denoth AG und der Fabio Bau GmbH übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich des Bauprojekts „[...]“ in Scuol im Jahr 2011 zu koordinieren (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Ist dies zu bejahen, sind folgende Sachverhaltsfragen zu prüfen:

- welchen Zweck die Bezzola Denoth AG und die Fabio Bau GmbH mit der Angebotskoordination verfolgten (Rz 405 f.);
- ob sich die Bezzola Denoth AG und die Fabio Bau GmbH tatsächlich entsprechend ihrem Konsens

über die Angebotskoordination verhielten und welche Auswirkungen dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte (Rz 407 f.).

B.6.8.2 Beweismittel

B.6.8.2.1 Urkunden

395. Zur Beurteilung der relevanten Sachverhaltsfragen stützt sich die Behörde auf folgende Beweismittel:

- E-Mail von D._____, Bezzola Denoth AG, an F._____, Fabio Bau GmbH vom 4. März 2011 betreffend „[...]“⁸¹⁸:

Von: [REDACTED]@bezzola-denoth.ch
Gesendet: Freitag, 4. März 2011 11:42
An: [REDACTED]@bluewin.ch
Betreff: [REDACTED]
Anlagen: SZ011-021-01.015

Verlauf: Empfänger [REDACTED]@bluewin.ch
Gelesen: Gelesen: 04.03.2011 15:32

Hallo [REDACTED] im Angang die entsprechende SIA

Gruss [REDACTED]

BEZZOLA
DENOTH

- der Vergabeantrag der Bauleitung bezüglich des zu beurteilenden Projekts⁸¹⁹. Daraus ergibt sich folgendes Bild der eingereichten Angebote inkl. Abgebote:

Unternehmen	Gesamtsumme (exkl. MWST) ⁸²⁰	Rabatte (1. Eingaberunde)	Rabatte (Abgebot)	Gesamtsumme nach Abgebotsrunde (inkl. MWST)
[...]	CHF [...]	5.00%	7.00%	CHF [...]
[...]	CHF [...]	2.00%	5.00%	CHF [...]
[...]	CHF [...]	-	5.00%	CHF [...]
[...]	CHF [...]	5.00%	5.00%	CHF [...]
Bezzola Denoth AG	CHF [...]	-	5.00%	CHF [...]
Fabio Bau GmbH	CHF [...]	-	2.00%	CHF [...]

Tabelle 22: Übersicht der eingereichten Offerten betreffend Bauprojekt „[...]“, Scuol (2011)

⁸¹⁸ Act. IX.C.35, pag. 38.

⁸¹⁹ Act. III.23 (22-0458).

⁸²⁰ Bei diesen Angaben handelt es sich um die Gesamtsummen der ersten Eingaberunde ohne MWST. Die Gesamtsummen blieben im

Rahmen der Abgebotsrunde gleich. Die Abgebote betrafen die Rabatte.

- Werkvertrag zwischen n. _____ und der [...] vom 23. März 2011.⁸²¹ Daraus ist ersichtlich, dass die Arbeiten zum Preis von CHF [...] inkl. MWST vergeben worden sind.

B.6.8.2.2 Auskünfte von Parteien

396. Die Bezzola Denoth AG zeigte im Rahmen ihrer Eingabe vom 4. Dezember 2012 ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem vorliegend zu beurteilenden Projekt an. So hielt sie fest, bei diesem Projekt „Schutz“ von der Fabio Bau GmbH erhalten zu haben.⁸²² In der Eingabe vom 1. Februar 2013 bestätigte sie dies. Der „Verstoss“ sei durch die E-Mail von D. _____ an F. _____ vom 4. März 2011⁸²³ belegt. Zudem präzisierte sie, dass es sich bei den ausgeschriebenen Arbeiten nicht um Baumeisterarbeiten gehandelt habe.⁸²⁴

397. Am 26. Oktober 2015 erteilte D. _____, Bezzola Denoth AG, weitere Auskünfte zum angezeigten Wettbewerbsverstoss. Im Wesentlichen gab er folgende Aussagen zu Protokoll⁸²⁵:

- Der „Verstoss“ der Bezzola Denoth AG habe darin bestanden, dass sie der Fabio Bau GmbH ihre Eingabesumme bekanntgegeben habe. Dies habe anschliessend mit den Angaben der Bezzola Denoth AG „gemacht, was sie will“.
- Seiner E-Mail vom 4. März 2011 sei nicht zu entnehmen, wer wen „geschützt“ habe. Aus heutiger Sicht gehe er davon aus, dass die Bezzola Denoth AG – entgegen der ursprünglichen Auskunft – die Fabio Bau GmbH „geschützt“ habe und nicht umgekehrt. Das Projekt sei in Sent ausgeführt worden. Dort habe die Fabio Bau GmbH ihren Hauptsitz. Zudem habe es sich um eine Aussenwärmendämmung gehandelt. Dies sei [...].
- Beim Projekt habe es sich um spezielle Arbeiten gehandelt, die nicht unter die Kategorie der Baumeisterarbeiten falle. Wer schliesslich den Zuschlag erhalten habe, wisse er nicht.

398. F. _____ räumte am 27. Mai 2016 auf Vorhalt der E-Mail von D. _____ vom 4. März 2011 ein, dass ihm dieser offenbar diese E-Mail geschickt habe. Weshalb ihm D. _____ die SIA-Datei betreffend das Bauprojekt „[...]“ geschickt habe, konnte er nicht sagen.⁸²⁶ Auf Vorhalt der Aussagen von D. _____, dass die Bezzola Denoth AG die Fabio Bau GmbH bei diesem Projekt „geschützt“ habe⁸²⁷, erwiderte er, dass ihm das „neu“ sei.

B.6.8.2.3 Auskünfte von Dritten

399. Gemäss Auskunft der Bauleitung, O. _____, sei die Konkurrenz bei der zu beurteilenden Ausschreibung gross gewesen, da damals zu wenig Arbeit vorhanden gewesen sei. Etwas Spezielles oder Verdächtiges sei ihr nicht aufgefallen.⁸²⁸

B.6.8.3 Beweismwürdigung

B.6.8.3.1 Konsens

400. Vorliegend ist unstrittig, dass D. _____ F. _____ mit E-Mail vom 4. März 2011 die SIA-Schnittstellendatei der Bezzola Denoth AG in Bezug das Projekt „[...]“ zukommen liess. Wie D. _____ einräumte, war daraus die Eingabesumme der Bezzola Denoth AG ersichtlich.

401. Die Bezzola Denoth AG gab in ihren Eingaben vom 4. Dezember 2012 und vom 1. Februar 2013 an, dass es dabei darum gegangen sei, dass die Fabio Bau GmbH die Bezzola Denoth AG „schützen“ sollte, also ein höheres Angebot als sie selber einreichen sollte. Am 26. Oktober 2015 sagte D. _____ hingegen aus, dass er aus heutiger Sicht annehme, dass der umgekehrte Fall zutrefte, nämlich dass die Bezzola Denoth AG die Fabio Bau GmbH habe „schützen“ sollen. Keine Erklärung für die E-Mail von D. _____ vom 4. März 2011 konnte F. _____ geben. Immerhin bestritt er nicht, dass D. _____ ihm diese geschickt hatte.

402. Bei der vorliegenden Beweislage erachtet es die Behörde als erwiesen, dass die Bezzola Denoth AG und die Fabio Bau GmbH beabsichtigten, ihre Angebote bei der betreffenden Ausschreibung zu koordinieren. Dabei stützt sich die Behörde auf die glaubhaften Schilderungen der Bezzola Denoth AG. Eine andere Erklärung dafür, dass D. _____ der Fabio Bau GmbH mit E-Mail vom 4. März 2011 die Eingabesumme der Bezzola Denoth AG offenlegte, ist nicht ersichtlich und konnte auch F. _____ nicht vorbringen. Weiter fällt auf, dass D. _____ die SIA-Schnittstellendatei in seiner E-Mail vom 4. März 2011 ohne Hinweise auf die Beweggründe oder den Hintergrund zusandte. Auch erschliesst sich aus der E-Mail nicht, wie sich die Fabio Bau GmbH anschliessend hätte verhalten sollen. Daraus muss geschlossen werden, dass die beiden Unternehmen in dieser Angelegenheit vorgängig in Kontakt standen und ihr Vorgehen besprachen. Anders lässt sich diese knappe, nicht selbsterklärende Kommunikation von D. _____ in der E-Mail vom 4. März 2011 nicht erklären.

403. Damit ist erstellt, dass zwischen der Bezzola Denoth AG und der Fabio Bau GmbH ein Konsens zustande kam, ihre Angebote bei der Ausschreibung „[...]“ zu koordinieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

404. Klärungsbedürftig ist hingegen, welche Rolle welchem Unternehmen im Rahmen der Angebotskoordination zugeordnet war. Aus dem Vergabeantrag der Bauleitung⁸²⁹ ist ersichtlich, dass die Bezzola Denoth AG ein tieferes Angebot einreichte als die Fabio Bau GmbH, und zwar um rund 11 %. Dies legt nahe, dass die Angebotskoordination darauf gerichtet war, dass die Fabio Bau GmbH hinter die Bezzola Denoth AG zurücktreten und deren Chancen an der Zuschlagserteilung durch ein höheres Angebot begünstigen sollte. Zudem hatte die Bezzola Denoth AG offenbar ein grösseres Interesse an der Ausführung des Projekts als die Fabio Bau GmbH. Dies zeigt sich daran, dass sie im Rahmen der Abgebotsrunde bereit war, einen Rabatt von immerhin 5 % zu gewähren, während die Fabio Bau GmbH ihr Angebot

⁸²¹ Act. III.23 (22-0458).

⁸²² Act. IX.C.27, pag. 73.

⁸²³ Act. IX.C.35, pag. 38.

⁸²⁴ Act. IX.C.35, pag. 59 f.

⁸²⁵ Act. IX.C.60, Zeilen 517 ff.

⁸²⁶ Act. II.10 (22-0458), Zeilen 368 ff.

⁸²⁷ Vgl. dazu Act. IX.C.60, Zeile 525 f.

⁸²⁸ Act. Act. III.23 (22-0458), Antworten auf Fragen 7 und 8.

⁸²⁹ Act. III.23 (22-0458).

lediglich um 2 % reduzierte. Auch dies spricht dafür, dass der Fabio Bau GmbH und nicht der Bezzola Denoth AG die Rolle der „Schutzgeberin“ zugeordnet war. Schliesslich deckt sich dieses Beweisergebnis mit den ursprünglichen, zeitnäheren Sachverhaltsangaben der Bezzola Denoth AG vom 4. Dezember 2012 und vom 1. Februar 2013. Darauf ist abzustellen.

B.6.8.3.2 Verfolgter Zweck

405. Welchen Zweck die Bezzola Denoth AG und die Fabio Bau GmbH mit der Angebotskoordination verfolgten, ist den erhobenen Beweismitteln nicht unmittelbar zu entnehmen. Wie erstellt ist (vgl. Rz 403 f. hiervor), lag zwischen ihnen ein Konsens vor, ihre Angebote beim Bauprojekt „[...]“ zu koordinieren. Einem Konsens über einen solchen Inhalt ist immanent, dass die Beteiligten darauf zielten, den Wettbewerb unter sich auszuschalten. Die Bezzola Denoth AG und Fabio Bau GmbH sollten sich nicht konkurrenzieren. Vielmehr wollten sie im Einvernehmen darüber entscheiden, bei welchem Unternehmen die Chancen für die Zuschlagserteilung aufrechterhalten werden sollten. Andere Motive für die Verhaltensweise der Beteiligten sind nicht ersichtlich und wurden auch nicht vorgebracht.

406. Damit ist erstellt, dass die Fabio Bau GmbH und die Bezzola Denoth AG mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei der Ausschreibung des Bauprojekts „[...]“ nicht zu konkurrenzieren.

B.6.8.3.3 Umsetzung und Auswirkungen

407. Aus dem Vergabeantrag der Bauleitung⁸³⁰ ist ersichtlich, dass die Fabio Bau GmbH für die Ausführung des Bauprojekts „[...]“ im Rahmen der ersten Eingaberrunde zum Preis von CHF [...] (exkl. MWST) und die Bezzola Denoth AG zum Preis von CHF [...] (exkl. MWST) offerierte. Damit erstellt, dass sie sich an die getroffene Abmachung hielten. Die Fabio Bau GmbH unterbreitete der Bauherrschaft ein um rund 11 % höheres Angebot als die Bezzola Denoth AG. Erwiesen ist damit auch, dass sich die Fabio Bau GmbH und die Bezzola Denoth AG in Bezug auf das vorliegende Bauprojekt nicht konkurrenzieren.

408. Den Zuschlag erhielt allerdings nicht, wie beabsichtigt, die Bezzola Denoth AG, sondern die [...] zum Preis von CHF [...] inkl. MWST (nach erfolgter Abgeberunde).⁸³¹

B.6.8.4 Beweisergebnis

409. Zusammenfassend ist erwiesen, dass zwischen der Bezzola Denoth AG und der Fabio Bau GmbH ein Konsens vorlag, ihre Angebote bei der Ausschreibung „[...]“ im Jahr 2011 zu koordinieren. Konkret sollte die Fabio Bau GmbH ein höheres Angebot einreichen als die Bezzola Denoth AG. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist erstellt, dass sie sich in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – verhielten und die Fabio Bau GmbH der Bauherrschaft tatsächlich ein höheres Angebot einreichte als die Bezzola Denoth AG. Den Zuschlag erhielt aber nicht, wie beabsichtigt, die Bezzola Denoth AG, sondern die [...], die der Bauherrschaft ein tieferes Angebot unterbreitete.

B.6.9 [...] (2011)

410. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“, Tschlin (2011), richtet sich der Vorwurf der bilateralen Angebotskoordination an die Bezzola Denoth AG und die Koch AG Ramosch.

B.6.9.1 Beweisthema

411. Nachfolgend ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob zwischen der Bezzola Denoth AG und der Koch AG Ramosch übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich des Bauprojekts „[...]“ in Tschlin im Jahr 2011 zu koordinieren (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Ist dies zu bejahen, sind folgende Sachverhaltsfragen zu prüfen:

- welchen Zweck die Bezzola Denoth AG und die Koch AG Ramosch mit der Angebotskoordination verfolgten (Rz 423);
- ob sich die Bezzola Denoth AG und die Koch AG Ramosch tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die Angebotskoordination verhielten und welche Auswirkungen dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte (Rz 424 f.).

B.6.9.2 Beweismittel

B.6.9.2.1 Urkunden

412. Für die Beurteilung der genannten Sachverhaltsfragen sind folgende Urkunden relevant:

- E-Mail von I._____, Koch AG Ramosch, und D._____, Bezzola Denoth AG, vom 18. April 2011 betreffend „[...]“⁸³²:

⁸³⁰ Act. III.23 (22-0458).

⁸³¹ Vgl. den Werkvertrag zwischen der [...] und n._____; Act. III.23 (22-0458).

⁸³² Act. IX.C.035, pag. 43.

Von: [REDACTED]@koch-ramosch.ch]
 Gesendet: Montag, 18. April 2011 08:50
 An: [REDACTED]@bezzola-denoeth.ch
 Betreff: [REDACTED]



Koch AG – Tiefbau und Transporte
 Plan da Muglin
 CH-7556 Ramosch
 Telefon 081 [REDACTED]
 Fax: 081 8 [REDACTED]
www.koch-ramosch.ch

2011-035-01

Bun di [REDACTED]

beiliegend die Preise für obenerwähnten Bauvorhaben.

Ruf mich bitte kurz zurück!

Danke !

Gruss [REDACTED]

- Antwort per E-Mail von D. _____, Bezzola Denoth AG, an I. _____, Koch AG Ramosch, vom 18. April 2011 betreffend „[...]“⁸³³:

Markus Hermann

Von: [REDACTED]@bezzola-denoeth.ch]
 Gesendet: Montag, 18. April 2011 11:48
 An: [REDACTED]@koch-ramosch.ch'
 Betreff: [REDACTED]

Verlauf: Empfänger [REDACTED]@koch-ramosch.ch' Gelesen Gelesen: 18.04.2011 17:26

Danke.
 Hättest du noch einen Entwurf eines möglichen Bauprogramms

PDF oder Fax...

Gruss [REDACTED]

- Internes Offertdeckblatt der Bezzola Denoth AG vom 18. April 2011⁸³⁴. Dieses enthält den Vermerk: „*Kleineres Interesse, ca. 5% höher als JA, keine Kalkulation hinterlegt*“.
- Offertöffnungsprotokoll [...] vom 20. April 2011 betreffend [...].⁸³⁵ Danach reichten folgende Unter-

nehmen Angebote für das zu beurteilende Bauprojekt ein:

⁸³³ Act. IX.C.035, pag. 43.

⁸³⁴ Act. VII.B.9 (22-0458), pag. 18.

⁸³⁵ Act. III.I.029.

Unternehmen	Offertsumme (inkl. MWST)
Koch AG Ramosch	CHF [...]
Bezzola Denoth AG	CHF [...]
Foffa Conrad AG	CHF [...]

Tabelle 23: Übersicht der eingereichten Offerten betreffend Bauprojekt „[...]“, Tschlin (2011)

B.6.9.2.2 Auskünfte von Parteien

413. Die Bezzola Denoth AG zeigte im Rahmen ihrer Eingabe vom 4. Dezember 2012 ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem vorliegend zu beurteilenden Bauprojekt an.⁸³⁶ So hielt sie fest, der Koch AG Ramosch bei dieser Ausschreibung „Schutz“ gewährt zu haben. Dies sei teilweise durch den E-Mailverkehr belegt.

414. D._____ gab am 26. Oktober 2015 zu Protokoll, dass die Bezzola Denoth AG die Preise der Koch AG Ramosch erhalten habe und diese anschliessend vermutlich so eingegeben habe. Dies schliesse er aus dem Offertöffnungsprotokoll des Amts für Wald Graubünden vom 20. April 2011⁸³⁷. Die Bezzola Denoth AG sei nicht interessiert gewesen, dieses Bauprojekt auszuführen, da die Koch AG Ramosch an diesem Ort ein Kieswerk und eine Deponie besitze. Es wäre deshalb für die Bezzola Denoth kaum möglich gewesen, konkurrenzfähig einzugeben. Man könne die E-Mail von I._____ auch als Subunternehmer-Angebot ansehen, was die Differenz zwischen den Eingaben von ca. 6% erklären würde. Er interpretiere den E-Mailverkehr zwischen I._____ und ihm aber so, dass es sich um eine „Schutzofferte“ der Bezzola Denoth AG zugunsten der Koch AG Ramosch gehandelt habe. Die Bezzola Denoth AG habe noch nie [...] erstellt. Es habe sich um ein Einladungsverfahren gehandelt und in einem solchen Verfahren sei die Bezzola Denoth AG faktisch gezwungen gewesen, ein Angebot zu unterbreiten. In Bezug auf die Eingabe der Foffa Conrad AG präzisierte er, dass er nicht mit Sicherheit sagen könne, ob die Foffa Conrad AG die Koch AG Ramosch ebenfalls „schützen“ sollte. Er nehme aber an, dass die Foffa Conrad AG die Eingabesumme der Bezzola Denoth AG gekannt habe und diese um 0.1 % erhöht habe.⁸³⁸

415. I._____ sagte am 18. März 2016 auf Vorhalt der E-Mailkorrespondenz zwischen ihm und D._____ sowie des Offertöffnungsprotokolls betreffend [...] aus, dass er sich erinnern könne, dass die Koch AG Ramosch das Projekt ausgeführt habe.⁸³⁹ Die Koch-Gruppe habe über ein Kieswerk verfügt, das geografisch relativ weit entfernt in einem Seitental bei Samnaun liege, welches nur mit 18t-Fahrzeugen befahrbar sei. Er vermute, dass die Koch AG Ramosch der Bezzola Denoth AG die Preise für Kies und Transport franko Baustelle offeriert habe. Weshalb ihn D._____ gefragt habe, ob er ihm einen Entwurf eines möglichen Bauprogramms zustellen könne, wisse er nicht. Er könne sich nicht mehr erinnern, in welchem Zusammenhang er D._____ geschrieben habe. Er habe D._____ sicher kein Bauprogramm geschickt. Weiter nehme er zur Kenntnis, dass die Bezzola Denoth AG die Auskunft⁸⁴⁰ gegeben habe, dass sie der Koch AG

Ramosch bei diesem Bauprojekt „Schutz“ gewährt habe. Er könne dies so nicht beurteilen. Es sei zwischen der Bezzola Denoth AG und der Koch AG Ramosch weder vereinbart worden, dass die Bezzola Denoth AG ihr „Schutz“ gewähre, noch dass die Bezzola Denoth AG bei diesem Projekt höher eingabe als sie. Die Koch AG Ramosch habe der Bezzola Denoth AG vor dem Eingabedatum ihre Eingabesumme nicht mitgeteilt. Er sei erstaunt, dass lediglich drei Offerten für dieses Projekt eingereicht worden seien. Es habe sich in Bezug auf die Ausführung um ein sehr schwieriges Objekt gehandelt. Er wisse nicht, ob er für dieses Projekt noch einmal offerieren würde.

416. Die Behörde befragte D._____ am 23. Mai 2016 erneut zum Sachverhalt.⁸⁴¹ Dabei bekräftigte er, dass für ihn die E-Mail von I._____ an ihn vom 18. April 2011 nicht anders interpretierbar sei, als dass es sich um eine „Schutzgewährung“ gehandelt habe, obwohl I._____ dies bestreite. Es sei oft vorgekommen, dass die Koch AG Ramosch für die Bezzola Denoth AG Transporte, Kieslieferungen, Abbrüche, Aushubarbeiten usw. ausgeführt habe. Die E-Mail vom 18. April 2011 verstehe er aber nicht im Zusammenhang mit einer Subunternehmerofferte. Wenn er I._____ um eine Subunternehmerofferte ersucht hätte, hätte er eine Lieferung verlangt. In diesem Falle hätte ihn kein Bauprogramm interessiert. Bei der zu beurteilenden Ausschreibung habe er sich nicht die Mühe machen wollen, eine Offerte zu kalkulieren, da er dafür weder das Inventar noch die Zeit für die Arbeit gehabt habe. Vielmehr bestätigte er seine Aussage vom 26. Oktober 2016, dass es sich um eine „Schutzofferte“ der Bezzola Denoth AG zugunsten der Koch AG Ramosch gehandelt habe. In diesem konkreten Fall mache es einfach keinen Sinn, dass er ein Bauprogramm von der Koch AG Ramosch als Subunternehmerin verlangt hätte. Er wisse nicht, welche Subunternehmerleistung er von der Koch AG Ramosch hätte nachfragen sollen. Bei einer Baugrubensicherung oder bei einem Abbruch hätte er allenfalls ein Bauprogramm einverlangt, nicht jedoch für die Lieferung von Kies und für Transporte. Ferner fügte er bei, dass die E-Mail von

⁸³⁶ Act. IX.C.27, pag. 74.

⁸³⁷ Act. III.I.029.

⁸³⁸ Act. IX.C.60, Zeilen 584 ff.

⁸³⁹ Act. II.5 (22-0458), Zeilen 287 ff.

⁸⁴⁰ Act. IX.C.27, pag. 74.

⁸⁴¹ Act. VII.B.7 (22-0458), Zeilen 685 ff.

I. _____ vom 18. April 2011 keinen Anhang gehabt habe, ansonsten wäre dies aus der Kopfzeile ersichtlich gewesen. Da er sich bei I. _____ in seiner Antwortmail bedankt habe, gehe er davon aus, dass er die Preise von I. _____ tatsächlich erhalten habe, möglicherweise in einer separaten E-Mail.

417. I. _____ wurde anlässlich der Einvernahme vom 26. Mai 2016 mit den Aussagen von D. _____ konfrontiert. Dabei hielt er an seinen Aussagen vom 18. März 2016 fest. Die Koch AG Ramosch habe beim strittigen Projekt keinen „Schutz“ von der Bezzola Denoth AG erhalten. Weshalb D. _____ von ihm für die Lieferung von Kies und für Transporte ein Bauprogramm hätte einverlangen sollen, könne er sich nicht erklären. Ergänzungen habe er nicht beizufügen.⁸⁴²

418. Mit Eingabe vom 26. Mai 2016 ergänzte die Bezzola Denoth AG ihr Angaben zum Bauprojekt „[...]“ wie folgt: Es fänden sich keine Hinweise auf eine Kieslieferofferte der Koch AG Ramosch in den Unterlagen der Bezzola Denoth AG. Stattdessen gebe es Indizien für eine Absprache aus einem internen Vermerk von D. _____. Danach habe dieser offensichtlich den Angebotspreis der Koch AG Ramosch gekannt („ca. 5 % höher als [...]“, d.h. I. _____). Auch die Tatsache, dass keine Kalkulation hinterlegt gewesen sei, sei unüblich und deute darauf hin, dass die Bezzola Denoth AG nur eine „Schutzofferte“ abgegeben habe und zu diesem Zweck per E-Mail nach dem Bauprogramm gefragt habe.⁸⁴³ Nach Auffassung von D. _____ sei beim Bauprojekt „[...]“ eine Absprache erfolgt.⁸⁴⁴

B.6.9.3 Beweiswürdigung

B.6.9.3.1 Konsens

419. Die Parteien, an die sich der Vorwurf des wettbewerbswidrigen Verhaltens im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“ richtet, gaben unterschiedliche Sachverhaltsversionen zu Protokoll. Während die Bezzola Denoth AG einräumt, dass es zwischen ihr und der Koch AG Ramosch zu einer Angebotskoordination kam, wird dies von der Koch AG Ramosch bestritten. Vielmehr habe die Koch AG Ramosch zur Bezzola Denoth AG in einem Subunternehmerverhältnis gestanden.

420. Zunächst ist auf die Sachverhaltsschilderung der Koch AG Ramosch einzugehen. Diese ist auf ihren Wahrheitsgehalt zu prüfen, insbesondere anhand der objektiven Beweismittel. Dabei fallen folgende Unstimmigkeiten in ihren Aussagen auf:

- Der E-Mail von I. _____ an D. _____ vom 18. April 2011 ist weder unmittelbar noch aus dem Kontext zu entnehmen, dass die Koch AG Ramosch zur Bezzola Denoth AG in einem Subunternehmerverhältnis stand. Vielmehr verwendete I. _____ darin die Formulierung „*beiliegend die Preise für oberwähnten Bauvorhaben*“. Dass es sich hierbei nur um die Preise für Kieslieferungen und Transporte gehandelt hätte, wie die Koch AG Ramosch behauptet, ist weder aus dem Text noch dem Betreff der E-Mail ersichtlich. Dies bildet ein erstes Indiz gegen den Wahrheitsgehalt der Angaben der Koch AG Ramosch.

- In seiner Antwort vom 18. April 2011 bat D. _____ I. _____, ihm „*einen Entwurf eines Bauprogramms*“ zuzustellen. Weshalb dieser im Kontext eines Subunternehmerverhältnisses mit einer solchen Anfrage an die Koch AG Ramosch hätte gelangen sollen, konnte I. _____ trotz mehrfacher Nachfrage nicht erklären.⁸⁴⁵ Auch dies spricht gegen die Sachverhaltsschilderung der Koch AG Ramosch.

421. Demgegenüber erweisen sich die Aussagen der Bezzola Denoth AG als schlüssig und kohärent. Sie stehen zudem im Einklang mit den objektiven Beweismitteln. Insbesondere folgende Elemente sprechen für den Wahrheitsgehalt ihrer Angaben:

- Die Bezzola Denoth AG hinterlegte ihrer Offerte keine Kalkulation.⁸⁴⁶ Dies ist ein gewichtiges Indiz dafür, dass sie ihr Angebot mit der Koch AG Ramosch koordinierte. Hätte sie ihre Offerte unabhängig von der Koch AG Ramosch erstellt, hätte sie hierfür die Preise kalkulieren müssen.
- Weiter legte die Bezzola Denoth AG dar, dass es keinen Sinn ergebe, von der Koch AG Ramosch für die Lieferung von Kies und für Transporte ein Bauprogramm zu verlangen. Ein Bauprogramm wäre allenfalls bei anderen Subunternehmerleistungen wie Baugrubensicherung oder Abbrucharbeiten erforderlich gewesen. Dies wird von Koch AG Ramosch nicht bestritten. Dass die Bezzola Denoth AG von der Koch AG Ramosch mit E Mail vom 18. April 2011 ein Bauprogramm verlangt hat, spricht dafür, dass sie nicht in einem Subunternehmerverhältnis standen, sondern ihre Angebote auf der Stufe Hauptunternehmen koordinieren wollten.
- Die Bezzola Denoth AG prüfte ihre Unterlagen zum strittigen Bauprojekt mehrfach. Eine Subunternehmerofferte der Koch AG Ramosch für die Lieferung von Kies und Transporten enthielten ihre Unterlagen nicht.
- Schliesslich legte die Bezzola Denoth ein internes Offertdeckblatt der Bezzola Denoth AG vom 18. April 2011 ins Recht.⁸⁴⁷ Dieses enthält den Vermerk: „*Kleineres Interesse, ca. 5 % höher als [...], keine Kalkulation hinterlegt*“. Mit „[...]“ ist offenbar I. _____ gemeint. Der Vermerk zeigt auf, dass die Bezzola Denoth AG an der Ausführung des strittigen Bauprojekts weniger interessiert als die Koch AG Ramosch war und bei der Offerterstellung deren Eingabesumme kannte. All dies deckt sich mit den Aussagen der Bezzola Denoth AG.

⁸⁴² Act. II.9. (22-0458), Zeilen 375 ff.

⁸⁴³ Act. VII.B.9 (22-0458), pag. 1.

⁸⁴⁴ Act. VII.B.9 (22-0458), pag. 22.

⁸⁴⁵ Act. II.5 (22-0458), Zeilen 300–303; Act. II.9 (22-0458), Zeilen 398–400.

⁸⁴⁶ Act. VII.B.9 (22-0458), pag. 18.

⁸⁴⁷ Act. VII.B.9 (22-0458), pag. 18.

422. Aus diesen Gründen erscheinen die Sachauskünfte der Bezzola Denoth AG überzeugend und sind im Rahmen der vorliegenden Beweiswürdigung massgebend. Die Sachbehauptungen der Koch AG Ramosch sind hingegen als widerlegt zu betrachten. Damit ist erstellt, dass die Koch AG Ramosch AG und die Bezzola Denoth AG den gemeinsamen Willen äusserten, ihre Angebote bei der Ausschreibung „[...]“ zu koordinieren. Konkret sollte die Bezzola Denoth AG der Vergabestelle ein höheres Angebot als die Koch AG Ramosch unterbreiten. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

B.6.9.3.2 Verfolgter Zweck

423. Der Konsens zwischen der Bezzola Denoth AG und der Koch AG Ramosch beinhaltete, ihre Angebote zu koordinieren. Einer solchen Angebotskoordination ist immanent, dass sie darauf zielt, den Wettbewerb zwischen den Beteiligten zu verhindern. Andere Gründe sind hierfür nicht ersichtlich und wurden auch nicht vorgebracht. Damit ist erstellt, dass die Koch AG Ramosch und die Bezzola Denoth AG mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei der Ausschreibung „[...]“ nicht zu konkurrenzieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

B.6.9.3.3 Umsetzung und Auswirkungen

424. Dem Offertöffnungsprotokoll [...] vom 20. April 2011 betreffend [...] ⁸⁴⁸ ist zu entnehmen, dass die Koch AG Ramosch der Vergabestelle den Preis von CHF [...] (inkl. MWST) offerierte. Das Angebot der Bezzola Denoth AG betrug CHF [...] und fiel damit um rund 6 % höher aus als dasjenige der Koch AG Ramosch.

425. Daraus folgt, dass sich die Bezzola Denoth AG und die Koch AG Ramosch an die getroffene Abmachung hielten. Die Bezzola Denoth AG reichte tatsächlich ein höheres Angebot als die Koch AG Ramosch ein. Ebenso ist erstellt, dass sich die Beteiligten durch ihr Verhalten in Bezug auf das strittige Bauprojekt nicht konkurrenzieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Schliesslich ist erwiesen, dass die Koch AG Ramosch den Zuschlag erhielt und das Bauprojekt „[...]“ ausführte. ⁸⁴⁹

B.6.9.4 Beweisergebnis

426. Zusammenfassend ist erwiesen, dass zwischen der Bezzola Denoth AG und der Koch AG Ramosch ein Konsens vorlag, ihre Angebote bei der Ausschreibung „[...]“ im Jahr 2011 zu koordinieren. Konkret sollte die Bezzola Denoth AG ein höheres Angebot einreichen als die Koch AG Ramosch. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist erstellt, dass sie sich in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – verhielten und die Bezzola Denoth AG der Vergabestelle tatsächlich ein höheres Angebot einreichte als die Koch AG Ramosch. Wie von den beteiligten Unternehmen beabsichtigt, erhielt schliesslich die Koch AG Ramosch den Zuschlag.

B.6.10 [...] , Scuol (2011)

427. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“, Scuol (2011), richtet sich der Vorwurf der bilateralen Angebotskoordination an die Bezzola Denoth AG und die Fabio Bau GmbH.

B.6.10.1 Beweisthema

428. Nachfolgend ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob zwischen der Bezzola Denoth AG und der Fabio Bau GmbH übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich des Bauprojekts „[...]“ in Scuol im Jahr 2011 zu koordinieren (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Ist dies zu bejahen, sind folgende Sachverhaltsfragen zu prüfen:

- welchen Zweck die Bezzola Denoth AG und die Fabio Bau GmbH mit der Angebotskoordination verfolgten (Rz 439 f.);
- ob sich die Bezzola Denoth AG und die Fabio Bau GmbH tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die Angebotskoordination verhielten und welche Auswirkungen dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte (Rz 441 ff.).

B.6.10.2 Beweismittel

429. Zur Beurteilung dieser Sachverhaltsfragen stützt sich die Behörde auf die nachfolgend genannten Beweismittel.

B.6.10.2.1 Urkunden

430. Folgende Urkunden sind zu würdigen:

- E-Mail von D.____, Bezzola Denoth AG, an F.____, Fabio Bau GmbH, vom 1. Juni 2011 betreffend „[...]“ ⁸⁵⁰. Die Nachricht von D.____ an F.____ lautete wie folgt:

⁸⁴⁸ Act. III.I.029.

⁸⁴⁹ Act. II.5 (22-0458), Zeile 293.

⁸⁵⁰ Act. IX.C.35 (22-0433), pag. 39.

Markus [REDACTED]

Von: [REDACTED]@bezzola-denoth.ch
Gesendet: Mittwoch, 1. Juni 2011 06:35
An: [REDACTED]@bluewin.ch'
Betreff:
Anlagen: S2011-049-04.01s; S2011-049-03.01s

Verlauf: **Empfänger** **Gelesen**
 [REDACTED]@bluewin.ch' **Gelesen: 01.06.2011 11:18**

Hallo [REDACTED]

Im Anhang die beiden Offertteile. Baumeisterarbeiten und Betonarbeiten.
 Du kannst entsprechende Eingeben.

Baumeister Netto inkl MWST
 Betonarbeiten Netto inkl MWST

Fr. [REDACTED]
 Fr. [REDACTED]

Gruß [REDACTED]

- Pauschalangebot der Bezzola Denoth AG vom 20. Juli 2011 betreffend „[...]“⁸⁵¹. Daraus geht hervor, dass die Bezzola Denoth AG ihr Angebot auf pauschal CHF [...] (inkl. MWST) reduzierte;
- Werkvertrag zwischen o. _____ und der Bezzola Denoth AG vom 21. Juli 2011⁸⁵². Dem Werkvertrag ist zu entnehmen, dass o. _____ den Auftrag zum Preis von CHF [...] (inkl. MWST) an die Bezzola Denoth AG vergeben hat.

B.6.10.2.2 Auskünfte von Parteien

431. Die Bezzola Denoth AG zeigte im Rahmen ihrer Eingabe vom 4. Dezember 2012 ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an. So hielt sie fest, dass sie beim Bauprojekt „[...]“ von der Fabio Bau GmbH „Schutz“ erhalten habe.⁸⁵³ Mit Eingabe vom 1. Februar 2013 bestätigte sie dies. Der „Verstoss“ sei durch die E-Mail von D. _____ an F. _____ vom 1. Juni 2011 belegt.⁸⁵⁴

432. Am 26. Oktober 2015 befragte die Behörde D. _____, Bezzola Denoth AG, zum Sachverhalt. Dabei gab er zu Protokoll, dass er der Fabio Bau GmbH die beiden Eingabesummen für die Baumeisterarbeiten und Betonarbeiten angegeben habe. Er gehe davon aus, dass die Fabio Bau GmbH diese Preisangaben in der Folge so eingegeben habe.⁸⁵⁵

433. F. _____, Fabio Bau GmbH, brachte anlässlich seiner Einvernahme vom 27. Mai 2016 vor, dass er nicht wisse, weshalb ihm D. _____ die E-Mail vom 1. Juni 2011 geschickt habe. Er könne sich nicht mehr erinnern, ob die Fabio Bau GmbH bei diesem Bauprojekt eine Offerte abgegeben habe. Die Aussage von D. _____, dass die Fabio Bau GmbH die Bezzola Denoth AG bei diesem Bauprojekt „geschützt“ habe, nehme er zur Kenntnis. Auf Ergänzungen verzichtete er.⁸⁵⁶

B.6.10.2.3 Auskünfte von Dritten

434. Y. _____, der beim strittigen Bauprojekt die Funktion des [...] wahrnahm, gab Auskunft darüber, welche Bauunternehmen zur Offertstellung eingeladen wurden und welche Bauunternehmen anschliessend tatsächlich eine Offerte einreichten. Eine Abgebotsrunde habe nicht stattgefunden. Das günstigste Angebot habe die Bezzola Denoth AG mit ihrer Offerte von CHF 446'050.60 eingereicht. Anschliessend sei ausschliesslich mit ihr verhandelt worden. Die Bezzola Denoth AG habe schliesslich den Zuschlag zum Preis von CHF 372'000.– (inkl. MWST) erhalten.⁸⁵⁷ Die Angaben von Y. _____ ergeben folgendes Bild:

⁸⁵¹ Act. III.21 (22-0458).

⁸⁵² Act. III.21 (22-0458).

⁸⁵³ Act. IX.C.27, pag. 75.

⁸⁵⁴ Act. IX.C.35, pag. 59 f.

⁸⁵⁵ Act. IX.C.60, Zeilen 675 ff.

⁸⁵⁶ Act. II.10 (22-0458), Zeilen 341 ff.

⁸⁵⁷ Act. III.21 (22-0458), Antworten auf Fragen 2, 4, 5 und 6.

Unternehmen	Offertsumme (inkl. MWST)	Zuschlag (inkl. MWST)
Bezzola Denoth AG	CHF [...]	CHF [...]
Impraisa Mario GmbH	Offerte eingereicht; Eingabe- summe nicht bekannt	–
Fabio Bau GmbH	Offerte eingereicht; Eingabe- summe nicht bekannt	–
c._____	Verzicht	–
Impraisa da fabrica Margadant	Verzicht	–

Tabelle 24: Übersicht der eingereichten Offerten betreffend Bauprojekt „[...]“, Scuol (2011)

435. Weiter fügte Y._____ an, dass es keine Überraschung gewesen sei, dass die Bezzola Denoth AG am günstigsten gewesen sei.⁸⁵⁸ Dies sei immer so im Unterengadin. Die Impraisa da fabrica Margadant und c._____, welche keine Offerten einreichten, würden Konkurrenzofferten bieten. Dagegen habe er den Eindruck, dass die grossen Bauunternehmen nicht um Aufträge kämpfen würden.

B.6.10.3 Beweiswürdigung

B.6.10.3.1 Konsens

436. Zunächst ist die E-Mail von D._____ an F._____ vom 1. Juni 2011, 6.35 Uhr,⁸⁵⁹ zu würdigen. Daraus geht hervor, dass die Bezzola Denoth AG der Fabio Bau GmbH die Preise bekanntgab, welche diese bei der strittigen Ausschreibung eingeben sollte. So teilte D._____ F._____ in seiner Nachricht explizit mit, dass die Fabio Bau GmbH ihrem Angebot diese Preise zugrunde legen sollte. Zudem enthielt die E-Mail zwei Anhänge. Dabei handelt es sich mutmasslich um zwei SIA-Schnittstellendateien, welche die Fabio Bau GmbH für ihre Eingabe verwenden sollte. In der E-Mail ist sodann die Lesebestätigung der Fabio Bau GmbH vermerkt, die am 1. Juni 2011 um 11.18 Uhr erfolgte.

437. Bereits daraus ist zu schliessen, dass die Bezzola Denoth AG und die Fabio Bau GmbH gemeinsam den Willen äusserten, ihre Angebote in Bezug auf das Bauprojekt „[...]“ zu koordinieren. Vorliegend wurde dies zudem von der Bezzola Denoth AG ausdrücklich bestätigt. Sie räumte ein, dass die Kommunikation zwischen der Fabio Bau GmbH und ihr vom Willen getragen war, dass die Fabio Bau GmbH die Bezzola Denoth AG «schützen» sollte. Diese Aussagen erscheinen schlüssig und im Einklang mit den objektiven Beweismitteln. Kaum Beweiskraft ist dagegen den Aussagen der Fabio Bau GmbH beizumessen. Immerhin konnte auch sie keine andere Erklärung dafür geben, weshalb D._____ F._____ mit E-Mail vom 1. Juni 2011 in Bezug auf das strittige Projekt anschrrieb.

438. Damit ist erstellt, dass zwischen der Bezzola Denoth AG und der Fabio Bau GmbH übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich des Bauprojekts „[...]“ in Scuol im Jahr 2011 zu koordinieren. Konkret sollte die Fabio Bau GmbH der Bauherrschaft ein höheres Angebot als die Bezzola Denoth AG einreichen, um deren Chancen auf die Zu-

schlagserteilung zu begünstigen. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

B.6.10.3.2 Verfolgter Zweck

439. Wie erstellt ist (Rz 438), kamen die Bezzola Denoth AG und die Fabio Bau GmbH überein, ihre Angebote bezüglich des Bauprojekts „[...]“ zu koordinieren. Einer solchen Angebotskoordination ist immanent, dass sie darauf zielt, den Wettbewerb zwischen den Beteiligten zu verhindern. Andere Gründe sind hierfür nicht ersichtlich und wurden auch nicht vorgebracht.

440. Damit ist erwiesen, dass die Bezzola Denoth AG und die Fabio Bau GmbH mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei der Ausschreibung „[...]“ nicht zu konkurrieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

B.6.10.3.3 Umsetzung und Auswirkungen

441. In Bezug auf die Frage der Umsetzung und Auswirkungen der Angebotskoordination ist das tatsächliche Eingabeverhalten der involvierten Bauunternehmen zu beurteilen. Dabei ist auf die Angaben von Y._____⁸⁶⁰ abzustellen, der beim strittigen Bauprojekt die Funktion des Architekten und des Projektleiters inkl. Bauleitung wahrnahm. Anzeichen, dass diese nicht der Wahrheit entsprechen, bestehen nicht.

442. Gemäss den Angaben von Y._____ reichte die Bezzola Denoth AG die günstigste Offerte ein. Ihr Angebot betrug CHF [...] (inkl. MWST). Weiter reichten die Fabio Bau GmbH und die Impraisa Mario GmbH Angebote ein, die höher ausfielen.⁸⁶¹ Die Impraisa da fabrica Margadant und c._____ verzichteten auf eine Eingabe. In der Folge reduzierte die Bezzola Denoth AG ihr Angebot im Rahmen von Verhandlungen auf den Preis von pauschal CHF [...] (inkl. MWST). Hierüber konnten sich die Bauherrin und die Bezzola Denoth AG einigen, wie der Werkvertrag vom 21. Juli 2011 zeigt.⁸⁶²

⁸⁵⁸ Act. III.21 (22-0458).

⁸⁵⁹ Act. IX.C.35, pag. 59 f.

⁸⁶⁰ Vgl. dazu Act. III.21 (22-0458).

⁸⁶¹ Act. III.21, Antwort auf Frage 7.

⁸⁶² Act. III.21 (22-0458).

443. Damit ist erwiesen, dass sich die Bezzola Denoth AG und die Fabio Bau GmbH an die getroffene Abmachung hielten. Konkret reichte die Fabio Bau GmbH ein höheres Angebot als die Bezzola Denoth AG ein. Ebenso ist erstellt, dass sie sich bei der strittigen Ausschreibung nicht konkurrenzieren. Daran bestehen im Lichte der umgesetzten Angebotskoordination keine vernünftigen Zweifel. Wie beabsichtigt, erhielt die Bezzola Denoth AG den Zuschlag. Allerdings reduzierte sie ihre ursprüngliche Offerte von CHF [...] (inkl. MWST) auf den Preis von pauschal CHF [...] (inkl. MWST).

B.6.10.4 Beweisergebnis

444. Nach dem Gesagten ist erwiesen, dass zwischen der Bezzola Denoth AG und der Fabio Bau GmbH ein Konsens vorlag, ihre Angebote bei der Ausschreibung „[...]“ im Jahr 2011 zu koordinieren. Konkret sollte die Fabio Bau GmbH ein höheres Angebot einreichen als die Bezzola Denoth AG. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist erstellt, dass sie sich in der Folge entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen verhielten und die Fabio Bau GmbH tatsächlich ein höheres Angebot einreichte als die Bezzola Denoth AG. Wie von den beteiligten Unternehmen beabsichtigt, erhielt schliesslich die Bezzola Denoth AG den Zuschlag, allerdings nicht zum ursprünglichen Preis von CHF [...] (inkl. MWST), sondern von pauschal CHF [...] (inkl. MWST).

B.6.11 Waldweg Kurhaus, Val Sinestra (2011)

445. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „Waldweg Kurhaus, Val Sinestra“ (2011), richtet sich der Vorwurf der bilateralen Angebotskoordination an die Koch AG Ramosch und die Fabio Bau GmbH.

Stimà [REDACTED]

quia noss'offerta per la via da Val Sinestra.

Eu m'annunzch pro Tai cur ch'eu n'ha la summa definitiva !

Grazcha fich e bella saira !

- Offertöffnungsprotokoll [...] vom 18. April 2011 betreffend „WW Kurhotel Sinestra“.⁸⁶⁴ Danach nahmen folgende Bauunternehmen an der Ausschreibung teil:

B.6.11.1 Beweisthema

446. Nachfolgend ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob zwischen der Koch AG Ramosch und der Fabio Bau GmbH übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich des Bauprojekts „Waldweg Kurhaus, Val Sinestra“ im Jahr 2011 zu koordinieren (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Ist dies zu bejahen, sind folgende Sachverhaltsfragen zu prüfen:

- welchen Zweck die Koch AG Ramosch und die Fabio Bau GmbH mit der Angebotskoordination verfolgten (Rz 454 f.);
- ob sich die Koch AG Ramosch und die Fabio Bau GmbH tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die Angebotskoordination verhielten und welche Auswirkungen dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte (Rz 456 ff.).

B.6.11.2 Beweismittel

447. Im Folgenden werden die Beweismittel genannt, auf die sich die Behörde bei der Würdigung der in diesem Abschnitt zu beurteilenden Sachverhaltsfragen stützt.

B.6.11.3 Urkunden

448. Der Behörde liegen folgende Urkunden vor:

- E-Mail von I._____, Koch AG Ramosch, an F._____, Fabio Bau GmbH, vom 13. April 2011 betreffend „Via da god Val Sinestra“.⁸⁶³ Der E-Mail wurde ein Offertentwurf der Koch AG Ramosch für das strittige Projekt betreffend „Baumeisterarbeiten“ angehängt. Die darin angegebene Eingabesumme beläuft sich auf CHF 298'459.50 (exkl. MWST). Sodann enthält die E-Mail folgenden Text:

⁸⁶³ Act. III.I.013.

⁸⁶⁴ Act. III.B.032.

Unternehmen	Offertsumme (inkl. MWST)
Koch AG Ramosch	CHF 326'244.95
Fabio Bau GmbH	CHF 355'380.45

Tabelle 25: Übersicht der eingereichten Offerten betreffend Bauprojekt „Waldweg Kurhaus“, Val Sinestra (2011)

B.6.11.4 Auskünfte von Parteien

449. Sowohl die Koch AG Ramosch als auch die Fabio Bau GmbH bestritten, dass zwischen ihnen ein Konsens zustande gekommen sei, ihre Angebote bei der strittigen Ausschreibung zu koordinieren. Im Wesentlichen stellten sie sich auf folgenden Standpunkt:

- I. _____, Koch AG Ramosch, gab am 18. März 2016 auf Vorhalt der E-Mail von ihm an F. _____ vom 13. April 2011⁸⁶⁵ zu Protokoll, er sei sich sicher, dass das betreffende Projekt nie ausgeführt worden sei. Weshalb, könne er nicht beurteilen. Weiter könne er sich vorstellen, dass seiner E-Mail an F. _____ eine Unterakkordanten-O „[...]“fferte zugrunde gelegen habe. Das Projekt betreffe Maschinenarbeiten und die Fabio Bau GmbH habe wohl nicht über die entsprechenden Maschinen verfügt. Es sei nicht darum gegangen, dass die Fabio Bau die Koch AG Ramosch bei diesem Bauprojekt „schützen“ sollte.⁸⁶⁶
- F. _____ wurde am 27. Mai 2016 zum Sachverhalt befragt. Er sagte aus, dass die Koch AG Ramosch für die Fabio Bau GmbH Transporte durchgeführt und – über die Uina SA – Kies geliefert habe. Er wisse, dass er die Koch AG Ramosch betreffend Preise für Kieslieferungen und Transporte angefragt habe. Es handle sich vorliegend nicht um eine Subunternehmerofferte der Koch AG Ramosch, sondern um eine Lieferantenofferte. Es sei üblich, dass bei derartigen Leistungen zunächst eine vorläufige Offerte und erst später eine definitive Offerte abgegeben werde, denn der erste Preis werde noch einmal verhandelt. Es stehe in der E-Mail vom 13. April 2011, dass sich I. _____ melden werde, sobald die definitive Summe kalkuliert sei. Er nehme an, dass die Koch AG Ramosch zu Lieferantenpreisverhandlungen bereit gewesen sei. Es sei seines Wissens nach nicht darum gegangen, dass die Fabio Bau GmbH die Koch AG Ramosch bei diesem Projekt «schützen» sollte. Die Fabio Bau GmbH hätte kein Angebot eingereicht, wenn sie kein Interesse an der Ausführung des Bauprojekts gehabt hätte. Es gebe keinen Grund, weshalb die Fabio Bau GmbH höher hätte eingeben sollen als den Betrag gemäss des Offertentwurfs, den ihr die Koch AG Ramosch zugestellt habe. Schliesslich erwähnte F. _____, dass er eher davon ausgehe, dass das strittige Projekt nicht ausgeführt worden sei.⁸⁶⁷

B.6.11.5 Beweiswürdigung

B.6.11.5.1 Konsens

450. Die Koch AG Ramosch und die Fabio Bau GmbH brachten im Wesentlichen vor, dass die E-Mail von I. _____ an F. _____ vom 13. April 2011 nicht im Hinblick auf eine Angebotskoordination erfolgt sei, sondern im Zusammenhang mit Kieslieferungen und Transporten stehe. Diese Behauptung ist aus folgenden Gründen ungläubhaft:

- I. _____ fügte seiner E-Mail an F. _____ vom 13. April 2011 einen vollständig ausgefüllten Offertentwurf an. Hätte die Koch AG Ramosch der Fabio Bau GmbH – wie behauptet – eine Offerte für Kieslieferungen und Transporte unterbreiten wollen, hätte sich der Offertentwurf auf diese Positionen beschränkt.
- Der Titel des Offertentwurfs bezieht sich explizit auf „Baumeisterarbeiten“. Dass es sich um einen Offertentwurf für Kieslieferungen und Transporte gehandelt hätte, ist weder in der Nachricht von I. _____ noch im Offertentwurf selber, welcher der E-Mail angehängt war, erwähnt.
- Die im Offertentwurf angegebene Eingabesumme beläuft sich CHF 298'459.50 (exkl. MWST). Rechnet man die Mehrwertsteuer hinzu, ergibt dies praktisch den Preis von CHF 326'244.95 (inkl. MWST), den die Koch AG Ramosch der Vergabestelle anschliessend tatsächlich offerierte. Auch dies spricht dafür, dass I. _____ F. _____ mit E-Mail vom 13. April 2011 nicht eine Lieferantenofferte unterbreitete, sondern ihm die (provisorische) Eingabesumme der Koch AG Ramosch offenlegte.

451. Damit ist die Behauptung der beschuldigten Unternehmen, dass die E-Mail von I. _____ im Kontext von Kieslieferungen und Transporten stehe, widerlegt. Vielmehr ist erstellt, dass die Koch AG Ramosch der Fabio Bau GmbH vor Eingabefrist ihren Offertentwurf für die Baumeisterarbeiten zukommen liess. Dass es sich hierbei um den Offertentwurf der Koch AG Ramosch handelte, zeigt der Text der Nachricht von I. _____ an F. _____. Darin steht: „*quia noss'offerta per la via da Val Sinestra.*“ [Hervorhebung durch die Behörde].

⁸⁶⁵ Act. III.I.013.

⁸⁶⁶ Zum Ganzen Act. II.5 (22-0458), Zeilen 232 ff.

⁸⁶⁷ Zum Ganzen Act. II.10 (22-0458), Zeilen 279 ff.

452. Im Kontext von Submissionen läuft es den üblichen Abläufen und Verhaltensweisen zuwider, wenn ein Unternehmen einem Konkurrenzunternehmen im Vorfeld der Eingabe ihren Offertentwurf zustellt, namentlich wenn es sich unabhängig von Konkurrenten verhalten will. Damit deckt es seine Absichten zum künftigen Eingabeverhalten auf und riskiert, vom Konkurrenzunternehmen in der Ausschreibung unterboten zu werden. Dass die Koch AG Ramosch der Fabio Bau GmbH vorliegend vor Ablauf der Eingabefrist ihre (provisorische) Eingabesumme bekanntgegeben hat, ist daher mit typischem Verhalten in Konkurrenzverhältnissen nicht vereinbar. Vielmehr lässt sich dieses nur durch den gemeinsamen Willen zur Koordination der Angebote erklären.

453. Andere Erklärungen sind nicht ersichtlich und wurden auch nicht vorgebracht. Damit ist erstellt, dass es zwischen der Koch AG Ramosch und der Fabio Bau GmbH zu einer Einigung kam, ihre Angebote in Bezug auf die Ausschreibung „Waldweg Kurhaus, Val Sinestra“ zu koordinieren. Konkret sollte die Fabio Bau GmbH der Vergabestelle ein höheres Angebot als die Koch AG Ramosch unterbreiten, um deren Chancen auf die Zuschlagserteilung zu begünstigen. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

B.6.11.5.2 Verfolgter Zweck

454. Wie erstellt ist (Rz 453), kamen die Koch AG Ramosch und die Fabio Bau GmbH überein, ihre Angebote bezüglich der strittigen Ausschreibung zu koordinieren. Einer solchen Angebotskoordination ist immanent, dass sie darauf zielt, den Wettbewerb zwischen den Beteiligten zu verhindern. Andere Gründe sind hierfür nicht ersichtlich und wurden auch nicht vorgebracht.

455. Damit ist erwiesen, dass die Koch AG Ramosch und die Fabio Bau GmbH mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei der Ausschreibung „Waldweg Kurhaus, Val Sinestra“ nicht zu konkurrenzieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

B.6.11.5.3 Umsetzung und Auswirkungen

456. Dem Offertöffnungsprotokoll ist zu entnehmen, dass die Koch AG Ramosch der Vergabestelle schliesslich den Preis von CHF 326'244.95 offerierte, die Fabio Bau GmbH den Preis von CHF 355'380.45. Weitere Angebote wurden nicht eingereicht.

457. Damit ist erwiesen, dass sich die Koch AG Ramosch und die Fabio Bau GmbH an die getroffene Abmachung hielten. Konkret reichte die Fabio Bau GmbH ein höheres Angebot als die Koch AG Ramosch ein. Ebenso ist erstellt, dass sie sich bei der strittigen Ausschreibung nicht konkurrenzieren. Daran bestehen im Lichte der umgesetzten Angebotskoordination keine vernünftigen Zweifel. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass es die Fabio Bau GmbH in der Hand gehabt hätte, die Koch AG Ramosch zu unterbieten, zumal ihr diese vor Ablauf der Eingabefrist ihre provisorische Eingabesumme offenlegte. Dazu sah sich die Fabio Bau GmbH jedoch nicht veranlasst.

458. Schliesslich ist zu prüfen, ob das Bauprojekt „Waldweg Kurhaus, Val Sinestra“ realisiert worden ist oder nicht. I. _____ gab zu Protokoll, dass er sich sicher

sei, dass das strittige Bauprojekt nicht ausgeführt worden sei. Auch F. _____ nahm dies an. In diesem Punkt ist ihren übereinstimmenden Aussagen zu folgen.

B.6.11.6 Beweisergebnis

459. Zusammenfassend ist erwiesen, dass zwischen der Koch AG Ramosch und der Fabio Bau GmbH ein Konsens vorlag, ihre Angebote bei der Ausschreibung „Waldweg Kurhaus, Val Sinestra“ im Jahr 2011 zu koordinieren. Konkret sollte die Fabio Bau GmbH ein höheres Angebot einreichen als die Koch AG Ramosch. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist erstellt, dass sie sich in der Folge entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen verhielten und sich nicht konkurrenzieren. Weitere Mitbewerber gab es nicht. Nicht erstellt ist hingegen, dass das strittige Projekt in der Folge tatsächlich ausgeführt worden ist.

B.6.12 [...], Zerne (2012)

460. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“, Zerne (2012), richtet sich der Vorwurf der bilateralen Angebotskoordination an die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl.

B.6.12.1 Beweisthema

461. Nachfolgend ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob zwischen der Foffa Conrad AG und der René Hohenegger Sarl übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich des Bauprojekts „[...]“ im Jahr 2012 in Zerne zu koordinieren (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Ist dies zu bejahen, sind folgende Sachverhaltsfragen zu prüfen:

- welchen Zweck die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl mit der Angebotskoordination verfolgten (Rz 471 f.);
- ob sich die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die Angebotskoordination verhielten und welche Auswirkungen dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte (Rz 473 ff.).

B.6.12.2 Beweismittel

B.6.12.2.1 Urkunden

462. Zur Beurteilung dieser Sachverhaltsfragen sind folgende Urkunden von Bedeutung:

- E-Mail von N. _____, Foffa Conrad AG, an P. _____, René Hohenegger Sarl, vom 20. März 2012 mit dem Betreff „[...]“ vor.⁸⁶⁸ Der E-Mail ist die Offerte der Foffa Conrad AG vom 20. März 2012 zuhanden der [...] angehängt. Die Eingabesumme der Foffa Conrad AG beläuft sich danach auf CHF [...]. Der Text der Nachricht von N. _____ lautet wie folgt:

⁸⁶⁸ Act. III.C.069.

Offerta [REDACTED]

From: [REDACTED] @foffa-conrad.ch>
 To: [REDACTED] @datacomm.ch
 Date: Tue, 20 Mar 2012 14:44:43 +0100
 Attachments: [REDACTED] pdf (89.54 kB)

Ciao [REDACTED]

Acclus la Offerta [REDACTED]

Salüd [REDACTED]

- Mitteilung zur Arbeitsvergabe der [...].⁸⁶⁹ Daraus ist ersichtlich, dass die Foffa Conrad AG den Zuschlag zum Preis von CHF [...] erhielt. Das Angebot der René Hohenegger Sarl belief sich auf

CHF [...] (inkl. MWST). Weiter Offerten gingen nicht. Das Eingabeverhalten der Unternehmen ergibt somit folgendes Bild:

Unternehmen	Offertsumme (inkl. MWST)
Foffa Conrad AG	CHF [...]
René Hohenegger Sarl	CHF [...]

Tabelle 26: Übersicht der eingereichten Offerten betreffend Bauprojekt „[...]“, Zernez (2012)

B.6.12.2.2 Auskünfte von Parteien

463. P._____, René Hohenegger Sarl, wurde am 22. Juli 2015 zum Sachverhalt befragt.⁸⁷⁰ Dabei brachte er zunächst vor, dass er nicht abschliessend beantworten könne, ob er vor der Mitteilung der Vergabe Kontakt mit der Foffa Conrad AG gehabt habe. Er schliesse nicht vollständig aus, dass sie bezüglich dieser Ausschreibung miteinander gesprochen hätten. Allerdings [...]. Er denke eher nicht, dass die René Hohenegger Sarl bei Ausschreibungen der Gemeinde Zernez ihre Preise Konkurrenten bekanntgegeben habe.

464. Auf Vorhalt der E-Mail von N.____ an ihn vom 20. März 2012⁸⁷¹ räumte P.____ schliesslich ein, dass N.____ ihm die Offerte der Foffa Conrad AG habe zukommen lassen. Daran habe er sich nicht mehr erinnern können. Die René Hohenegger Sarl habe bei dieser Ausschreibung die Foffa Conrad AG „geschützt“. Konkret habe ihn ein Mitarbeiter der Foffa Conrad AG angerufen und die beabsichtigte Offertsumme der Foffa Conrad AG bekanntgegeben. Er habe dieser Person dann am Telefon zugesagt, dass die René Hohenegger Sarl die Foffa Conrad AG schützen werde. Daraufhin habe ihm

diese Person ihre Offerte zukommen lassen. Die René Hohenegger Sarl habe entsprechend höher als die Foffa Conrad AG eingegeben. Es könne sein, dass die René Hohenegger Sarl ihre Eingabesumme nicht habe erhöhen müssen, da ihre eigene Kalkulation bereits eine höhere Offertsumme ergeben habe. Ob diese „Verhandlungen“ immer mit C.____ oder mit anderen Personen, wie etwa N.____ geführt worden seien, könne er nicht allgemein sagen. Er gehe aber davon aus, dass dies bei der Foffa Conrad AG „Chefsache“ gewesen sei. Vorliegend nehme er an, dass ihn damals C.____ angerufen habe. Er könne nicht mehr genau sagen, wie die René Hohenegger Sarl bei dieser „Stützofferte“ gerechnet habe. Meistens sei die Anfrage für eine „Stützofferte“ im letzten Moment gekommen. In der Regel hätten beide Unternehmen zu diesem Zeitpunkt schon gerechnet

⁸⁶⁹ Act. VI.117, pag 225 f.

⁸⁷⁰ Act. IX.D.14, Zeilen 336 ff.

⁸⁷¹ Act. III.C.069.

gehabt. Manchmal habe man die Offerten gar nicht mehr anpassen müssen, da das stützende Unternehmen zuvor sowieso schon eine höhere Eingabesumme kalkuliert gehabt habe. Falls nicht, sei jeweils die „leidige Diskussion“ losgegangen, welches Unternehmen in welche Richtung die Eingabesumme anpassen sollte. Teilweise sei das zu stützende Unternehmen mit seiner Eingabesumme schon so hoch – das heisse in einem nicht mehr realistischen Bereich – gewesen, dass die René Hohenegger Sarl dann darauf verzichtet habe, überhaupt einzugeben. Wie es sich in Bezug auf die Ausschreibung „[...]“ verhalten habe, könne er nicht mehr sagen.

465. N._____, Foffa Conrad AG, wurde anlässlich seiner Einvernahme vom 20. August 2015 mit seiner E-Mail vom 20. März 2012 an P._____, konfrontiert.⁸⁷² Dabei gab er zu Protokoll, dass die René Hohenegger Sarl möglicherweise eine Offerte gebraucht habe, um einzugeben. Sie werde der Vergabestelle wohl ein höheres Angebot unterbreitet haben. Die Ausführung des strittigen Bauprojekts sei für die René Hohenegger Sarl möglich gewesen. Aus seiner Sicht sei es aber nicht darum gegangen, dass die René Hohenegger Sarl die Foffa Conrad AG bei diesem Bauprojekt „schützen“ sollte. Er glaube, dass die René Hohenegger Sarl einfach keine Zeit gehabt habe, diese Arbeit zu machen. Er könne sich erinnern, dass P._____ damals aus den Ferien zurückgekehrt sei. Es handle sich schon um eine Art „Stütze“, wenn die René Hohenegger Sarl höher eingegeben habe als die Foffa Conrad AG, nicht aber, wenn mehrere Unternehmen an der Ausschreibung teilgenommen hätten. Er wisse nicht, ob das Bauprojekt ausgeführt worden sei, denke es aber nicht. Schliesslich fügte er bei, dass er nie selber entschieden habe, solche E-Mails zu verschicken. Er mache das, was ihm q._____ und C._____ sagen würden.

466. Am 2. September 2015 wurde P._____ erneut zum Verhalten der René Hohenegger Sarl im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“ befragt.⁸⁷³ Dabei bestätigte er, dass die René Hohenegger Sarl die Foffa Conrad AG bei dieser Ausschreibung „geschützt“ habe. Von wem bei diesem Projekt die Initiative für die „Schutzgewährung“ ausgegangen sei, könne er nicht mehr mit Bestimmtheit sagen. Es sei üblich gewesen, dass sich derjenige gemeldet habe, der das Bauprojekt ausführen wollte. Er nehme an, dass ihn die Foffa Conrad AG angefragt habe, weil sie den Auftrag haben wollte. Er habe die Offerte für das strittige Bauprojekt selbst kalkuliert; das habe er immer so gemacht.

467. Auf die Frage, ob er vor der Eingabe der Offerte zu diesem Bauprojekt in den Ferien gewesen sei, antwortete er, dass es nicht üblich sei, dass er im März in den Ferien sei. Längere Ferien habe er generell nie gemacht. Er könne aber nicht ausschliessen, dass er im März 2012 urlaubsbedingt zwei oder drei Tage abwesend gewesen sei. Was die Konsequenzen gewesen wären, wenn die René Hohenegger Sarl der Foffa Conrad AG die Schutzgewährung bei diesem Projekt verweigert hätte, könne er nicht sagen. In Bezug auf den konkreten Fall stelle sich diese Frage nicht, da die René Hohenegger Sarl der Foffa Conrad AG tatsächlich „Schutz“ gewährt habe. Auf die Frage, was die Konsequenzen gewesen wären, wenn die René Hohenegger Sarl der Foffa Conrad AG die Schutzgewährung generell

verweigert hätte, gab er folgende Antwort zu Protokoll, [dass, um in diesem Markt bestehen zu können, die kleinen Unternehmen darauf angewiesen seien, mit den grossen Unternehmen einigermaßen zu kooperieren. Die Foffa Conrad AG habe beispielsweise Beteiligungen am örtlichen Kies- und Betonwerk, der Sosa Gera SA. Für die René Hohenegger Sarl sei der Zugang zu Kies- und Beton essentiell]. Schliesslich stellte er klar, dass er mit Sicherheit sagen könne, dass das vorliegende Bauprojekt ausgeführt worden sei. [...]. Da die Ortschaft sehr klein sei und er zudem als Bauunternehmer tätig sei, habe er jeweils gesehen, welche Projekte ausgeführt würden.

468. Mit Eingabe vom 11. Juli 2017 bestätigte schliesslich die Foffa Conrad AG grundsätzlich die Aussagen von N._____ vom 20. August 2015. Sie präzisierte aber, dass das Projekt tatsächlich an die Foffa Conrad AG vergeben und von ihr auch ausgeführt worden sei.⁸⁷⁴

B.6.12.3 Beweiswürdigung

B.6.12.3.1 Konsens

469. Aus der E-Mail von N._____ an P._____ vom 20. März 2012⁸⁷⁵ ist ersichtlich, dass die Foffa Conrad AG der René Hohenegger Sarl vor Ablauf der Eingabefrist ihre Offerte zustellte. Die René Hohenegger Sarl räumte ein, dass es hierbei darum gegangen sei, dass die René Hohenegger Sarl eine „Schutzofferte“ zugunsten der Foffa Conrad AG einreiche. Dieses Vorgehen sei im Rahmen eines vorgängigen Telefonats besprochen worden, vermutlich zwischen C._____ und P._____. Diese Aussagen sind schlüssig, konkret und widerspruchsfrei. Auch von der Foffa Conrad AG wird nicht bestritten, dass die René Hohenegger Sarl und die Foffa Conrad AG in Bezug auf die strittige Ausschreibung in Kontakt standen, um ihre Angebotspreise zu koordinieren.

470. Bei dieser Beweislage ist erstellt, dass die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl übereingekommen waren, ihre Angebote bei der Ausschreibung „[...]“ zu koordinieren. Konkret sollte die René Hohenegger Sarl der Vergabestelle ein höheres Angebot unterbreiten, um deren Chancen auf die Zuschlagserteilung zu begünstigen. Im Lichte der objektiven Beweismittel, insbesondere der E-Mail von N._____ an P._____ vom 20. März 2012, sowie der Auskünfte der Parteien bestehen daran keine vernünftigen Zweifel.

B.6.12.3.2 Verfolgter Zweck

471. Wie erstellt ist (Rz 470), kamen die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl überein, ihre Angebote bezüglich der strittigen Ausschreibung zu koordinieren. Einer solchen Angebotskoordination ist immanent, dass sie darauf zielt, den Wettbewerb zwischen den Beteiligten zu verhindern. Andere Gründe sind hierfür

⁸⁷² Act. IX.C.53, Zeilen 368 ff.

⁸⁷³ Act. IX.D.15, Zeilen 45 ff.

⁸⁷⁴ Act. VII.B.30 (22-0458), Antwort auf Frage 9a.

⁸⁷⁵ Act. IX.C.53, Zeilen 368 ff.

nicht ersichtlich. An dieser Beurteilung ändern insbesondere auch die Vorbringen von N._____ nichts. Nach seiner Aussage habe die René Hohenegger Sarl keine Zeit gehabt, das betreffende Bauprojekt auszuführen. Dem steht zum einen das geringe Volumen des Auftrags entgegen. Zum anderen ist den Aussagen von P._____ zu entnehmen, dass die René Hohenegger Sarl die Kalkulation für das betreffende Objekt selber erstellt habe und wohl von der Foffa Conrad AG im Hinblick auf eine „Schutzgewährung“ kontaktiert worden sei. Doch selbst wenn die Behauptung von N._____ zutreffen sollte, vermag dies das gemeinsame Motiv, sich bei der strittigen Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren, nicht zu widerlegen. Der René Hohenegger Sarl wäre es in diesem Fall nämlich ohne weiteres freigestanden, sich nicht auf den Kontakt mit der Foffa Conrad AG einzulassen und diese über ihr allfälliges Eingabeverhalten im Dunkeln zu lassen.

472. Damit ist erwiesen, dass die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei der Ausschreibung „[...]“ nicht zu konkurrenzieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

B.6.12.3.3 Umsetzung und Auswirkungen

473. Der Mitteilung zur Arbeitsvergabe der [...] ⁸⁷⁶ ist zu entnehmen, dass die Foffa Conrad AG der Vergabestelle den Preis von CHF [...] offerierte, die René Hohenegger Sarl den Preis von CHF [...]. Weitere Angebote wurden nicht eingereicht.

474. Damit ist erwiesen, dass sich die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl an die getroffene Abmachung hielten. Konkret reichte die René Hohenegger Sarl ein höheres Angebot als die Foffa Conrad AG ein. Ebenso ist erstellt, dass sie sich bei der strittigen Ausschreibung nicht konkurrenzieren. Daran bestehen im Lichte der umgesetzten Angebotskoordination keine vernünftigen Zweifel. Dies zeigt sich auch daran, dass es die René Hohenegger Sarl in der Hand gehabt hätte, die Foffa Conrad AG zu unterbieten, zumal ihr diese vor Ablauf der Eingabefrist ihre Eingabesumme offenlegte. Dazu sah sich die René Hohenegger Sarl jedoch nicht veranlasst.

475. Wie von den beteiligten Unternehmen beabsichtigt, erging der Zuschlag an die Foffa Conrad AG. ⁸⁷⁷ N._____ stellte jedoch in Frage, dass das betreffende Bauprojekt ausgeführt worden sei. Aus der Mitteilung zur Arbeitsvergabe der [...] ⁸⁷⁸ folgt, dass die Ausschreibung nicht abgebrochen worden ist. Zudem legte P._____ mit triftigen Gründen und auf eigenen Wahrnehmungen beruhend dar, dass das Projekt tatsächlich realisiert worden ist. Schliesslich bestätigte auch die Foffa Conrad AG, die Aussagen von N._____ präzisierend, dass sie das betreffende Bauprojekt tatsächlich ausgeführt hat. ⁸⁷⁹

B.6.12.4 Beweisergebnis

476. Nach dem Gesagten ist erwiesen, dass zwischen der Foffa Conrad AG und der René Hohenegger Sarl ein Konsens vorlag, ihre Angebote bei der Ausschreibung „[...]“ im Jahr 2012 zu koordinieren. Konkret sollte die René Hohenegger Sarl ein höheres Angebot einreichen als die Foffa Conrad AG. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. Ebenso

ist erstellt, dass sie sich in der Folge entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen verhielten und sich nicht konkurrenzieren. Weitere Mitbewerber gab es nicht. Wie beabsichtigt, erhielt die Foffa Conrad AG den Zuschlag.

B.7 Zusammenarbeit zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG, der Lazzarini AG und der Alfred Laurent AG (bis 2008)

477. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bilden sodann mehrere Vereinbarungen zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG und der Alfred Laurent AG soweit teils auch der Lazzarini AG, die ihre Zusammenarbeit im Unterengadin betreffen. Dabei stellen sich folgende Sachverhaltsfragen:

- was der Inhalt dieser Vereinbarungen war und welche Unternehmen daran im Einzelnen beteiligt waren (Rz 513 ff.);
- welchen Zweck die beteiligten Unternehmen mit ihren Vereinbarungen verfolgten (Rz 517 ff.);
- ob und ggf. bis wann sich die beteiligten Unternehmen an die getroffenen Vereinbarungen hielten und welches ggf. die Auswirkungen ihres Verhaltens waren (Rz 520 ff. und Rz 525 ff.).

B.7.1 Beweismittel

478. Zur Beurteilung dieser Sachverhaltsfragen stützt sich die Behörde auf die nachfolgend genannten Beweismittel.

B.7.1.1 Urkunden

479. Die zentralen Beweismittel bilden zunächst folgende Verträge, die bei der Alfred Laurent AG und/oder der Foffa Conrad AG beschlagnahmt worden sind: ein „Kooperationsvertrag“, ein „Kies- und Materialbezugsvertrag“, ein „Transportvertrag“ und eine „Vereinbarung“ zwischen den Aktionärinnen der Alfred Laurent AG (nachfolgend: „Aktionärbindungsvertrag“). ⁸⁸⁰ Im Folgenden werden die Eckpunkte und die vorliegend relevanten Vertragsklauseln dieser Verträge im Einzelnen dargelegt.

B.7.1.1.1 Kooperationsvertrag

480. Die Bezzola Denoth AG (damals: Impraisa Bezzola Denoth SA), die frühere Impraisa Denoth SA, die Foffa Conrad AG, die Alfred Laurent AG und die Acla da Fans SA ⁸⁸¹ schlossen am 8. April 1999 einen Kooperationsvertrag ab. ⁸⁸² In dessen Präambel ist Folgendes festgehalten:

⁸⁷⁶ Act. VI.117, pag 225 f.

⁸⁷⁷ Act. VI.117, pag 225 f.

⁸⁷⁸ Act. VI.117, pag 225 f.

⁸⁷⁹ Act. VII.B.30 (22-0458), Antwort auf Frage 9a.

⁸⁸⁰ Act. III.A.017 und Act. III.A.019.

⁸⁸¹ Die Acla da Fans SA bezweckt gemäss Handelsregister die Führung eines Einkaufszentrums und einer Tankstelle.

⁸⁸² Act. III.C.027, Seiten 1 ff.

1. Präambel

Die Parteien sind grundsätzlich selbständige juristische Personen, welche im gleichen räumlichen Gebiet tätig sind. Mit dem vorliegenden Vertrag soll die bereits bestehende Zusammenarbeit im Baugewerbe vertieft und festgehalten werden. Die begonnene Strukturbereinigung und gemeinsame Nutzung von Infrastrukturen und Ressourcen soll im Marktgebiet der Parteien gemeinsam erfolgreich weitergeführt werden.

481. In den darauffolgenden Vertragsbestimmungen werden für die Vertragsparteien im Hinblick auf die in der Präambel angesprochene „Strukturbereinigung“ verschiedene Massnahmen festgelegt, insbesondere für die Impraisa Denoth SA und die Alfred Laurent AG:

- Betreffend die Impraisa Denoth AG sieht der Kooperationsvertrag vor, dass sie ihre Tätigkeit in den Bereichen Hoch- und Tiefbau einstellt. Hierzu seien das *„betriebsnotwendige Inventar der Sparte Hoch- und Tiefbau der Impraisa Denoth SA inkl. der Aktien der Rusena-Betun SA (...) zu 1/3 auf die Foffa Conrad AG und zu 2/3 auf die Impraisa Bezzola Denoth SA“* zu übertragen (Ziffer 2 des Kooperationsvertrags).
- Auch betreffend die Alfred Laurent AG legt der Kooperationsvertrag fest, dass sie keine Hoch- und Tiefbautätigkeit mehr ausübt. Als „Entschädigung“ hierfür würden die Bezzola Denoth AG und die Foffa Conrad AG mit ihr je einen Exklusivrechtsvertrag für Kieslieferungen und Transportleistungen vereinbaren (Ziffer 3 des Kooperationsvertrags). Diese Exklusivrechte sind im Kies- und Materialbezugsvertrag (Rz 484 ff. hiernach) und im Transportvertrag (Rz 489 ff. hiernach) geregelt.

Laurent hat sich bereit erklärt keine Hoch- und Tiefbautätigkeit mehr auszuüben, führt aber das firmeneigenen Kieswerk weiter. Als eine Gegenleistung für diesen Verzicht von Laurent verpflichten sich Bezzola-Denoth und Foffa & Conrad, unter bestimmten - nachfolgend näher zu regelnden Bedingungen - Kies und andere Materialien ausschliesslich von Laurent zu beziehen.

485. Die zweite Vertragsklausel statuiert eine Bezugsverpflichtung und sieht vor: *„Die verpflichteten Unternehmungen [...] verpflichten sich, alle Kies-, Sand- und Splittkomponenten (bearbeitet oder unbearbeitet), Gemische davon sowie (soweit bei Laurent vorhanden) alle Recyclingbaustoffe [...] ausschliesslich von Laurent zu beziehen.“*

486. In der dritten Vertragsklausel ist der örtliche Geltungsbereich des Vertrags definiert: *„Diese Verpflichtung bezieht sich auf alle Baustellen/Werke der verpflichteten Unternehmungen im Einzugsbiet ab West-Grenze der*

482. In Ziffer 12 des Kooperationsvertrags sind sodann sog. „Marktquoten“ der Bezzola Denoth AG und der Foffa Conrad AG in Samnau, Scuol und Zernez festgehalten. Danach einigten sich die beiden Unternehmen darüber, dass die „Marktquote“ der Bezzola Denoth AG in Scuol 80 % und in Zernez 20 % betrage, während für Foffa Conrad AG in Scuol eine „Marktquote“ von 20 % und in Zernez von 80 % vorgesehen war.

483. Gemäss Ziffer 13 würden sich die Geschäftsleitungen der Parteien zur Umsetzung des Kooperationsvertrages quartalsweise zu einer Koordinationssitzung treffen. In Ziffer 14 ist schliesslich geregelt, dass der Kooperationsvertrag für eine feste Dauer bis Ende 2008 abgeschlossen werde und danach von jeder Partei mit einer Frist von 12 Monaten per Ende Jahr, erstmals per Ende 2008 gekündigt werden könne.

B.7.1.1.2 Kies- und Materialbezugsvertrag

484. Weiter schlossen die Alfred Laurent AG, die Foffa Conrad AG und die Bezzola Denoth AG (damals: Impraisa Bezzola Denoth SA) einen Kies- und Materialbezugsvertrag ab.⁸⁸³ Darin ist einleitend und vor den eigentlichen Vertragsbestimmungen Folgendes festgehalten:

Dorfsiedlung Ardez bis und mit Territorialgemeinde Tschlin (inkl. Pfandshof).“

487. Die fünfte Klausel regelt die Materialpreise und das Preisfestsetzungsverfahren: *„Die an Laurent zu entrichtenden Preise für die Materialbezüge entsprechen den jährlich von Laurent ausgegebenen (marktkonformen) Preislisten abzüglich die jährlich zu vereinbarenden Rabatte. Die Parteien vereinbaren im vorerwähnten Sinn jährlich die gültigen Preise und die von Laurent zu gewährenden Rabatte.“*

⁸⁸³ Act. III.A.019, Seiten 9 ff.

488. In der sechsten Vertragsklausel wird folgendes Konkurrenzverbot vereinbart:

6. Konkurrenzverbot der verpflichteten Unternehmungen

Die verpflichteten Unternehmungen dürfen im Einzugsgebiet gemäss Ziff. 3. keine, dem Kieswerk Laurent konkurrenzierende Tätigkeit ausüben.

B.7.1.1.3 Transportvertrag

489. Ebenfalls zur Konkretisierung des „Kooperationsvertrags“ (dazu Rz 480 ff.) schlossen die Alfred Laurent AG, Foffa Conrad AG und Bezzola Denoth AG (damals: Impraisa Bezzola Denoth SA) sodann einen „Transportvertrag“ ab.⁸⁸⁴ Er enthält ähnliche Regelungen wie der Kies- und Materialbezugsvertrag (Rz 484 ff.).

490. Wiederum ist einleitend Folgendes festgehalten: *„Laurent hat sich bereit erklärt keine Hoch- und Tiefbautätigkeit mehr auszuüben, führt aber den firmeneigenen Transportbetrieb weiter. Als eine Gegenleistung für diesen Verzicht von Laurent verpflichten sich Bezzola-Denoth und Foffa & Conrad, unter bestimmten – nachfolgend näher zu regelnden Bedingungen – Transporte ausschliesslich durch Laurent ausführen zu lassen.“*⁸⁸⁵

491. Die zweite Vertragsklausel statuiert eine Transportverpflichtung und sieht vor: *„Die verpflichteten Unternehmungen müssen [...] alle mit ihrer Tätigkeit anfallenden Materialtransporte inkl. Muldentransporte sowie alle Transporte von Installationsmaterial durch Laurent ausführen lassen, sofern hiefür Lastwagen eingesetzt werden. Insbesondere dürfen die verpflichteten Unternehmungen nicht andere Lastwagentransporteure beiziehen.“*

492. Die dritte Klausel definiert den örtlichen Geltungsbereich des Vertrags: *„Die Transportverpflichtung gilt für alle Transporte im Zusammenhang mit Baustellen/Werke im Einzugsbiet der Territorialgemeinden Ardez bis Tschlin (inkl. Pfandshof).“*

493. In der fünften Vertragsklausel sind die Transportpreise und das Preisfestsetzungsverfahren geregelt: *„Während der Submissionsphase (erste Offertenrunde) darf Laurent Dritten nicht bessere, als die obstehenden Konditionen offerieren. Die Parteien vereinbaren jährlich die gültigen Transportpreise und die von Laurent zu gewährenden Rabatte.“*

494. Die sechste Klausel verbietet den verpflichteten Unternehmungen eigene Transporttätigkeiten: *„Die verpflichteten Unternehmungen dürfen mit den eigenen Lastwagen für Dritte keine reinen Transportaufträge ausführen.“*

B.7.1.1.4 Aktionärbindungsvertrag

495. Unter dem Titel „Vereinbarung“ schlossen die Foffa Conrad AG, die Bezzola Denoth AG (damals: Impraisa Bezzola Denoth SA), die Lazzarini AG (damals: G. Lazzarini & Cie. AG) und die Alfred Laurent AG einen Aktionärbindungsvertrag betreffend die Rusena-Betun SA ab.⁸⁸⁶ Vertragsparteien bildeten auch die Rusena-Betun SA selber sowie die nicht mehr existierende Bauunternehmung [...]. Der Aktionärbindungsvertrag greift verschiedene Bestimmungen des vorne dargestellten Vertragsgefüges (vgl. Rz 480 ff.) auf.

496. Der Aktionärbindungsvertrag sieht unter der ersten Vertragsbestimmung folgendes Konkurrenzverbot betreffend die Produktion und den Vertrieb von Beton und Mörtel vor:

1. Konkurrenzverbot betreffend Beton und Mörtel

Die Aktionäre verpflichten sich, die Rusena im Einzugsgebiet der Territorialgemeinden Ardez bis Tschlin (inkl. Pfandshof) auf dem Gebiet der Beton- und Mörtelproduktion und des Verkaufes solcher Produkte weder direkt noch indirekt zu konkurrenzieren.

⁸⁸⁴ Act. III.A.019, Seiten 2 ff.

⁸⁸⁵ Act. III.A.019, Seiten 2 ff.

⁸⁸⁶ Act. III.A.017, Seiten 2 ff.

497. Die zweite Vertragsklausel schreibt den Aktionärinnen der Rusena-Betun SA eine Bezugsverpflichtung betreffend Beton und Mörtel vor: „Die Aktionäre verpflichten sich, für alle Baustellen im Einzugsgebiet der Territorialgemeinden Ardez bis Tschlin (inkl. Pfandshof) Beton und Mörtel ausschliesslich von der Rusena zu beziehen. [...]“. Der Vertrag sieht gewisse Ausnahmen vor.

498. Die dritte Vertragsklausel statuiert für die Aktionärinnen der Rusena-Betun SA eine Bezugsverpflichtung betreffend Kies- und Sandmaterial: „Die Aktionäre verpflichten sich, für alle Baustellen im Einzugsgebiet der Territorialgemeinden Ardez bis Tschlin (inkl. Pfandshof) Kies- und Sandmaterial ausschliesslich von der Alfred Laurent AG zu beziehen. [...]“. Auch bezüglich dieser Bezugsverpflichtung sind gewisse Ausnahmen vorgesehen.

499. Weiter ist in der vierten Vertragsklausel Folgendes geregelt: „Die Aktionäre beauftragen exklusiv die Alfred Laurent AG mit dem Transport des von der Rusena bezogenen Fertigbetons und Mörtel, ausser wenn sie, d. h. die Aktionäre, für den Transport eigene Fahrzeuge einsetzen wollen“.

500. Bezüglich Vertragsdauer und Kündigungsmöglichkeiten ist in der sechsten Vertragsklausel Folgendes vereinbart: „Dieser Vertrag wird fest bis Ende 2008 vereinbart und kann von jeder Partei mit einer Frist von 12 Monaten per Ende Jahr, erstmals per Ende 2008 gekündigt werden“.

B.7.1.2 Auskünfte von Parteien

B.7.1.2.1 Foffa Conrad AG und Bezzola Denoth AG

501. C._____, Foffa Conrad AG und Bezzola Denoth AG, wurde am 16. August 2015 zu den Verträgen aus dem Jahr 1999 betreffend die Zusammenarbeit mit der Alfred Laurent AG befragt.⁸⁸⁷ Er gab hierzu im Wesentlichen folgende Aussagen zu Protokoll:

- Der Kies- und Materialbezugsvertrag (Rz 484 ff. hiervor) sei im Jahr 1999 abgeschlossen worden und habe eine Gültigkeitsdauer von zehn Jahren gehabt. Gegenwärtig bestehe immer noch eine Zusammenarbeit mit der Alfred Laurent AG, die aber nicht mehr vertraglich abgestützt sei. Gemäss dem Kies- und Materialbezugsvertrag habe die Alfred Laurent AG ihr Tiefbaugeschäft aufgegeben. Dies sei wirtschaftlich begründet gewesen. Das Bauvolumen sei damals stark zurückgegangen, was zu Überkapazitäten geführt habe. Die Regelungen des Kies- und Materialbezugsvertrags seien von den Vertragsparteien flexibel handgehabt worden.⁸⁸⁸
- Zum Transportvertrag (Rz 489 ff. hiervor) führte er aus, dass dieser Vertrag parallel zum Kies- und Materialbezugsvertrag abgeschlossen worden sei. Die darin enthaltenen Regelungen hätten sich nur auf den Raum Scuol und Umgebung bezogen, nicht auf den Raum Zernez oder Samnaun. Der Transportvertrag sei ohne formellen Beschluss schleichend seit 2008 aufgehoben worden. Die Foffa Conrad AG habe seit 1999 Transportleis-

tungen grösstenteils, aber nicht ausschliesslich von der Alfred Laurent AG bezogen. Es seien Ausnahmen von der Bezugspflicht vorgesehen gewesen. Insbesondere sei die Koch AG Ramosch sporadisch für Transportleistungen zum Zug gekommen. Die Alfred Laurent AG sei ab 1999 in der Regel nicht mehr im Bereich Tiefbau tätig gewesen. Im Bereich Hochbau sei sie nie aktiv gewesen.⁸⁸⁹ Betreffend die kartellrechtliche Zulässigkeit des Transportvertrags gab er an, dass das Kartellrecht damals im Jahr 1999 nicht bekannt gewesen sei. Unwissen schütze nicht vor Strafe, aber die Beteiligten hätten sich damals nicht darum gekümmert. Die Treuhandfirma, die sie damals im Kontext der Verträge beraten habe, habe nie auf allfällige kartellrechtliche Probleme aufmerksam gemacht.⁸⁹⁰

502. Am 23. und 27. Mai 2016 bestätigte C._____, dass die Bezzola Denoth AG und die Foffa Conrad AG ab 1999 Kies und andere Materialien grundsätzlich ausschliesslich bei der Alfred Laurent AG bezogen habe, aber nicht zu 100 %.⁸⁹¹ Es habe Ausnahmen gegeben. Grundsätzlich hätten sich die Bezzola Denoth AG und die Foffa Conrad AG aber an ihre mit der Alfred Laurent AG vereinbarten Bezugspflichten gehalten. Ausnahmen seien etwa vorgekommen, wenn der Preis der Alfred Laurent AG zu hoch gewesen sei oder wenn der Bauherr einen bestimmten Lieferanten gewünscht habe. Die Alternative zur Alfred Laurent AG habe in diesen Fällen jeweils in der Koch AG Ramosch bestanden.⁸⁹²

503. Weiter gab die Foffa Conrad AG mit Eingabe vom 14. Juni 2017 an, dass sie bei der Alfred Laurent AG bzw. Rusena-Betun SA im Raum Ardez (West-Grenze der Dorfsiedlung) bis Tschlin (inkl. Pfandshof) bis [...] %–[...] % des Kies- und Sandmaterials bzw. des Betons und Mörtels bezogen habe. Dieser Anteil habe sich in den Jahren 2004 bis 2012 nicht verändert.⁸⁹³

504. Ebenfalls mit Eingabe vom 14. Juni 2017 hielt die Bezzola Denoth AG fest, dass sie im Raum Ardez (West-Grenze der Dorfsiedlung) bis Tschlin (inkl. Pfandshof) im Wesentlichen zwischen [...] %–[...] % des Bedarfs an Kies- und Sandmaterial sowie Beton und Mörtel bei der Alfred Laurent AG bzw. Rusena-Betun SA gedeckt habe. [...] %–[...] % der Baustoffe habe sie bei der [...] bezogen. Diese Anteile seien in den Jahren 2004 bis 2012 konstant geblieben.⁸⁹⁴

505. Schliesslich führte die Foffa Conrad AG mit Eingabe vom 11. Juli 2017⁸⁹⁵ aus, dass der Kies- und Materialbezugsvertrag, der Transportvertrag und die Vereinbarung zwischen den Aktionären der Rusena-Betun SA im Jahr 1999 abgeschlossen worden seien. Die Verträge

⁸⁸⁷ Vgl. Act. C.50, Zeilen 295 ff.

⁸⁸⁸ Act. IX.C.50, Zeilen 295 ff.

⁸⁸⁹ Act. IX.C.50, Zeilen 326 ff.

⁸⁹⁰ Act. IX.C.50, Zeilen 368 ff.

⁸⁹¹ Act. VII.B.8 (22-0458), Zeilen 752 ff.

⁸⁹² Act. VII.B.8 (22-0458), Zeilen 748 ff.

⁸⁹³ Act. III.34 (22-0458), Antworten auf die Fragen 18 bis 21.

⁸⁹⁴ Act. III.34 (22-0458), Antworten auf die Fragen 18–21.

⁸⁹⁵ Act. VII.B.30 (22-0458), Antworten auf Fragen 10 ff.

seien Ende 2008 aufgehoben worden, indem sie nicht verlängert worden seien. Deren Kündigung sei nicht schriftlich erfolgt.⁸⁹⁶ Ende der 1990er Jahre sei das Bauvolumen im Unterengadin stark rückläufig gewesen. Dies habe zu grossen Überkapazitäten geführt. Das sei der Grund für einen umfassenden Strukturbereinigungsprozess gewesen, welcher insbesondere aus folgenden Massnahmen bestanden habe:

- Fusion der Firmen Bezzola & Cie. AG und der Impresa Denoth SA (welche zu 50 % der Alfred Laurent AG gehört habe);
- Liquidation der [...], welche eine Tochtergesellschaft der Bezzola gewesen sei;
- Aufgabe der Alfred Laurent AG ihres Tiefbaugeschäfts;
- Die nicht mehr benötigten Werkhöfe ([...], Denoth in Scuol und Ramosch, total CHF 9,00 Mio. Hypothekarschulden) seien von der neu gegründeten [...] worden;
- Die Foffa Conrad AG, welche von dieser Strukturbereinigung ebenfalls profitiert habe, habe unter anderem 33,33 % der [...] übernehmen müssen.

506. Der Kooperationsvertrag vom 8. April 1999 habe alle diese Massnahmen und die entsprechenden Vereinbarungen festgehalten. Weiter brachte die Foffa Conrad AG vor, dass es sich beim Kies- und Materialbezugsvertrag sowie beim Transportvertrag um „Kompensationsmassnahmen“ zugunsten der Alfred Laurent AG gehandelt habe, welche in Artikel 3 des Kooperationsvertrags formuliert worden seien.⁸⁹⁷ Die Vereinbarung zwischen den Aktionären der Rusena-Beton SA sei im Anschluss an den Kooperationsvertrag abgeschlossen worden.⁸⁹⁸ Zum darin vereinbarten Konkurrenzverbot führte die Foffa Conrad AG aus, dass dieses eine Folge des Kooperationsvertrages gewesen sei. Die Foffa Conrad AG habe sich grundsätzlich daran gehalten, aber nicht immer. Es habe Ausnahmen gegeben, etwa wenn der Bauherr dies gewünscht habe oder wenn die Konkurrenz günstigere Angebote unterbreitet habe. Gleiches gelte für die Bezzola Denoth AG. Gemäss den Angaben der Foffa Conrad AG habe sich auch die Lazzarini AG grundsätzlich an das Konkurrenzverbot gehalten. Schliesslich hielt die Foffa Conrad AG fest, dass sich die Lazzarini AG grundsätzlich auch an die Bezugspflicht für Beton und Mörtel bei der Rusena-Beton SA und für Kies- und Sandmaterial bei der Alfred Laurent AG gehalten habe.⁸⁹⁹

B.7.1.2.2 Alfred Laurent AG und Rusena-Beton SA

507. R. _____, Alfred Laurent AG, sagte am 17. März 2016 aus, dass die Alfred Laurent AG bis ca. im Jahr 1997/1998 im Tiefbau tätig gewesen sei. Die Alfred Laurent AG sei im Bereich Tiefbau nicht mehr rentabel gewesen, da die Preise „am Boden“ gewesen seien und die Aufträge gefehlt hätten.⁹⁰⁰ Die Verträge betreffend die Zusammenarbeit der Alfred Laurent AG mit der Foffa Conrad AG und der Bezzola Denoth AG seien von Juristen und Beratern ausgearbeitet worden. Danach seien sie zur Seite gestellt worden. In den Verträgen seien auch Bestimmungen enthalten, von denen er gar keine Kenntnis habe. Vielleicht habe er die entsprechenden

Inhalte aber auch vergessen.⁹⁰¹ Die Foffa Conrad AG und die Bezzola Denoth AG seien ihrer vereinbarten Bezugspflicht nicht immer nachgekommen. Es sei nicht möglich gewesen, die Bezugspflicht gegen die beiden grossen Unternehmen durchzusetzen.⁹⁰² Er habe keine Kenntnis, dass der Kooperationsvertrag aus dem Jahr 1999 (vgl. Rz 480 ff.) jemals von einer Vertragspartei gekündigt worden sei.

508. O. _____, Alfred Laurent AG, gab am 17. März 2016 zu Protokoll, dass er die Verträge betreffend die Zusammenarbeit der Alfred Laurent AG mit der Foffa Conrad AG und der Bezzola Denoth AG nicht gekannt habe. Seit er seine Tätigkeit bei der Alfred Laurent AG im November 2011 aufgenommen habe, seien diese nie ein Thema gewesen.⁹⁰³ Er nehme an, dass die Alfred Laurent AG bis 1999 im Bereich Tiefbau tätig gewesen sei. Seines Wissens habe sie diese Tätigkeit anschliessend eingestellt.⁹⁰⁴

509. B. _____, [...] der Rusena-Beton SA, führte in seinen Antworten vom 21. Februar 2018⁹⁰⁵ zum Auskunftsbegehren der Behörde vom 13. Februar 2018 im Wesentlichen aus, dass die damalige Situation auf dem Arbeitsmarkt im Bauhauptgewerbe von den im Unterengadin ansässigen Unternehmen Strukturanpassungen verlangt habe. Maschinell und personell sei eine Überkapazität von ca. 50 % vorhanden gewesen. Der Kiesliefervertrag und der Transportvertrag seien aus Sicht der Alfred Laurent AG als ein moralisches Versprechen der beteiligten Unternehmen wahrgenommen und als solches eingeschätzt worden. Bereits damals habe man angenommen, dass eine Durchsetzung der Vereinbarungen nur auf freiwilliger Basis möglich gewesen sei. Dies habe sich auch in der Praxis gezeigt, indem die Verpflichtung zur Kies- und Materialabnahme sowie die Erteilung von Transportaufträgen von den anderen Vertragsparteien nur teilweise und je länger je weniger eingehalten worden sei. Vorgesehene Sanktionen hätten nicht durchgesetzt werden können, da die Alfred Laurent AG auf diese Unternehmen als Kunden angewiesen gewesen sei. Der Hauptgrund, weshalb die Alfred Laurent AG den Kooperationsvertrag abgeschlossen hätte, seien nicht die Kies- und Transportverträge gewesen, sondern die Möglichkeit, die Liegenschaften in die „[...]“ einzubringen. Hierbei habe es sich für die Alfred Laurent AG um [...] gehandelt. Sie sei dadurch um Schulden in Höhe von [...] entlastet worden.⁹⁰⁶

⁸⁹⁶ Act. VII.B.30 (22-0458), Seiten 8 ff.

⁸⁹⁷ Act. VII.B.30 (22-0458), Seite 9.

⁸⁹⁸ Act. VII.B.30 (22-0458), Seite 10 ff.

⁸⁹⁹ Act. VII.B.30 (22-0458), Seite 12.

⁹⁰⁰ Act. II.4 (22-0458), Zeilen 111 ff.

⁹⁰¹ Act. II.4 (22-0458), Zeilen 212–214.

⁹⁰² Act. II.4 (22-0458), Zeilen 204 ff.

⁹⁰³ Act. II.3 (22-0458), Zeilen 109 ff.

⁹⁰⁴ Act. II.3 (22-0458), Zeilen 78 f. und 132 f.

⁹⁰⁵ Act. III.46 (22-0458).

⁹⁰⁶ Act. III.46 (22-0458), Antwort auf Frage 8.

510. Weiter legte B._____ dar, dass sich die übrigen Vertragspartner im Rahmen der „[...]“ wesentlich an den finanziellen Folgen der „[...]“ hätten beteiligen müssen. Sie hätten daher verlangt, dass sie durch die Kies- und Betonlieferantin nicht noch mit Hoch- und Tiefbauarbeiten konkurrenziert würden. Die Alfred Laurent AG habe ihre Tiefbauarbeiten bereits vor 1999 auf ein Minimum beschränkt. Die nötigen Maschinen seien jedoch weiterhin vorhanden gewesen, seien aber mehr oder weniger nur noch im Kieswerk für die Kiesproduktion eingesetzt worden. Bis auf kleine Ausnahmen habe sich die Alfred Laurent AG an ihre Verpflichtung, keine Hoch- und Tiefbautätigkeit mehr auszuüben, gehalten.⁹⁰⁷ Zum Konkurrenzverbot im Bereich Kies und Beton (vgl. Ziffer 6 des Kies- und Materialbezugsvertrags) erörterte er, dass es für die Alfred Laurent AG wichtig gewesen sei, dass im Raum Unterengadin zusätzlich zu den beiden vorhandenen Konkurrenzbetrieben in der Kies- und Betonproduktion keine weiteren dazugekommen seien. Der Markt sei für die vorhandenen Kapazitäten bereits zu klein gewesen.⁹⁰⁸ Ferner seien die Gründer der Rusena-Betun SA nur bereit gewesen, das Kapital zur Verfügung zu stellen, sofern sichergestellt worden sei, dass die Partner den benötigten Beton bei der gemeinsamen Gesellschaft beziehen und diese nicht auch noch konkurrenzieren würden.⁹⁰⁹

511. Schliesslich hielt B._____ fest, dass er nicht wisse, weshalb die Verträge auf zehn Jahre abgeschlossen worden seien. Für die Alfred Laurent AG sei dies nicht besonders relevant gewesen, da sie von Beginn weg davon ausgegangen sei, dass es sich nur um moralische Verpflichtungen handle, die nur freiwillig einzuhalten, aber rechtlich nicht durchzusetzen gewesen seien. Die Aufhebung der Verträge sei schleichend erfolgt. Er behaupte, dass sich spätestens ab dem Jahr 2004 niemand mehr an die Verträge gehalten habe.⁹¹⁰

B.7.1.2.3 Lazzarini AG

512. Die Behörde konfrontierte die Lazzarini AG mit Auskunftsbegehren vom 30. Mai 2017 mit dem Aktionärbindungsvertrag betreffend die Rusena-Betun SA. Daraufhin gab sie mit Eingabe vom 10. Juli 2017⁹¹¹ im Wesentlichen folgende Auskunft:

- Der Aktionärbindungsvertrag stamme aus dem Jahre 1998 oder 1999.⁹¹² Dies sei jedoch eine Vermutung, da die heutigen Verantwortungsträger der Lazzarini AG erst durch das Auskunftsbegehren der Behörde vom 30. Mai 2017 von der Vereinbarung Kenntnis genommen habe.⁹¹³ Niemand wisse bei der Lazzarini AG, ob und ggf. wie die Vereinbarung aufgehoben worden sei. Der Aktionärbindungsvertrag werde aus Sicht der heute operativ Verantwortlichen bei der Lazzarini AG seit vielen Jahren in seiner Exklusivität nicht mehr gelebt.
- Die Lazzarini AG habe sich an das Konkurrenzverbot betreffend die Produktion und den Vertrieb von Beton und Mörtel im Gebiet zwischen Ardez und Tschlin gehalten.⁹¹⁴ Allerdings sei dieses mehr formeller Natur gewesen. Ein eigenes konkurrenzierendes Werk im Unterengadin zu betreiben, wäre aus praktischen Gründen (u.a. hohe Investitionen, zu tiefer Jahresausstoss) gar nicht

rentabel gewesen. Zudem habe die Lazzarini für grössere Projekte vereinzelt eine mobile Betonanlage aufgestellt.⁹¹⁵

- Was die Bezugspflicht betreffend Beton und Mörtel bei der Rusena-Betun SA anbetrifft, gab die Lazzarini AG an, sie habe diese Produkte für Projekte im Unterengadin nicht ausschliesslich bei der Rusena-Betun SA bezogen.⁹¹⁶ Dasselbe gelte für die Bezugspflicht betreffend Kies und Sand bei der Alfred Laurent AG.⁹¹⁷ Die Lazzarini AG reichte hierzu eine Tabelle ein, aus welcher ersichtlich ist, bei welchen Lieferanten sie sowohl Beton und Mörtel als auch Sand und Kies bezog habe.⁹¹⁸ [...].⁹¹⁹

B.7.2 Beweiswürdigung

B.7.2.1 Inhalt der Vereinbarungen aus dem Jahr 1999 und Beteiligte

513. Die Verfahrensparteien Alfred Laurent AG, Bezzola Denoth AG und Foffa Conrad AG schlossen im Jahr 1999 verschiedene Verträge betreffend ihre Zusammenarbeit ab. Dies ist unbestritten. Relevant sind vorliegend namentlich der Kooperationsvertrag (Rz 480 ff. hiervor), der Kies- und Materialbezugsvertrag (Rz 484 ff. hiervor) und der Transportvertrag (Rz 489 ff. hiervor). Zudem liegt ein Aktionärbindungsvertrag zwischen den Aktionärinnen der Rusena-Betun SA, insbesondere der Alfred Laurent AG, der Bezzola Denoth AG, der Foffa Conrad AG und der Lazzarini AG, vor (Rz 495 ff. hiervor). Anzeichen, dass die in diesen Verträgen festgehaltenen Regelungen nicht dem tatsächlichen Willen der Vertragsparteien entsprachen oder die verbrieften Willensäusserungen mit Willensmängeln behaftet waren, bestehen nicht und wurden auch nicht vorgebracht. Nicht glaubhaft ist sodann die Behauptung der Alfred Laurent AG, dass die Beteiligten mit den Kooperationsverträgen aus dem Jahr 1999 bloss „moralische Versprechen“ eingegangen seien⁹²⁰ bzw. es sich hierbei um einen „reinen Solidaritätsakt“⁹²¹ gehandelt habe. Immerhin sind die entsprechenden Dokumente als «Verträge» bezeichnet. Sie enthalten Bestimmungen, die typischerweise auf einen Bindungswillen schliessen lassen, namentlich betreffend Vertragsdauer, Änderungs- und Kündigungsmöglichkeiten, (Teil-)Nichtigkeit (salvatorische Klausel), Konventionalstrafe und Gerichtsstand.

⁹⁰⁷ Act. III.46 (22-0458), Antwort auf Frage 11.

⁹⁰⁸ Act. III.46 (22-0458), Antwort auf Frage 17a.

⁹⁰⁹ Act. III.46 (22-0458), Antwort auf Frage 22a.

⁹¹⁰ Act. III.46 (22-0458), Antworten auf die Fragen 26 und 27.

⁹¹¹ Act. VII.A.14 (22-0458).

⁹¹² Act. VII.A.14 (22-0458), Antwort auf Frage 5.

⁹¹³ Act. VII.A.14 (22-0458), Antwort auf Frage 10.

⁹¹⁴ Act. VII.A.14 (22-0458), Antwort auf Frage 7d.

⁹¹⁵ Act. VII.A.14 (22-0458), Antwort auf Frage 7.

⁹¹⁶ Act. VII.A.14 (22-0458), Antwort auf Frage 8.

⁹¹⁷ Act. VII.A.14 (22-0458), Antwort auf Frage 9.

⁹¹⁸ Act. VII.A.14 (22-0458), Beilage 7.

⁹¹⁹ Act. VII.A.14 (22-0458), Antworten auf Fragen 8 und 9.

⁹²⁰ Act. III.46 (22-0458), Antwort auf Frage 8.

⁹²¹ Vgl. Act. V.33 (22-0458), Rz 1.7.

514. Im Rahmen der vorliegenden Beweiswürdigung ist damit erstellt, dass zwischen den beteiligten Parteien ein Konsens betreffend ihre Zusammenarbeit zustande gekommen ist und die Vertragsklauseln diesen Konsens wiedergeben.

515. Im Folgenden sind die kartellrechtlich relevanten Sachverhaltselemente, die sich aus den getroffenen Abmachungen ergeben, zu erörtern:

- Im Vordergrund steht zunächst die Vereinbarung, dass sich die Alfred Laurent AG jeglicher Tätigkeiten in den Bereichen Hoch- und Tiefbau enthält. Die entsprechende Regelung war im Kooperationsvertrag verankert, worauf im Kies- und Materialbezugsvertrag sowie im Transportvertrag Bezug genommen wurde. Am Konsens über diesen Punkt waren von den Verfahrensparteien die Alfred Laurent AG, die Bezzola Denoth AG und die Foffa Conrad AG beteiligt. In Bezug auf die Lazzarini AG war bei den entsprechenden Verträgen nicht Vertragspartei. Im Zuge des Rückzugs der Alfred Laurent AG aus dem Tiefbaugeschäft einigten sich die Foffa Conrad AG und Bezzola Denoth AG weiter auf ihre Marktanteile in Samnau, Scuol und Zernez.

Nicht überzeugend ist der Einwand der Alfred Laurent AG, dass der Kooperationsvertrag in Bezug auf die Einstellung ihrer Tiefbautätigkeit keine Bedeutung gehabt habe, da sie diese „Verpflichtung“ bereits zuvor eigenständig und unilateral erfüllt habe.⁹²² Zum einen verfügte die Alfred Laurent AG auch nach 1999 noch über die erforderlichen Ressourcen, um Tiefbauprojekte auszuführen und realisierte nach eigenen Angaben sogar noch vereinzelt Projekte in diesem Bereich.⁹²³ Zum anderen hatte der Kooperationsvertrag zur Folge, dass es ihr während der Vertragsdauer von mindestens zehn Jahren untersagt war, Hoch- und Tiefbauleistungen zu erbringen, selbst bei besserer Konjunkturlage. Dies schränkte ihren unternehmerischen Gestaltungsspielraum ein. In der Tat erholte sich die Baubranche im Unterengadin denn auch während der Gültigkeitsdauer der Verträge. Nach Angaben der Foffa Conrad-Gruppe sei ab 2006 gar ein ausgesprochen starkes Wachstum des Bauvolumens zu verzeichnen gewesen.⁹²⁴ Damit hätte die Alfred Laurent AG ohne Kooperationsvertrag zumindest ab 2006 durchaus Anreize gehabt, Hoch- und Tiefbauleistungen zu erbringen.

- Als Kompensationsmassnahmen für ihren Rückzug aus dem Tiefbaugeschäft waren Bezugspflichten zugunsten der Alfred Laurent AG vorgesehen. Konkret sollten die Foffa Conrad AG, Bezzola Denoth AG und Lazzarini AG ihren Bedarf an Baustoffen und Transportleistungen für Bauprojekte im Raum Ardez bis Tschlin exklusiv bei der Rusena-Betun SA bzw. Alfred Laurent AG decken.
- Schliesslich verpflichteten sich die Aktionärinnen der Rusena-Betun SA, namentlich die Bezzola Denoth AG, die Foffa Conrad AG und die Lazzarini AG, diese im Raum Ardez bis Tschlin in der

Produktion und im Vertrieb von Beton und Mörtel weder direkt noch indirekt zu konkurrenzieren.

516. Den besagten vertraglichen Regelungen kommt nicht der Gehalt von unabhängigen, isolierten Einzelmassnahmen zu. Vielmehr bilden sie ein zusammenhängendes Vertragsgefüge, das erst in seiner Gesamtbetrachtung seine tatsächliche Bedeutung offenbart. Konkret kommt in ihnen der Konsens der beteiligten Unternehmen zum Ausdruck, die Wettbewerbsverhältnisse zwischen der Alfred Laurent AG auf der einen Seite und der Foffa Conrad AG, Bezzola Denoth AG und Lazzarini AG auf der anderen Seite im Einvernehmen zu regeln. Hierzu grenzten die betreffenden Unternehmen ihre Geschäftstätigkeiten ab, vereinbarten Bezugspflichten und statuierten Konkurrenzverbote. Diese Massnahmen erscheinen als Ausfluss der gemeinsamen Gesamtstrategie. Damit ist erstellt, dass sich in den strittigen Verträgen die übereinstimmenden tatsächlichen Willenserklärungen der Vertragsparteien spiegeln, die Wettbewerbsverhältnisse zwischen der Alfred Laurent AG auf der einen Seite und der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG auf der anderen Seite im Einvernehmen zu regeln. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

B.7.2.2 Verfolgter Zweck

517. Wie den strittigen Verträgen aus dem Jahr 1999 (vgl. Rz 480 ff. hiervor) und auch den Aussagen der Parteien zu entnehmen ist, strebten die beteiligten Unternehmen mit ihrer Zusammenarbeit primär danach, bestehende Überkapazitäten in der Baubranche im Unterengadin abzubauen. Dabei überliessen sie es aber nicht jedem Unternehmen, die aus seiner Sicht erforderlichen und angemessenen strategischen Massnahmen zu treffen. Vielmehr einigten sie sich auf eine gemeinsame Strategie und auf gemeinsame Vorkehren.

518. Im Vordergrund muss dabei gestanden sein, die wirtschaftlichen Risiken, die mit den Überkapazitäten verbunden waren, abzufedern. Anstelle individueller Handlungen, die betroffene Unternehmen im Kontext des verstärkten Konkurrenzdrucks in wirtschaftliche Schwierigkeiten hätte bringen können, wählten die beteiligten Unternehmen den gemeinsamen Weg. Damit wollten sie sich der Unsicherheit des Wettbewerbs entziehen (z.B. betreffend den Umgang der Alfred Laurent AG mit den von ihr vorgebrachten allfälligen Überkapazitäten). Dies zeigt sich auch daran, dass sie eine feste Vertragsdauer von zehn Jahren vorsahen (Rz 483 hiervor). Dieser lange Vertragshorizont gewährleistete ihnen Stabilität und Investitionssicherheit. Wie dargelegt worden ist, bildeten die Verträge aus dem Jahr 1999 den Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen ab, ihre Wettbewerbsverhältnisse im Einvernehmen zu regeln (Rz 513 hiervor). Im Einzelnen grenzten sie ihre Geschäftstätigkeiten ab, vereinbarten Bezugspflichten und statuierten Konkurrenzverbote. Einer Zusammenarbeit in dieser

⁹²² Act. V.33 (22-0458), Rz 1.1 ff.

⁹²³ Vgl. Act. III.46 (22-0458), Antwort auf Frage 11; Act. V.33 (22-0458), Rz 1.10.

⁹²⁴ Act. VII.B.39 (22-0458), Zeilen 448 ff.

Form ist immanent, dass sie (auch) darauf zielt, den Wettbewerb unter den Beteiligten auszuschalten. Dies ist im Übrigen auch den Auskünften von B._____ zu entnehmen. Danach hätten die anderen Vertragspartner infolge ihres Engagements bezüglich der „[...]“ verlangt, dass sie durch die Alfred Laurent AG im Bereich Hoch- und Tiefbauarbeiten nicht konkurrenziert würden.⁹²⁵ Das Konkurrenzverbot im Bereich Kies und Beton (vgl. Ziffer 6 des Kies- und Materialbezugsvertrags) sei demgegenüber für die Alfred Laurent AG wichtig gewesen, damit im Raum Unterengadin zusätzlich zu den beiden vorhandenen Konkurrenzbetrieben keine weiteren Konkurrentinnen dazugekommen seien.⁹²⁶

519. Damit ist erstellt, dass die Alfred Laurent AG auf der einen Seite und die Foffa Conrad AG, Bezzola Denoth AG und Lazzarini AG auf der anderen Seite mit ihrer Zusammenarbeit unter anderem bezweckten, sich in den Bereichen Hoch- und Tiefbau sowie der Produktion und dem Vertrieb von Baustoffen nicht zu konkurrenzieren.

B.7.2.3 Dauer

520. Die vorliegend relevanten Vertragsbestimmungen vereinbarten die Vertragsparteien im Jahr 1999. Dies ist unbestritten. Vertraglich war eine feste Gültigkeitsdauer bis 2008 vorgesehen. Danach hätten die Verträge von jeder Partei mit einer Frist von 12 Monaten per Ende Jahr, erstmals per Ende 2008 gekündigt werden können. Dass die strittigen Verträge gekündigt worden sind, ist nicht ersichtlich und wurde von keiner Partei vorgebracht.

521. Allerdings wandten die Foffa Conrad AG und Bezzola Denoth AG ein, dass die Verträge Ende 2008 aufgehoben worden seien, indem sie nicht verlängert worden seien. D._____ etwa sei bei seinem Eintritt in die Bezzola Denoth AG im Jahr 2007 nicht auf die Verträge aufmerksam gemacht worden.⁹²⁷ Auch O._____, der seine Tätigkeit als [...] der Alfred Laurent AG im Jahr 2011 aufnahm, gab zu Protokoll, dass ihm die strittigen Verträge nicht bekannt gewesen seien.⁹²⁸ In eine ähnliche Richtung zielten die Aussagen der Lazzarini AG. Sie machte geltend, dass ihre heutigen Verantwortungsträger hiervon erst im Rahmen des vorliegenden Verfahrens Kenntnis erlangt hätten.⁹²⁹ Die Verträge seien seit Jahren nicht mehr gelebt worden.

522. Bei dieser Beweislage ist festzuhalten, dass die stritten Abmachungen zwischen den Verfahrensparteien zwar bis Ende 2008 in Kraft waren und anschliessend nie formell aufgehoben worden sind. Im Lichte der übereinstimmenden Aussagen der Parteien ist jedoch erstellt, dass sich die beteiligten Unternehmen daran nach dem Jahr 2008 nicht mehr gebunden fühlten. Daher ist – dem Grundsatz *in dubio pro reo* folgend – zugunsten der Parteien anzunehmen, dass sie per Ende 2008 konkludent aufgehoben worden sind.

523. Dagegen brachten die Alfred Laurent AG und die Foffa Conrad-Gruppe in ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats vor, dass die Kooperationsverträge bereits spätestens Ende 2006 konkludent aufgehoben worden seien.⁹³⁰ Dabei berufen sie sich unter anderem auf die Aussagen von D._____, dem die Verträge bei seinem Stellenantritt bei der Bezzola Denoth AG im Jahr

2007 nicht zur Kenntnis gebracht worden sind. Dies überzeugt nicht. Vertragliche Pflichten sind so zu erfüllen, wie sie vereinbart worden sind („pacta sunt servanda“), soweit die Parteien nicht einvernehmlich eine neue Vertragsregelung treffen.⁹³¹ Ein Vertrag verliert nicht dadurch seine Gültigkeit, dass ein neu eintretender Mitarbeiter einer Vertragspartei diesen nicht kennt. In den Kooperationsverträgen war eine feste Vertragsdauer von zehn Jahren vereinbart. Kündigungsmöglichkeiten waren vor Ablauf dieses Zeitraums nicht vorgesehen. Gemäss Art. 15 des Kooperationsvertrags⁹³² konnten Änderungen und Ergänzungen des Vertrags nur schriftlich und einstimmig erfolgen. Eine solche Änderung oder gar Aufhebung vor Ende 2008 ist nicht ersichtlich. Dies verdeutlichen auch die Aussagen von C._____. Er gab zum Kooperationsvertrag zu Protokoll, [dass dieser Vertrag schon 10 Jahre bestünde und dauere].⁹³³ Auch zum Kies- und Materialbezugsvertrag stellte er klar, [dass im Vertrag stünde, dass diese Vereinbarung zehn Jahre Gültigkeit habe. Während zehn Jahren sei dieser Vertrag bindend gewesen].⁹³⁴ Schliesslich führte er zur Aufhebung des Transportvertrags aus, [dass dies ebenfalls schleichend, seit 2008 geschehen sei].⁹³⁵

524. C._____ verfügt bei der Foffa Conrad-Gruppe über eine zentrale Stellung. Vor dem Hintergrund, dass eine der massgebenden Personen die Kooperationsverträge bis 2008 als bindend erachtete, kann von einer konkludenten Aufhebung per Ende 2006 keine Rede sein. Die Behauptung der Parteien ist nach dem Gesagten entkräftet.

B.7.2.4 Umsetzung und Auswirkungen

525. Im Folgenden ist prüfen, ob sich die beteiligten Unternehmen an die im Jahr 1999 getroffenen Abmachungen hielten und welche Auswirkungen ihr Verhalten ggf. zur Folge hatte.

526. C._____, Foffa Conrad AG und Bezzola Denoth AG, gab an, dass sich die Vertragsparteien grundsätzlich an die strittigen Verträge gehalten hätten. Allerdings seien sie teils flexibel gehandhabt worden; gewisse Ausnahmen seien bereits vertraglich vorgesehen gewesen und toleriert worden (vgl. Rz 501 f. hiervor). Konkret hätten die Foffa Conrad AG und Bezzola Denoth AG ihren Bedarf an Beton und Mörtel im Wesentlichen bei der Rusena-Betun SA und ihren Bedarf an Kies, Sand und Transportleistungen bei der Alfred Laurent AG für Bauprojekte im Raum (West-Grenze der Dorfsiedlung) bis Tschlin (inkl. Pfandshof) gedeckt. Der Anteil dieser Bezüge bei der Rusena-Betun SA habe sich bei der Foffa Conrad AG auf [...] %–[...] % belaufen, bei der Bezzola Denoth AG auf [...] % bis [...] %. Dieser Anteil der Materialbezüge habe sich zwischen den Perioden

⁹²⁵ Act. III.46 (22-0458), Antwort auf Frage 11.

⁹²⁶ Act. III.46 (22-0458), Antwort auf Frage 17a.

⁹²⁷ Act. IX.C.50, Zeilen 357 ff.

⁹²⁸ Act. II.3 (22-0458), Zeilen 109 ff.

⁹²⁹ Act. VII.A.14 (22-0458), Antwort auf Frage 10.

⁹³⁰ Act. V.33 (22-0458), Rz 1.10; Act. V.38 (22-0458), Rz 225 f.

⁹³¹ Dazu etwa BGE 135 III 1 E. 2.4.

⁹³² Act. III.C.027, Seiten 1 ff.

⁹³³ Act. IX.C.50, Zeile 306.

⁹³⁴ Act. IX.C.50, Zeile 315 f.

⁹³⁵ Act. IX.C.50, Zeile 343.

von 2004 bis 2008 und von 2009 bis 2012 nicht verändert. Sodann hätten weder die Foffa Conrad AG noch die Bezzola Denoth AG Anstrengungen unternommen, die Rusena-Beton SA und Alfred Laurent AG im Bereich Transportleistungen sowie Produktion und Vertrieb von Baustoffen zu konkurrenzieren (vgl. Rz 503 ff. hiervor).

527. Die Angaben der Foffa Conrad AG und Bezzola Denoth AG sind schlüssig und widerspruchsfrei. Im Rahmen der vorliegenden Beweiswürdigung kann darauf abgestellt werden. Damit ist erwiesen, dass sich die Foffa Conrad AG und die Bezzola Denoth AG im Wesentlichen an die vertraglichen Vereinbarungen mit der Alfred Laurent AG betreffend Bezugspflichten und Konkurrenzverbot hielten.

528. Auch die Alfred Laurent AG hielt sich im Wesentlichen an die Verpflichtung mit der Foffa Conrad AG und der Bezzola Denoth AG, sich aus dem Tiefbaugeschäft zurückziehen. Nach dem Abschluss der strittigen Verträge im Jahr 1999 war sie kaum noch in diesem Bereich tätig. So war der Umsatz, den sie in den Jahren 2006 bis 2012 aus Tiefbauleistungen erwirtschaftete, im Verhältnis zu ihrem Gesamtumsatz vernachlässigbar.⁹³⁶

529. Die Lazzarini AG räumte ein, sich an das Konkurrenzverbot betreffend die Rusena-Beton SA gehalten zu haben (vgl. Rz 512 hiervor). Hinsichtlich ihrer vereinbarten Verpflichtungen brachte sie indes vor, ihre Materialbezüge nicht ausschliesslich bei der Rusena-Beton SA und der Alfred Laurent AG getätigt zu haben. Dennoch ist ihren Angaben zu entnehmen, dass sie ihren Bedarf an Baustoffen bis 2012 [...] bei diesen Unternehmen deckte. Erst ab dem Jahr 2013 verlagerten sich ihre Bezüge vermehrt zur [...]. Damit ist erwiesen, dass die Lazzarini AG ihrer vertraglich vereinbarten Bezugspflicht weitgehend – aber nicht vollumfänglich – nachkam. Dies bestätigen auch die Angaben der Foffa Conrad AG. So hielt die Foffa Conrad AG fest, dass die Lazzarini AG ihre Bezugspflichten bei der Alfred Laurent AG und Rusena-Beton SA grundsätzlich erfüllt habe (vgl. Rz 506 hiervor).

530. Daraus folgt, dass sich die beteiligten Unternehmen im Wesentlichen an die getroffenen Abmachungen hielten. Während sich die Alfred Laurent AG – wie vereinbart – aus dem Tiefbaugeschäft zurückzog, deckten die Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG und Lazzarini AG ihren Bedarf an Baustoffen für Bauprojekte im Raum Ardez bis Tschlin weitgehend bei der Rusena-Beton SA und Alfred Laurent AG ein. Alle diese Unternehmen hielten sich zudem daran, die Rusena-Beton SA auf dem Gebiet der Produktion und des Vertriebs von Beton und Mörtel nicht zu konkurrenzieren.

531. Indem sich die beteiligten Unternehmen an die getroffenen Abmachungen hielten, grenzten sie ihre Geschäftstätigkeiten voneinander ab. Konkret verzichtete die Alfred Laurent AG im Wesentlichen darauf, die übrigen Vertragsparteien im Bereich Tiefbau zu konkurrenzieren, während die Foffa Conrad AG, Bezzola Denoth AG und Lazzarini AG davon absahen, die Rusena-Beton SA in der Produktion und dem Vertrieb von Beton und Mörtel zu konkurrenzieren. In dieser Hinsicht entfiel zwischen den beteiligten Unternehmen der Wettbewerb.

B.7.3 Beweisergebnis

532. Zusammenfassend ist erwiesen, dass zwischen der Alfred Laurent AG auf der einen Seite und der Foffa Conrad AG, Bezzola Denoth AG und Lazzarini AG auf der anderen Seite übereinstimmende tatsächliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Wettbewerbsverhältnisse im Einvernehmen zu regeln. Damit bezweckten sie unter anderem, sich in den Bereichen Hoch- und Tiefbau sowie der Produktion und dem Vertrieb von Baustoffen nicht zu konkurrenzieren. Dieser Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen hatte von 1999 bis Ende 2008 Bestand (Rz 522 hiervor).

533. Weiter ist erstellt, dass sich die beteiligten Unternehmen an die getroffenen Abmachungen hielten. Dadurch grenzten sie ihre Geschäftstätigkeiten voneinander ab. Konkret verzichtete die Alfred Laurent AG im Wesentlichen darauf, die übrigen Vertragsparteien im Bereich Tiefbau zu konkurrenzieren, während die Foffa Conrad AG, Bezzola Denoth AG und Lazzarini AG davon absahen, die Rusena-Beton SA in der Produktion und dem Vertrieb von Beton und Mörtel zu konkurrenzieren. In dieser Hinsicht entfiel zwischen den beteiligten Unternehmen der Wettbewerb (Rz 531 hiervor).

B.8 Beteiligung der Betreiberinnen von Kies- und Betonwerken an kartellrechtlich relevanten Sachverhalten

534. Die vorliegende Untersuchung richtet sich auch gegen die Rusena-Beton SA, die Sosa gera SA und die Uina SA. Hierbei handelt es sich um Betreiberinnen von Kies- und/oder Betonwerken im Unterengadin (vgl. Rz 3 ff. hiervor).

535. Der Anfangsverdacht gegen die Betreiberinnen von Kies- und Betonwerken im Unterengadin gründete namentlich in den Angaben einer Anzeige. Darin wurde dem Sekretariat vor der Untersuchungseröffnung zur Kenntnis gebracht, dass im Unterengadin ein langjähriges, gut organisiertes und bestens vernetztes Kartell der Baubranche bestanden habe. Die Kartellmitglieder würden die Kies- und Betonwerke in der Region beherrschen. Letztere würden diejenigen Unternehmen, die sich nicht an Absprachen über Bauprojekte beteiligen, in Bezug auf Materialpreise und Lieferbedingungen benachteiligen.

536. Das Sekretariat führte in der vorliegenden Untersuchung eine Vielzahl von Einvernahmen mit Parteien, Zeugen und mutmasslich betroffenen Unternehmen durch. Zudem reichten verschiedene Unternehmen Selbstanzeigen ein, die sie durch diverse schriftliche Eingaben und mündliche Aussagen zu Protokoll ergänzten. Darüber hinaus veranlasste das Sekretariat im Rahmen der Untersuchung bei verschiedenen Verfahrensparteien Hausdurchsuchungen. Dabei konnte das Sekretariat eine Vielzahl von Dokumenten in Papierform und in elektronischer Form als Beweismittel sicherstellen.

⁹³⁶ Act. III.33 (22-0458), Seiten 5 ff.

537. Die Analyse der beschlagnahmten Urkunden ergab keine Hinweise, dass die Betreiberinnen von Kies- und Betonwerken Absprachen zwischen Bauunternehmen im Unterengadin durch Benachteiligung von Kartellaussenseitern begünstigt hätten. Auch liegen der Behörde keine Unterlagen vor, die darauf schliessen lassen, dass die Betreiberinnen von Kies- und Betonwerken an Vorversammlungen, sonstigen Treffen von Bauunternehmen oder Kommunikationshandlungen in anderer Form (zum Beispiel anlässlich von Telefongesprächen oder per E-Mail) teilgenommen haben, bei denen möglicherweise wettbewerbswidrige Abreden getroffen wurden.

538. Auch verschiedene Aussagen von einvernommenen Personen entlasten die Betreiberinnen von Kies- und Betonwerken. So verneinte etwa O._____, Alfred Laurent AG, dass Kieswerke einem Unternehmen schlechtere Konditionen gewährt hätten, weil sich dieses nicht an Absprachen über Bauprojekte beteiligt habe.⁹³⁷ Auch R._____, Alfred Laurent AG und Rusena-Betun SA, sowie E._____, Uina SA, bestritten die Vorwürfe gegenüber den Betreiberinnen von Kies- und Betonwerken.⁹³⁸ Konkrete Hinweise, die den Wahrheitsgehalt dieser übereinstimmenden Aussagen in Frage stellen, bestehen nicht.

539. Im Lichte dieser Beweislage hat sich der Anfangsverdacht gegen die Rusena-Betun SA, die Sosa gera SA und die Uina SA nicht erhärtet. Dass sie an hiavor behandelten kartellrechtlich relevanten Verhaltensweisen beteiligt gewesen sind, kann ihnen nicht nachgewiesen werden. Damit ist das Verfahren gegen die Rusena-Betun SA, die Sosa gera SA und die Uina SA einzustellen.

B.9 Fazit zum Sachverhalt

B.9.1 Hoch- und Tiefbaubranche im Unterengadin

540. Das Unterengadin zeichnet sich durch eine enge und teils wilde Talschaft aus. Dies führt bei der Ausführung von Bauprojekten häufig zu langen Anfahrtswegen.

541. Der Angebotspreis war im Untersuchungszeitraum in der Regel das entscheidende Kriterium, um den Zuschlag für Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin zu erhalten. Ebenso machten die Baustoffe inkl. Transport typischerweise einen substanziellen Teil des Offertpreises für Hoch- und Tiefbauprojekte im Unterengadin aus.

542. Die Untersuchungsadressaten vereinten im Bereich der öffentlichen Submissionen (vgl. gemäss DOP) in den Jahren 2004 bis 2012 einen Marktanteil von insgesamt 85 %. Zwar waren zahlreiche weitere Bauunternehmen im Unterengadin tätig, viele aber nur in sehr beschränkter Mass. Von den restlichen 15 % des Marktvolumens im Bereich öffentlicher Ausschreibungen teilten sich beispielsweise 22 Unternehmen einen Marktanteil von 5,6 %.

543. Die Untersuchungsadressaten lassen sich aufgrund ihrer Grösse in zwei Gruppen unterteilen. Die grösseren Unternehmen waren im gesamten Unterengadin tätig und in der Lage, auch Grossprojekte auszuführen. Dagegen beschränkte sich die Geschäftstätigkeit der kleineren Unternehmen tendenziell auf ein beschränktes Gebiet im Umkreis ihres Werkhofs.

544. Die Foffa Conrad-Gruppe, bestehend aus der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG und der Zebblas Bau AG Samnaun, verfügte im Verhältnis zu den gesamthaft erzielten Umsätzen der übrigen Untersuchungsadressaten über einen Marktanteil von [65-85] % im Bereich Hochbau und von [65-85] % im Bereich Tiefbau. Damit war die Foffa Conrad-Gruppe mit Abstand das umsatzstärkste Unternehmen in den Bereich Hoch- und Tiefbau im Unterengadin.

545. Neben der Foffa Conrad-Gruppe ist auch die Lazzarini AG den grösseren Unternehmen zuzuordnen. Die Auswertung der Offertöffnungsprotokolle offenbart, dass die Lazzarini AG, die Bezzola Denoth AG und die Foffa Conrad AG bei öffentlichen Submissionen insgesamt einen Umsatzanteil von 69,3 % vereinten. In diesem Segment deckten sie somit über zwei Drittel der Nachfrage ab. Noch deutlicher war das Gewicht dieser Unternehmen bei Bauprojekten der öffentlichen Hand, die einen Auftragswert von mehr als CHF 500'000 aufwiesen. In diesem Segment generierten sie einen Umsatzanteil von 83,7 %. Nur sechs andere Unternehmen erhielten in den Jahren 2004 bis 2012 Zuschläge von öffentlichen Beschaffungsstellen für Projekte dieser Gröszenordnung (zum Ganzen Rz 94).

B.9.2 Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen (bis 2008)

546. Zwischen im Unterengadin tätigen Bauunternehmen lagen seit spätestens dem Jahr 1997 tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen über die Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen vor (Vorliegen eines natürlichen Konsenses). Dieser Konsens beinhaltete, im Rahmen von Vorversammlungen für Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen (Rz 150 hiavor).

547. An der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen waren die Verfahrensparteien Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG, Zebblas Bau AG Samnaun, Impraisa da fabrica Margadant, Impraisa Mario GmbH, Lazzarini AG, Fabio Bau GmbH (ebenso die r._____), Koch AG Ramosch (ebenso die frühere s._____) und die René Hohenegger Sarl beteiligt. Involviert war auch der GBV. Seine Rolle bestand in der Organisation der entsprechenden Sitzungen. Zwar trat er nicht selber als Anbieter von Bauleistungen im Unterengadin auf, schaffte aber mit seinem Verhalten die Grundlagen für die Projektzuteilungen und Angebotskoordinierungen unter den Bauunternehmen (Rz 176 f. hiavor).

548. Die beteiligten Unternehmen bezweckten mit der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen unter anderem, sich betreffend den Zuschlag für Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin nicht zu konkurrenzieren. Zudem bezweckten sie, sich bei diesen Bauleistungen nicht betreffend den Preis zu konkurrenzieren (Rz 186 hiavor).

⁹³⁷ Act. II.3 (22-0458), Zeilen 333 ff.

⁹³⁸ Act. II.4 (22-0458), Zeilen 265 ff. und Act. II.6 (22-0458), Zeilen 203 ff.

549. Der Konsens der beteiligten Verfahrensparteien, im Rahmen von Vorversammlungen für Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen, bestand bis Mai 2008. Folgende Verfahrensparteien waren daran bis zum Ende beteiligt: die Bezzola Denoth AG, die Foffa Conrad AG und die Zebblas Bau AG Samnaun, die Impraisa Mario GmbH, die Lazzarini AG, die Koch AG Ramosch, die René Hohenegger Sarl. Die Beteiligung der Impraisa da fabrica Margadant endete im Jahr 2006 (Rz 222 ff. hiervor).

550. Die beteiligten Verfahrensparteien verhielten sich von 2004 bis 2008 entsprechend ihrem Konsens und legten im Rahmen von Vorversammlungen – zumindest teilweise – den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise für Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin fest. Bei denjenigen Bauprojekten, bei denen es zu einer Projektzuteilung kam, wurde der Wettbewerb unter den Beteiligten ausgeschlossen (Rz 243 hiervor).

B.9.3 Zusammenarbeit zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG (bis 2012)

551. Zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG lagen tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen über die Zusammenarbeit betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin vor (*natürlicher Konsens*). Dieser Konsens beinhaltete, ihre Wettbewerbsverhältnisse betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin im Einvernehmen zu regeln (Rz 290 hiervor). Damit bezweckten die beteiligten Unternehmen, sich betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin nicht zu konkurrenzieren (Rz 294 hiervor). Dieser Konsens hatte von spätestens 2008 bis Oktober 2012 Bestand (Rz 298 hiervor).

552. Die Lazzarini AG, Bezzola Denoth AG und Foffa Conrad AG verhielten sich entsprechend ihrem Konsens zur Zusammenarbeit betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin. Im Zeitraum von 2008 bis Oktober 2012 regelten sie ihre Wettbewerbsverhältnisse in diesen Bereichen weitgehend im Einvernehmen. Dies führte in den betroffenen Fällen im internen Verhältnis zu einer Projektaufteilung. Dadurch wurde der Wettbewerb zwischen ihnen in wesentlichen Teilen ihrer Tätigkeit in den Bereichen Hoch- Tiefbauleistungen im Unterengadin ausgeschlossen (Rz 306 ff. hiervor).

B.9.4 Zusammenarbeit bei einzelnen Bauprojekten (bis 2012)

B.9.4.1 [...], Zerne (2009)

553. Zwischen der Foffa Conrad AG und der René Hohenegger Sarl lag ein Konsens vor, ihre Angebote beim Bauprojekt „[...]“ im Jahr 2009 zu koordinieren. Konkret sollte die René Hohenegger Sarl ein höheres Angebot einreichen als die Foffa Conrad AG. Damit bezweckten sie, sich bei diesem Bauprojekt nicht zu konkurrenzieren. In der Folge verhielten sie sich entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen und konkurrenzten sich nicht. Weitere Mitbewerber gab es nicht. Wie

beabsichtigt, erhielt die Foffa Conrad AG den Zuschlag (Rz 324 hiervor).

B.9.4.2 [...], Zerne (2009)

554. Zwischen der Foffa Conrad AG und der René Hohenegger Sarl lag ein Konsens vor, ihre Angebote beim Bauprojekt „[...]“ im Jahr 2009 zu koordinieren. Konkret sollte die René Hohenegger Sarl ein höheres Angebot einreichen als die Foffa Conrad AG. Damit bezweckten sie, sich bei diesem Bauprojekt nicht zu konkurrenzieren. In der Folge verhielten sie sich entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen und konkurrenzten sich nicht. Weitere Mitbewerber gab es nicht. Wie beabsichtigt, erhielt die Foffa Conrad AG den Zuschlag (Rz 337 hiervor).

B.9.4.3 [...], Zerne (2009)

555. Zwischen der Foffa Conrad AG und der René Hohenegger Sarl lag ein Konsens vor, ihre Angebote bei der Ausschreibung „[...]“ im Jahr 2009 zu koordinieren. Konkret sollte die René Hohenegger Sarl ein höheres Angebot einreichen als die Foffa Conrad AG. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. Im Rahmen der ersten Eingaberunde verhielten sie sich tatsächlich entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen und reichten koordinierte Angebote ein. Damit konkurrenzten sie sich in der Phase der Ausschreibung nicht. Nicht erwiesen ist, dass sie ihr Anbieterverhalten auch im weiteren Verlauf der Ausschreibung, namentlich bei der Abgebotsrunde, koordinierten. Allerdings erhielt die Foffa Conrad AG, wie ursprünglich beabsichtigt, den Zuschlag (Rz 352 hiervor).

B.9.4.4 [...], Scuol (2010)

556. Zwischen der Fabio Bau GmbH und der Bezzola Denoth AG lag ein Konsens vor, ihre Angebote beim Projekt „[...]“ im Jahr 2010 zu koordinieren. Konkret sollte die Fabio Bau GmbH eine höhere Offerte einreichen als die Bezzola Denoth AG. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. Die Bezzola Denoth AG reichte in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – tatsächlich eine tiefere Offerte ein, während die Fabio Bau GmbH denjenigen Preis offerierte, den sie zuvor der Bezzola Denoth AG bekanntgab. Den Zuschlag erhielt allerdings nicht, wie beabsichtigt, die Bezzola Denoth AG, sondern die Impraisa da fabrica Margadant (Rz 365 hiervor).

B.9.4.5 [...], Zerne (2010)

557. Zwischen der Foffa Conrad AG und der René Hohenegger Sarl lag ein Konsens vor, ihre Angebote beim Projekt „[...]“ im Jahr 2010 in Zerne zu koordinieren. Konkret sollte die Foffa Conrad AG eine höhere Offerte einreichen als die René Hohenegger Sarl. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. In der Folge verhielten sie sich entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen. Die Foffa Conrad AG reichte tatsächlich ein höheres Angebot ein als die René Hohenegger Sarl. Den Zuschlag erhielt allerdings nicht die René Hohenegger Sarl, sondern die Hohenegger SA (Rz 380 hiervor).

B.9.4.6 [...] (2010)

558. Zwischen der Bezzola Denoth AG und der Impraisa Mario GmbH lag ein Konsens vor, ihre Angebote bei der Ausschreibung „[...]“ im Jahr 2010 zu koordinieren. Konkret sollte die Bezzola Denoth AG ein höheres Angebot einreichen als die Impraisa Mario GmbH. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. In der Folge verhielten sie sich entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen. Die Bezzola Denoth AG reichte tatsächlich ein höheres Angebot ein als die Impraisa Mario GmbH. Weitere Mitbewerber gab es nicht. Den Zuschlag erhielt aber dennoch die Bezzola Denoth AG, weil die Vergabestelle schliesslich eine bestimmte Materialposition strich, bei welcher die Bezzola Denoth AG irrtümlicherweise einen viel zu hohen Preis eingesetzt hatte (Rz 392 hiervor).

B.9.4.7 [...], Scuol (2011)

559. Zwischen der Bezzola Denoth AG und der Fabio Bau GmbH lag ein Konsens vor, ihre Angebote bei der Ausschreibung „[...]“ im Jahr 2011 zu koordinieren. Konkret sollte die Fabio Bau GmbH ein höheres Angebot einreichen als die Bezzola Denoth AG. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. In der Folge verhielten sie sich entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen. Die Fabio Bau GmbH reichte der Bauherrschaft tatsächlich ein höheres Angebot ein als die Bezzola Denoth AG. Den Zuschlag erhielt aber nicht, wie beabsichtigt, die Bezzola Denoth AG, sondern die [...], die der Bauherrschaft ein tieferes Angebot unterbreitete (Rz 409 hiervor).

B.9.4.8 [...] (2011)

560. Zwischen der Bezzola Denoth AG und der Koch AG Ramosch lag ein Konsens vor, ihre Angebote bei der Ausschreibung „[...]“ im Jahr 2011 zu koordinieren. Konkret sollte die Bezzola Denoth AG ein höheres Angebot einreichen als die Koch AG Ramosch. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. In der Folge verhielten sie sich entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen. Die Bezzola Denoth AG reichte der Vergabestelle tatsächlich ein höheres Angebot ein als die Koch AG Ramosch. Wie von den beteiligten Unternehmen beabsichtigt, erhielt schliesslich die Koch AG Ramosch den Zuschlag (Rz 426 hiervor).

B.9.4.9 [...], Scuol (2011)

561. Zwischen der Bezzola Denoth AG und der Fabio Bau GmbH lag ein Konsens vor, ihre Angebote bei der Ausschreibung „[...]“ im Jahr 2011 zu koordinieren. Konkret sollte die Fabio Bau GmbH ein höheres Angebot einreichen als die Bezzola Denoth AG. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. In der Folge verhielten sie sich entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen. Die Fabio Bau GmbH reichte tatsächlich ein höheres Angebot ein als die Bezzola Denoth AG. Wie von den beteiligten Unternehmen beabsichtigt, erhielt schliesslich die Bezzola Denoth AG den Zuschlag, allerdings nicht zum ursprünglichen Preis von CHF [...] (inkl. MWST), sondern von pauschal CHF [...] (inkl. MWST) (Rz 444 hiervor).

B.9.4.10 Waldweg Kurhaus, Val Sinestra (2011)

562. Zwischen der Koch AG Ramosch und der Fabio Bau GmbH lag ein Konsens vor, ihre Angebote bei der Ausschreibung „Waldweg Kurhaus, Val Sinestra“ im Jahr 2011 zu koordinieren. Konkret sollte die Fabio Bau GmbH ein höheres Angebot einreichen als die Koch AG Ramosch. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. In der Folge verhielten sie sich entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen und konkurrenzieren sich nicht. Weitere Mitbewerber gab es nicht. Nicht erstellt ist hingegen, dass das strittige Projekt in der Folge tatsächlich ausgeführt worden ist (Rz 459 hiervor).

B.9.4.11 [...], Zernez (2012)

563. Zwischen der Foffa Conrad AG und der René Hohenegger Sarl lag ein Konsens vor, ihre Angebote bei der Ausschreibung „[...]“ im Jahr 2012 zu koordinieren. Konkret sollte die René Hohenegger Sarl ein höheres Angebot einreichen als die Foffa Conrad AG. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. In der Folge verhielten sie sich entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen und konkurrenzieren sich nicht. Weitere Mitbewerber gab es nicht. Wie beabsichtigt, erhielt die Foffa Conrad AG den Zuschlag (Rz 476 hiervor).

B.9.5 Zusammenarbeit zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG, der Lazzarini AG und der Alfred Laurent AG (bis 2008)

564. Zwischen der Alfred Laurent AG auf der einen Seite und der Foffa Conrad AG, Bezzola Denoth AG und Lazzarini AG auf der anderen Seite lagen übereinstimmende tatsächliche Willenserklärungen vor, ihre Wettbewerbsverhältnisse im Einvernehmen zu regeln (Rz 516 hiervor). Damit bezweckten sie unter anderem, sich in den Bereichen Hoch- und Tiefbau sowie der Produktion und dem Vertrieb von Baustoffen nicht zu konkurrenzieren (Rz 519 hiervor). Dieser Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen hatte von 1999 bis Ende 2008 Bestand (Rz 522 hiervor).

565. Die beteiligten Unternehmen hielten sich an die getroffenen Abmachungen. Dadurch grenzten sie ihre Geschäftstätigkeiten voneinander ab. Konkret verzichtete die Alfred Laurent AG im Wesentlichen darauf, die übrigen Vertragsparteien im Bereich Tiefbau zu konkurrenzieren, während die Foffa Conrad AG, Bezzola Denoth AG und Lazzarini AG davon absahen, die Rusena-Beton SA in der Produktion und dem Vertrieb von Beton und Mörtel zu konkurrenzieren. In dieser Hinsicht entfiel zwischen den beteiligten Unternehmen der Wettbewerb (Rz 531 hiervor).

B.9.6 Beteiligung der Betreiberinnen von Kies- und Betonwerken an kartellrechtlich relevanten Sachverhalten

566. Dass die Rusena-Beton SA, die Sosa gera SA und die Uina SA im Rahmen des Untersuchungsgegenstandes an kartellrechtlich relevanten Verhaltensweisen beteiligt gewesen sind, kann ihnen nicht nachgewiesen werden. Das Verfahren ist gegen diese Gesellschaften einzustellen (Rz 539 hiervor).

C Erwägungen

C.1 Geltungsbereich

567. Das Kartellgesetz (KG)⁹³⁹ gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten als auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Diejenigen Parteien, die im Untersuchungszeitraum ein Bauunternehmen oder ein Kies- oder Betonwerk betreiben, erfüllen vorliegend die Merkmale privatrechtlicher Unternehmen, womit das KG in persönlicher Hinsicht anwendbar ist. Ebenfalls vom persönlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes erfasst ist der GBV.⁹⁴⁰ Er erbringt zwar keine Baudienstleistungen, bietet aber seinen Mitgliedern – teilweise unmittelbar kostenpflichtig, teilweise mittelbar durch die Mitgliederbeiträge finanziert – diverse Leistungen an. So führt er etwa Aus- und Weiterbildungen durch und stellt seinen Mitgliedern Drucksachen und Formulare zur Verfügung.

568. 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). Ob die Parteien eine Wettbewerbsabrede getroffen haben, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung noch im Einzelnen zu prüfen sein (vgl. dazu Rz 577 ff.). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und an dieser Stelle auf deren Wiedergabe verzichtet.

569. Schliesslich fallen die vorliegend zu beurteilenden Handlungen und Verhaltensweisen in den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

C.2 Vorbehaltene Vorschriften

570. 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).

571. Im hier zu beurteilenden Markt gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen.

C.3 Beachtung der Verfahrensvorschriften

572. Die Foffa Conrad-Gruppe brachte vor, dass die Behörde im Zusammenhang mit der Frist zur Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats das rechtliche Gehör verletzt habe. Das Sekretariat habe Mitte November 2017 nach fünfjährigen Ermittlungen einen Verfügungsantrag mit 270 Seiten übermittle, zu dem bis 3. Januar 2018 Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt worden sei. Diese Frist sei zunächst bis 2. Februar 2018 erstreckt worden. Kurz vor Weihnachten habe die Foffa

Conrad-Gruppe dann jedoch fünf Verfügungen der WEKO in den Verfahren Engadin III, IV, VI, VII und VIII erhalten, für die eine 30-tägige, nicht erstreckbare Frist für allfällige Beschwerden zum Bundesverwaltungsgericht am 1. Februar 2018 abgelaufen sei, praktisch zeitgleich mit der Frist für die Stellungnahme im vorliegenden Verfahren. Die deshalb beantragte zweite Fristerstreckung von drei Wochen sei nur teilweise gewährt worden (12 Tage), und auch das nur aufgrund der Umstände des Einzelfalls, weil die „qualifizierten Gründe“ des Merkblatts Fristen nicht vorgelegen hätten. Diese Berufung auf ein Merkblatt der Wettbewerbskommission (WEKO), das für eine zweite Fristerstreckung praktisch nur höhere Gewalt als ausreichenden Grund betrachte (schwere Krankheit oder katastrophenähnliche Zustände), möge für ein Verwaltungsverfahren allenfalls akzeptabel sein. Für ein strafrechtsähnliches Verfahren hingegen sei diese restriktive Handhabung vollkommen unangemessen und verletze den Anspruch der Foffa Conrad-Gruppe, ausreichend Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung der Verteidigung zu haben.⁹⁴¹

573. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich aus Art. 29 Abs. 2 BV. Er verleiht den von einem zu treffenden Entscheid Betroffenen verschiedene Mitwirkungsrechte. Das rechtliche Gehör umfasst den Anspruch auf Orientierung, das Recht auf Akteneinsicht (Art. 26 ff. VwVG), auf vorgängige Stellungnahme und Anhörung (Art. 30 VwVG), auf Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts (Art. 12 ff. VwVG), sowie auf ernsthafte Prüfung der Vorbringen durch die Behörde und deren Berücksichtigung in der Entscheidfindung (Art. 32 VwVG). Im Kartellverwaltungsverfahren wird der Anspruch auf rechtliches Gehör durch Art. 30 Abs. 2 KG insofern erweitert, als die Verfahrensbeteiligten schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen können, bevor die WEKO ihren Entscheid trifft.⁹⁴² Wie das Bundesgericht festgestellt hat, beschränkt sich der Gehörsanspruch auf rechtserhebliche Sachfragen. Zur rechtlichen Würdigung müssen die Parteien bloss angehört werden, wenn sich die Behörde auf Rechtsnormen zu stützen gedenkt, mit deren Beizug die Parteien nicht rechnen mussten, sich die Rechtslage geändert hat oder ein besonders grosser Ermessensspielraum besteht (sog. Schutz vor „überraschender Rechtsanwendung“).⁹⁴³

574. Den betroffenen Unternehmen darf für die Ausübung ihres Äusserungsrechts nach Art. 30 Abs. 2 KG eine bestimmte Frist gesetzt werden. Diese Frist muss so bemessen sein, dass eine gehörige Wahrnehmung des Rechts auf Stellungnahme effektiv möglich ist. Dabei sind zum einen der Komplexität des Verfahrensgegenstands und dem Aktenumfang Rechnung zu tragen. Zum anderen müssen auch die Interessen der Verfahrensökonomie und der Verfahrensbeschleunigung berücksichtigt werden.

⁹³⁹ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁹⁴⁰ So auch RPW 2014/2, 376 Rz 19, *Meldesystem Baumeisterverbände*.

⁹⁴¹ Zum Ganzen Act. V.38 (22-0458), Rz 7 ff.

⁹⁴² Urteil des BVer B-463/2010 vom 19.12.2013, E. 4.

⁹⁴³ Urteil des BVer 2A.492/2002 vom 17.6.2003, E. 3.2.3; vgl. auch Urteil des BVer B-463/2010 vom 19.12.2013, E. 4.

575. Die Behörde setzte der Foffa Conrad-Gruppe zunächst eine Frist von 30 Tagen (unter Berücksichtigung der Gerichtsferien), um zum Antrag des Sekretariats schriftlich Stellung zu nehmen (Art. 30 Abs. 2 KG). Die Foffa Conrad-Gruppe beanstandete die Dauer dieser Frist nicht. Auf ihr Gesuch hin erstreckte die Behörde die ursprüngliche Frist um 30 Tage. Aufgrund besonderer Umstände (u.a. Kanzleiwechsel des Rechtsvertreters) gewährte die Behörde der Foffa Conrad-Gruppe schliesslich ausnahmsweise eine zweite Fristerstreckung um 12 weitere Tage. Vom Antragsversand per 16. November 2017 bis 14. Februar 2018 stand der Foffa Conrad-Gruppe ein Zeitraum von beinahe drei Monaten zur Verfügung, um ihre Stellungnahme auszuarbeiten. Diese Frist war selbst im Lichte der hohen Komplexität des Verfahrens, des beträchtlichen Aktenumfangs und anderweitiger Fristen für die Foffa Conrad-Gruppe angemessen. Dies zeigt sich auch daran, dass die Foffa Conrad-Gruppe von ihrem Recht auf schriftliche Stellungnahme zum Antrag tatsächlich Gebrauch machte und eine relativ umfassende Eingabe von 90 Seiten einreichte. Vorliegend sind zudem die Gesamtumstände der Verfahrensführung zu würdigen. Die Foffa Conrad-Gruppe wurde vom Sekretariat elf Mal mündlich zum Sachverhalt befragt. Parteibefragungen kommt – neben dem primären Zweck der Sachverhaltsabklärung – auch die Funktion der Gehörgewährung zu. Sie erlauben es, dass die betroffenen Unternehmen zu den Vorwürfen mündlich Stellung nehmen können. Darüber hinaus hatte die Foffa Conrad-Gruppe die Gelegenheit, ihren Standpunkt anlässlich der Anhörungen unmittelbar vor der WEKO als Entscheidbehörde vorzutragen. Bei dieser Sachlage ist weder eine Verletzung des spezifischen Gehörsanspruchs nach Art. 30 Abs. 2 KG noch des generellen Anspruchs auf vorgängige Anhörung im Verwaltungsverfahren (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 30 VwVG) ersichtlich.

576. Anderweitige Verletzungen des rechtlichen Gehörs oder von Verfahrensvorschriften wurden von den Parteien in ihren Stellungnahmen nach Art. 30 Abs. 2 KG und anlässlich der Anhörungen nicht gerügt und liegen auch nicht vor.

C.4 Unzulässige Wettbewerbsabreden

C.4.1 Einleitung

577. 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).

C.4.2 Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen (bis 2008)

C.4.2.1 Wettbewerbsabrede

578. 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,⁹⁴⁴ wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden⁹⁴⁵.

579. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor, wenn erstens ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und zweitens ein Bezwecken oder ein Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung durch die Abrede gegeben sind.⁹⁴⁶ Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen.

C.4.2.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

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

581. Für das Vorliegen einer Vereinbarung ist erforderlich, dass ein Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen über die Art und Weise der Zusammenarbeit vorliegt. Mit Blick auf das Obligationenrecht kommt ein solcher Konsens durch übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien zustande (Art. 1 Abs. 1 OR⁹⁴⁷). Die entsprechenden Erklärungen können entweder ausdrücklich (schriftlich oder mündlich) oder durch konkludentes Verhalten erfolgen (Art. 1 Abs. 2 OR).

582. Ob Willenserklärungen von Unternehmen vorliegen und ob diese zu einem tatsächlichen Konsens (auch: natürlichen Konsens) der Unternehmen geführt haben, ist eine Tatfrage.⁹⁴⁸

583. Beweismässig ist vorliegend erstellt (vgl. Rz 150), dass zwischen im Unterengadin tätigen Bauunternehmen seit spätestens dem Jahr 1997 tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen über die Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen vorlagen (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Dieser Konsens beinhaltete, im Rahmen von Vorversammlungen für Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen. An dieser Zusammenarbeit waren die Verfahrensparteien Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG, Zebias Bau AG Samnaun, Impraisa da fabrica Margadant, Impraisa Mario GmbH, Lazzarini AG, Fabio Bau GmbH (ebenso die r.____), Koch AG Ramosch (ebenso die frühere s.____) und die René Hohenegger Sarl beteiligt.

⁹⁴⁴ Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; ferner THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81.

⁹⁴⁵ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 944), Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und N 81.

⁹⁴⁶ RPW 2009/3, 204 Rz 50, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁹⁴⁷ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30.3.1911 (OR); SR 220.

⁹⁴⁸ Vgl. etwa Urteil des BGer 5A_127/2013 vom 1.7.2013, E. 4.1; BGE 116 II 695, E. 2.

584. Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG in Bezug auf die genannten Verfahrensparteien erfüllt.

585. Weiter ist erwiesen, dass der GBV in die Zusammenarbeit im Rahmen der Vorversammlungen involviert war. Seine Rolle bestand in der Organisation der entsprechenden Sitzungen (Rz 177). Da er aber nicht selber als Anbieter von Bauleistungen im Unterengadin auftrat, ist er nicht als „Partei“ der Vereinbarung über die Projektaufteilungen und Angebotskoordinierungen zu betrachten. Allerdings schaffte er – im Einverständnis mit den beteiligten Bauunternehmen – die Grundlagen für die entsprechenden Verhaltensabstimmungen. Im Einklang mit der Praxis der Wettbewerbsbehörden ist anzunehmen, dass ein solches Zusammenwirken zwischen Verband und Bauunternehmen, welches das Treffen von Submissionsabreden ermöglicht, als unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist.⁹⁴⁹

586. Dagegen brachte der GBV in seiner Stellungnahme vom 19. Januar 2018 vor, dass die Durchführung von Vorversammlungen im entsprechenden Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbandes (SBV) vorgesehen gewesen sei. Die Wettbewerbsbehörden hätten dieses geprüft und keine Bedenken gegen die Durchführung von Vorversammlungen geäussert. Daher dürfe davon ausgegangen werden, dass die Organisation von Vorversammlungen für sich allein keine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 1 KG darstelle.⁹⁵⁰ Sinngemäss beruft er sich damit auf den Vertrauensschutz (vgl. Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV). Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, ist der GBV mit diesem Vorbringen nicht zu hören.

587. Das Wettbewerbsreglement des SBV vom 23. Oktober 1996 löste am 1. März 2000 eine Vorabklärung des Sekretariats nach Art. 26 KG aus.⁹⁵¹ Am 4. Juli 2001 teilte das Sekretariat dem SBV im Sinne einer vorläufigen kartellrechtlichen Beurteilung mit, dass das Wettbewerbsreglement Wettbewerbsbeschränkungen bewirke, welche prima vista nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt seien. Dies betreffe insbesondere die Möglichkeit der Durchführung von Vorversammlungen (Art. 8 Abs. 3 Bst. a Wettbewerbsreglement des SBV von 1996).⁹⁵² Das Sekretariat regte daher unter anderem an, im Reglement die Möglichkeit der Durchführung von Vorversammlungen zu streichen.⁹⁵³ Insbesondere dieser Anregung kam der SBV nach. Die Delegiertenversammlung des SBV änderte mit Beschluss vom 21. November 2002 das Wettbewerbsreglement des SBV von 1996 und verzichtete darin unter anderem auf die Möglichkeit der Durchführung von Vorversammlungen.⁹⁵⁴ Daraufhin schloss das Sekretariat seine Vorabklärung mit Schlussbericht vom 15. September 2003 ab.⁹⁵⁵

588. Der GBV ist eine Sektion des SBV. Trotz der Folgerungen des Sekretariats in seiner Vorabklärung und der Anpassung des Wettbewerbsreglements durch den SBV im Jahr 2002 führte er weiterhin Vorversammlungen durch und setzte auch andere Beschlüsse des SBV vom 21. November 2002 nicht um. Nach dem Gesagten kann er sich dabei nicht auf berechtigtes Vertrauen berufen. Weder das Wettbewerbsreglement des SBV noch die

entsprechende Vorabklärung des Sekretariats boten eine Vertrauensgrundlage, auf die der GBV sein Verhalten hätte stützen können. Vielmehr hätte er sich aufgrund der erörterten Vorgeschichte bewusst sein müssen, dass die Organisation und Durchführung von Vorversammlungen gegen Art. 5 Abs. 1 KG verstossen kann. Da der Verband seine Tätigkeit als Organisator der Vorversammlungen im Mai 2008 eingestellt hat, erübrigt sich jedoch, diese Frage abschliessend zu beurteilen. Die Sanktionierung einer Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 1 KG ist gesetzlich nicht vorgesehen (vgl. Art. 49a Abs. 1 KG). Das Verfahren gegen den GBV ist einzustellen. Vorbehalten bleibt die Auferlegung von Verfahrenskosten (dazu Rz 1100 hiernach).

C.4.2.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

589. 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.⁹⁵⁶ Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.⁹⁵⁷ Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext verdeutlicht – alternativ voraus, nicht kumulativ.⁹⁵⁸

590. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteilnehmer „die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“.⁹⁵⁹ Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, ist nicht erforderlich.⁹⁶⁰

⁹⁴⁹ RPW 2014/2, 376 Rz 36 ff., *Meldesystem Baumeisterverbände*; ferner auch RPW 2003/4, 727 Rz 6, *Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbandes*.

⁹⁵⁰ Act. V.31 (22-0458), Rz 4.

⁹⁵¹ RPW 2003/4, 726 ff., *Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbands*.

⁹⁵² RPW 2003/4, 727 f. Rz 7, *Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbands*.

⁹⁵³ RPW 2003/4, 728 Rz 8, *Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbands*; vgl. auch vgl. RPW 2014/2, 373 Rz 5, *Meldesystem Baumeisterverbände*.

⁹⁵⁴ RPW 2003/4, 729 Rz 9, *Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbands*; vgl. auch RPW 2014/2, 373 Rz 6, *Meldesystem Baumeisterverbände*.

⁹⁵⁵ Vgl. RPW 2003/4, 726 ff., *Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbands*.

⁹⁵⁶ RPW 2013/4, 560 Rz 178, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

⁹⁵⁷ 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*.

⁹⁵⁸ Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, *BMW*.

⁹⁵⁹ RPW 2013/4, 560 Rz 180, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

⁹⁶⁰ 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*.

591. Die vorliegende Abrede beinhaltete, für Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen (Rz 150). Ein solcher Abredinhalt ist in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Darüber hinaus ist vorliegend – obwohl dies nicht notwendig ist – erwiesen, dass die Abredeteilnehmer mit ihrer Zusammenarbeit auch in subjektiver Hinsicht bezweckten, sich betreffend den Zuschlag und den Preis von Hoch- und Tiefbauleistungen nicht zu konkurrieren (Rz 186). Somit war die vorliegende Abrede nicht nur (objektiv) geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, sondern es bestand auch eine dahingehende Absicht der Abredeteilnehmer.

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

C.4.2.1.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

593. Die Parteien waren als Unternehmen auf derselben Marktstufe tätig und als solche Konkurrentinnen hinsichtlich der von öffentlichen Stellen und von Privaten ausgeschriebenen Aufträge für Hoch- und Tiefbauleistungen. Die vorliegende Abrede ist somit horizontaler Natur.

C.4.2.2 Qualifikation der vorliegenden Wettbewerbsabrede

C.4.2.2.1 Qualifikation als Gesamtabrede

594. Die vorliegende Vereinbarung weist folgende Merkmale auf:

- Sie zeichnet sich erstens durch ihren auf Dauer angelegten Charakter aus (*Dauerverstoss*). Wie erwiesen ist (vgl. Rz 150), kam die Vereinbarung zwischen den Abredeteilnehmern spätestens im Jahr 1997 zustande. Massgebend geprägt wurde die darauf beruhende Zusammenarbeit durch die Mitwirkung des GBV. So bestand mit den Vorversammlungen ein institutioneller Rahmen, der es erleichterte, die Abrede umzusetzen. Zwar wurde die Zusammenarbeit wohl zuweilen für kurze Zeit unterbrochen. Solche kurzen Unterbrüche in der Umsetzung der Vereinbarung ändern jedoch an der Qualifikation als Dauerabrede nichts, zumal diese (Umsetzungs-)Unterbrüche stets vorübergehender Natur waren und der Grundkonsens zur Zusammenarbeit dadurch nie aufgelöst wurde. Entscheidend ist, dass vorliegend zwischen den Beteiligten von (spätestens) 1997 bis Mai 2008 ein andauernder, einheitlicher Wille zur Zusammenarbeit in der Form der Projektzuteilung und Abstimmung der Eingabesummen bestand. Die vorliegende Abrede dauerte somit von (spätestens) 1997 bis Mai 2008 (vgl. Rz 199).
- Zweitens strebten die Abredeteilnehmer nicht danach, bei jeder einzelnen Ausschreibung von neuem zu entscheiden, ob eine Zusammenarbeit eingegangen wird oder nicht. Vielmehr entsprach es ihrem Willen, generell die im Unterengadin zu realisierenden Hoch- und Tiefbauprojekte aufzuteilen und die entsprechenden Angebotspreise zu koordinieren. Neben ihrer Eigenschaft als Dauer-

abrede ist die vorliegende Vereinbarung daher als *Gesamtabrede* zu qualifizieren.⁹⁶¹ Unerheblich ist, dass es zur Umsetzung dieser Abrede projektbezogener Einzelsubmissionsabreden bedurfte. Ebenso wenig ist es notwendig, dass die Gesamtabrede bei sämtlichen Ausschreibungen tatsächlich umgesetzt wurde und sämtliche Beteiligten an allen Umsetzungshandlungen in der Form von Einzelsubmissionsabreden mitgewirkt haben.⁹⁶²

C.4.2.2.2 Qualifikation als horizontale Preis- und Geschäftspartnerabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)

595. Die vorliegende Gesamtabrede ist wie folgt unter den Tatbestand von Art. 5 KG zu subsumieren:

- Wie bereits erläutert, handelt es sich vorliegend bei den Abredeteilnehmern um Unternehmen gleicher Marktstufe, da sie alle als Anbieter von Hoch- und/oder Tiefbauleistungen im Unterengadin tätig waren (vgl. Rz 3 ff. hiervor). Ohne eine entsprechende Zusammenarbeit hätten diese miteinander im Wettbewerb gestanden. Die vorliegende Gesamtabrede ist daher als *horizontale Wettbewerbsabrede* zu qualifizieren (Art. 5 Abs. 3 KG).
- Die vorliegende Gesamtabrede beinhaltete so- dann, dass die Beteiligten den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin festlegen wollten (Rz 150). Von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG ist nicht nur die direkte, sondern auch die indirekte Verursachung der Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern erfasst.⁹⁶³ Zwar ist der vorliegenden Abrede nicht unmittelbar zu entnehmen, welcher Geschäftspartner oder welche Geschäftspartnerin welchem Unternehmen zugeordnet wurde. Sie war aber zum einen auf die Aufteilung der Abnehmer und Abnehmerinnen der Leistungen der Abredeteilnehmer gerichtet und zum anderen kam es in der Umsetzung der Abrede tatsächlich zu einer Vielzahl von Zuteilungen von Projekten bzw. Geschäftspartnern und Geschäftspartnerinnen (Rz 242 hiervor). Im Ergebnis wirkte die vorliegende Gesamtabrede daher wie eine Geschäftspartnerabrede. Vor diesem Hintergrund ist die vorliegende Gesamtabrede als eine von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG erfasste indirekte *Geschäftspartnerabrede* zu qualifizieren.

⁹⁶¹ Vgl. zur Praxis der WEKO betreffend die Qualifikation als Gesamtabrede auch RPW 2008/1, 85, *Strassenbeläge Tessin*; RPW 2013/2, 154 Rz 73 ff., *Abrede im Speditionsbereich*; RPW 2015/2, 225 Rz 194, *Tunnelreinigung*; RPW 2017/3, 446 f. Rz 207, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.

⁹⁶² RPW 2017/3, 447 Rz 207, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; RPW 2013/2, 154 Rz 75, *Abrede im Speditionsbereich*.

⁹⁶³ RPW 2017/3, 447 Rz 208, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 KG N 437 ff.

- Weiter beinhaltete die vorliegende Gesamtabrede, für die einzelnen Ausschreibungen die Angebotspreise festzulegen (Rz 150). Zu prüfen ist, ob eine solche Vereinbarung als Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu qualifizieren ist. Wie bereits aus dessen Wortlaut hervorgeht, fällt auch die indirekte Preisfestsetzung unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG. Die vorliegende Gesamtabrede zielte unter anderem darauf, den Preiswettbewerb unter den Beteiligten auszuschliessen (Rz 186). Anstelle des Preiswettbewerbs sollte die gemeinsame Preisfestsetzung durch die Beteiligten treten. Zwar bestimmten die Beteiligten die konkreten Angebotspreise für ihre Hoch- und Tiefbauleistungen jeweils erst im Rahmen der einzelnen Umsetzungshandlungen, d.h. in den projektspezifischen Submissionsabreden. Die Gesamtabrede bildete jedoch das notwendige Fundament dieser projektspezifischen Preisfestsetzung. Erstens ist ihr der Grundkonsens immanent, dass die Beteiligten die Angebotspreise gemeinsam und nicht individuell bestimmten. Zweitens schaffte sie den institutionellen Rahmen für die Zusammenarbeit und damit auch für die Preisfestsetzung. Drittens gab sie mit der Orientierung am Mittelwert der von den Beteiligten vorkalkulierten Offerten (vgl. dazu Rz 241 hiervor) in den Grundzügen den Mechanismus der konkreten Preiskalkulation vor. Aus diesen Gründen ist die vorliegende Gesamtabrede auch als (indirekte) Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu qualifizieren.⁹⁶⁴

596. Nach dem Gesagten stellt die vorliegende Gesamtabrede eine horizontale Preis- und Geschäftspartnerabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG dar. Hinzuweisen ist darauf, dass diese Vereinbarung durch projektspezifische Submissionsabreden umgesetzt wurde, welche jeweils wiederum als Preis- und Geschäftspartnerabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG zu qualifizieren wären.⁹⁶⁵ Diese „Umsetzungsabreden“ der Gesamtabrede müssen aber vorliegend keiner isolierten kartellrechtlichen Würdigung unterzogen werden.

597. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei horizontalen Geschäftspartner- und Preisabreden vermutet (Bst. a und c). In Bezug auf die vorliegende Gesamtabrede greift damit die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs.

598. Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich diese Vermutung widerlegen lässt. Dabei ist zunächst der relevante Markt, auf dem sich die vorliegende Gesamtabrede auswirkte, in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht abzugrenzen (Rz 599 ff. hiernach). Anschliessend ist zu prüfen, ob der auf dem relevanten Markt trotz des Vorliegens der Wettbewerbsabrede noch verbliebene aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag. Wie zu zeigen ist, liegt keine Wettbewerbsbeseitigung vor (Rz 614 ff. hiernach). Daher ist anschliessend zu prüfen, ob die Gesamtabrede eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zur Folge hatte (Rz 629 ff. hiernach) sowie ob sie sich ggf. aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt (Rz 632 hiernach).

C.4.2.3 Relevanter Markt

599. Um die Schwere der Auswirkungen der vorliegenden Gesamtabrede bewerten zu können, ist im Folgenden der kartellrechtlich relevante Markt abzugrenzen. Dabei ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.⁹⁶⁶

600. 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.⁹⁶⁷ Zudem ist die Bestimmung des relevanten Markts für die Höhe der Sanktion von Bedeutung (vgl. Rz 760 ff. hiernach). Daraus folgt, dass die Marktabgrenzung davon abhängig ist, welche (mögliche) Wettbewerbsbeschränkung konkret untersucht wird. Dieser Umstand kann wiederum dazu führen, dass der Inhalt der Marktabgrenzung je nach untersuchter Verhaltensweise (Abreden, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, Unternehmenszusammenschluss) divergiert, obwohl er denselben Wirtschaftsbereich betrifft.⁹⁶⁸

C.4.2.3.1 Marktgegenseite

601. Für alle drei Aspekte der Marktabgrenzung kommt es auf die Sichtweise der Marktgegenseite an. „Marktgegenseite“ sind dabei die Abnehmer und Abnehmerinnen derjenigen Leistung, die Gegenstand der untersuchten (möglichen) Wettbewerbsbeschränkung ist.⁹⁶⁹ Untersuchen die Wettbewerbsbehörden zum Beispiel das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens, so kommt es für die Marktabgrenzung auf die Sicht der Abnehmer und Abnehmerinnen des durch das marktbeherrschende Unternehmen verkauften Produkts an.⁹⁷⁰

⁹⁶⁴ Vgl. auch RPW 2017/3, 447 Rz 209, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.

⁹⁶⁵ Vgl. RPW 2009/3, 207 ff. Rz 74 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2012/2, 392 f. Rz 995 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2013/4, 591 Rz 820, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2017/3, 447 Rz 210, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.

⁹⁶⁶ BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; RPW 2017/3, 448 Rz 214, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.

⁹⁶⁷ 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.

⁹⁶⁸ So auch das Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 276, *ADSL II* unter Verweis auf ROGER ZÄCH, *Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG*, insbesondere der neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden, in: *Kartellgesetzrevision 2003*, Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), 2004, 164 f., sowie die EU-Praxis; vgl. auch Steinvorth (Fn 1002), 924 ff.

⁹⁶⁹ 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.

⁹⁷⁰ Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 269 ff., *ADSL II*.

Werden hingegen die Wirkungen einer Wettbewerbsabrede untersucht, so sind diejenigen Personen als Marktgegenseite zu betrachten, welche die Güter oder Dienstleistungen beziehen, auf die sich die Abrede bezieht.

602. Bei der vorliegenden Gesamtabrede bildeten alle (privaten und öffentlichen) Bauherren, welche bis Mai 2008 Hoch- und Tiefbauprojekte im Unterengadin vergeben haben, Marktgegenseite der Abredeteilnehmer.

C.4.2.3.2 Sachlich relevanter Markt

603. 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 VKU⁹⁷¹, der hier analog anzuwenden ist).⁹⁷²

604. Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt demnach aus Sicht der Marktgegenseite und fokussiert somit auf den zu beurteilenden Einzelfall: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.⁹⁷³ Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager oder der Nachfragerin hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden, also in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.⁹⁷⁴ Entscheidend sind die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite sowie weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren und Dienstleistungen aus Nachfragersicht.⁹⁷⁵ Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.⁹⁷⁶

605. Die vorliegende Wettbewerbsabrede bestand darin, für Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen (Rz 150 hiervor). Sie ist als Gesamtabrede zu qualifizieren (Rz 594 hiervor). Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der relevante Markt in sachlicher Hinsicht jedenfalls alle Hoch- und Tiefbauleistungen umfasst, welche von den (öffentlichen und privaten) Bauherren im Unterengadin bis Mai 2008 nachgefragt worden sind. Denn diese Hoch- und Tiefbauleistungen sollten grundsätzlich zugeteilt und preislich reguliert werden und bezüglich dieser Nachfrage hätten die betreffenden Bauunternehmen dauerhaft in Konkurrenz gestanden, wenn sie nicht eine Abrede getroffen hätten.

606. Eine derartige sachliche Marktabgrenzung entspricht im Ergebnis der Marktabgrenzung, welche die WEKO für eine vergleichbare Gesamtabrede über die Zuteilung von Strassenbauprojekten im Kanton Tessin im Fall *Strassenbeläge Tessin* vorgenommen hat. Auch dort wurde in sachlicher Hinsicht ein relevanter Markt für Strassen- und Belagsbau angenommen.⁹⁷⁷ Vergleichbares gilt für den Fall *Tunnelreinigung*, bei dem es um eine Gesamtabrede über die Zuteilung von Tunnelreinigungsaufträgen ging („Markt für Tunnelreinigungen“).⁹⁷⁸ Im Fall *See-Gaster*, in welchem eine Gesamtabrede über die Zuteilung von Strassen- und/oder Tiefbauaufträgen zugrunde lag, grenzte die WEKO einen sachlichen Markt für „Strassen- und Tiefbauleistungen“ ab.

Schliesslich erliess die WEKO jüngst den Entscheid im Fall *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*, der die Beurteilung einer Gesamtabrede über die Zuteilung und preisliche Abstimmung von Hoch- und Tiefbauprojekten zum Gegenstand hatte. Dabei grenzte die WEKO einen sachlichen Markt für die Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen ab.⁹⁷⁹ In all diesen Fällen grenzte die WEKO den sachlich relevanten Markt somit leistungsbezogen ab.

607. Beizufügen ist, dass die Bereiche Hoch- und Tiefbau wohl in zwei Märkte zu unterteilen wären, da sie unterschiedliche, nicht substituierbare Bauleistungen erfassen. Eine solche engere Marktabgrenzung ist im vorliegenden Fall jedoch aus folgenden Gründen nicht notwendig: Erstens wurden an den Vorversammlungen sowohl Hoch- als auch Tiefbauprojekte dem mit der Gesamtabrede praktizierten Zuteilungs- und Preisbestimmungsmechanismus zugeführt (vgl. Rz 225 ff. hiervor). Dabei wurde nicht zwischen Hoch- und Tiefbauleistungen unterschieden. Zweitens würde eine solche Abgrenzung in die Teilmärkte des Hoch- und Tiefbaus an der Beurteilung der in diesem Zusammenhang relevanten Rechtsfragen nichts ändern. So bliebe die Würdigung der Zulässigkeit der vorliegenden Wettbewerbsabrede und der Sanktionshöhe die gleiche, zumal die Abrede beide Bereiche erfasste und die Wettbewerbskräfte durch diese in beiden Bereichen gleichermaßen beeinträchtigt wurden (dazu im Einzelnen Rz 225 ff.). Aus diesen Gründen kann vorliegend offen bleiben, ob der Markt für die Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen gegebenenfalls in verschiedene Märkte zu unterteilen und damit enger abzugrenzen wäre.

C.4.2.3.3 Räumlich relevanter Markt

608. 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).⁹⁸⁰

609. Für im Unterengadin tätige Bauunternehmen besteht ein gewisser Distanzschutz. Die zunehmende Distanz des Sitzes und/oder Werkhofs einer Unternehmung zum Ausführungsort führt zu steigenden Selbstkosten und sinkender Rentabilität eines Auftrags. Vorliegend ist

⁹⁷¹ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

⁹⁷² BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigruppe SA et al./WEKO*.

⁹⁷³ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigruppe SA et al./WEKO*; Urteil des BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, E. 3.2, *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

⁹⁷⁴ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigruppe SA et al./WEKO*; BGE 129 II 18 E. 7.3.1 (= RPW 2002/4, 743 E. 7.3.1), *Buchpreisbindung*.

⁹⁷⁵ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigruppe SA et al./WEKO*.

⁹⁷⁶ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigruppe SA et al./WEKO*.

⁹⁷⁷ RPW 2008/1, 97 Rz 102, *Strassenbeläge Tessin*; bestätigt in Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 368 E. 9.1.1, *Strassenbeläge Tessin*.

⁹⁷⁸ RPW 2015/2, 226 Rz 201 ff., *Tunnelreinigung*.

⁹⁷⁹ RPW 2017/3, 448 f. Rz 218 ff., *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.

⁹⁸⁰ BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Publigruppe SA et al./WEKO*.

zudem erwiesen, dass gerade die kleineren im Unterengadin domizilierten Bauunternehmen typischerweise jeweils nur in einem Teilgebiet des Unterengadins im Umkreis ihres Standorts tätig waren (dazu Rz 82 hier-
vor). Hinzu kommt die generelle Tendenz der Auftraggeber und Auftraggeberinnen, ihnen bekannte, demnach meist ortsansässige respektive ortskundige, und damit in der Regel regional tätige Unternehmen zu favorisieren.⁹⁸¹

610. Darüber hinaus sind zur Beantwortung der Frage, wo die Nachfrager und Nachfragerinnen die von ihnen gewünschte Leistung nachfragen, auch die natürlichen und geografischen Gegebenheiten zu berücksichtigen. Denn diese führen – gerade in Verbindung mit einem gewissen Distanzschutz im Baugewerbe – dazu, dass Nachfrager und Nachfragerinnen von Hoch- und Tiefbauleistungen nur dort Leistungen anfragen, von wo aus sich ein Transport des Baumaterials, der Baumaschinen und des Personals mit Blick auf das zu zahlende Entgelt noch lohnt. Gerade Gebirge und Pässe können so natürliche Hindernisse darstellen, welche die Anbieter und Anbieterinnen jenseits dieser natürlichen Grenzen gegenüber solchen, welche innerhalb dieser natürlichen Grenzen ihren Sitz oder einen Werkhof haben, benachteiligen, da derartige natürliche Grenzen die Transport- und Koordinationskosten erheblich erhöhen können. Die Geographie des Unterengadins spricht auch dafür, den in räumlicher Hinsicht relevanten Markt auf dieses Gebiet zu begrenzen (vgl. Rz 64 ff.).

611. Da die Marktabgrenzung ein Hilfsmittel zur Untersuchung der Auswirkungen einer Abrede sowie zur Ermöglichung der Abschöpfung der Kartellrente ist, ist bei der Definition des räumlich relevanten Markts auch der Abredeinhalt zu berücksichtigen. Die vorliegende Wettbewerbsabrede bezog sich auf Projekte im Unterengadin. Sie betraf sowohl die öffentlichen als auch die privaten Bauherren des Unterengadins, die somit die Marktgegenseite bilden (vgl. Rz 601 f. hier-
vor). Die betreffenden Bauherren fragten Hoch- und Tiefbauleistungen fast ausschliesslich bei den im Unterengadin tätigen Bauunternehmen nach. Dieses Verhalten der Marktgegenseite war nicht irrational, sondern liegt in den Transportkosten, den politischen Grenzen und den besonderen persönlichen Beziehungen im Unterengadin begründet (vgl. Rz 619 ff.). Dies legt nahe, den räumlichen Markt auf das Gebiet des Unterengadins zu begrenzen.

612. Aus diesen Gründen ist vorliegend von einem räumlich relevanten Markt auszugehen, der das Gebiet des Unterengadins umfasst.

C.4.2.3.4 Zeitlich relevanter Markt

613. Während der zeitlich relevante Markt bei Einzelsubmissionsabreden durch den Zeitpunkt der Ausschreibung bzw. Anfrage nach einer Offerte sowie durch die Vergabeentscheidung bzw. die Durchführung der Bauarbeiten begrenzt ist, gilt dies nicht für den für die Gesamtabrede zeitlich relevanten Markt. Die vorliegende Gesamtabrede bestand und wirkte andauernd und stetig mindestens seit dem Jahr 1997 bis Mai 2008 (vgl. Rz 199 und Rz 243 hier-
vor).

C.4.2.4 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

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

615. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung im vorliegenden Fall widerlegt werden kann. Hierzu ist zu beurteilen, ob der auf dem relevanten Markt trotz des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede noch verbleibende aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten und damit die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag.

C.4.2.4.1 Aussenwettbewerb

616. Nachfolgend gilt es festzustellen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert werden, d.h., ob sie überhaupt über die Möglichkeit verfügen, 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 können.

(i) Aktueller Wettbewerb

617. Hinreichender Aussenwettbewerb liegt dann vor, wenn Drittunternehmen, die sich nicht an der Abrede beteiligten, die Wettbewerbskräfte auf dem relevanten Markt (dazu Rz 599 ff. hier-
vor) soweit zu beeinflussen vermögen, dass der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt ist. Hierzu ist die Intensität des tatsächlichen Aussenwettbewerbs anhand der konkreten Marktstrukturen zu beurteilen. Entscheidend ist dabei das Gewicht von Drittunternehmen auf dem relevanten Markt im Verhältnis zu den Abredeteilnehmern.

618. Diesbezüglich ist folgenden Punkten Rechnung zu tragen:

- Die Untersuchungsadressaten vereinten im Bereich öffentlicher Ausschreibungen von Hoch- und Tiefbauprojekten im Unterengadin einen Anteil von rund 85 % (dazu Rz 89). Dabei sind zwar private Ausschreibungen und freihändige Vergaben der öffentlichen Hand ausgeklammert. Dennoch kann daraus geschlossen werden, dass die Untersuchungsadressaten auf dem relevanten Markt den wesentlichen Teil der realisierten Umsätze erzielt haben.

⁹⁸¹ RPW 2012/2, 392 Rz 988, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2013/4, 594 Rz 835, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

- Damit hielten Unternehmen, die von der vorliegenden Untersuchung nicht betroffen sind, Marktanteile von insgesamt 15 %. 9,2 % fallen dabei auf folgende drei Unternehmen: die [...], die inzwischen in Konkurs geraten ist, das [...] sowie das Unternehmen [...]. Die beiden letztgenannten Unternehmen konnten im fraglichen Zeitraum ein resp. zwei Grossprojekte im Unterengadin erringen (vgl. Rz 92 hiervor). Die konkursite [...] war selber bis 2006 an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen beteiligt.⁹⁸² Erst ab dem Jahr 2007 konnte von ihr tatsächlicher Aussenwettbewerb ausgehen.
- Die restlichen Marktanteile von rund 6 % teilten sich 22 Unternehmen auf. Hierbei handelte es sich um gelegentliche oder kleine Anbieter, die nicht in der Lage waren, die Zusammenarbeit der übrigen Unternehmen im Rahmen von Vorversammlungen zu destabilisieren. Zwar handelte es sich durchaus um eine bedeutende Anzahl Aussenwettbewerber. Der effektive Konkurrenzdruck, der von ihnen ausging, war aber aufgrund ihrer Kapazitäten oder der beschränkten Tätigkeit im Unterengadin gering. Sie konnten die Abredeteilnehmer in ihrer Abredetätigkeit nicht disziplinieren und die negativen Folgen der Gesamtabrede auf die Wettbewerbsverhältnisse nicht verhindern. Damit erreichte der tatsächliche Aussenwettbewerb nicht das erforderliche Mass, um die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs allein aus diesem Blickwinkel umzustossen.

(ii) Potenzieller Wettbewerb

619. Da vorliegend im relevanten Zeitraum kein hinreichender tatsächlicher Aussenwettbewerb bestand, um die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu widerlegen, ist zu prüfen, ob und inwiefern die Abredeteilnehmer mit potenzieller Konkurrenz konfrontiert waren. Konkret stellt sich dabei die Frage, ob potenzielle Konkurrenten in den relevanten Markt hätten eindringen können, d.h. Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin hätten anbieten können. Falls dies zutrifft, ist zu beurteilen, ob dieser potenzielle Wettbewerb ausreichend war, um – trotz der Wettbewerbsabrede – die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umzustossen. Im Vordergrund steht die Würdigung von Markteintrittsschranken. Bei Märkten, die sich durch hohe Eintrittshürden auszeichnen, ist der potenzielle Wettbewerb typischerweise gering oder gar inexistent. Solche Eintrittshürden können insbesondere in rechtlichen Schranken, nicht zu amortisierenden Investitionen, hohen Transportkosten oder Überkapazitäten auf dem betreffenden Markt bestehen.⁹⁸³

620. In Bezug auf die zu beurteilenden Branchen des Hoch- und Tiefbaus ist im Allgemeinen anerkannt, dass sie durch hohe Transportkosten geprägt sind.⁹⁸⁴ Die Angaben der Parteien sowie die Auswertung der Offertöffnungsprotokolle belegen die Tendenz der Unternehmen, Projekte vor allem im näheren Umkreis des eigenen Werkhofs auszuführen. Dies gilt im besonderen Mass für die kleinen im Unterengadin tätigen Unternehmen (dazu Rz 78 ff. hiervor). Diese regionale Fokussierung der Unternehmen bestätigt, dass Transportkosten

und Fahrdistanzen in der Baubranche im Unterengadin bedeutende Faktoren bildeten. Daraus folgt, dass der Konkurrenzdruck durch potenzielle Aussenwettbewerber durch die spezifischen geographischen Verhältnisse im Unterengadin (vgl. Rz 64 ff. hiervor) reduziert war.

621. Ins Gewicht fielen die Transportkosten vor allem bei kleineren Hoch- und Tiefbauprojekten. So ist es für ein Unternehmen weniger attraktiv, Bauprojekte mit geringem Bauvolumen zu akquirieren, die weit vom eigenen Werkhof gelegen sind. Die Tendenz, sich vor allem auf Bauprojekte im näheren Umkreis des Werkhofs zu fokussieren, war denn auch bei kleineren Bauunternehmen im Unterengadin besonders ausgeprägt (dazu Rz 82 hiervor). Hingegen steigt bei grösseren Bauprojekten typischerweise auch die Bereitschaft der Unternehmen, längere Transportwege in Kauf zu nehmen. Vor diesem Hintergrund ist es nicht erstaunlich, dass etwa das Unternehmen [...], zwei Grossprojekte der öffentlichen Hand akquiriert hat. Bei Bauprojekten mit geringem Volumen wäre die Ausführung für ein in Österreich domiziliertes Unternehmen aus wirtschaftlichen Überlegungen weniger interessant gewesen. Daher erscheint die potenzielle Aussenkonkurrenz bei bedeutsamen Projekten tendenziell stärker als bei kleinen Projekten.

622. Insgesamt waren die Abredeteilnehmer dennoch nicht mit hinreichend potenzieller Aussenkonkurrenz konfrontiert, um die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt als widerlegt zu erachten. Dies gilt sowohl hinsichtlich grösserer als auch hinsichtlich kleinerer Bauprojekte. Namentlich hätten die Abredeteilnehmer nicht während Jahren eine Vielzahl von Bauprojekten erfolgreich dem Zuteilungs- und Preisbestimmungsmechanismus im Rahmen von Vorversammlungen zuführen können, wenn gewichtiger potenzieller Konkurrenzdruck geherrscht hätte. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird allein unter diesem Gesichtspunkt nicht umgestossen.

C.4.2.4.2 Innenwettbewerb

623. Zu prüfen bleibt, ob die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch die Abreden aufgrund des trotz Gesamtabrede verbliebenen Wettbewerbs zwischen den Abredeteilnehmern widerlegt werden kann. Solcher Wettbewerb kann in zweierlei Hinsicht bestehen: Entweder weil sich die Abredeteilnehmer nicht an die Abrede halten (Innenwettbewerb) oder weil trotz Abrede weiterhin ausreichend Wettbewerb zwischen ihnen hinsichtlich nicht abgesprochener, im konkreten Markt aber mitentscheidender Wettbewerbsparameter⁹⁸⁵ besteht (Rest- oder Teilwettbewerb).

⁹⁸² Vgl. Act. IV.002, Zeile 26 f. (Aussage C.____); Act. IX.C.50, Zeile 86 (Aussage C.____); Act. IX.C.51, Zeilen 180 ff. (Aussage M.____); Act. III.D.030; Act. III.D.025; Act. III.D.035; Act. III.D.024.

⁹⁸³ RPW 2017/3, 450 Rz 233, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; CR Concurrence-MARC AMSTUTZ/BLAISE CARON/MANI REINERT, Art. 5 LCart N 509 m.w.H.

⁹⁸⁴ RPW 2008/1, 85 Rz 206, *Strassenbeläge Tessin*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 368 E. 9.2.1, *Strassenbeläge Tessin*.

⁹⁸⁵ BGE 129 II 18, E. 8.3.4 (= RPW 2002/4, 747, E 8.3.4), *Buchpreisbindung*.

624. Die vorliegende Gesamtabrede beinhaltete, jeweils den designierten Zuschlagsempfänger bzw. die designierte Zuschlagsempfängerin von Submissionen zu bestimmen (vgl. dazu Rz 150). Als Abrede über die Zuteilung von Geschäftspartnern zielte sie darauf, sämtliche möglichen Aspekte des Wettbewerbs auszuschliessen. Insofern bestanden keine Wettbewerbsparameter, die nicht von der Abrede hätten erfasst werden sollen.

625. Selbst wenn nicht betroffene Wettbewerbsparameter vorhanden gewesen wären, wäre das Spektrum der verbleibenden Wettbewerbskräfte nicht ausreichend gewesen, um die Beseitigungsvermutung umzustossen. Wie dargelegt worden ist (vgl. Rz 595 f.), setzte die Zuteilung von Hoch- und Tiefbauprojekten voraus, dass sich die Abredeteilnehmer über die betreffenden Angebotspreise einigten. Daraus folgt, dass die preisliche Wettbewerbsdimension durch die Gesamtabrede – soweit die Beteiligten diese tatsächlich umsetzten – aufgehoben wurde. Dass der Preis den zentralen Wettbewerbsfaktor bildete, bestätigten auch die Parteien. Gemäss deren übereinstimmenden Angaben erhielt in rund 80 % bis 90 % der Fälle dasjenige Unternehmen mit dem tiefsten Angebot anschliessend auch den Zuschlag. Auch der Kanton Graubünden wies darauf hin, dass er den Zuschlag in der Regel dem Unternehmen mit dem tiefsten Angebot erteilte.⁹⁸⁶

626. Zu beleuchten ist sodann der Umsetzungsgrad der Gesamtabrede. Vorliegend wurde diese zwar in vielen Fällen in der Form von Einzelsubmissionsabsprachen umgesetzt (dazu Rz 238 ff.). Allerdings wurden nicht alle öffentlichen und privaten Ausschreibungen im Unteren-gadin tatsächlich an Vorversammlungen behandelt. Insbesondere in den Jahren 2007 und 2008 nahm der Umsetzungsgrad der Gesamtabrede stark ab (dazu Rz 241). Ebenso wenig wurde bei allen besprochenen Projekten eine Einigung betreffend den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin erzielt. Vor diesem Hintergrund ist – gesamthaft betrachtet – anzunehmen, dass zwischen den Abredeteilnehmern ein gewisser Innenwettbewerb fortbestand, der die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegen lässt.

C.4.2.4.3 Zwischenfazit

627. Zusammenfassend steht fest, dass der tatsächliche und potenzielle Aussenwettbewerb auf dem relevanten Markt für Hoch- und Tiefbauleitungen im Unteren-gadin von 1997 bis Mai 2008 nicht hinreichend war, um die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu widerlegen. Allerdings ist unter dem Gesichtspunkt des Innenwettbewerbs zu beachten, dass nicht sämtliche Ausschreibungen an Vorversammlungen behandelt wurden. Zudem war der Umsetzungsgrad der Gesamtabrede insbesondere in den Jahren 2007 und 2008 reduziert. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung ist daraus zu schliessen, dass auf dem relevanten Markt ausreichender Innenwettbewerb bestand, um die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umzustossen.

628. Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob die zu beurteilende Gesamtabrede zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führte.

C.4.2.5 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

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

630. 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.⁹⁸⁷ 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.⁹⁸⁸ 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.⁹⁸⁹

631. Der vorliegenden Gesamtabrede war ein grosses Schädigungspotenzial immanent. Als horizontale Preis- und Geschäftspartnerabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG) betraf sie zentrale Wettbewerbsparameter. Zudem dauerte sie von (spätestens) 1997 bis Mai 2008, erfasste fast den gesamten Kreis der Marktteilnehmer und wurde in vielen Fällen in der Form von Einzelsubmissionsabreden umgesetzt. Die Bagatellschwelle ist bei weitem überschritten. Das Kriterium der Erheblichkeit ist somit gegeben.

C.4.2.6 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

632. Rechtfertigungsgründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) sind nicht ersichtlich und wurden von den Parteien auch nicht vorgebracht. Die vorliegende Gesamtabrede stellt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung dar.

C.4.2.7 Zwischenergebnis

633. Zusammenfassend ist Folgendes festzuhalten:

- Der vorliegende Konsens zwischen im Unteren-gadin tätigen Bauunternehmen, Hoch- und Tiefbauleistungen im Unteren-gadin den designierten Zuschlagsempfänger oder die designierte Zuschlagsempfängerin sowie die jeweiligen Angebotspreise festzulegen, ist als Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Der

⁹⁸⁶ Act. VI.002.

⁹⁸⁷ 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.

⁹⁸⁸ 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.

⁹⁸⁹ 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.

Gegenstand dieser Abrede ist in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Damit liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor. Zudem bezweckten die Abredeteilnehmer vorliegend tatsächlich, untereinander den Wettbewerb über den Zuschlag und den Preis von Hoch- und Tiefbauleistungen auszuschliessen.

- Die vorliegende Wettbewerbsabrede ist als horizontale Geschäftspartner- und Preisabrede zu werten. Damit erfüllt sie die Tatbestandsmerkmale von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und Bst. c KG. Zeitlich hatte sie von (spätestens) 1997 bis Mai 2008 Bestand. Sie weist daher die Merkmale eines Dauerverstosses auf. Weiter entsprach es dem Willen der Abredeteilnehmer, generell die im Unterengadin zu realisierenden Hoch- und Tiefbauprojekte aufzuteilen und die entsprechenden Angebotspreise zu koordinieren. Die Vereinbarung ist daher als *Gesamtabrede* zu qualifizieren.
- Da die Gesamtabrede als Geschäftspartner- und Preisabrede zu qualifizieren ist, greift gemäss Art. 5 Abs. 3 KG die Vermutung, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt ist. Diese Vermutung lässt sich zwar vorliegend widerlegen, nämlich unter dem Gesichtspunkt des Innenwettbewerbs. Allerdings liegt kein Bagatellfall vor. Die Gesamtabrede ist daher als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu werten. Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG sind nicht ersichtlich und wurden auch nicht vorgebracht. Die vorliegende Gesamtabrede stellt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar.

C.4.3 Zusammenarbeit zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG (bis 2012)

C.4.3.1 Wettbewerbsabrede

634. 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). Vorausgesetzt ist zum einen ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken (dazu Rz 580 hiavor), zum anderen ein Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung (dazu Rz 589 f. hier vor).

635. Beweismässig ist vorliegend erstellt, dass zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG spätestens ab dem Jahr 2008 tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen über die Zusammenarbeit betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin vorlagen (*natürlicher Konsens*).

636. Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG in Bezug auf die genannten Verfahrensparteien erfüllt.

637. Die zu beurteilende Abrede zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG und der Lazzarini

AG beinhaltete, ihre Wettbewerbsverhältnisse betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin im Einvernehmen zu regeln (dazu Rz 290 hiavor). 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 ihrer Zusammenarbeit auch in subjektiver Hinsicht bezweckten, sich betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin nicht zu konkurrenzieren (Rz 294). Somit war die vorliegende Abrede nicht nur (objektiv) geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, sondern es bestand auch eine dahingehende Absicht der Abredeteilnehmer.

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

639. Die genannten Parteien waren als Unternehmen auf derselben Marktstufe tätig und als solche Konkurrentinnen hinsichtlich der von öffentlichen Stellen und von Privaten ausgeschriebenen Aufträge für Hoch- und Tiefbauleistungen. Die vorliegende Abrede ist somit horizontaler Natur.

C.4.3.2 Qualifikation der vorliegenden Wettbewerbsabrede

C.4.3.2.1 Qualifikation als Gesamtabrede

640. Die vorliegende Vereinbarung weist folgende Merkmale auf:

- Sie zeichnet sich erstens durch ihren auf Dauer angelegten Charakter aus (Dauerverstoss). Wie erwiesen ist (vgl. Rz 298), kam die Vereinbarung zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG spätestens im Jahr 2008 zustande. Ab diesem Zeitpunkt bis Oktober 2012 bestand zwischen den Beteiligten ein andauernder, einheitlicher Wille zur Zusammenarbeit in der Form von projektübergreifenden Interessensabgleichungen an gemeinsamen Jahresstartsitzungen (dazu Rz 276 ff. hiavor), systematischen Arbeitsgemeinschaften (dazu Rz 281 ff. hiavor) sowie der – bis zu einem gewissen Grad – systematischen Koordination der Angebotspreise bei einzelnen Bauprojekten (dazu Rz 285 ff. hiavor). Nennenswerte Unterbrüche sind hierbei nicht ersichtlich. Die vorliegende Abrede dauerte somit von spätestens 2008 bis Oktober 2012.
- Zweitens strebten die Abredeteilnehmer nicht danach, bei jeder einzelnen Ausschreibung von neuem zu entscheiden, ob eine Zusammenarbeit eingegangen wird oder nicht. Vielmehr entsprach es ihrem Willen, ihr Marktverhalten im Unterengadin projektübergreifend zu koordinieren. Neben ihrer Eigenschaft als Dauerabrede ist die vorliegende Vereinbarung daher als *Gesamtabrede* zu qualifizieren.⁹⁹⁰ Unerheblich ist, dass es zur Umset-

⁹⁹⁰ Vgl. zur Praxis der WEKO betreffend die Qualifikation als Gesamtabrede auch RPW 2008/1, 85, *Strassenbeläge Tessin*; RPW 2013/2, 154 Rz 73 ff., *Abrede im Speditionsbereich*; RPW 2015/2, 225 Rz 194, *Tunnelreinigung*.

zung dieser Abrede projektbezogener Einzelsubmissionsabreden bedurfte. Ebenso wenig ist es notwendig, dass die Gesamtabrede bei sämtlichen Ausschreibungen tatsächlich umgesetzt wurde.⁹⁹¹

C.4.3.2.2 Qualifikation als horizontale Geschäftspartnerabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG)

641. Die vorliegende Gesamtabrede ist wie folgt unter den Tatbestand von Art. 5 KG zu subsumieren:

- Wie bereits erläutert, handelt es sich vorliegend bei der Foffa Conrad AG bzw. Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG um Unternehmen gleicher Marktstufe, da sie alle als Anbieter von Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin tätig waren (vgl. Rz 3 ff. hiervor). Ohne eine entsprechende Zusammenarbeit hätten diese miteinander im Wettbewerb gestanden. Die vorliegende Gesamtabrede ist daher als *horizontale Wettbewerbsabrede* zu qualifizieren (Art. 5 Abs. 3 KG).
- Die vorliegende Gesamtabrede beinhaltet sodann, dass die beteiligten Unternehmen im Rahmen ihrer Zusammenarbeit ihre Wettbewerbsverhältnisse in den Bereichen Hoch- und Tiefbau im Einvernehmen regeln wollten (Rz 290 hiervor). Die Umsetzung der Gesamtabrede führte in den betroffenen Fällen im internen Verhältnis zu einer Projektaufteilung (Rz 302 hiervor). Von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG ist nicht nur die direkte, sondern auch die indirekte Verursachung der Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern erfasst.⁹⁹² Zwar ist der vorliegenden Abrede nicht unmittelbar zu entnehmen, welcher Geschäftspartner oder welche Geschäftspartnerin welchem Unternehmen zugeordnet wurde. Sie war aber zum einen auf die Aufteilung der Abnehmer und Abnehmerinnen der Leistungen der Abredeteilnehmer gerichtet und zum anderen kam es in der Umsetzung der Abrede tatsächlich zu einer Vielzahl von Zuteilungen von Projekten bzw. Geschäftspartnern und Geschäftspartnerinnen (Rz 285 ff. hiervor). Im Ergebnis wirkte die vorliegende Gesamtabrede daher wie eine Geschäftspartnerabrede. Vor diesem Hintergrund ist die vorliegende Gesamtabrede als eine von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG erfasste indirekte *Geschäftspartnerabrede* zu qualifizieren.

642. Nach dem Gesagten stellt die vorliegende Gesamtabrede eine horizontale Geschäftspartnerabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG dar. Hinzuweisen ist darauf, dass diese Vereinbarung – neben anderen Vollzugshandlungen (vgl. Rz 299 ff.) – insbesondere auch durch projektspezifische Submissionsabreden umgesetzt wurde, welche nicht nur als Geschäftspartnerabreden, sondern auch als Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu qualifizieren wären.⁹⁹³ Diese „Umsetzungsabreden“ der Gesamtabrede müssen aber vorliegend keiner isolierten kartellrechtlichen Würdigung unterzogen werden.

643. Liegen Abreden vor, welche unter die Aufzählung in Art. 5 Abs. 3 KG fallen, so wird für diese Abreden vermutet, dass sie eine wettbewerbsbeseitigende Wirkung

haben. In Bezug auf die vorliegende Gesamtabrede greift damit die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs.

644. Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich diese Vermutung widerlegen lässt. Dabei ist wiederum der relevante Markt, auf dem sich die vorliegende Gesamtabrede auswirkte, in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht abzugrenzen (Rz 645 ff. hiernach). Anschliessend ist zu prüfen, ob der auf dem relevanten Markt trotz des Vorliegens der Wettbewerbsabrede noch verbliebene aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag. Wie zu zeigen ist, liegt keine Wettbewerbsbeseitigung vor (Rz 648 ff. hiernach). Daher ist anschliessend zu prüfen, ob die Gesamtabrede eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zur Folge hatte (Rz 657 ff. hiernach) sowie ob sie sich ggf. aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt (Rz 660 ff. hiernach).

C.4.3.3 Relevanter Markt

645. Um die Schwere der Auswirkungen der vorliegenden Gesamtabrede bewerten zu können, ist im Folgenden der kartellrechtlich relevante Markt abzugrenzen. Dabei ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind (dazu auch Rz 601 f. hiervor).⁹⁹⁴

646. Vorliegend tangierte die Gesamtabrede zwischen der Foffa Conrad AG, Bezzola Denoth AG und Lazzarini AG den gleichen räumlich und sachlich relevanten Markt wie die Gesamtabrede im Kontext der Vorversammlungen (dazu Rz 603 ff. hiervor). Dabei ist Folgendes zu beachten: Wie bei der Zusammenarbeit im Rahmen der Vorversammlungen bildeten alle (privaten und öffentlichen) Bauherren, die Hoch- und Tiefbauprojekte im Unterengadin vergeben haben, Marktgegenseite der Abredeteilnehmer (Rz 602). Weiter bestand die Gesamtabrede darin, die Wettbewerbsverhältnisse zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin im Einvernehmen zu regeln. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der relevante Markt in sachlicher Hinsicht jedenfalls alle Hoch- und Tiefbauleistungen umfasst, welche von den (öffentlichen und privaten) Bauherren im Unterengadin bis Oktober 2012 nachgefragt wurden. In Bezug auf den räumlichen Markt kann ebenfalls im Wesentlichen auf die Erwägungen betreffend die Vorversammlungen verwiesen werden (Rz 608 ff.). Angesichts der Bedeutung der Transportkosten in der Baubranche, der spezifischen geographischen Verhältnisse des Unterengadins (Rz 64 ff.) und

⁹⁹¹ RPW 2013/2, 154 Rz 75, *Abrede im Speditionsbereich*.

⁹⁹² RPW 2017/3, 447 Rz 208, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 KG N 437 ff.

⁹⁹³ Vgl. RPW 2009/3, 207 ff. Rz 74 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2012/2, 392 f. Rz 995 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2013/4, 591 Rz 820, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

⁹⁹⁴ BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

des Umstands, dass von der Gesamtabrede primär Bauprojekte im Unterengadin betroffen waren, ist der räumlich relevante Markt auf das Unterengadin zu begrenzen.

647. Schliesslich bestand und wirkte die Gesamtabrede zwischen der Foffa Conrad AG, Bezzola Denoth AG und Lazzarini AG seit dem Jahr 2008 bis Oktober 2012 andauernd und stetig. Im Unterschied zu den Vorversammlungen, die im Mai 2008 endeten (Rz 199 hiervor), ist in zeitlicher Hinsicht dieser Zeitraum relevant.

C.4.3.4 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

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

649. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung im vorliegenden Fall widerlegt werden kann. Hierzu ist zu beurteilen, ob der auf dem relevanten Markt trotz des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede noch verbleibende aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten und damit die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag.

C.4.3.4.1 Aussenwettbewerb

650. Bei der Würdigung des Aussenwettbewerbs ist zwischen grösseren und kleineren Bauprojekten zu differenzieren.

651. Bei Hoch- und Tiefbauprojekten mit geringem Volumen waren die Abredeteilnehmer mit nicht unbedeutender tatsächlicher Aussenkonkurrenz konfrontiert. So waren im Unterengadin einige Unternehmen domiziliert, die sich auf die Ausführung von kleineren Bauprojekten fokussierten, etwa die Impraisa fabrica Margadant, die Fabio Bau GmbH, die René Hohenegger Sarl und c._____ (vgl. auch Rz 92 e contrario). Dabei fällt auf, dass die Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG und Lazzarini AG im Bereich der Bauprojekte der öffentlichen Hand im Unterengadin insgesamt einen Marktanteil von 69,3 % vereinen. Dieser hohe Marktanteil beruht insbesondere auf der Ausführung von Grossprojekten. In Bezug auf die Zuschlagserteilung ist ihr Anteil geringer. So erhielten sie in 99 Fällen den Zuschlag. Dies entspricht einem Anteil von 41,1 %.

652. Bei grösseren Bauprojekten (Bauvolumen über CHF 500'000) war der aktuelle Aussenwettbewerb deutlich geringer. Bei solchen Bauprojekten der öffentlichen Hand vereinigten die Abredeteilnehmer – gemessen an den erzielten Umsätzen – einen Marktanteil von 86,5 %. Sie erhielten bei 42 von 52 Projekten den Zuschlag. Dies entspricht einem Anteil an den Zuschlägen von 80,8 % (Rz 92 hiervor). Damit ist der aktuelle Aussenwettbewerb im Bereich grösserer Bauprojekte als schwach zu werten. Allerdings ist diesbezüglich der potenzielle Aussenwettbewerb in die Beurteilung miteinzubeziehen. Dabei ist zu beachten, dass den Transportkosten und Anfahrtswegen bei Grossprojekten tendenziell weniger

Gewicht zukommt (vgl. auch Rz 621 hiervor). Dies führt zu einem erweiterten Feld der potenziellen Aussenwettbewerber. Auch die abredeteilnehmenden Unternehmen machten geltend, dass jeweils mit Angeboten von potenziellen Aussenwettbewerbern zu rechnen war, wenn sie sich im internen Verhältnis ihre Angebote koordinierten (dazu Rz 257, drittes Lemma). Dies mag insbesondere bei grösseren Bauprojekten durchaus zutreffen, würde aber angesichts der Marktanteile der Abredeteilnehmenden für die Widerlegung der Beseitigungsvermutung kaum genügen.

653. Einerseits spricht damit der geringe tatsächliche Aussenwettbewerb bei grösseren Projekten gegen die Beseitigung der Vermutung des wirksamen Aussenwettbewerbs. Andererseits waren die Abredeteilnehmer bei diesen Projekten mit einem gewissen potenziellen Wettbewerbsdruck konfrontiert. Zudem herrschte bei kleineren Bauprojekten auch ein gewisser tatsächlicher Aussenwettbewerb. Im Lichte der gesamten Umstände ist daher die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs unter dem Gesichtspunkt des Aussenwettbewerbs als widerlegt zu erachten.

C.4.3.4.2 Innenwettbewerb

654. Wie gezeigt worden ist, lässt sich die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vorliegend bereits unter dem Gesichtspunkt des Aussenwettbewerbs widerlegen (Rz 650 ff. hiervor). Damit erübrigt sich zu prüfen, inwiefern allfälliger verbliebener Innenwettbewerb unter den Abredeteilnehmern diesbezüglich zu würdigen wäre. Dennoch ist auf folgende Punkte hinzuweisen: Zunächst ist hervorzuheben, dass der Umsatzanteil, den die Lazzarini AG in den Jahren 2008 bis 2012 aus Arbeitsgemeinschaften mit der Foffa Conrad AG und Bezzola Denoth AG erzielt hat, sehr hoch ist. Im Durchschnitt belief sich dieser Anteil in diesen Jahren auf [70-90] %. In den Jahren 2009 und 2010 erwirtschaftete sie gar [...] Umsatz im Unterengadin mit solchen Arbeitsgemeinschaften. Zudem erhielten die Abredeteilnehmer in sämtlichen Fällen auch den Zuschlag, wenn sie eine gemeinsame Arbeitsgemeinschaft bildeten (dazu Rz 282 hiervor). Soweit sie in Arbeitsgemeinschaften zusammenarbeiteten, entfiel zwischen ihnen jeglicher Innenwettbewerb. Darüber hinaus kam es zwischen ihnen bei zahlreichen Einzelprojekten, die sie nicht im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft ausführten, zu einer Angebotskoordination (dazu Rz 285 ff. hiervor). Ihre Zusammenarbeit hatte in ihrer Gesamtheit zur Folge, dass der Wettbewerb zwischen ihnen in wesentlichen Teilen ihrer Tätigkeit in den Bereichen Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin verhindert wurde (dazu Rz 302 ff. hiervor). Vor diesem Hintergrund wäre die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs rein unter dem Gesichtspunkt des verbliebenen Innenwettbewerbs nicht als umgestossen zu erachten.

C.4.3.4.3 Zwischenfazit

655. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass für die Beurteilung der Auswirkungen der Gesamtabrede zwischen der Lazzarini AG, Foffa Conrad AG und Bezzola Denoth AG der Markt für die Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin im Zeitraum von 2008 bis Oktober 2012 relevant ist. Auf diesem Markt herrschte hinreichender aktueller und potenzieller Aus-

senwettbewerb, um die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umzustossen.

656. Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob die zu beurteilende Gesamtabrede zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führte.

C.4.3.5 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

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

658. 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.⁹⁹⁵ 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.⁹⁹⁶ 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.⁹⁹⁷

659. Der vorliegenden Gesamtabrede war ein grosses Schädigungspotenzial immanent. Als horizontale Geschäftspartnerabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG) betraf sie einen zentralen Wettbewerbsparameter. Zudem dauerte sie von mindestens 2008 bis Oktober 2012, erfasste mit der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG einen gewichtigen Kreis der Marktteilnehmer (vgl. Rz 83 ff. hiervor), insbesondere im Bereich grösserer Bauprojekte, und wurde auch weitgehend umgesetzt. Die Bagatellschwelle ist bei weitem überschritten. Das Kriterium der Erheblichkeit ist somit gegeben.

C.4.3.6 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

660. 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).

661. Bei der vorliegenden Gesamtabrede über die Zusammenarbeit zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG sind keine Rechtfertigungsgründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) ersichtlich. Zwar brachten die betroffenen Parteien verschiedene Effizienzargumente vor, allerdings nur in Bezug auf ihre gemeinsamen Arbeitsge-

meinschaften. So habe die Lazzarini AG etwa ihren Fokus im Unterengadin auf grosse Spezialarbeiten im Bereich Tiefbau gerichtet. Zudem habe sie im Unterengadin weder über ein Magazin noch über einen Werkhof verfügt. Dies habe bedingt, [...] im Rahmen von Arbeitsgemeinschaften zusammenzuarbeiten.⁹⁹⁸ Für die Bezzola Denoth AG hätten die gemeinsamen Arbeitsgemeinschaften den Vorteil gehabt, [...]. [...].⁹⁹⁹

662. Vorliegend bildeten die Lazzarini AG, Bezzola Denoth AG und Foffa Conrad AG nicht bloss einzelfallbezogene, punktuelle Arbeitsgemeinschaften. Ihrer gesamten Zusammenarbeit lag eine gemeinsame Strategie zugrunde (dazu Rz 288 ff. hiervor). Sie glichen projektübergreifend ihre Interessen an gemeinsamen Jahresstartsitzungen ab (Rz 276 ff.), ihre Kooperation im Rahmen von Arbeitsgemeinschaften war systematischer Natur (Rz 282 hiervor) und sie koordinierten bei einer Vielzahl von Einzelprojekten, die keinen Bezug zu Arbeitsgemeinschaften aufwiesen, ihre Angebotspreise (Rz 285 ff. hiervor). Die von den Parteien in Bezug auf gemeinsame Arbeitsgemeinschaften genannten Effizienzargumente vermögen eine Zusammenarbeit dieser Natur, Intensität und Tragweite nicht zu rechtfertigen.

663. Die vorliegende Gesamtabrede stellt somit eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung dar. Um Missverständnisse zu vermeiden, ist Folgendes beizufügen. Die Schlüsse der WEKO bedeuten nicht, dass sie jede einzelne Arbeitsgemeinschaft zwischen der Foffa Conrad-Gruppe isoliert betrachtet als unzulässig erachtet. Die systematischen Arbeitsgemeinschaften in den Jahren 2008 bis 2012 bildeten indes integrierender Bestandteil der Zusammenarbeit zwischen den beiden Unternehmen. Sie können nicht losgelöst von den Interessenabgleichungen an den gemeinsamen Jahresstartsitzungen und der Koordination der Einzelprojekte beurteilt werden. Die Zusammenarbeit zwischen der Foffa Conrad-Gruppe und der Lazzarini AG in den Jahren 2008 bis 2012 ist in ihrer Gesamtheit als unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren. Eine isolierte Würdigung der einzelnen Arbeitsgemeinschaften erübrigt sich, wie sich auch eine Effizienzprüfung der koordinierten Einzelprojekte erübrigt. Schliesslich ist zu erwähnen, dass die Foffa Conrad-Gruppe und die Lazzarini AG bereits vor 2008 und auch nach 2012 noch Projekte in gemeinsamen Arbeitsgemeinschaften ausgeführt haben. Im Unterschied zu den Arbeitsgemeinschaften in den Jahren 2008 bis 2012 waren jedenfalls die Arbeitsgemeinschaften nach 2012 nicht in eine umfassendere Marktaufteilungsabrede eingebettet. Die WEKO erachtet

⁹⁹⁵ 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.

⁹⁹⁶ 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.

⁹⁹⁷ 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.

⁹⁹⁸ Act. IX.B.4, Zeilen 1–16 (Aussage von K._____).

⁹⁹⁹ Act. IX.C.49, Zeilen 373–377 (Aussage von D._____). Vgl. zu den Vorbringen der Foffa Conrad-Gruppe bezüglich der einzelnen Arbeitsgemeinschaften Act. V.38 (22-0458), Rz 67 ff.

die projektweise Bildung von Arbeitsgemeinschaften grundsätzlich als kartellrechtlich unproblematisch.¹⁰⁰⁰ Eine gemeinsame, projektübergreifende und andauernde Zuteilung von Bauprojekten und Marktteilung – auch in Form von Arbeitsgemeinschaften – verstösst jedoch gegen das Kartellgesetz.

C.4.3.7 Zwischenergebnis

664. Zusammenfassend ist Folgendes festzuhalten:

- Der vorliegende Konsens zwischen der Foffa Conrad AG, Bezzola Denoth AG und Lazzarini AG, ihre Wettbewerbsverhältnisse betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin im Einvernehmen zu regeln, ist als Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Der Gegenstand dieser Abrede ist in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Damit liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor. Zudem bezweckten die Abredeteilnehmer vorliegend tatsächlich, sich betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin nicht zu konkurrenzieren.
- Die vorliegende Wettbewerbsabrede ist als horizontale Geschäftspartnerabrede zu werten. Damit erfüllt sie den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG. Zeitlich hatte sie von (spätestens) 2008 bis Oktober 2012 Bestand. Sie weist daher die Merk-

male eines Dauerverstosses auf. Weiter entsprach es dem Willen der Abredeteilnehmer, ihr Marktverhalten im Unterengadin projektübergreifend zu koordinieren. Die Vereinbarung ist daher als Gesamtabrede zu qualifizieren.

- Da die Gesamtabrede als Geschäftspartnerabrede zu qualifizieren ist, greift gemäss Art. 5 Abs. 3 KG die Vermutung, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt ist. Diese Vermutung lässt sich zwar vorliegend widerlegen. Allerdings liegt kein Bagatellfall vor. Die Gesamtabrede ist daher als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu werten. Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG sind nicht ersichtlich und wurden auch nicht vorgebracht. Die vorliegende Gesamtabrede stellt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar.

C.4.4 Zusammenarbeit bei einzelnen Bauprojekten bis 2012

665. In den Ausführungen zum Sachverhalt ist die Zusammenarbeit zwischen Bauunternehmen bei einzelnen Bauprojekten bis 2012 behandelt worden (Rz 309 ff. hiervor). Dabei handelt es sich um folgende Bauprojekte:

Bauprojekt	Verfahrensparteien	Zeitpunkt	Sachverhalt
„[...]“, Zernez	Foffa Conrad AG René Hohenegger Sarl	2009	Rz 310 ff.
„[...]“, Zernez	Foffa Conrad AG René Hohenegger Sarl	2009	Rz 325 ff.
„[...]“, Zernez	Foffa Conrad AG René Hohenegger Sarl	2009	Rz 338 ff.
„[...]“, Scuol	Bezzola Denoth AG Fabio Bau GmbH	2010	Rz 353 ff.
„[...]“, Zernez	Foffa Conrad AG René Hohenegger Sarl	2010	Rz 366 ff.
„[...]“	Bezzola Denoth AG Impraisa Mario GmbH	2010	Rz 381 ff.
„[...]“, Scuol	Bezzola Denoth AG Fabio Bau GmbH	2011	Rz 393 ff.
„[...]“, Tschlin	Bezzola Denoth AG Koch AG Ramosch	2011	Rz 410 ff.
„[...]“, Scuol	Bezzola Denoth AG Fabio Bau GmbH	2011	Rz 427 ff.

¹⁰⁰⁰ So die WEKO etwa im Jahresbericht 2013, RPW 2014/1, 5 f. (www.weko.admin.ch → Dokumentation → RPW).

Bauprojekt	Verfahrensparteien	Zeitpunkt	Sachverhalt
„Waldweg Kurhaus, Val Sinestra“	Fabio Bau GmbH Koch AG Ramosch	2011	Rz 445 ff.
„[...]“, Zernez	Foffa Conrad AG René Hohenegger Sarl	2012	Rz 460 ff.

Tabelle 27: Übersicht betreffend Zusammenarbeit bei einzelnen Bauprojekten bis 2012

666. Basierend auf den entsprechenden Sachverhaltsfeststellungen wird im Folgenden die Zusammenarbeit bei diesen elf Bauprojekten rechtlich gewürdigt. Soweit dabei in Bezug auf einzelne Rechtsfragen Differenzierungen zwischen einzelnen Bauprojekten notwendig sind, werden diese vorgenommen. Im Übrigen werden die relevanten Rechtsfragen für alle Bauprojekte gemeinsam erörtert.

C.4.4.1 Wettbewerbsabreden

667. 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). Vorausgesetzt ist zum einen ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken (dazu Rz 580 hiervor), zum anderen ein Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung (dazu Rz 589 f. hiervor).

668. Beweismässig ist bei allen elf einzelnen Bauprojekten erstellt, dass zwischen den jeweils beteiligten Unternehmen tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bei den betreffenden Ausschreibungen zu koordinieren (natürlicher Konsens; Rz 318 ff., 337, 347, 360, 374 f., 389, 403, 419 ff., 438, 450 ff. und 470).

669. Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG in sämtlichen elf Fällen erfüllt.

670. Die Abreden im Zusammenhang mit den elf einzelnen Bauprojekten beinhalteten, das Eingabeverhalten zwischen den Abredeteilnehmer zu koordinieren (Rz 553 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 bei allen elf Bauprojekten auch in subjektiver Hinsicht bezweckten, sich nicht zu konkurrieren (Rz 321, 337, 349, 362, 376, 390, 406, 423, 440, 454 und 472). Somit war die vorliegende Abrede nicht nur (objektiv) geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, sondern es bestand auch eine dahingehende Absicht der Abredeteilnehmer.

671. Damit liegen in allen elf Fällen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

C.4.4.2 Qualifikation als horizontale Preis- und Geschäftspartnerabreden (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)

672. Die Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit den elf einzelnen Bauprojekten hatten alle zum Gegenstand, die Angebote der Abredeteilnehmer zu koordinieren. Dies beinhaltete folgende Aspekte:

- Erstens waren die Abredeteilnehmer in allen elf Fällen Unternehmen der gleichen Markstufe, nämlich Anbieter von Hoch- und/oder Tiefbauleistungen. Ohne entsprechende Zusammenarbeit hätten sie miteinander im Wettbewerb gestanden. Die betreffenden Vereinbarungen sind daher als horizontale Wettbewerbsabreden zu qualifizieren (Art. 5 Abs. 3 KG).
- Zweitens legten die Abredeteilnehmer fest, bei welchem Unternehmen die Chancen an der Zuschlagserteilung durch ein höheres Angebot des anderen Unternehmens aufrechterhalten werden sollte. Dies hatte unter den Abredeteilnehmern eine Zuordnung von Auftraggebern und Auftraggeberinnen zur Folge. Ein solcher Abredegegenstand erfüllt den Tatbestand der Geschäftspartnerabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG.
- Drittens ging es zwischen den Abredeteilnehmern in sämtlichen elf Fällen immer auch um eine preisliche Abstimmung ihrer Angebote. Typischerweise einigten sie sich auf den Preis des tieferen Angebots, das den Zuschlag erhalten sollte, und kamen überein, dass das andere Unternehmen einen höheren Preis offeriert. Die Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit den elf einzelnen Bauprojekten sind vor diesem Hintergrund auch als Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu qualifizieren.

673. Liegen Abreden vor, welche unter die Aufzählung von Art. 5 Abs. 3 KG fallen, so wird für diese Abreden vermutet, dass sie eine wettbewerbsbeseitigende Wirkung haben (vgl. Rz 597 hiervor). In Bezug auf die Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit den elf einzelnen Projekten greift damit die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs.

674. Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich diese Vermutung widerlegen lässt. Dabei ist zunächst der relevante Markt, auf dem sich die vorliegenden Abreden auswirken, in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht abzugrenzen (Rz 675 ff. hiernach). Anschliessend ist zu prüfen, ob der auf dem relevanten Markt bzw. den relevanten Märkten trotz des Vorliegens von Wettbewerbsabreden noch verbliebene aktuelle und potenzielle Aus- sowie Innenwettbewerb die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag. Wie zu zeigen ist, liegt in sieben Fällen eine Wettbewerbsbeseitigung vor (Rz 680 ff. hiernach). In vier Fällen lässt sich die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs zwar widerlegen, die Abreden hatten aber eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zur Folge (Rz 688 ff. hiernach) und lassen sich nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen (Rz 692 f. hiernach).

C.4.4.3 Relevanter Markt

675. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind (dazu im Einzelnen auch Rz 599 hiervor).¹⁰⁰¹ Im Vordergrund steht dabei, die (ökonomischen) Wirkungen einer konkret untersuchten Wettbewerbsbeschränkung zu beurteilen.¹⁰⁰² Zudem ist die Bestimmung des relevanten Marktes für die Höhe der Sanktion von Bedeutung (vgl. Rz 852 ff. hiernach).

676. Bei den vorliegend zu beurteilenden Wettbewerbsverstössen im Zusammenhang mit einzelnen Bauprojekten bildete die jeweilige Bauherrschaft, welche die Bauleistungen nachgefragt hat, Marktgegenseite der Parteien.

677. In sachlicher Hinsicht bezogen sich die zu beurteilenden Wettbewerbsverstösse jeweils auf ein einzelnes Hoch- oder Tiefbauprojekt. Die sachlich relevanten Märkte umfassen daher die jeweiligen Bauleistungen im Zusammenhang mit den betreffenden Bauprojekten.

678. Die betreffenden Bauprojekte waren naturgemäss an den Ort der Ausführung gebunden. 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.

679. Vorliegend sind Hoch- und Tiefbauprojekte mit kleinem oder mittelgrossem Bauvolumen im Unterengadin zu beurteilen. Aufgrund der Projektgrössen und den geographischen Gegebenheiten (Alpenpässe, Distanzen, fehlende Schnellstrassen) des Unterengadins ist davon auszugehen, dass in den meisten Fällen primär lokal tätige Bauunternehmen eine wirtschaftliche Offerte einreichen konnten. Tatsächlich haben in den zu beurteilenden Fällen ausnahmslos Unternehmen aus dem Unterengadin eine Offerte eingereicht. Aus diesem Grund bilden vorliegend das Unterengadin sowie allenfalls angrenzende Gebiete den räumlich relevanten Markt.

C.4.4.4 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs in sieben Fällen

680. 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. Ebenso ist zu prüfen, ob allenfalls verbleibender Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umzustossen vermag.

681. In Bezug auf den Innenwettbewerb ist Folgendes festzuhalten: Die getroffenen Abreden beinhalteten in allen elf Fällen, unter den Abredeteilnehmern durch koordinierte Angebotspreise den designierten Zuschlagsempfänger bzw. die designierte Zuschlagsempfängerin zu bestimmen. Damit zielten die Abredeteilnehmer darauf hin, sämtliche möglichen Aspekte des Wettbewerbs untereinander auszuschliessen.

682. Sodann ist in allen elf Fällen erwiesen, dass sich die Abredeteilnehmer an die getroffenen Abmachungen hielten und tatsächlich preislich koordinierte Angebote einreichten. Dadurch entfiel zwischen ihnen jeglicher Innenwettbewerb. Selbst wenn nicht von den Abreden betroffene Wettbewerbsparameter vorhanden gewesen wären, wäre das Spektrum der verbleibenden Wettbewerbskräfte nicht ausreichend gewesen, um die Beseitigungsvermutung umzustossen. Wie dargelegt worden ist (Rz 74 f.), bildete der Preis die zentrale Wettbewerbsdimension bei der Vergabe von Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin. Im Übrigen hielt die WEKO bereits in mehreren Entscheiden fest, dass bei Submissionsabreden typischerweise keine weiteren – nicht von der Abrede erfassten – Wettbewerbsparameter bestehen, die einen wirksamen Rest- oder Teilwettbewerb ermöglichen.¹⁰⁰³ Diese Auffassung bestätigte das Bundesverwaltungsgericht im Fall *Strassenbeläge Tessin*. Nicht preisliche Wettbewerbsparameter wie Ausführungsfristen, die Qualität der Leistungen oder die Betriebskosten seien unwesentlich, da diese Kriterien im Wesentlichen bereits vorgängig durch den Bauherrn in den Ausschreibungsunterlagen vorgegeben würden. Massgebend sei vielmehr der Angebotspreis.¹⁰⁰⁴

683. Aus diesen Gründen ist zu schliessen, dass in keinem der Fälle die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs infolge des Innenwettbewerbs widerlegt wird.

¹⁰⁰¹ BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Pu-bligroupe SA et al./WEKO*.

¹⁰⁰² 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.

¹⁰⁰³ RPW 2009/3, 196 Rz 96, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2012/2, 270, Rz 1030 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

¹⁰⁰⁴ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 368 E. 9.2.2., *Strassenbeläge Tessin*.

684. Im Folgenden ist nun der tatsächliche und potenzielle Aussenwettbewerb bei den betreffenden Ausschreibungen zu würdigen. Dabei ist zwischen den einzelnen Projekten wie folgt zu differenzieren:

- In den Fällen „[...]“ (2009) und „[...]“ (2009) waren alle offerierenden Bauunternehmen an der Abrede beteiligt. Die beiden Bauprojekte wurden durch eine private Bauherrschaft vergeben. Aussenwettbewerb (aktueller oder potenzieller) konnte daher ausschliesslich durch zur Offertabgabe eingeladene bzw. angefragte Bauunternehmen entstehen. Ob neben den Abredeteilnehmern weitere Unternehmen zur Offertstellung eingeladen worden sind, die aber auf eine Eingabe verzichteten, lässt sich nicht mehr eruieren. Wenn überhaupt, wäre die disziplinierende Wirkung solcher potenzieller Wettbewerber allerdings als schwach zu werten. Dabei sind die Verhältnisse der Baubranche im Unterengadin zu beachten, namentlich die geringe Zahl der Bauunternehmen, die im Unterengadin im Bereich Hochbau Projekte dieser Art realisiert haben, die Tendenz der Bauunternehmen, im Umkreis ihres Werkhofs tätig zu sein (Rz 82), sowie die besonderen geografischen Begebenheiten im Unterengadin, die zu langen Anfahrtswegen führen (Rz 64 ff.). Eine Widerlegung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung aufgrund von Aussenwettbewerb kommt in den beiden Fällen jedenfalls nicht in Betracht.
- In den Fällen „[...]“ (2010), „Waldweg Kurhaus, Val Sinestra“ (2011) und „[...]“ (2012) waren ebenfalls alle offerierenden Bauunternehmen an der Abrede beteiligt. Tatsächlicher Aussenwettbewerb herrschte nicht. Unter dem Gesichtspunkt des potenziellen Aussenwettbewerbs ist zu beachten, dass es sich um Projekte der öffentlichen Hand handelte. Aufgrund der Projektsummen ist anzunehmen, dass die Ausschreibungen im offenen Verfahren durchgeführt worden sind. Insofern hatten (wohl) nicht nur angefragte oder eingeladene Unternehmen die Möglichkeit, eine Offerte abzugeben. Der Konkurrenzdruck, dem die Abredeteilnehmer infolge potenzieller Wettbewerber konfrontiert waren, ist aber wiederum als gering einzustufen (wenige Anbieter im Unterengadin; Tendenz der Bauunternehmen, im Umkreis ihres Werkhofs tätig zu sein; lange Anfahrtswege). Die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung aufgrund von Aussenwettbewerb lässt sich daher auch in diesen Fällen nicht widerlegen. Dies gilt insbesondere auch für das Bauprojekt „[...]“ (2010). Hier obsiegte zwar nicht – wie von den Abredeteilnehmern beabsichtigt – die Impraisa Mario GmbH, sondern die Bezzola Denoth AG, allerdings nur weil die Vergabestelle nachträglich eine bestimmte Materialposition strich, bei welcher die Bezzola Denoth AG irrtümlicherweise einen viel zu hohen Preis eingesetzt hatte. An der Wettbewerbsbeseitigung durch die Abrede ändert dies nichts.
- In zwei Fällen gab es neben den Abredeteilnehmern, die den Zuschlag erfolgreich steuern konnten, ein weiteres Unternehmen, das eine Offerte einreichte. Im Fall „[...]“, Tschlin (2011), war dies die Foffa Conrad AG, im Fall „[...]“, Scuol (2011), die Impraisa Mario GmbH. Im Verhältnis zu den vorangehend beurteilten Bauprojekten vermag dies an der Beurteilung der Wettbewerbssituation nichts zu ändern. Die Foffa Conrad AG ist Teil der gleichen Unternehmensgruppe wie die Bezzola Denoth AG, die an der Wettbewerbsabrede bezüglich des Bauprojekts „[...]“, Tschlin (2011), beteiligt war. Sie hatte daher kein Interesse, den Erfolg der getroffenen und umgesetzten Abrede durch eine eigene Offerte zu gefährden. Tatsächlich unterbreitete sie der Bauherrschaft denn auch ein leicht höheres Angebot als ihre Tochtergesellschaft, die Bezzola Denoth AG. Nach Aussage von D._____, Bezzola Denoth AG, hatte die Foffa Conrad AG dabei wohl Kenntnis der Eingabesumme der Bezzola Denoth AG.¹⁰⁰⁵ Beim Bauprojekt „[...]“, Scuol (2011) reichte die Impraisa Mario GmbH zwar als nicht an der Abrede beteiligte Anbieterin ein Angebot ein. Zum einen handelte es sich bei der Impraisa Mario GmbH aber um eine kleine Bauunternehmung.¹⁰⁰⁶ Zum anderen reichte sie ein höheres Angebot ein als die Bezzola Denoth AG, die schliesslich den Zuschlag erhielt. Insofern erreichte der von ihr ausgehende Konkurrenzdruck nicht die Intensität, um die von den Abredeteilnehmern vereinbarte Zuteilung des betroffenen Geschäftspartners unterlaufen zu können. Die weiteren zur Offertstellung eingeladenen Unternehmen verzichteten auf eine Eingabe. Aus diesen Gründen herrschte auch in Bezug auf die Bauprojekte „[...]“, Tschlin (2011), und „[...]“, Scuol (2011), kein hinreichender tatsächlicher oder potenzieller Aussenwettbewerb, um die Beseitigungsvermutung umzustossen.
- In Bezug auf das Bauprojekt „[...]“, Zernez (2009), reichten die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl zwar im Rahmen der ersten Angebotsrunde koordinierte Angebote ein und die Foffa Conrad AG erhielt, wie beabsichtigt, den Zuschlag. Nicht erstellt ist dagegen, dass sie ihr Verhalten auch im weiteren Verlauf der Ausschreibung, namentlich bei der Abgebotsrunde, koordinierten. Zudem unterbreiteten mit der Lazzarini AG und der [...] der Bauherrschaft zwei nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen Angebote. Das Angebot [...] fiel sogar leicht tiefer aus als dasjenige der Foffa Conrad AG. Letztere erhielt den Zuschlag für die Baumeiterarbeiten schliesslich im Rahmen eines Pauschalangebots, das weitere Leistungen beinhaltete (zum Ganzen Rz 351 hiavor). Bei dieser Sachlage ist keine wettbewerbsbeseitigende Wirkung der Abrede anzunehmen. Die Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG ist widerlegt.

¹⁰⁰⁵ Act. IX.C.60, Zeile 616 f.

- Bei den Bauprojekten „[...]“, Scuol (2010), „[...]“, Zernez 2010, und „[...]“, Scuol (2011), erhielt jeweils ein Aussenwettbewerber den Zuschlag. Zwar erfüllte die Abrede zumindest teilweise ihren Zweck, nämlich dass sich die Abredeteilnehmer im Innenverhältnis nicht konkurrenzieren. Dass sich aber letztlich ein Drittunternehmen durchsetzte, zeigt, dass der Aussenwettbewerb hinreichend war, um eine wettbewerbsbeseitigende Wirkung der Abrede zu verhindern. Die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung ist daher auch in diesen drei Fällen widerlegt.

685. Nach dem Gesagten kann die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs in folgenden sieben Fällen nicht widerlegt werden:

- „[...]“, Zernez (2009);
- „[...]“, Zernez (2009);
- „[...]“ (2010);
- „Waldweg Kurhaus, Val Sinestra“ (2011);
- „[...]“, Tschlin (2011);
- „[...]“, (2011);
- „[...]“, Zernez (2012).

686. In diesen Fällen erübrigt sich zu prüfen, ob die Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt sind. Wettbewerbsabreden, die den beteiligten Unternehmen Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen, sind einer Effizienzprüfung nicht zugänglich (Art. 5 Abs. 1 KG). Damit handelt sich in den genannten sieben Fällen um unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG.

687. Dagegen wird die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG in den Fällen „[...]“, Zernez (2009), „[...]“, Scuol (2010), „[...]“, Zernez (2010), und „[...]“, Scuol (2011), widerlegt. Im Folgenden ist zu prüfen, ob in diesen vier Fällen eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 1 KG) gegeben ist (Rz 688 ff. hiernach).

C.4.4.5 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs in vier Fällen

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

689. 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.¹⁰⁰⁷ 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.¹⁰⁰⁸ Quantitative Aspekte sind hierbei nicht zu prüfen. Schliesslich ist nicht erforderlich, dass sich die betreffenden Abreden tatsächlich negativ auf den Wettbewerb ausgewirkt ha-

ben. Es genügt, dass sie den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.¹⁰⁰⁹

690. Den Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit den Bauprojekten „[...]“, Zernez (2009), „[...]“, Scuol (2010), „[...]“, Zernez (2010), und „[...]“, Scuol (2011), waren ein nicht unbedeutendes Schädigungspotenzial immanent. Als horizontale Geschäftspartner- und Preisabreden (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG; vgl. Rz 672) betrafen sie zentrale Wettbewerbsparameter. Zudem wurden sie in allen vier Fällen umgesetzt. Damit entfiel zwischen den jeweiligen Abredeteilnehmern jeglicher Innenwettbewerb, beim Bauprojekt „[...]“ zumindest im Rahmen der ersten Angebotsrunde. In keinem der Fälle lagen die koordinierten Angebote der Abredeteilnehmer deutlich über demjenigen des Drittunternehmens, das sich schliesslich durchsetzen konnte. Im Fall „[...]“, Zernez (2009), erhielt mit der Foffa Conrad AG gar dasjenige Unternehmen den Zuschlag, das von den Abredeteilnehmern hierfür vorgesehen war.

691. Die Bagatellschwelle ist – bezogen auf den relevanten Markt (Rz 675 ff. hiervor) – in allen vier Fällen überschritten.

C.4.4.6 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

692. 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).

693. Rechtfertigungsgründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) sind bei den Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit den Bauprojekten „[...]“, „[...]“, „[...]“ und „[...]“ nicht ersichtlich und wurden von den Parteien auch nicht vorgebracht. Die Wettbewerbsabreden in diesen vier Fällen stellen daher ebenfalls unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar.

¹⁰⁰⁶ Act. III.30, Antwort auf Fragen 1 und 3.

¹⁰⁰⁷ 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.

¹⁰⁰⁸ 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.

¹⁰⁰⁹ BGE 143 II 297, RPW 2017/2, RPW 2017/2, 353 E. 5.4.2, GABA; bestätigt in Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.2, BMW.

C.4.4.7 Zwischenergebnis

694. Zusammenfassend ist Folgendes festzuhalten:

- Bei den elf zu beurteilenden einzelnen Bauprojekten (vgl. die Übersicht in Rz 665) lagen zwischen den jeweils beteiligten Unternehmen tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen vor, ihre Angebote bei den betreffenden Ausschreibungen zu koordinieren (*natürlicher Konsens*). Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG in allen elf Fällen erfüllt. Ein solcher Abredeinhalt ist in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Zudem bezweckten die Abredeteilnehmer vorliegend tatsächlich, sich bei den betreffenden Ausschreibungen nicht zu konkurrenzieren.
- Die Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit den elf einzelnen Bauprojekten sind als horizontale Geschäftspartner- und Preisabreden zu werten. Als solche erfüllen sie den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG. Damit greift gemäss Art. 5 Abs. 3 KG die Vermutung, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt ist.
- In den Fällen „[...]“, „[...]“, „[...]“, „Waldweg Kurhaus, Val Sinestra“, „[...]“, „[...]“ und „[...]“ lag kein hinreichender Aussen- oder Innenwettbewerb auf dem relevanten Markt vor, der wirksamen Wettbewerb hätte gewährleisten können. Die Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit diesen sieben Bauprojekten stellen unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar.
- In den Fällen „[...]“, „[...]“, „[...]“ und „[...]“ lässt sich die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zwar widerlegen. Allerdings handelt es sich nicht um Bagatellfälle. Die betreffenden Abreden sind daher als erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu werten. Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG sind nicht ersichtlich und wurden auch nicht vorgebracht. Die Abreden im Zusammenhang mit den vier Bauprojekten stellen ebenfalls unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar.

C.4.5 Zusammenarbeit zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG, der Lazzarini AG und der Alfred Laurent AG

C.4.5.1 Wettbewerbsabrede

695. 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). Vorausgesetzt ist zum einen ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken (dazu Rz 580 hiervor), zum anderen ein Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung (dazu Rz 589 f. hiervor).

696. Beweismässig ist vorliegend erstellt (Rz 515 f. hiervor), dass zwischen der Alfred Laurent AG auf der einen

Seite und der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG auf der anderen Seite tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen über ihre Zusammenarbeit in der Baustoff- und Baubranche im Unterengadin vorlagen (*natürlicher Konsens*).

697. Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG in Bezug auf die genannten Verfahrensparteien erfüllt.

698. Die zu beurteilende Abrede beinhaltete, zwischen den beteiligten Unternehmen – d.h. die Alfred Laurent AG auf der einen Seite und die Foffa Conrad AG, Bezzola Denoth AG und Lazzarini AG auf der anderen Seite – ihre Wettbewerbsverhältnisse im Einvernehmen zu regeln (dazu Rz 516 hiervor). 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 ihrer Zusammenarbeit auch in subjektiver Hinsicht unter anderem bezweckten, sich betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen und den Vertrieb von Baustoffen nicht zu konkurrenzieren (Rz 519). Somit war die vorliegende Abrede nicht nur (objektiv) geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, sondern es bestand auch eine dahingehende Absicht der Abredeteilnehmer.

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

700. Die Alfred Laurent AG war bis zum Abschluss der Wettbewerbsabrede im Jahr 1999 im Unterengadin als Anbieterin von Tiefbauleistungen tätig. In den darauffolgenden Jahren führte sie noch vereinzelt Tiefbauprojekte aus (Rz 528 hiervor). Ohne die getroffene Wettbewerbsabrede wäre sie mit der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG im Wettbewerb gestanden. Im Bereich Vertrieb von Baustoffen ist zwischen den Abredeteilnehmern zumindest von einem potenziellen Konkurrenzverhältnis auszugehen. Die zu beurteilende Abrede ist somit horizontaler Natur.

C.4.5.2 Qualifikation der vorliegenden Wettbewerbsabrede

701. Die vorliegende Wettbewerbsabrede wurde 1999 abgeschlossen und bestand bis 2008 (vgl. Rz 520 ff. hiervor). Vergleichbar mit einer Gesamtabrede ist sie als Dauerabrede zu qualifizieren. Sodann beinhaltete die Abrede, dass die Abredeteilnehmern – d.h. die Alfred Laurent AG auf der einen Seite und die Foffa Conrad AG, Bezzola Denoth AG und Lazzarini AG auf der anderen Seite – ihre Wettbewerbsverhältnisse in den Bereichen Hoch- und Tiefbau sowie Baustoffen im Einvernehmen regeln wollten (Rz 516 hiervor). Konkret grenzten sie hierzu ihre Geschäftstätigkeiten ab, vereinbarten Bezugspflichten und statuierten für ein bestimmtes Gebiet im Unterengadin Konkurrenzverbote (Rz 515 hiervor). Damit bezweckten und erzielten sie eine Marktaufteilung. Eine Abrede über einen solchen Gegenstand ist als Gebiets- und Geschäftspartnerabrede zu qualifizieren und erfüllt den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG.

702. Liegt eine Abrede vor, welche unter die Aufzählung in Art. 5 Abs. 3 KG fällt, so wird hierfür vermutet, dass sie eine wettbewerbsbeseitigende Wirkung hat. In Bezug

auf die vorliegende Gebiets- und Geschäftspartnerabrede greift damit die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs.

703. Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich diese Vermutung widerlegen lässt. Dabei ist wiederum der relevante Markt, auf dem sich die Abrede auswirkte, in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht abzugrenzen (Rz 704 ff. hiernach). Anschliessend ist zu prüfen, ob der auf dem relevanten Markt trotz des Vorliegens der Wettbewerbsabrede noch verbliebene aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag. Wie zu zeigen ist, liegt keine Wettbewerbsbeseitigung vor (Rz 709 ff. hiernach). Daher ist anschliessend zu prüfen, ob die Abrede eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zur Folge hatte (Rz 713 ff. hiernach) sowie ob sie sich ggf. aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt (Rz 716 ff. hiernach).

C.4.5.3 Relevanter Markt

704. Um die Schwere der Auswirkungen der vorliegenden Wettbewerbsabrede bewerten zu können, ist im Folgenden der kartellrechtlich relevante Markt abzugrenzen. Dabei ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind (dazu auch Rz 599 hiervor).¹⁰¹⁰

705. Marktgegenseite der Abredeteilnehmer bildeten die Nachfrager und Nachfragerinnen von Bauleistungen und Baustoffen.

706. In sachlicher Hinsicht sind mehrere Märkte relevant. Zum einen sind Hoch- und Tiefbauleistungen erfasst, zum anderen der Bezug von Baustoffen, namentlich von Kies, Beton und Mörtel. Beide Bereiche sind gemeinsam zu würdigen, da die Wettbewerbsabrede darauf zielte, diese Märkte unter den Abredeteilnehmern aufzuteilen. Zwar wären diese Bereiche ihrerseits in mehrere Märkte abzugrenzen, da sie unterschiedliche, nicht substituierbare Leistungen betreffen. Eine solche engere Marktabgrenzung ist im vorliegenden Fall jedoch nicht notwendig, zumal sich an der Beurteilung der in diesem Zusammenhang relevanten Rechtsfragen nichts ändern würde. So bliebe die Würdigung der Zulässigkeit der vorliegenden Wettbewerbsabrede und der Sanktionshöhe die gleiche, zumal die Abrede alle diese Bereiche erfasste und die Wettbewerbskräfte dabei in ähnlicher Weise beeinträchtigt wurden (dazu im Einzelnen Rz 607).

707. In Bezug auf den räumlichen Markt ist der Bedeutung der Transportkosten in der Bau- und Baustoffbranche (Rz 620 f.), den spezifischen geographischen Verhältnissen des Unterengadins (Rz 64 ff.) und dem Umstand, dass von der Abrede primär Bauleistungen und Baustoffbezüge im Raum Ardez bis Tschlin betroffen waren, Rechnung zu tragen. Der räumlich relevante Markt erfasst mindestens das Gebiet von Ardez bis Tschlin, allenfalls auch weitere Gebiete.

708. Schliesslich bestand und wirkte die zu beurteilende Abrede von 1999 bis 2008. In zeitlicher Hinsicht ist diese Periode relevant.

C.4.5.4 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

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

710. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung im vorliegenden Fall widerlegt werden kann. Hierzu ist zu beurteilen, ob der auf dem relevanten Markt bzw. den relevanten Märkten trotz des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede noch verbleibende aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten und damit die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag.

711. Unter dem Gesichtspunkt des Innenwettbewerbs lässt sich die Beseitigungsvermutung vorliegend nicht widerlegen. Die Alfred Laurent AG zog sich – wie vereinbart – im Wesentlichen aus dem Tiefbaugeschäft zurück. Die Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG und Lazzarini AG hielten sich an das stipulierte Konkurrenzverbot, die Rusena-Beton SA im Bereich Baustoffe im Gebiet zwischen Ardez und Tschlin nicht zu konkurrenzieren. Allerdings gab es in beiden Bereichen aktuelle Aussenwettbewerber. Im Bereich Tiefbauleistungen waren neben den Abredeteilnehmern etwa die frühere s.____, die [...] und die r.____ tätig. Im Bereich Baustoffe ging ein gewisser disziplinierender Konkurrenzdruck von der Uina SA mit ihrem Kies- und Betonwerk in Sur En, Gemeinde Sent, aus. Vor diesem Hintergrund ist die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs infolge Aussenwettbewerbs als umgestossen zu erachten.

712. Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob die zu beurteilende Wettbewerbsabrede zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führte.

C.4.5.5 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

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

714. 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.¹⁰¹¹ Das Gericht stellte sodann klar, dass die Frage der Erheblichkeit bei Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich nur unter dem

¹⁰¹⁰ BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publi-groupe SA et al./WEKO*.

¹⁰¹¹ 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*.

Gesichtspunkt qualitativer Elemente zu würdigen ist. In der Regel sind solche Wettbewerbsabreden bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich.¹⁰¹² 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.¹⁰¹³

715. Der vorliegenden Wettbewerbsabrede war ein grosses Schädigungspotenzial immanent. Als horizontale Gebiets- und Geschäftspartnerabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG) betraf sie zentrale Wettbewerbsparameter. Mit dem Rückzug der Alfred Laurent AG infolge der Abrede schied eine gewichtige Konkurrentin der Foffa Conrad AG, Bezzola Denoth AG und Lazzarini AG im Bereich Tiefbau aus. Die Foffa Conrad AG, Bezzola Denoth AG und Lazzarini AG waren im Lichte ihrer Ressourcen, Grösse und Geschäftstätigkeit in der Baubranche durchaus als bedeutende potenzielle Wettbewerber der Ruse-na-Betun SA zu betrachten. Zudem dauerte die Wettbewerbsabrede von 1999 bis 2008 (vgl. Rz 520 ff. hiervor). Die Bagatellschwelle ist bei weitem überschritten. Das Kriterium der Erheblichkeit ist somit gegeben.

C.4.5.6 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

716. 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).

717. Wie aus den schriftlichen Vereinbarungen aus dem Jahr 1999 und auch den Vorbringen der Parteien hervorgeht, zielten die wettbewerbswidrigen Massnahmen der Abredeteiligen darauf, die Struktur in der Baubranche im Unterengadin zu bereinigen und bestehende Überkapazitäten abzubauen (vgl. Rz 517 f. hiervor). Diesbezüglich ist einzuwenden, dass keine Notwendigkeit bestand, diese Ziele durch gemeinsame Regelungen zwischen aktuellen und potenziellen Konkurrentinnen zu erreichen. So hätte sich die Alfred Laurent AG ohne weiteres auch unilateral aus dem Tiefbaugeschäft zurückziehen können, soweit ihr wirtschaftlicher Erfolg in diesem Bereich allenfalls durch zu grosse Konkurrenz in Frage gestellt war. Eine gemeinsame Strategie zu verfolgen und die Risiken einer solchen Neuausrichtung durch Gegenmassnahmen wie Bezugspflichten und Konkurrenzverbote abzufedern, war nicht erforderlich. Ein zentrales Element einer vom Gedanken des Wettbewerbs geprägten Wirtschaftsordnung bildet denn auch die Unsicherheit über das Marktverhalten der Wettbewerber. Indem sich die Abredeteiligen darüber einigten, wie sie ihre Wettbewerbsverhältnisse gestalteten, schlossen sie diese Unsicherheit zumindest im Innenverhältnis aus. Im Lichte der bestehenden Alternativen

lassen sich solche Handlungen nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen.

718. Zu beachten ist sodann, dass die Parteien eine feste Vertragsdauer von zehn Jahren (ohne Kündigungsmöglichkeit) vereinbart haben. Eine derart lange Vertragsdauer ist in zeitlicher Hinsicht nicht erforderlich, um allfälligen Überkapazitäten zu begegnen. Vorliegend hat sich die Baukonjunktur im Unterengadin denn auch während der Gültigkeitsdauer der Verträge erholt. Die Foffa Conrad-Gruppe erwähnte, dass im Unterengadin ab dem Jahr 2006 gar ein ausgesprochen starkes Wachstum des Bauvolumens zu verzeichnen gewesen sei.¹⁰¹⁴

719. Die Alfred Laurent AG und die Foffa Conrad-Gruppe brachten schliesslich vor, dass es sich bei den Kooperationsvereinbarungen aus dem Jahr 1999 (allenfalls) um eine zulässige Spezialisierungsabrede im Sinne von Art. 6 KG gehandelt habe.¹⁰¹⁵ Die Foffa Conrad-Gruppe verwies in diesem Zusammenhang zudem auf die EU-Verordnung Nr. 1218/2010 vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Art. 101 AEUV auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen (nachfolgend: „Spezialisierungs-VO“. Ihre Vorbringen vermögen an der Beurteilung der Rechtfertigung aus Effizienzgründen jedoch nichts zu ändern. Nach Art. 6 Abs. 1 KG können in Verordnungen oder allgemeinen Bekanntmachungen die Voraussetzungen umschrieben werden, unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel als gerechtfertigt gelten. Eine Verordnung oder Bekanntmachung in Bezug auf allfällige Spezialisierungsabreden ist bislang nicht erlassen worden. Die vorliegend zu beurteilenden Kooperationsverträge wären sodann auch in der EU nicht freigestellt. Unabhängig von den weiteren Voraussetzungen kommt eine Freistellung von Spezialisierungsabreden nach Art. 3 der Spezialisierungs-VO nämlich nur dann infrage, wenn die Parteien gemeinsame Marktanteile von höchstens 20 % haben. Durch die Begrenzung des Marktanteils soll sichergestellt werden, dass Vereinbarungen, auf die die Gruppenfreistellung Anwendung findet, den Parteien nicht die Möglichkeit eröffnen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren oder Dienstleistungen den Wettbewerb auszuschalten (Erwägungsgrund Nr. 12 der Spezialisierungs-VO). Dieser der Spezialisierungs-VO zugrunde liegende Wertungsgedanke ist auch im Schweizerischen Recht zu beachten (vgl. Art. 5 Abs. 2 Bst. b KG). Vorliegend liegt der gemeinsame Marktanteil der Vertragsparteien deutlich über 20 %, und zwar sowohl im Markt für Bauleistungen als auch im Markt für Baustoffe. Eine Rechtfertigung der Wettbewerbsabrede aus Effizienzgründen ist damit auch in Anlehnung an die „Spezialisierungs-VO“ der EU ausgeschlossen.

¹⁰¹² 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.

¹⁰¹³ 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.

¹⁰¹⁴ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 448 ff.

¹⁰¹⁵ Act. V.33 (22-0458), Rz. 2.3; Act. V.38 (22-0458), Rz 280 ff.

720. Nach dem Gesagten stellt die vorliegende Wettbewerbsabrede eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung dar.

C.4.5.7 Zwischenergebnis

721. Zusammenfassend ist Folgendes festzuhalten:

- Der vorliegende Konsens zwischen der Alfred Laurent AG auf der einen Seite und der Foffa Conrad AG, Bezzola Denoth AG und Lazzarini AG auf der anderen Seite, ihre Wettbewerbsverhältnisse im Einvernehmen zu regeln, ist als Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Der Gegenstand dieser Abrede ist in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Damit liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor. Zudem bezweckten die Abredeteilnehmer vorliegend tatsächlich, sich nicht zu konkurrenzieren.
- Die vorliegende Wettbewerbsabrede ist als horizontale Gebiets- und Geschäftspartnerabrede zu werten. Damit erfüllt sie den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG. Zeitlich hatte sie von 1999 bis

2008 Bestand. Sie weist daher die Merkmale eines Dauerverstosses auf.

- Da die Abrede als Gebiets- und Geschäftspartnerabrede zu qualifizieren ist, greift gemäss Art. 5 Abs. 3 KG die Vermutung, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt ist. Diese Vermutung lässt sich zwar vorliegend widerlegen. Allerdings liegt kein Bagatellfall vor. Die Abrede ist daher als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu werten. Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG, die sie zu rechtfertigen vermögen, liegen nicht vor. Die Abrede stellt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar.

C.4.6 Zusammenfassende Übersicht der Wettbewerbsverstösse

722. Die nachfolgende Übersicht listet die begangenen Wettbewerbsverstösse und die daran beteiligten Unternehmen auf. Zudem wird summarisch festgehalten, wie die einzelnen Wettbewerbsverstösse rechtlich zu qualifizieren sind.

Wettbewerbsverstoss	Beteiligte Parteien	Qualifikation	Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung / Erheblichkeit / Rechtfertigung
Vorversammlungen (1997–2008)	Bezzola Denoth AG, Fabio Bau GmbH, Foffa Conrad AG, Impraisa da fabrica Margadant, Impraisa Mario GmbH, Koch AG Ramosch, Lazzarini AG, René Hohenegger Sarl, Zebblas Bau AG Samnaun	Gesamtabrede; Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	Beseitigungsvermutung widerlegt; erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs; keine Rechtfertigung
Zusammenarbeit Lazzarini AG, Foffa Conrad AG und Bezzola Denoth AG (2008–2012)	Bezzola Denoth AG Foffa Conrad AG Lazzarini AG	Gesamtabrede; Geschäftspartnerabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG)	Beseitigungsvermutung widerlegt; erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs; keine Rechtfertigung
„[...]“, Zernez (2009)	Foffa Conrad AG René Hohenegger Sarl	Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	Wettbewerbsbeseitigung

Wettbewerbsverstoss	Beteiligte Parteien	Qualifikation	Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung / Erheblichkeit / Rechtfertigung
„[...]“, Zernez (2009)	Foffa Conrad AG René Hohenegger Sarl	Geschäfts- partner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	Wettbewerbsbeseitigung
„[...]“, Zernez (2009)	Foffa Conrad AG René Hohenegger Sarl	Geschäfts- partner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	Beseitigungsvermutung widerlegt; erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs; keine Rechtfertigung
„[...]“, Scuol (2010)	Bezzola Denoth AG Fabio Bau GmbH	Geschäfts- partner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	Beseitigungsvermutung widerlegt; erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs; keine Rechtfertigung
„[...]“, Zernez (2010)	Foffa Conrad AG René Hohenegger Sarl	Geschäfts- partner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	Beseitigungsvermutung widerlegt; erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs; keine Rechtfertigung
„[...]“ (2010)	Bezzola Denoth AG Impraisa Mario GmbH	Geschäfts- partner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	Wettbewerbsbeseitigung
„[...]“, Scuol (2011)	Bezzola Denoth AG Fabio Bau GmbH	Geschäfts- partner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	Beseitigungsvermutung widerlegt; erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs; keine Rechtfertigung
„[...]“, Tschlin (2011)	Bezzola Denoth AG Koch AG Ramosch	Geschäfts- partner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	Wettbewerbsbeseitigung
„[...]“, Scuol (2011)	Bezzola Denoth AG Fabio Bau GmbH	Geschäfts- partner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	Wettbewerbsbeseitigung
„ Waldweg Kurhaus, Val Sinestra “ (2011)	Fabio Bau GmbH Koch AG Ramosch	Geschäfts- partner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	Wettbewerbsbeseitigung

Wettbewerbsverstoss	Beteiligte Parteien	Qualifikation	Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung / Erheblichkeit / Rechtfertigung
„[...]“, Zernez (2012)	Foffa Conrad AG René Hohenegger Sarl	Geschäfts- partner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	Wettbewerbsbeseitigung
Zusammenarbeit zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG, der Lazzarini AG und der Alfred Laurent AG (1999–2008)	Alfred Laurent AG Bezzola Denoth AG Foffa Conrad AG Lazzarini AG	Gebiets- und Geschäfts- partnerabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG)	Beseitigungsvermutung widerlegt; erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs; keine Rechtfertigung

Tabelle 28: Übersicht der Wettbewerbsverstösse

C.5 Massnahmen

723. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. Rz 724 ff.) als auch monetäre Sanktionen (vgl. Rz 729 ff.).

C.5.1 Anordnung von Massnahmen

724. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmen Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.¹⁰¹⁶

725. Aus den Erwägungen ergibt sich, dass sich – mit Ausnahme der Uina SA, der Rusena-Beton SA und der Sosa gera SA – sämtliche Verfahrensparteien an einer oder mehreren unzulässigen Wettbewerbsabreden im Bereich Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin beteiligt haben (Rz 578 ff.). Sie sind zu einem Verhalten zu verpflichten, bei welchem vergleichbare Wettbewerbsbeschränkungen verhindert werden und nicht mehr drohen. Zu beachten ist jedoch, dass über die Impraisa Mario GmbH am 30. September 2014 der Konkurs eröffnet worden ist (Rz 15). Durch die Konkursöffnung wurde die Impraisa Mario GmbH aufgelöst. Dass das von ihr getragene Unternehmen weitergeführt wird, ist nicht wahrscheinlich. Damit erübrigt sich die Anordnung von Verhaltenspflichten gegenüber der Impraisa Mario GmbH. Aus analogen Gründen wird auch darauf verzichtet, der Fabio Bau GmbH Massnahmen aufzuerlegen, zumal sie seit der Integration in die Lazzarini AG

nicht mehr Unternehmensträgerin ist (Rz 755). Keine Massnahmen sind schliesslich gegenüber dem GBV anzuordnen, der seine Rolle als Organisator der Vorversammlungen im Jahr 2008 aufgegeben hat.

726. Den übrigen Untersuchungsadressaten ist zu untersagen:

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

¹⁰¹⁶ RPW 2015/2, 235 Rz 267, *Tunnelreinigung*; zum Ganzen sodann auch RPW 2013/4, 643 ff. Rz 1028 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2017/3, 453 Rz 253, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.

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

728. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen diese Anordnungen 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.¹⁰¹⁷

C.5.2 Sanktionierung

C.5.2.1 Allgemeines

729. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungssanktionen – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.¹⁰¹⁸ Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.¹⁰¹⁹

730. Aufgrund der Sanktionierbarkeit handelt es sich beim Kartellverfahren um ein Administrativverfahren mit strafrechtsähnlichem Charakter, nicht jedoch um reines Strafrecht. Die entsprechenden Garantien von Art. 6 und 7 EMRK und Art. 30 bzw. 32 BV sind demnach grundsätzlich im gesamten Verfahren anwendbar; über deren Tragweite ist jeweils bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden.¹⁰²⁰

C.5.2.2 Voraussetzungen

C.5.2.2.1 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

731. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt haben. Danach wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Daraus ergeben sich folgende Strafbarkeitsvoraussetzungen:

- Es müssen unzulässige Verhaltensweisen im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG vorliegen (Rz 732);
- Die unzulässige Verhaltensweisen müssen von einem Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes begangen worden sein (Rz 733 ff.).

(i) Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG

732. Die festgestellten Verhaltensweisen (vgl. die Übersicht unter Rz 722) verstossen gegen Art. 5 Abs. 3 Bst. a und/oder Bst. b KG. Damit liegen in allen Fällen unzulässige Verhaltensweisen im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG vor. Nicht massgebend für die Frage der Sanktionierbarkeit ist, ob die unzulässigen Abreden zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs oder zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs geführt haben.¹⁰²¹

(ii) Unternehmen

733. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem „Unternehmen“ begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG abgestellt.¹⁰²²

734. Sämtliche Parteien, die sich an einer oder mehreren der festgestellten unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt haben (vgl. die Übersicht unter Rz 722), waren zum Tatzeitpunkt Trägerinnen eines Unternehmens im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG (vgl. Rz 567). In Bezug auf die Impraisa Mario GmbH und die Fabio Bau GmbH ist jedoch den nachfolgenden Umständen Rechnung zu tragen.

735. Über die Impraisa Mario GmbH wurde mit Wirkung per 30. September 2014 der Konkurs eröffnet. Durch die Konkursöffnung wurde die Gesellschaft aufgelöst. Das von der Impraisa Mario GmbH getragene Unternehmen besteht nicht mehr. Zudem ist nicht ersichtlich, dass der Konkurs vorliegend im Zusammenhang mit dem kartellrechtlichen Verfahren steht oder herbeigeführt worden ist, um einer Sanktionierung zu entgehen. Aus diesen Gründen wird vorliegend davon abgesehen, die Impraisa Mario GmbH zu sanktionieren. Das Verfahren gegen die Impraisa Mario GmbH ist daher einzustellen.

736. Das von der Fabio Bau GmbH getragene Bauunternehmen wurde per 1. Januar 2013 in die Lazzarini AG integriert (vgl. Rz 10 hiervor). Seither übt die Fabio Bau GmbH keine Geschäftstätigkeit aus und erzielt auch keinen Umsatz. Sie ist daher ebenfalls nicht mehr als Trägerin eines Unternehmens im Sinne des Kartellgesetzes zu betrachten.

¹⁰¹⁷ Vgl. Entscheidung 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*.

¹⁰¹⁸ Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBI 2002 2022, insb. 2023, 2033 ff. und 2041; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92.

¹⁰¹⁹ BBI 2002 2022, 2034.

¹⁰²⁰ BGE 139 I 72, 78 ff. E. 2.2.2 (= RPW 2013/1, 118 E. 2.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 798 ff. E. 14, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 835 ff. E. 12, *Gebro/WEKO*.

¹⁰²¹ BGE 143 II 297, 337 ff. E. 9.

¹⁰²² Statt vieler: JÜRIG BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz (KG), 3. Aufl. 2011, Art. 49a KG N 6; vgl. auch RPW 2017/3, 454 Rz 260, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.

C.5.2.2.2 Vorwerfbarkeit

737. Das Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit stellt gemäss Rechtsprechung das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar.¹⁰²³ Massgebend für das Vorliegen von Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit ist gemäss dieser Rechtsprechung ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden, an dessen Vorliegen jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind.

738. Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben. Nur in seltenen Fällen wird keine Vorwerfbarkeit vorliegen; so möglicherweise wenn der durch einen Mitarbeitenden ohne Organstellung begangene Kartellrechtsverstoss innerhalb des Unternehmens nicht bekannt war und auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.¹⁰²⁴ Ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. Organisationsverschulden liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt oder weiterführt, obwohl es sich bewusst ist oder sein müsste, dass das Verhalten möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.¹⁰²⁵

739. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen handelten und die kartellrechtswidrigen Wettbewerbsabreden trafen, taten dies wissentlich und nahmen deren wettbewerbsbeseitigende bzw. wettbewerbsbeschränkende Wirkung zumindest in Kauf, handelten diesbezüglich also zumindest eventualvorsätzlich. Sodann ist festzuhalten, dass die handelnden natürlichen Personen für die jeweiligen Unternehmen entweder zeichnungsberechtigt waren oder jeweils mindestens dem mittleren oder oberen Kader bzw. der Geschäftsleitung angehörten. Ihr (Eventual-)Vorsatz bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen.

740. Anderweitige Gründe, welche dagegen sprechen würden, dass den Unternehmen die fraglichen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen vorgeworfen werden können, sind nicht ersichtlich und werden von den Parteien auch nicht vorgebracht. So dürfen das Kartellgesetz resp. dessen grundlegende Normen für Unternehmen (als dessen Adressaten) als bekannt vorausgesetzt werden.¹⁰²⁶ Die Unternehmen müssen alles Zumutbare vorkehren, um sicherzustellen, dass die Vorgaben des Kartellgesetzes eingehalten werden. Dass die Parteien vorliegend angemessene und wirksame organisatorische Massnahmen zur Verhinderung der getroffenen Wettbewerbsabreden getroffen hätten, ist nicht ersichtlich.

C.5.2.2.3 Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht

741. Die Sanktionierung ist gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ausgeschlossen, wenn die Wettbewerbsbeschränkung bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist. Für die Prüfung dieser fünfjährigen Frist ist im Einzelfall die gesamte Dauer des Kartells miteinzubeziehen.

742. Die vorliegenden Wettbewerbsabreden hatten bis mindestens 2008 Bestand (Vorversammlungen; Zusammenarbeit zwischen der Alfred Laurent AG mit der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG) oder wurden später getroffen (vgl. die Übersicht in Rz 722 hiervor). Die vorliegende Untersuchung wurde im Oktober 2012 eröffnet. Damit steht der Sanktionierung der vorliegenden Kartellrechtsverstösse in zeitlicher Hinsicht nichts entgegen. Eine Ausnahme hiervon bildet die *Impraisa da fabrica Margadant*. Ihre Beteiligung an der Gesamtabrede im Kontext der Vorversammlungen endete im Jahr 2006 (vgl. Rz 209 ff. hiervor). Im Lichte von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG kann sie hierfür nicht mit einer Sanktion belegt werden.

743. Nach dem Gesagten sind in Bezug auf die jeweiligen Abredeteilnehmer grundsätzlich sämtliche Voraussetzungen für eine Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt. Keine Sanktion ist jedoch der *Impraisa Mario GmbH*, der *Fabio Bau GmbH* und der *Impraisa da fabrica Margadant* aufzuerlegen.

C.5.2.3 Zurechenbarkeit der Wettbewerbsverstösse

744. Im Folgenden ist zu beurteilen, inwiefern die begangenen Wettbewerbsverstösse den Verfahrensparteien zugerechnet werden können. Massgebend ist dabei die Unternehmensträgerschaft, das heisst, welche juristischen oder natürlichen Personen oder Rechtsgemeinschaften (z.B. Kollektivgesellschaft) Trägerinnen der fehlbaren Unternehmen waren bzw. sind. Soweit die Verfahrensparteien sowohl zum Tatzeitpunkt als auch aktuell Trägerinnen der fehlbaren Unternehmen waren bzw. sind, wirft die Zurechnung der Wettbewerbsverstösse keine spezifischen Fragen auf. Die Verfahrensparteien sind für diejenigen Verstösse zu sanktionieren, die von den von ihnen getragenen Unternehmen begangen worden sind.

745. Besonders zu prüfen ist die Zurechenbarkeit hingegen in Konstellationen, in denen die Unternehmensträgerschaft während oder nach der Tatbegehung geändert hat, namentlich im Zuge von Umstrukturierungen. Dies betrifft vorliegend die r._____ bzw. *Fabio Bau GmbH* sowie die frühere s._____. Konkret waren deren damalige Unternehmungen an folgenden unzulässigen Verhaltensweisen beteiligt.

¹⁰²³ Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*. Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung hinsichtlich Vorwerfbarkeit: RPW 2006/1, 169 ff., Rz 197 ff., *Flughafen Zürich AG (Unique)*; Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 672 E. 4.2.6, *Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO*; RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, *SIX/DCC*; RPW 2007/2, 232 ff., insb. Rz 308 und 314, *Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 803 E. 14.3.5, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 840 E. 13.2.5, *Gebro/WEKO*.

¹⁰²⁴ RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., *SIX/DCC*.

¹⁰²⁵ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; Urteil des BGer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁰²⁶ Siehe statt anderer etwa RPW 2011/1, 190 Rz 558 m.w.H. *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; vgl. auch Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18.6.2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PubLG; SR 170.512).

- die r. _____ an der Gesamtabrede im Kontext von Vorversammlungen bis 2007;
- die Fabio Bau GmbH an der Gesamtabrede im Kontext von Vorversammlungen von Januar bis Mai 2008 sowie an den Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit den Bauprojekten „[...]“, Scuol (2010), „[...]“, Scuol (2011), „[...]“, Scuol (2011), sowie „Waldweg Kurhaus, Val Sinestra“ (2011);
- die frühere s. _____ an der Gesamtabrede im Kontext von Vorversammlungen bis 2006.

746. Wie die WEKO in der Vergangenheit bereits festgehalten hat¹⁰²⁷, ist ein Wettbewerbsverstoss nicht nur bei eigentlicher Rechtsnachfolge (z.B. infolge Fusion) der neuen Unternehmensträgerin zuzurechnen, sondern auch in Fällen, in denen ein bestehendes Unternehmen bloss wirtschaftlich betrachtet unter neuer Trägerschaft fortgeführt wird (Unternehmenskontinuität), etwa im Rahmen eines „Asset Deals“. Gleiches wird im Übrigen auch in der Literatur zum Unternehmensstrafrecht postuliert.¹⁰²⁸

747. Dagegen monieren die betroffenen Parteien, dass die kartellrechtlichen Konsequenzen in jedem Fall vom Veräusserer zu tragen seien, solange dieser rechtlich noch existiere.¹⁰²⁹ Würden begangene Verstösse bei Unternehmensumstrukturierungen in der Form von „Asset Deals“ dem neuen Rechtsträger zugerechnet, ergäben sich Friktionen mit dem Schuldprinzip bzw. dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit.¹⁰³⁰ Dabei berufen sie sich unter anderem auf einen Aufsatz von DAMIAN K. GRAF¹⁰³¹ sowie zum Teil auf die Rechtsprechung in der EU, namentlich im Fall *Anic*.¹⁰³² Diesen Vorbringen ist wie folgt zu entgegnen:

748. Ausgangspunkt ist die Unterscheidung zwischen Unternehmen und Unternehmensträger. Hiervon sind sowohl die Bestimmungen zum Geltungsbereich des Kartellgesetzes in Art. 2 KG als auch diejenigen zu den Verwaltungssanktionen nach Art. 49a ff. KG geprägt. Das „Unternehmen“ im Sinne des Kartellgesetzes ist als wirtschaftliche Einheit zu verstehen, etwa als Zusammenfassung von personellen, sachlichen und finanziellen Ressourcen, mit denen sich die Einheit als Produzentin von Gütern oder Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligt. Die Betrachtung ist funktional. Dagegen handelt es sich beim „Unternehmensträger“ um diejenige Organisationseinheit, die aus der Unternehmenstätigkeit berechtigt und verpflichtet wird. Die Betrachtung ist juristisch. Aus der Unterscheidung zwischen Unternehmen und Unternehmensträger in der Ordnung des Kartellgesetzes ergeben sich folgende Implikationen: Normadressat der Vorschriften des Kartellgesetzes bildet das Unternehmen als wirtschaftliches Gefüge.¹⁰³³ Verstösse gegen das Kartellgesetz gehen vom Unternehmen aus. Auch eine allfällige Sanktion hierfür soll das Unternehmen treffen. Entsprechend ist die Bestimmung von Art. 49a KG formuliert. Danach wird das „Unternehmen“ und nicht etwa der Rechtsträger für unzulässiges Verhalten sanktioniert. Allerdings ist zu beachten, dass dem Unternehmen selber keine Rechte und Pflichten auferlegt werden können. Seine Tat muss daher einem Unternehmensträger zugerechnet werden, dem gegenüber alsdann auch die entsprechenden kar-

tellrechtlichen Massnahmen, namentlich die Sanktion, anzuordnen sind. Dies gilt auch bei Umstrukturierungen, bei denen das Unternehmen unter neuer Trägerschaft fortgeführt wird. Obwohl die Sanktion wirtschaftlich das fehlbare Unternehmen treffen soll, ist sie formell dem (ggf. neuen) Unternehmensträger aufzuerlegen. Damit steht die Prüfung der wirtschaftlichen Kontinuität im Kontext der Zurechenbarkeit von Zuwiderhandlungen im Einklang mit Art. 49a KG. Ein Verstoss gegen das Legalitätsprinzip bzw. den Grundsatz *nulla poena sine lege* liegt nicht vor.

749. Die Zurechnung von Kartellrechtsverstössen an eine neue Unternehmensträgerin verstösst vor diesem Hintergrund auch nicht gegen das Schuldprinzip. Das „schuldige“ Unternehmen besteht bei Unternehmenskontinuität fort und wird – auf dem Weg der Zurechnung ihres Verhalten an die neue Unternehmensträgerin – gebüsst. Dies deckt sich mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts im Fall *Preispolitik Swisscom ADSL*. Darin erachtete es das Gericht als mit dem Schuldprinzip vereinbar, im Konzernverhältnis eine Obergesellschaft als Verfügungsadressatin neben der handelnden Gruppengesellschaft heranzuziehen.¹⁰³⁴

750. Nichts anderes ergibt der Blick auf EU-Rechtsprechung. Auch die Europäischen Gerichte unterscheiden im Kartellrecht zwischen dem Unternehmen, das die Tat begeht, und dem Unternehmensträger, dem die Handlung des Unternehmens zuzurechnen ist.¹⁰³⁵ Im Fall *Anic* aus dem Jahr 1991 entschied das EuG, dass jeweils zu prüfen sei, auf welche Person das Unternehmen – im Sinne einer wirtschaftlichen Kontinuität – übertragen worden sei, wenn die Person, welche das Unternehmen zum Tatzeitpunkt getragen habe, rechtlich nicht mehr existiere. Bestehe die ursprüngliche Unternehmensträgerin bis zum Erlass der Entscheidung rechtlich fort, sei ihr die Zuwiderhandlung zuzurechnen.¹⁰³⁶

¹⁰²⁷ Vgl. RPW 2017/3, 454 Rz 261 ff., *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*, sowie den Entscheid der WEKO vom 2.10.2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*, Rz 85 ff., abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (26.03.2018).

¹⁰²⁸ Vgl. CARLO ANTONIO BERTOSSA, Unternehmensstrafrecht – Strafprozess und Sanktionen, 2003, 160; NIKLAUS SCHMID, Strafbarkeit des Unternehmens: die prozessuale Seite, in: recht 2003, 201–224, Rz 4.2.5.

¹⁰²⁹ Act. V.28 (22-0458), Rz 8 (Fabio Bau GmbH); Act. V.35 (22-0458), Rz 40 ff. (Lazzarini AG); Act. V.36 (22-0458), Rz 57 ff. (Koch AG Ramosch).

¹⁰³⁰ Act. V.28 (22-0458), Rz 10 (Fabio Bau GmbH); Act. V.35 (22-0458), Rz 62 (Lazzarini AG); Act. V.36 (22-0458), Rz 60 (Koch AG Ramosch).

¹⁰³¹ DAMIAN K. GRAF, Zurechnung von Unternehmensbussen, Die Auferlegung kartell-, steuer- und kernstrafrechtlicher Geldbussen im Konzern und bei Umstrukturierungen in: GesKR 3/2015, 356 ff.

¹⁰³² Act. V.35 (22-0458), Rz 50 ff. (Lazzarini AG).

¹⁰³³ Vgl. Urteil des BVGer, B-7633/2009 vom 14. September 2015, E. 77.

¹⁰³⁴ Urteil des BVGer, B-7633/2009 vom 14. September 2015, E. 77.

¹⁰³⁵ Urteil des EuGH vom 16.12.1975 C-40/73 *Suiker Unie u.a./Kommission*, Slg. 1975, 1663, Rz 84/87; Urteil des EuG vom 17.12.1991 T-6/89 *Enichem Anic/Kommission*, Slg. 1991, II-1623, Rz 236.

¹⁰³⁶ Urteil des EuG vom 17.12.1991 T-6/89 *Enichem Anic/Kommission*, Slg. 1991, II-1623, Rz 236.

751. Die Folgerungen des EuG im Fall Anic wurden vom EuGH zunächst bestätigt.¹⁰³⁷ In späteren Urteilen präzierte der EuGH indes seine Rechtsprechung zur Zurechenbarkeit von Verstössen bei wirtschaftlicher Kontinuität. Im Jahr 2004 hielt er im Fall *Aalborg Portland u.a./Kommission* fest, dass fehlbares Verhalten unter Umständen selbst dann dem neuen Unternehmensträger infolge wirtschaftlicher Kontinuität zugerechnet werden könne, wenn der frühere Unternehmensträger rechtlich noch bestehe.¹⁰³⁸ Auch im Fall *ETI u.a.* aus dem Jahr 2007 führte er aus, dass sich die Frage der Zurechnung von Handlungen an den neuen Unternehmensträger nicht nur dann stelle, wenn der frühere Unternehmensträger rechtlich nicht mehr existiere. Vielmehr sei dies auch dann zu prüfen, wenn der frühere Unternehmensträger zwar rechtlich noch bestehe, aber keine wirtschaftliche Tätigkeit mehr ausübe. Damit stellte der EuGH klar, dass seine frühere Rechtsprechung im Fall Anic zu eng gefasst war. Er begründete seine revidierte Praxis unter anderem damit, dass eine Sanktion gegen eine Person, die rechtlich zwar noch existiere, aber kein Unternehmen mehr trage, unwirksam sei. Sodann dürften Unternehmen ihrer Sanktion nicht durch Umstrukturierungen, Übertragungen oder sonstiger Änderungen rechtlicher oder organisatorischer Art entgegen können.¹⁰³⁹ Diese Praxis zur wirtschaftlichen Kontinuität haben die Europäischen Gerichte seither mehrfach bestätigt.¹⁰⁴⁰

752. Nach dem Gesagten bestehen keine Hindernisse, die vorliegend zu beurteilenden Umstrukturierungskonstellationen unter dem Gesichtspunkt der Unternehmenskontinuität zu prüfen, um die Frage der Zurechenbarkeit der Verstösse zu klären.

753. Ob bei Umstrukturierungen eine wirtschaftliche Kontinuität gegeben ist, beurteilt sich nach den gesamten Umständen des Einzelfalls. Massgebend sind insbesondere folgende Kriterien¹⁰⁴¹:

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

754. In Bezug auf die r. _____ ist massgebend, dass die Fabio Bau GmbH anlässlich ihrer Gründung deren gesamtes Inventar, den Werkhof in Sent sowie deren gesamtes Personal übernahm.¹⁰⁴² Die r. _____ stellte daraufhin sämtliche Tätigkeiten im Baubereich ein.¹⁰⁴³ Die Geschäftstätigkeit der Fabio Bau GmbH entsprach in geografischer und sachlicher Hinsicht im Wesentlichen derjenigen der r. _____. F. _____ nahm sowohl bei der r. _____ als auch bei der Fabio Bau GmbH eine Schlüsselposition wahr. Dies zeigt sich etwa darin, dass er bereits für die r. _____ Offerten kalkulierte¹⁰⁴⁴ und an Vorversammlungen teilnahm.¹⁰⁴⁵ Weiter fällt auf, dass

F. _____ bei der Fabio Bau GmbH unter der gleichen Festnetznummer wie während seiner Anstellung bei der r. _____ zu erreichen war.¹⁰⁴⁶ Auch die Faxnummer der Fabio Bau GmbH entsprach derjenigen der r. _____.¹⁰⁴⁷ Zudem hatte die Fabio Bau GmbH nach ihrer Gründung Zugang zu den Geschäftsunterlagen der r. _____.¹⁰⁴⁸ Im Lichte all dieser Umstände ist zu schliessen, dass die Fabio Bau GmbH bei ihrer Gründung Trägerin des zuvor von der r. _____ geführten Bauunternehmens geworden ist. Damit ist eine wirtschaftliche Kontinuität zwischen der r. _____ und der Fabio Bau GmbH zu bejahen. Soweit die r. _____ bis 2007 an der Gesamtabrede im Kontext der Vorversammlungen beteiligt war, ist dieser Verstoss der Fabio Bau GmbH zuzurechnen (vgl. aber sogleich zu deren Verhältnis zur Lazzarini AG Rz 755).

755. Zu prüfen ist sodann das Verhältnis zwischen der Fabio Bau GmbH und der Lazzarini AG. Die Fabio Bau GmbH wurde per 1. Januar 2013 in die Lazzarini AG integriert. Diese Integration erfolgte [...].¹⁰⁴⁹ Die Lazzarini AG übernahm von der Fabio Bau GmbH [...] ¹⁰⁵⁰, [...] ¹⁰⁵¹ [...].¹⁰⁵² Dies wurde nach aussen kommuniziert.¹⁰⁵³ Seit der Integration in die Lazzarini AG übt die Fabio Bau GmbH keine Geschäftstätigkeit mehr aus¹⁰⁵⁴, ist aber weiterhin im Handelsregister eingetragen. Gemäss dem Firmenporträt auf ihrer Homepage übernahm die Lazzarini AG die operative Tätigkeit der Fabio Bau GmbH.¹⁰⁵⁵ Mit der Integration der Fabio Bau GmbH wollte die Lazzarini AG [...] ¹⁰⁵⁶ Auch dies wurde nach aussen kommuniziert.¹⁰⁵⁷ Weiter sollten von der Fabio Bau GmbH [...] ¹⁰⁵⁸ [...] ¹⁰⁵⁹ Schliesslich wurde der Fabio Bau GmbH [...] ¹⁰⁶⁰ Bei dieser Sachlage hat die

¹⁰³⁷ Urteil des EuGH vom 8.7.1999 C-49/92 P *Kommission/Anic Partecipazioni*, Slg. 1999, I-4208 f., Rz 145.

¹⁰³⁸ Urteil des EuGH vom 7.1.2004 C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P *Aalborg Portland u.a./Kommission*, Slg. 2004, I-403, Rz 354 ff.

¹⁰³⁹ Urteil des EuGH vom 11.12.2007 C-280/06 *ETI u.a.*, Slg. 2007, I-10893, Rz 40 f.

¹⁰⁴⁰ Vgl. etwa Urteil des EuGH vom 29.3.2011, C-352/09 P *Thyssen-Krupp/Kommission*, Slg. 2011, I-02359, Rz 143 f.; Urteil des EuGH vom 17.5.2013 T-146/09, *Parker ITR und Parker-Hannifin/Kommission*, Rz 89; Urteil des EuGH vom 5.3.2015 C-93/13 P und C-123/13 P, *Kommission/Versalis und Eni*, Rz 57.

¹⁰⁴¹ So auch Entscheidung der WEKO vom 2. Oktober 2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*, Rz 87, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (26.03.2018).

¹⁰⁴² Act. II.2 (22-0458), Zeilen 82 f., 87 ff. und 120 f.

¹⁰⁴³ Act. II.026.

¹⁰⁴⁴ Act. II.2 (22-0458), Zeile 64 f.

¹⁰⁴⁵ Vgl. etwa Act. III.D.031; Act. III.D.024; Act. III.D.025; Act. III.D.040.

¹⁰⁴⁶ Vgl. etwa Act. III.B.003 und Act. III.D.031.

¹⁰⁴⁷ Vgl. etwa. Act. III.B.003 und Act. III.D.047.

¹⁰⁴⁸ Act. IV.008, Zeile 35 f.

¹⁰⁴⁹ Act. IX.B.19, Antwort auf Frage 1.

¹⁰⁵⁰ Act. IX.B.19, Antwort auf Frage 1; Act. II.2 (22-0458), Zeilen 110–113; Act. II.13 (22-0458), Zeile 61.

¹⁰⁵¹ Act. II.2 (22-0458), Zeilen 114–117.

¹⁰⁵² Act. IX.B.19, Antwort auf Frage 1. [...]; vgl. Act. II.13 (22-0458), Zeile 64 f.

¹⁰⁵³ Vgl. Act. III.B.023.

¹⁰⁵⁴ Act. II.2 (22-0458), Zeile 72 f.

¹⁰⁵⁵ Act. III.1.

¹⁰⁵⁶ Vgl. Act. III.B.008; vgl. auch Act. II.13 (22-0458), Zeilen 104 ff. (Aussagen von X. _____).

¹⁰⁵⁷ Vgl. Act. III.B.023.

¹⁰⁵⁸ Act. III.B.008.

¹⁰⁵⁹ Act. II.13 (22-0458), Zeilen 77 ff. (Aussagen von X. _____).

¹⁰⁶⁰ Act. III.B.021, Ziff. 5.

Lazzarini AG die zuvor von der Fabio Bau GmbH geführte Bauunternehmung – wirtschaftlich betrachtet – übernommen. Aus diesen Gründen ist die Lazzarini AG für sämtliche Verstösse der Fabio Bau GmbH ins Recht zu fassen.

756. Schliesslich ist der Zusammenhang zwischen der früheren s._____ und der Koch AG Ramosch zu beleuchten. Die Koch AG Ramosch nahm ihre Tätigkeit im Tiefbau und Transportbereich im Jahr 2007 auf, während [...], die frühere s._____, gleichzeitig ihre Tätigkeit in diesem Bereich einstellte. Die Geschäftstätigkeit der Koch AG Ramosch entspricht in geografischer und sachlicher Hinsicht im Wesentlichen derjenigen der s._____. Mit I._____ stellte sie zumindest eine Schlüsselperson der früheren s._____ ein. Zudem übernahm die Koch AG Ramosch – in der Form der Vermietung – deren Werkhof und Inventar.¹⁰⁶¹ Massgebend ist sodann die Kommunikation der Koch AG Ramosch nach aussen. Auf der Homepage der Koch AG Ramosch ist explizit erwähnt, dass sie das zuvor von der früheren s._____ getragene Unternehmen weitergeführt hat.¹⁰⁶² Auch mit der gewählten Firmenbezeichnung der Koch AG Ramosch wurde der Zusammenhang zwischen den beiden Gesellschaften nach aussen sichtbar gemacht. Vor diesem Hintergrund ist eine wirtschaftliche Kontinuität zwischen der früheren s._____. Koch und der Koch AG Ramosch gegeben. Im Wesentlichen handelte es sich um eine Verlagerung der operativen Geschäftstätigkeit von der [...]. Soweit die frühere s._____ bis 2006 an der Gesamtabrede im Kontext der Vorversammlungen beteiligt war, ist dieser Verstoß der Koch AG Ramosch zuzurechnen.

C.5.2.4 Bemessung

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

758. 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 Verhältnismässigkeit¹⁰⁶³ und der Gleichbehandlung begrenzt wird.¹⁰⁶⁴ 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.¹⁰⁶⁵

759. Im Folgenden wird die Sanktionsbemessung in Bezug auf die festgestellten Wettbewerbsverstösse einzeln erörtert.

C.5.2.4.1 Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen (bis 2008)

760. Nach Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich der konkrete Sanktionsbetrag anhand der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Angemessen zu berücksichtigen ist zudem auch der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn. Die SVKG geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann.

761. Für die Gesamtabrede im Zusammenhang mit Vorversammlungen sind die Foffa Conrad-Gruppe, die Koch AG Ramosch, die Lazzarini AG und die René Hohenegger Sarl zu sanktionieren. Im Folgenden ist zu erörtern, mit welchen Sanktionsbeträgen sie zu belegen sind.

(i) Basisbetrag

762. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren *auf den relevanten Märkten* in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Dem Zweck von Art. 3 SVKG entsprechend ist hierbei der Umsatz massgebend, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.¹⁰⁶⁶ Das Abstellen auf diese Zeitspanne der Zuwiderhandlung gegen das Kartellgesetz dient nicht zuletzt auch dazu, die erzielte Kartellrente möglichst abzuschöpfen.

763. Vorliegend endete die Gesamtabrede im Kontext der Vorversammlungen im Mai 2008 (vgl. Rz 199 hier- vor). Für die Sanktionsberechnung sind damit die Umsätze der Jahre 2006, 2007 und 2008 massgebend. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Abrede zwar im Mai 2008 endete, einige der davon betroffenen Bauprojekte aber erst im weiteren Verlauf des Jahres ausgeführt worden sind. Daher erzielten die Unternehmen teils auch noch nach Mai 2008 Umsätze aus von der Abrede betroffenen Bauprojekten. Zudem ist zu berücksichtigen, dass im Unterengadin aufgrund der klimatischen Bedingungen die meisten Bauprojekte jeweils anfangs Jahr bzw. im Frühjahr zur Ausschreibung gelangen.

¹⁰⁶¹ Act. III.37 (22-0458), Antworten auf Fragen 1c und 1e.

¹⁰⁶² Act. II.6 (22-0458), Beilage 1.

¹⁰⁶³ Art. 2 Abs. 2 SVKG.

¹⁰⁶⁴ Vgl. PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

¹⁰⁶⁵ RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹⁰⁶⁶ In diesem Sinne auch RPW 2012/2, 404 f. Rz 1083 Tabelle 3 sowie 407 f. Rz 1097 Tabelle 5, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; Verfügung in Sachen Altimum SA (vormals Roger Guenat SA), Rz 326 und 332 m.w.H. in Fn 176, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (2.11.2017).

I. Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt)

764. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat.

765. Massgeblich ist vorliegend der Umsatz der Verfahrensparteien, den sie auf dem Markt für die Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin erzielten (zum relevanten Markt vgl. Rz 599 ff. hiervor). Dabei stützt sich die Behörde auf die Angaben der Parteien (Rz 83 f. hiervor). Bei der Fabio Bau GmbH ist betreffend die Jahre 2006 und 2007 auf den entspre-

chenden Umsatz der r. _____ abzustellen, zumal sie – wirtschaftlich betrachtet – Trägerin des zuvor von dieser Firma betriebenen Bauunternehmens geworden ist.

766. Aus den gleichen Gründen wäre bei der Koch AG Ramosch betreffend das Jahr 2006 der Umsatz der früheren s. _____ massgebend. Da diese Zahlen nicht mehr ermittelt werden konnten¹⁰⁶⁷, ist zugunsten der Partei auf den tiefsten bekannten Umsatz der Koch AG Ramosch abzustellen, nämlich derjenige im Jahr 2007. Dieser liegt deutlich unter den Umsätzen, den sie in den darauffolgenden Jahren erzielte.

767. Damit ergeben sich folgende Obergrenzen des Basisbetrags:

Unternehmen	Umsatz 2006–2008 auf dem relevanten Markt (ohne MWST in CHF)	Massgeblicher Prozentsatz	Obergrenze für den Basisbetrag in CHF
Fabio Bau GmbH	[...]	10 %	[...]
Foffa Conrad-Gruppe ¹⁰⁶⁸	[...]	10 %	[...]
Koch AG Ramosch	[...]	10 %	[...]
Lazzarini AG	[...]	10 %	[...]
René Hohenegger Sarl	[...]	10 %	[...]

Tabelle 29: Obergrenzen des Basisbetrags

II. Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

768. 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.). Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoss zu qualifizieren ist.

769. Die an der Gesamtabrede im Kontext der Vorversammlungen beteiligten Unternehmen haben sich unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG verhalten. Im Folgenden gilt es demnach zu prüfen, als wie schwer dieser Verstoss gegen das Kartellgesetz zu qualifizieren ist; hierbei stehen objektive¹⁰⁶⁹ Faktoren im Vordergrund.

770. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden als schwer sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer sehr stark 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 Gefährdungspotentials grundsätzlich im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h. zwischen 7 und 10 %, einzuordnen. Tendenziell leichter zu gewichten sind den Wettbe-

werb erheblich beeinträchtigende Abreden, welche sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. 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.¹⁰⁷⁰

771. Vorliegend ist hinsichtlich der Art und Schwere des Verstosses zunächst zu berücksichtigen, dass eine Gesamtabrede zu beurteilen ist. Eine dauerhaft bestehende Gesamtabrede über eine Vielzahl von Submissionen in einer Branche kann schwerwiegende volkswirtschaftliche und soziale Schäden bewirken. Vor diesem Hintergrund erscheint ein hoher Basisbetragskoeffizient angemessen.

¹⁰⁶⁷ Vgl. Act. III.37 (22-0458), Antwort auf Frage 1f.

¹⁰⁶⁸ Berücksichtigt werden bei der Foffa Conrad-Gruppe die Umsätze der Bezzola Denoth AG, der Foffa Conrad AG und der Zebblas Bau AG Samnaun, die alle an der Gesamtabrede im Kontext der Vorversammlungen beteiligt waren.

¹⁰⁶⁹ D.h. nicht verschuldensabhängige Kriterien, vgl. ROLF DAHLER/PATRICK L. KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Walter Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, 139.

¹⁰⁷⁰ Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 3.

772. Ins Gewicht fällt sodann, dass die Abredeteilnehmer einen hohen organisatorischen Aufwand betrieben und die Zusammenarbeit im Rahmen der Vorversammlungen institutionalisierten. Dabei wurden in grossem Umfang Projekte dem Zuteilungssystem zugeführt, das mit der Zusammenarbeit einherging. Auch vor diesem Hintergrund ist grundsätzlich eine Orientierung im oberen Bereich des Sanktionsrahmens angebracht.

773. Bei der Beurteilung der Art und Schwere ist zudem zu berücksichtigen, ob der Kartellrechtsverstoss vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde. Vorliegend wurde der Kartellrechtsverstoss vorsätzlich begangen (Rz 739). Auch dies rechtfertigt, einen hohen Basisbetrag anzunehmen.

774. Weiter ist einerseits zu beachten, dass vorliegend der wirksame Wettbewerb durch die Gesamtabrede bis 2006 geradezu beseitigt worden ist (dazu Rz 614 ff. hiavor). Auch dies spricht dafür, einen hohen Prozentsatz anzuwenden.¹⁰⁷¹ Zugunsten der Parteien ist andererseits zu berücksichtigen, dass der Umsetzungsgrad der Gesamtabrede in den Jahren 2007 und 2008 stark zurückging. Über die gesamte Wirkungsdauer betrachtet ist keine Wettbewerbsbeseitigung, aber doch eine erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs

durch die Gesamtabrede anzunehmen. Dennoch ist vorliegend grundsätzlich von einem schweren Kartellrechtsverstoss auszugehen.

775. Unternehmensspezifisch ist allerdings bezüglich der René Hohenegger Sarl und der Koch AG Ramosch ihrer reduzierten Beteiligung an der Umsetzung der Gesamtabrede Rechnung zu tragen. Die Koch AG Ramosch war daran nur teilweise, die René Hohenegger Sarl gar nur am Rande beteiligt. Dies ist bei der Ansetzung ihrer Basisbeträge zu ihren Gunsten zu berücksichtigen.

776. Mit Blick auf all diese Umstände erscheint vorliegend für die Fabio Bau GmbH, die Foffa Conrad-Gruppe (Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG, Zebblas Bau AG Samnaun) und die Lazzarini AG ein Prozentsatz von 8 % angemessen. Infolge der reduzierten Beteiligung an der Umsetzung der Gesamtabrede ist der Prozentsatz bei der Koch AG Ramosch auf 5 % festzulegen. Die René Hohenegger Sarl, die nur am Rande in die Zusammenarbeit im Rahmen der Vorversammlungen involviert war, erscheint ein Prozentsatz von 1 % angemessen. Damit ergeben sich für die Verfahrensparteien folgende Basisbeträge gemäss Art. 3 SVKG:

Unternehmen	Umsatz 2006–2008 auf dem relevanten Markt (ohne MWST in CHF)	Massgeblicher Prozentsatz	Basisbetrag in CHF
Fabio Bau GmbH	[...]	8 %	[...]
Foffa Conrad-Gruppe ¹⁰⁷²	[...]	8 %	[...]
Koch AG Ramosch	[...]	5 %	[...]
Lazzarini AG	[...]	8 %	[...]
René Hohenegger Sarl	[...]	1 %	[...]

Tabelle 30: Basisbetrag der Verfahrensparteien

(ii) Dauer des Verstosses

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

778. Vorliegend werden die beteiligten Unternehmen für die Gesamtabrede sanktioniert, welche mittels Einzelsubmissionsabreden umgesetzt wurde. Wie bereits erläutert, bestand die Gesamtabrede zwischen den Abredeteilnehmern ununterbrochen jedenfalls seit spätestens 1997 bis Mai 2008 und wurde stetig und wiederholt umgesetzt (vgl. Rz 243 hiavor).

779. Da dieser Dauerverstoss ab dem Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes am 1. April 2004 sanktioniert werden kann und bis Mai 2008 dauerte, ist für die Sanktionierung von einer Dauer der Abrede von vier Jahren auszugehen. Entsprechend den vorgenannten Kriterien

ist eine Erhöhung des Basisbetrags um 40 % angemessen.

(iii) Erschwerende und mildernde Umstände

780. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen.

¹⁰⁷¹ RPW 2017/3, 457 Rz 284, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münster-tal*; CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a KG N 53.

¹⁰⁷² Berücksichtigt werden bei der Foffa Conrad-Gruppe die Umsätze der Bezzola Denoth AG, der Foffa Conrad AG und der Zebblas Bau AG Samnaun, die alle an der Gesamtabrede im Kontext der Vorversammlungen beteiligt waren.

I. Anstiftung oder führende Rolle (Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG)

781. Für keines der an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen ist anzunehmen, dass es eine führende oder anstiftende Rolle im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG innehatte. Die vorliegende Gesamtabrede war langjähriger Natur. Dabei durchlief sie verschiedene Phasen. Auch der Kreis der für die Unternehmen handelnden Vertreter veränderte sich während der Umsetzungs- und Wirkungsdauer der Gesamtabrede. Dass ein Unternehmen in diesem Kontext – gesamthaft betrachtet – eine erheblich bedeutendere Rolle im Hinblick auf die Stabilität und Funktionsweise der Gesamtabrede einnahm als andere Unternehmen, ist vorliegend nicht erwiesen. Der Basisbetrag ist unter diesem Gesichtspunkt nicht zu erhöhen.

II. Kooperatives Verhalten

782. Kooperatives Verhalten der Verfahrensparteien ist als in der SVKG unbenannter Milderungsgrund grundsätzlich anerkannt. Allerdings führt nicht jede Mitwirkung im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung zu einer derartigen Milderung, weil die Verfahrensparteien von Gesetzes wegen ohnehin dazu verpflichtet sind, im verwaltungsrechtlichen Verfahren mitzuwirken. Kommt hinzu, dass das Kartellrecht mit den Regelungen zur Milderung der Sanktion bei der Einreichung einer Selbstanzeige spezielle Vorgaben für die Begünstigung infolge guter Kooperation kennt.

783. Die Fabio Bau GmbH und Koch AG Ramosch haben keine Angaben gemacht, welche die Klärung des Sachverhalts erleichtert hätten. Insbesondere haben sie ihre Beteiligung an der Gesamtabrede ausdrücklich abgestritten. Sie haben auch nicht zum Nachweis der Beteiligung der übrigen Unternehmen an der Abrede beigetragen. Damit liegt für die Fabio Bau GmbH und die Koch AG Ramosch unter dem Gesichtspunkt des kooperativen Verhaltens kein mildernder Umstand vor.

784. Die Kooperation der Foffa Conrad-Gruppe (Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG, Zebblas Bau AG Samnaun), Lazzarini AG und René Hohenegger Sarl wird im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen zur Selbstanzeige behandelt (Rz 791 ff.).

III. Aufgabe der Wettbewerbsbeschränkung (Art. 6 Abs. 1 SVKG)

785. Gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG wird der Sanktionsbetrag gemindert, wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung spätestens vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26–30 KG beendet.

786. Die beteiligten Unternehmen haben die Gesamtabrede vorliegend rund viereinhalb Jahre vor Untersuchungseröffnung aufgegeben. Zudem liegt der Wettbewerbsverstoss bereits bald zehn Jahre zurück, was das öffentliche Interesse an der Sanktionierung grundsätzlich schmälern würde. Allerdings ist zu beachten, dass sämtliche Parteien, die für die Gesamtabrede zu sanktionieren sind, nach deren Beendigung im Mai 2008 mehrere weitere unzulässige Verhaltensweisen zu verantworten haben, namentlich Angebotskoordinierungen im Zusammenhang mit einzelnen Bauprojekten im Unteregadin in den Jahren 2009 bis 2012 (dazu Rz 665 ff.).

Aus diesem Grund scheidet vorliegend eine Sanktionsmilderung nach Art. 6 Abs. 1 SVKG aus.

IV. Passive Rolle (Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG)

787. Der Milderungsgrund der passiven Rolle wird als Gegenstück zur Anstiftung nach Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG angesehen. Das bedeutet aber nicht, dass für eine passive Rolle schon das Fehlen einer führenden Rolle ausreicht. Darunter wird vielmehr ein Verhalten eines Unternehmens verstanden, das durch Abwesenheit von besonderen Aktivitäten hinsichtlich der Organisation, Koordination und Durchführung der Wettbewerbsbeschränkung gekennzeichnet ist. Darunter fällt bei Kartellen z.B. ein Unternehmen, welches Wettbewerbsbeschränkungen nur auf Geheiss der anderen durchführt, bei den vorangehenden Gesprächen, Treffen, Veranstaltungen etc. sowie am damit im Zusammenhang stehenden Brief-, Fax- und E-Mail-Verkehr jedoch nicht teilgenommen hat.¹⁰⁷³ Zu beachten ist, dass die mangelhafte Umsetzung einer Abrede durch einzelne Unternehmen bei der Bewertung der Schwere des Wettbewerbsverstosses zu berücksichtigen ist.¹⁰⁷⁴

788. Vorliegend nahm keine der Verfahrensparteien eine derartige passive Rolle ein. Insbesondere ist bewiesen, dass alle beteiligten Unternehmen – wenn auch nur teilweise (Koch AG Ramosch) oder ausnahmsweise (René Hohenegger Sarl) – aus freien Stücken an Vorversammlungen teilnahmen. Insofern handelte keines der Unternehmen gänzlich passiv, ebenso wenig distanzieren sie sich von der Zusammenarbeit in dieser Form.

789. Die reduzierte Umsetzung der Gesamtabrede durch die Koch AG Ramosch und die René Hohenegger Sarl wurde bereits bei der Beurteilung der Schwere des Kartellrechtsverstosses berücksichtigt (vgl. dazu Rz 775). Der Sanktionsbetrag ist damit nicht nach Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG zu mildern.

(iv) Maximalsanktion

790. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird (vgl. zu den Vorbringen der Foffa Conrad-Gruppe aber Rz 827 ff. hiernach).

(v) Selbstanzeige

791. Wenn ein Unternehmen an der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung dieses Unternehmens ganz oder teilweise verzichtet werden. Diesen Grundsatz hält Art. 49a Abs. 2 KG fest. In Art. 8 ff. SVKG sind die Modalitäten eines vollständigen und in Art. 12 ff. SVKG diejenigen eines teilweisen Sanktionserlasses geregelt.

¹⁰⁷³ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 1071), Art. 49a N 89.

¹⁰⁷⁴ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 1071), Art. 49a N 89.

I. Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion

792. Gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG *erlässt* die WEKO einem Unternehmen die Sanktion *vollständig*, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG anzeigt und als Erstes entweder:

- Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, eine Untersuchung zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG, Eröffnungskooperation); oder
- Beweismittel vorlegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, Feststellungskooperation). Ein Sanktionserlass von 100 % kann auch dann noch gewährt werden, wenn die Wettbewerbsbehörden von Amtes wegen oder infolge Anzeige eines Dritten eine Vorabklärung oder Untersuchung eröffnet haben.¹⁰⁷⁵

793. Ein Erlass der Sanktion setzt in beiden vorgenannten Fällen allerdings voraus, dass die Wettbewerbsbehörde nicht ohnehin bereits über ausreichende Beweismittel verfügt, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen (Art. 8 Abs. 3 und 4 Bst. b SVKG).

794. Weiter wird gemäss Art. 8 Abs. 2 SVKG von einem Unternehmen kumulativ verlangt, dass:

- seine Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde eine ununterbrochene und uneingeschränkte ist;
- es sämtliche Informationen und Beweismittel unangefordert vorlegt;
- es weder eine anstiftende oder führende Rolle am Wettbewerbsverstoss gespielt noch andere Unternehmen zur Teilnahme an diesem gezwungen hat; und
- es seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörde einstellt.

795. Sind nicht alle Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion erfüllt, ist dennoch eine Reduktion der Sanktion möglich. Eine solche setzt gemäss Art. 12 SVKG voraus, dass ein Unternehmen an einem Verfahren unangefordert mitgewirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat.

II. Beurteilung

a. Lazzarini AG

796. Die Lazzarini AG reichte im vorliegenden Verfahren am 1. November 2012 formell Selbstanzeige ein.¹⁰⁷⁶ Im Folgenden ist zu beurteilen, ob ihrer Mitwirkung im Verfahren bezüglich der Gesamtabrede im Kontext von Vorversammlungen tatsächlich Selbstanzeigequalität beizumessen ist.

797. Im Rahmen einer Selbstanzeige muss das Unternehmen Klarheit über den Sachverhalt schaffen. Dies

betrifft den gesamten kartellrechtlich relevanten Sachverhalt, der sowohl objektive als auch subjektive Elemente umfasst. Das bedeutet namentlich, dass das Unternehmen aufdecken muss, welches der verfolgte Zweck der angezeigten Verhaltensweise war, wie das Verhalten durch das Unternehmen umgesetzt wurde sowie – soweit Informationen und Beweismittel dazu vorhanden sind – wie die Umsetzung durch andere beteiligte Unternehmen erfolgt ist. Zu diesem Zweck kann das Unternehmen insbesondere vorbestehende Beweismittel einreichen und Protokollaussagen tätigen. Keine Selbstanzeige liegt typischerweise dann vor, wenn das Unternehmen die beigebrachten Informationen und Beweismittel selbst wieder entkräftet, etwa indem es eine Verhaltensabstimmung mit anderen Unternehmen bestreitet oder generell (mögliche) negative Auswirkungen auf den Wettbewerb verneint. Nicht erforderlich ist demgegenüber, dass sich das Unternehmen schuldig bekennt, einen bestimmten kartellrechtlichen Tatbestand verletzt zu haben, oder dass es eine rechtliche Würdigung der offengelegten Tatsachen vornimmt (z.B. bezüglich der Frage der Erheblichkeit).¹⁰⁷⁷

798. Die mündlichen und schriftlichen Eingaben der Lazzarini AG sind nach Massgabe dieser Kriterien zu beurteilen.

799. In ihrer Selbstanzeige vom 1. November 2012 zeigte die Lazzarini AG ihre Beteiligung an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen nicht an. Auch in ihren Eingaben vom 7. Dezember 2012¹⁰⁷⁸, 17. Mai 2013¹⁰⁷⁹ und 19. Mai 2013¹⁰⁸⁰ äusserte sie sich nicht dazu. An der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige der Lazzarini AG vom 1. November 2012¹⁰⁸¹ bestritt K._____, an Vorversammlungen teilgenommen zu haben (dazu Rz 117 hiavor).

800. Anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige der Lazzarini AG vom 19. August 2015¹⁰⁸² befragte das Sekretariat L._____ zur Beteiligung der Lazzarini AG an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen im Unterengadin. Diese Befragung wurde durch die Behörde initiiert. L._____ räumte ein, persönlich für die Lazzarini AG an Vorversammlungen teilgenommen zu haben. Zu den Teilnehmern, Ablauf und Zweck der Vorversammlungen konnte er nur vage Angaben machen.

¹⁰⁷⁵ So bereits RPW 2009/3, 219 Rz 153 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹⁰⁷⁶ Act. IX.B.1.

¹⁰⁷⁷ Zum Ganzen Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO Bonusregelung (Selbstanzeige) vom 8.9.2014, Rz 5.

¹⁰⁷⁸ Act. IX.B.7–IX.B.10.

¹⁰⁷⁹ Act. IX.B.19.

¹⁰⁸⁰ Act. IX.B.20.

¹⁰⁸¹ Act. IX.B.4.

¹⁰⁸² Act. IX.B.23.

801. Mit Eingabe vom 16. Oktober 2015¹⁰⁸³ bestätigte die Lazzarini AG im Wesentlichen ihre bisherigen Angaben. Konkret sei L. _____ einige Male als „Bote“ für die Lazzarini AG an Vorversammlungen anwesend gewesen.¹⁰⁸⁴ Ab dem Jahr 2006 habe kein Vertreter der Lazzarini AG an Vorversammlungen teilgenommen.¹⁰⁸⁵ Zum Gegenstand, Ablauf und den Teilnehmern der Vorversammlungen äusserte sie sich vage oder stellte Vermutungen auf. Dass ihr Verhalten im Zusammenhang mit den Vorversammlungen eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt habe, verneinte sie explizit.¹⁰⁸⁶ Zu den möglichen Auswirkungen, welche die Abrede im Zusammenhang mit Vorversammlungen im Unterengadin auf den Wettbewerb gehabt haben könnte, äusserte sich die Lazzarini AG trotz entsprechender Frage der Behörde nicht.¹⁰⁸⁷

802. Wie die Sachverhaltsfeststellungen ergeben haben, ist erwiesen, dass die Lazzarini AG bis Mai 2008 an der Gesamtabrede im Kontext von Vorversammlungen beteiligt war (Rz 202 ff. hiervor). Ebenso ist erstellt, dass die beteiligten Unternehmen damit bezweckten, sich betreffend den Zuschlag für Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin nicht zu konkurrenzieren. Zudem bezweckten sie, sich bei diesen Bauleistungen nicht betreffend den Preis zu konkurrenzieren (Rz 186 hier vor). Bei denjenigen Bauprojekten, bei denen es durch die Umsetzung der Gesamtabrede zu einer Projektzuteilung kam, wurde der Wettbewerb unter den Beteiligten ausgeschlossen (Rz 243 hiervor).

803. Die Lazzarini AG hat ihre Beteiligung an der Gesamtabrede nur teilweise anerkannt, nämlich bis 2005. Zudem hat sie wesentliche Elemente des relevanten und erwiesenen Sachverhalts bestritten oder sich nicht dazu geäussert. Dies betrifft namentlich den Zweck sowie die tatsächlichen und potenziellen Auswirkungen ihres Verhaltens. Ihre Eingaben genügen den Anforderungen an eine Selbstanzeige nicht. Auf der Grundlage von Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 12 SVKG ist ihr daher keine Sanktionsreduktion zu gewähren. Soweit die Lazzarini AG in Bezug auf ihre Teilnahme an Vorversammlungen bis 2005 geständig ist und zutreffende, wenn auch vage Angaben zum Gegenstand, den Teilnehmern und zum Ablauf der Vorversammlungen gemacht hat, hat sie sich im Verfahren durchaus kooperativ gezeigt. Diesem kooperativen Verhalten ist gestützt auf Art. 6 SVKG mit einer Sanktionsreduktion in der Höhe von 15 % Rechnung zu tragen.

b. Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG und Zebblas Bau AG Samnaun (Foffa Conrad-Gruppe)

804. Die Foffa Conrad-Gruppe (Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG und Zebblas Bau AG Samnaun) reichte im November 2012 eine Selbstanzeige betreffend das Unterengadin ein. In der Folge zeigte sie umgehend und als erstes Unternehmen unter anderem auch ihr Verhalten im Zusammenhang mit den Vorversammlungen im Unterengadin an. In formeller Hinsicht erfolgte die Selbstanzeige der Foffa Conrad-Gruppe zwar später als diejenige der Lazzarini AG. Die Eingaben der Lazzarini AG sind aber hinsichtlich der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen nicht als Selbstanzeige zu qualifizieren (vgl. Rz 796 ff. hiervor). Diesbezüglich wird die Position der ersten Selbstanzeigerin somit nicht

durch die Lazzarini AG eingenommen, sondern durch die Foffa Conrad-Gruppe.¹⁰⁸⁸ Die Foffa Conrad-Gruppe lieferte sodann Informationen, die es den Wettbewerbsbehörden ermöglichten, den vorliegenden Kartellrechtsverstoss im Kontext von Vorversammlungen im Unterengadin festzustellen, unter anderem mit ihren mündlichen Ergänzungen der Selbstanzeige vom 12. November 2012¹⁰⁸⁹, 18. August 2015¹⁰⁹⁰, 19. August 2015¹⁰⁹¹, 23. Mai 2016¹⁰⁹² und 27. Mai 2016¹⁰⁹³. Ihre Selbstanzeige ist als Feststellungskooperation im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG zu werten.

805. Durch ihre mündlichen und schriftlichen Ergänzungen der Selbstanzeige trugen die Bezzola Denoth AG, die Foffa Conrad AG und die Zebblas Bau AG Samnaun insbesondere zum Nachweis der Beteiligten, des Zwecks, der Dauer und der Umsetzung der Gesamtabrede massgebend bei.

806. Es liegt auch kein Grund für den Ausschluss des Erlasses der Sanktion nach Art. 8 Abs. 2 Bst. a KG vor. Weder die Bezzola Denoth AG noch die Foffa Conrad AG noch die Zebblas Bau AG Samnaun zwingen ein Unternehmen zur Teilnahme am Wettbewerbsverstoss. Auch hatten sie keine anstiftende oder führende Rolle inne (vgl. Rz 781 hiervor).

807. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG und Zebblas Bau AG Samnaun legten den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel betreffend die Abrede vor. Weiter erläuterten und präzisierten sie diese durch ihre Angaben und arbeiteten ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug mit den Wettbewerbsbehörden zusammen. Ihre Abredetätigkeit stellten sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Bezzola Denoth AG, der Foffa Conrad AG und der Zebblas Bau AG Samnaun die Sanktion zu erlassen.

¹⁰⁸³ Act. IX.B.28.

¹⁰⁸⁴ Act. IX.B.28, Antwort auf Frage 2.

¹⁰⁸⁵ Act. IX.B.28, Antwort auf Frage 4.

¹⁰⁸⁶ Act. IX.B.28, Antwort auf Fragen 8 und 9.

¹⁰⁸⁷ Act. IX.B.28, Antwort auf Frage 11.

¹⁰⁸⁸ Hierbei handelt es sich nicht um ein „Nachrücken“ der Foffa Conrad-Gruppe in die Position der Lazzarini AG, zumal diese im vorliegenden Kontext (materiell) gar keine Selbstanzeige eingereicht hat. Anders gelagert ist der Fall, wenn ein Unternehmen tatsächlich formell und materiell Selbstanzeige erstattet, aber die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass nicht erfüllt, etwa weil es bei der Abrede eine führende Rolle innehatte. In dieser Konstellation richten sich die Rechtsfolgen der Selbstanzeige beim Unternehmen, das als zweites eine Selbstanzeige eingereicht hat, wohl nicht nach Art. 8 ff. SVKG (Vollständiger Erlass der Sanktion), sondern nach Art. 12 ff. SVKG (Reduktion der Sanktion).

¹⁰⁸⁹ Act. IX.C.5.

¹⁰⁹⁰ Act. IX.C.49 und Act. IX.C.50.

¹⁰⁹¹ Act. IX.C.51.

¹⁰⁹² Act. VII.B.7 (22-0458).

¹⁰⁹³ Act. VII.B.8 (22-0458).

c. René Hohenegger Sarl

808. Mit Fax-Bonusmeldung vom 21. März 2013 reichte die René Hohenegger Sarl Selbstanzeige bezüglich mutmasslicher Wettbewerbsverstösse im Unterengadin ein (Rz 30 hiervor). Da sie nicht als erstes Unternehmen Beweismittel vorgelegt hat, die es den Wettbewerbsbehörden ermöglichten, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG festzustellen, kommt für sie lediglich eine Sanktionsreduktion bis zu 50 % in Betracht (vgl. Art. 12 SVKG).

809. Nach Art. 12 Abs. 1 SVKG ist für eine Reduktion der Sanktion erforderlich, dass eine Partei an einem Verfahren unaufgefordert mitwirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat.

810. Im Rahmen der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige vom 21. März 2013 stellte die René Hohenegger Sarl nicht in Abrede, dass es im Unterengadin „Preisabsprachen in grösseren Runden“ gegeben habe.¹⁰⁹⁴ Am 22. Juli 2015¹⁰⁹⁵ machte sie präzisierende Angaben zu den Vorversammlungen, insbesondere zu deren Einberufungsmechanismus, Leitung und Ablauf. Ferner hatte die René Hohenegger Sarl ihre Mitwirkung an der Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen im April 2008 beendet, andere Abredetätigkeiten stellte sie mit der Untersuchungseröffnung ein.

811. Damit erfüllt die René Hohenegger Sarl die Voraussetzungen für eine Sanktionsreduktion. Gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG richtet sich die Höhe der Reduktion

massgeblich nach der Wichtigkeit des Beitrags, den eine Selbstanzeigerin zum Verfahrenserfolg liefert. Dabei gilt, dass die Bedeutung eines möglichen Beitrags mit fortschreitendem Verfahren naturgemäss abnimmt.

812. Die René Hohenegger Sarl trug zwar zum Nachweis der Wettbewerbsbeschränkungen bei. Angesichts des Zeitpunkts der Selbstanzeige der René Hohenegger Sarl und der Vielzahl anderer Beweismittel, die der Behörde vorliegen (Urkunden, Aussagen anderer Parteien und Zeugen), war ihr Beitrag aber nicht wesentlich. Die Sanktion der René Hohenegger Sarl ist damit gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG um 30 % zu reduzieren.

(vi) Verhältnismässigkeitsprüfung

813. Schliesslich muss eine Sanktion als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein.¹⁰⁹⁶ Vorliegend sind die festgesetzten Sanktionsbeträge als tragbar bzw. zumutbar zu bezeichnen. Vorbehalten sind die Ausführungen zur [...] (Rz 1090 ff. hiernach) und [...] (Rz 1096 f. hiernach).

(vii) Ergebnis

814. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungsanktion in folgender Höhe als den Verstössen der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG im Kontext der Vorversammlungen angemessen:

	Fabio Bau GmbH	Foffa Conrad-Gruppe	Koch AG Ramosch	Lazzarini AG	René Hohenegger Sarl
Umsatz	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Basisbetrag	[...] (8 %)	[...] (8 %)	[...] (5 %)	[...] (8 %)	[...] (1 %)
Dauerzuschlag 40 %	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Summe	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Reduktion für gute Kooperation	–	–	–	[...] (15 %)	–
Reduktion gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG	–	–	–	–	–
Summe	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG	–	-[...]	–	–	–
Bonus gemäss Art. 12 SVKG	–	–	–	–	-[...] (30 %)
Sanktion	[...]	0	[...]	[...]	[...]

Tabelle 31: Sanktionsübersicht betreffend Zusammenarbeit im Rahmen von Vorversammlungen (bis 2008)

C.5.2.4.2 Zusammenarbeit zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG (bis 2012)

815. Im Folgenden ist zu darzulegen, mit welchen Beträgen die Foffa Conrad AG bzw. Bezzola Denoth AG und die Lazzarini AG für ihre bis 2012 dauernde Gesamtabrede zu sanktionieren sind.

¹⁰⁹⁴ Act. IX.D.2, Zeilen 110 ff.

¹⁰⁹⁵ Act. IX.D.14.

¹⁰⁹⁶ Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150 m.w.Hw., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

(i) Basisbetrag

816. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren *auf den relevanten Märkten* in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Dem Zweck von Art. 3 SVKG entsprechend ist hierbei der Umsatz massgebend, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.¹⁰⁹⁷ Das Abstellen auf diese Zeitspanne der Zuwiderhandlung gegen das Kartellgesetz dient nicht zuletzt auch dazu, die erzielte Kartellrente möglichst abzuschöpfen (vgl. bereits Rz 762 hiervor).

817. Die Gesamtabrede zwischen der Lazzarini AG und der Foffa Conrad AG bzw. Bezzola Denoth AG endete im Oktober 2012 (vgl. Rz 297 f. hiervor). Für die Sanktionsberechnung sind somit die Umsätze der Jahre 2010, 2011 und 2012 massgebend. Zu berücksichtigen ist der Umsatz, den sie auf dem Markt für die Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin erzielten (zum relevanten Markt vgl. Rz 645 ff. hiervor). Dabei stützt sich die Behörde auf die Angaben der Parteien (Rz 83 f. hiervor).

818. Daraus ergeben sich folgende Obergrenzen für den Basisbetrag:

Unternehmen	Umsatz 2010–2012 auf dem relevanten Markt (ohne MWST in CHF)	Massgeblicher Prozentsatz	Obergrenze für den Basisbetrag in CHF
Foffa Conrad-Gruppe ¹⁰⁹⁸	[...]	10 %	[...]
Lazzarini AG	[...]	10 %	[...]

Tabelle 32: Obergrenzen des Basisbetrags

819. Hinsichtlich der Art und Schwere des Verstosses ist zu berücksichtigen, dass eine Gesamtabrede zu beurteilen ist. Eine dauerhaft bestehende Gesamtabrede über eine Vielzahl von Submissionen in einer Branche kann schwerwiegende volkswirtschaftliche und soziale Schäden bewirken (dazu Rz 771 hiervor). Vor diesem Hintergrund erscheint ein hoher Basisbetragskoeffizient angemessen.

820. Ins Gewicht fällt sodann, dass die Abredeteilnehmer einen relativ hohen organisatorischen Aufwand betrieben und ihre Zusammenarbeit mit den gemeinsamen Jahresstartsitzungen teils institutionalisierten. Auch vor diesem Hintergrund ist grundsätzlich eine Orientierung im oberen Bereich des Sanktionsrahmens angebracht.

821. Bei der Beurteilung der Art und Schwere ist zudem zu berücksichtigen, dass der vorliegende Kartellrechtsverstoss vorsätzlich begangen worden ist (Rz 739).

Auch dies rechtfertigt, einen hohen Basisbetrag anzunehmen.

822. Zugunsten der Parteien ist zu berücksichtigen, dass die Gesamtabrede gesamthaft nicht zu einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern zu einer erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs führte. Immerhin hatte die Gesamtabrede aber, wie gezeigt worden ist (vgl. Rz 652 hiervor), bei grösseren Ausschreibungen (Bauvolumen über CHF 500'000) die Aushebelung des wirksamen Wettbewerbs zur Folge. Vor diesem Hintergrund ist vorliegend ein eher schwerer Kartellrechtsverstoss anzunehmen.

823. Mit Blick auf all diese Umstände erscheint vorliegend ein Prozentsatz von 7 % angemessen. Damit ergeben sich für die beteiligten Verfahrensparteien folgende Basisbeträge gemäss Art. 3 SVKG:

Unternehmen	Umsatz 2010–2012 auf dem relevanten Markt (ohne MWST in CHF)	Massgeblicher Prozentsatz	Basisbetrag in CHF
Foffa Conrad-Gruppe ¹⁰⁹⁹	[...]	7 %	[...]
Lazzarini AG	[...]	7 %	[...]

Tabelle 33: Basisbetrag der Verfahrensparteien

¹⁰⁹⁷ In diesem Sinne auch RPW 2012/2, 404 f. Rz 1083 Tabelle 3 sowie 407 f. Rz 1097 Tabelle 5, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; Verfügung in Sachen Altimum SA (vormals Roger Guenat SA), Rz 326 und 332 m.w.H. in Fn 176, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (26.03.2018); RPW 2017/3, 456 Rz 274, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.

¹⁰⁹⁸ Berücksichtigt werden bei der Foffa Conrad-Gruppe die Umsätze der Bezzola Denoth AG, der Foffa Conrad AG und der Zebblas Bau AG Samnaun, die alle an der Gesamtabrede im Kontext der Vorversammlungen beteiligt waren.

¹⁰⁹⁹ Berücksichtigt werden bei der Foffa Conrad-Gruppe die Umsätze der Bezzola Denoth AG, der Foffa Conrad AG und der Zebblas Bau AG Samnaun, die alle an der Gesamtabrede im Kontext der Vorversammlungen beteiligt waren.

(ii) Dauer des Verstosses

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

825. Die Gesamtabrede betreffend die Zusammenarbeit zwischen der Lazzarini AG, Foffa Conrad AG und Bezola Denoth AG dauerte von spätestens 2008 bis Oktober 2012, also beinahe fünf Jahre. Vorliegend ist daher eine Erhöhung des Basisbetrags um 50 % angemessen.

(iii) Erschwerende und mildernde Umstände

826. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor.

(iv) Maximalsanktion

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

828. Allerdings brachte die Foffa Conrad-Gruppe im Zusammenhang mit der Maximalsanktion vor, dass die Behörde vorliegend die Maximalsanktion zwingend berechnen müsse. Massgebend für die Maximalsanktion sei der konzernweite Gesamtumsatz in den Jahren 2015 bis 2017. Auf dieser Basis betrage die zulässige Maximalsanktion für die Foffa Conrad-Gruppe rund CHF [...] Mio. Sowohl die kumulierten Obergrenzen der Basisbeträge (betreffend alle Verstösse) als auch die tatsächliche Gesamtsanktion (vor den Abzügen infolge der Selbstanzeige) übersteige diesen Betrag.¹¹⁰⁰

829. Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass die Foffa Conrad-Gruppe eine Vielzahl von sanktionierbaren Verstössen gegen das Kartellrecht begangen hat (Tatmehrheit). Der Einwand der Foffa Conrad-Gruppe betrifft zunächst die Frage, ob die Maximalsanktion bei Tatmehrheit pro Verstoss oder über sämtliche begangenen Verstösse hinweg zu berechnen ist. Hierzu sind die kartellrechtlichen Vorschriften zur Maximalsanktion in Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG auszulegen. Massgebend sind dabei die einschlägigen Auslegungskriterien, namentlich der Wortlaut der Bestimmungen (grammatikalische Auslegung), die Gesetzessystematik (systematische Auslegung), die Gesetzesmaterialien (historische Auslegung) und der Sinn und Zweck der Bestimmung (teleologische Auslegung). Bei der vorliegenden Auslegungsfrage ist dazu Folgendes festzuhalten:

- Nach 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 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Bei der grammatikalischen Interpretation fällt auf, dass die Bestimmung von Art. 49a KG an der Beteiligung an „*einer unzulässigen Abrede*“ anknüpft. Die Beteiligung an *einer* Abrede führt gemäss Gesetzeswortlaut zur Sanktionierung bis zu 10 % des

Gesamtumsatzes der letzten drei Geschäftsjahre. Es ist also durch den Wortlaut der Bestimmung gedeckt, wenn jede Abrede einzeln beurteilt und bei jeder für sich der gesetzliche Sanktionsrahmen zur Anwendung kommt. Dem steht auch Art. 7 SVKG nicht entgegen, zumal auch diese Norm in der Einzahl formuliert ist: „*In keinem Fall*“ beträgt die Sanktion mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes des Unternehmens.

- Hinweise, wie die Bestimmungen zur Maximalsanktion unter dem zu prüfenden Gesichtspunkt zu verstehen sind, finden sich in den Gesetzesmaterialien nicht. Die historische Auslegung liefert daher keine Anhaltspunkte für die Bedeutung und Tragweite von Art. 49a KG und Art. 7 SVKG bei Tatmehrheit.
- Schärfere wird das Bild unter gesetzessystematischen Gesichtspunkten. Dabei sind folgende Aspekte zu berücksichtigen: Art. 7 SVKG befindet sich im 2. Abschnitt der SVKG mit dem Titel „Sanktionsbemessung“. Dabei geht es immer um die Sanktionsbemessung für einen einzelnen Wettbewerbsverstoss. Die Kappung der Sanktion nach Massgabe der Höhe des Gesamtumsatzes in der Schweiz bildet systematisch betrachtet nicht mehr als ein Element im Gefüge der Sanktionsberechnungskriterien. Andere Berechnungskriterien sind der „Basisbetrag“, die „Dauer“ und die „erschwerenden und mildernden Umstände“. Als Korrektiv kommt das Kriterium der Maximalsanktion erst dann zum Zug, wenn die Sanktion aufgrund der anderen Berechnungselemente für den (einzelnen) Verstoss die durch die Maximalsanktion gesetzte Obergrenze überschreitet. Eine Vorschrift in der SVKG, wonach bei Tatmehrheit die Sanktionen aufzusummieren wären und anschliessend gesamthaft die durch die Maximalsanktion gesetzte Obergrenze eingehalten werden müsste, findet sich in der SVKG nicht. Allenfalls kann bei Tatmehrheit dem Umstand der verstossbezogenen Sanktionsberechnung im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips Rechnung getragen werden (dazu Rz 1085 ff.). Schliesslich ist in systematischer Hinsicht zu beachten, dass auch die Gewährung des Sanktionserlasses bei Selbstanzeige nach Art. 8 SVKG an die einzelne Wettbewerbsbeschränkung anknüpft. Es wäre nicht kohärent, wenn bei Tatmehrheit für jede einzelne Abrede ein Sanktionserlass möglich wäre, gleichzeitig aber bei der Obergrenze alle Verstösse gemeinsam beurteilt würden.

¹¹⁰⁰ Act. V.38 (22-0458), Rz 321 ff.

- Schliesslich sind der Sinn und Zweck der Maximalsanktion vor Augen zu führen. Während beim Basisbetrag gemäss Art. 3 SVKG die gewinnabschöpfende Komponente und die Schwere der Tat im Vordergrund stehen (Umsatz auf dem „relevanten Markt“), rücken bei der Maximalsanktion nach Art. 7 SVKG der Täter bzw. die Täterin (gesamter Umsatz in der Schweiz) und die pönale Komponente ins Zentrum.¹¹⁰¹ Sanktionen nach Art. 49a KG zeichnen sich auch durch ihren abschreckenden und vergeltenden Charakter aus.¹¹⁰² Der abstrakte Sanktionsrahmen nach Art. 49a KG soll präventive Wirkung entfalten. Er muss daher so gefasst sein, dass sich wettbewerbswidriges Verhalten nicht lohnt bzw. wie es der Bundesrat in der Botschaft formuliert hat: „*dass für Unternehmen die Berechnung des Netto-Nutzens aus einem Verstoss gegen das Kartellgesetz, etwa die erwartete Kartellrente abzüglich maximal drohende Sanktion, negativ ausfällt*“.¹¹⁰³ Eine durch die Maximalsanktion gesetzte Obergrenze für die kumulierten Sanktionen bei Tatmehrheit stellt die Präventivwirkung infrage, denn mit jedem Verstoss würde der Sanktionsrahmen für die weiteren Verstösse minimiert. Im Extremfall könnte bereits ein zweiter Verstoss des Unternehmens nicht oder nur teilweise sanktioniert werden. Sobald der Sanktionsrahmen ausgeschöpft wäre, könnte das Unternehmen alsdann ohne Sanktion gegen das Kartellgesetz verstossen. Dies entspricht nicht dem Sinn und Zweck der kartellrechtlichen Sanktionierungsvorschriften.

830. Nach dem Gesagten beziehen sich Art. 49a KG und Art. 7 SVKG auf den einzelnen Verstoss. Entsprechend bildet die nach diesen Bestimmungen zu bestimmende Maximalsanktion bei Tatmehrheit für jeden einzelnen Verstoss und nicht gesamthaft die Obergrenze der Sanktion.

831. Dieses Auslegungsergebnis deckt sich im Übrigen mit der EU-Rechtsprechung zur Frage der Bussgeldobergrenze bei Tatmehrheit. Das EuG entschied im Fall *Amann*, dass die Kommission bei einer Mehrzahl von Zuwiderhandlungen grundsätzlich jede der Zuwiderhandlungen mit einer gesonderten Busse ahnden könne. Es bestehe keine Verpflichtung, eine einzige umfassende Geldbusse zu verhängen. Darüber hinaus sei es auch zulässig, dass die Addition dieser einzelnen Geldbussen die Obergrenze von 10 % des Umsatzes übersteige, solange jede Einzelbusse den Rahmen von Art. 23 Abs. 2 der VO 1/2003 einhalte. Nach dem EuG ist dies vom Wortlaut der Bestimmung gedeckt, da dieser sich nicht auf die Summe der wegen einer Mehrzahl von Zuwiderhandlungen verhängten Bussen beziehe. Es spiele auch keine Rolle, ob die Zuwiderhandlungen in einer oder mehreren Entscheidungen festgestellt würden.¹¹⁰⁴

832. Nachdem geklärt ist, wie die Bestimmungen zur Maximalsanktion bei Tatmehrheit anzuwenden sind, ist zu prüfen, ob die Sanktion für den vorliegend zu beurteilenden Verstoss der Foffa Conrad-Gruppe (Gesamtabrede mit der Lazzarini AG) allenfalls die gesetzlich zulässige Maximalsanktion überschreitet. Die Sanktion für die Foffa Conrad-AG beträgt unter Berücksichtigung des

Basisbetrags, der Dauer und erschwerender und mildernder Umstände sowie vor Reduktion aufgrund der Selbstanzeige CHF [...] (vgl. die Übersicht unter Rz 851 hiernach). Die Foffa Conrad-Gruppe behauptet, dass sich die Maximalsanktion auf rund CHF [...] Mio. belaufe.

833. Der Gesamtumsatz der Foffa Conrad-Gruppe betrug nach ihren eigenen Angaben im Jahr 2015 CHF [...] Mio., im Jahr 2016 CHF [...] Mio. und im Jahr 2017 CHF [...] Mio. (für das Jahr 2017 gemäss provisorischer Konzernrechnung).¹¹⁰⁵ Addiert man die Umsätze der Jahre 2015 bis 2017 der Foffa Conrad-Gruppe, ergäbe sich für die Maximalsanktion ein massgebender Betrag von CHF [...] Mio. Diese Obergrenze der Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG sowie Art. 7 SVKG – d.h. 10 % dieses Umsatzes – beliefe sich damit auf CHF [...] Mio., also über der vorliegenden Sanktion vor Reduktion aufgrund der Selbstanzeige.

834. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Foffa Conrad-Gruppe seit Ende 2013 in die Testa-Gruppe eingebettet ist.¹¹⁰⁶ Diese ist unter anderem in den Bereichen Hotellerie und Immobilien tätig. Weiter gehören der Testa-Gruppe mit [...] ¹¹⁰⁷ und der [...] ¹¹⁰⁸ zwei weitere grössere Bauunternehmen an. [...] hält [...] % der Aktien der Foffa Conrad AG ¹¹⁰⁹, ist also [...] zu betrachten. Bei der Berechnung der Maximalsanktion ist in Konzernverhältnissen auf den gesamten in der Schweiz erzielten Umsatz des Unternehmens abzustellen und nicht nur auf denjenigen der Gruppengesellschaften, gegen die das Verfahren geführt wird. Daher ist bei der Maximalsanktion nicht bloss der Umsatz der Foffa Conrad-Gruppe zu berücksichtigen, sondern der gesamten Testa-Gruppe. Die Maximalsanktion ist angesichts der Grösse der Testa-Gruppe viel höher als CHF [...] Mio. Eine genaue Berechnung erübrigt sich. Vielmehr wird vor diesem Hintergrund deutlich, dass die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird.

(v) Selbstanzeige

835. Wenn ein Unternehmen an der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung dieses Unternehmens ganz oder teilweise verzichtet werden (Art. 49a Abs. 2 KG). Die Voraussetzungen und Modalitäten des vollständigen und des teilweisen Sanktionserlasses werden in Art. 8 ff. SVKG bzw. Art. 12 ff. SVKG präzisiert (vgl. dazu auch Rz 791 ff. hiavor).

¹¹⁰¹ Vgl. auch RPW 2013/4, 611 Rz 639, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

¹¹⁰² BGE 139 I 73 E. 2.2.2.

¹¹⁰³ Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, 2033.

¹¹⁰⁴ Vgl. zum Ganzen Urteil des EuG vom 28.4.2010 T-446/05, *Amann*, Rz 149 ff.; DANNECKER/BIERMANN, in: *Wettbewerbsrecht* (Bd 1. EU/Teil 2), Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), 5. Aufl., Art. 23 VO 1/2003 N 126.

¹¹⁰⁵ Act. III.34, Antwort auf Frage 11; Act. III.53, Beilage 5.

¹¹⁰⁶ <<http://www.testa.ch/>> (26.3.2018).

¹¹⁰⁷ <[http://www.\[...\].ch/](http://www.[...].ch/)> (26.3.2018).

¹¹⁰⁸ <[http://www.\[...\].ch/](http://www.[...].ch/)> (26.3.2018).

¹¹⁰⁹ Act. III.52 (22-0458), Seite 1.

836. Im Folgenden ist zu beurteilen, inwiefern die Voraussetzungen eines Sanktionserlasses für die Lazzarini AG und die Bezzola Denoth AG bzw. Foffa Conrad AG erfüllt sind.

I. Lazzarini AG

837. Die Lazzarini AG erstattete im vorliegenden Verfahren als erste Partei Selbstanzeige. In ihrer Eingabe vom 1. November 2012 zeigte sie ihre Beteiligung an der vorliegend zu beurteilenden Gesamtabrede nicht explizit an. Allerdings legte sie noch am gleichen Tag anlässlich der mündlichen Ergänzung ihrer Selbstanzeige¹¹¹⁰ verschiedene belastende Elemente betreffend die Zusammenarbeit mit der Foffa Conrad AG und der Bezzola Denoth AG offen. So räumte sie ein, mit der Foffa Conrad AG und der Bezzola Denoth AG sehr häufig Arbeitsgemeinschaften gebildet zu haben und in anderen Fällen zu deren Gunsten „Schutzofferten“ eingereicht zu haben.¹¹¹⁰ Dies bestätigte sie in ihren weiteren Eingaben. Dabei nannte sie auch ein paar einzelne Ausschreibungen, bei denen es zu einer Angebotskoordination mit der Foffa Conrad AG oder der Bezzola Denoth AG kam.

838. Allerdings verschwieg die Lazzarini AG zunächst ein zentrales Element des relevanten Sachverhalts. Wie erstellt ist, trafen sich die beteiligten Unternehmen zu gemeinsamen Jahresstartsitzungen. Diese Treffen gaben ihrer Zusammenarbeit einen institutionellen Rahmen. Über diese Treffen hatte neben K._____, dessen Arbeitsverhältnis mit der Lazzarini AG Ende 2012 endete¹¹¹², zumindest auch e._____, [...] der Lazzarini AG, Kenntnis (vgl. Rz 266 hiervor). Dennoch erwähnte die Lazzarini AG die gemeinsamen Jahresstartsitzungen erst mit Eingabe vom 16. Oktober 2015, d.h. drei Jahre nach Untersuchungseröffnung.¹¹¹³ In derselben Eingabe stritt sie zudem ab, dass ihre Zusammenarbeit mit der Foffa Conrad AG und der Bezzola Denoth AG eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt habe.¹¹¹⁴ Indem sie hierdurch einen wesentlichen Aspekt des erwiesenen Sachverhalts in Abrede stellte, relativierte sie ihre Selbstanzeige.

839. Ein vollständiger Sanktionserlass setzt gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. b und c SVKG unter anderem voraus, dass das Unternehmen unaufgefordert sämtliche in seinem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel betreffend den Wettbewerbsverstoss vorlegt und während der gesamten Dauer des Verfahrens ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug mit den Wettbewerbsbehörden zusammenarbeitet. Diesen Anforderungen genügt die Selbstanzeige der Lazzarini AG nicht. Insbesondere hätte sie die gemeinsamen Jahresstartsitzungen der Behörde zeitnah melden müssen und ihre Selbstanzeige nicht durch das tatsachenwidrige Bestreiten jeglicher wettbewerbswidriger Absichten und Folgen ihres Verhaltens relativieren dürfen. Ein vollständiger Sanktionserlass scheidet daher aus.

840. Allerdings ist den Eingaben der Lazzarini AG nicht jeglicher Selbstanzeigegehalt abzusprechen. Immerhin zeigte sie verschiedene belastende Elemente betreffend die Zusammenarbeit mit der Foffa Conrad AG und der Bezzola Denoth AG an und lieferte – in der Form der Parteiauskunft (Art. 12 Bst. b VwVG) – auch zu den Beteiligten, Dauer und Umsetzung der Gesamtabrede nähere Informationen. Damit trug sie zum Nachweis des

Wettbewerbsverstosses bei. Diesem Beitrag ist mit einer Sanktionsreduktion in der Höhe von 40 % Rechnung zu tragen (Art. 12 SVKG).

II. Bezzola Denoth AG und Foffa Conrad AG

841. Die Bezzola Denoth AG und Foffa Conrad AG erstatteten mit Eingabe vom 9. November 2012 als zweites Unternehmen im vorliegenden Verfahren Selbstanzeige. Da sie nicht als erstes Unternehmen Beweismittel vorgelegt haben, die es den Wettbewerbsbehörden ermöglichten, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG festzustellen, kommt für sie grundsätzlich lediglich eine Sanktionsreduktion bis zu 50 % in Betracht (Art. 12 SVKG; vgl. aber betreffend die sog. *Bonus Plus-Regelung* Rz 849 hiernach).

842. Im Rahmen einer Selbstanzeige muss das Unternehmen Klarheit über den Sachverhalt schaffen. Dies betrifft den gesamten kartellrechtlich relevanten Sachverhalt, der sowohl objektive als auch subjektive Elemente umfasst (Rz 797 hiervor). Nach Art. 12 Abs. 1 SVKG ist für eine Reduktion der Sanktion zudem erforderlich, dass eine Partei an einem Verfahren unaufgefordert mitwirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat.

843. Diese Voraussetzungen an eine Selbstanzeige erfüllen die Bezzola Denoth AG und die Foffa Conrad AG nur teilweise. Zwar stellten sie ihre Teilnahme an der Gesamtabrede mit der Untersuchungseröffnung ein und zeigten einzelne Angebotskoordinierungen an. Allerdings bestritten sie, obwohl dies erstellt ist, dass die Zusammenarbeit mit der Lazzarini AG projektübergreifender, systematischer Natur war. Ein übergeordneter Gesamtkonsens, die Wettbewerbsverhältnisse mit der Lazzarini AG im Einvernehmen zu regeln, habe nicht vorgelegen.

844. Ob ein solcher (tatsächlicher) Konsens gegeben ist, ist eine Tatfrage¹¹¹⁵, mehr noch: Bei der vorliegenden Zuwerdung bildete die Frage, ob die Zusammenarbeit zwischen den beteiligten Unternehmen von einem übergeordneten Gesamtkonsens getragen war, ein zentrales Beweisthema. Insofern entzogen die Beschwerdeführerinnen ihrer Selbstanzeige in wesentlichen Punkten das Fundament.

845. Dies bedeutet indes nicht, dass die Bezzola Denoth AG und Foffa Conrad AG gar keine relevanten Sachverhaltselemente anzeigten. Immerhin nannten sie in diversen mündlichen und schriftlichen Ergänzungen ihrer Selbstanzeige einzelne Bauprojekte, bei denen es zu einer Angebotskoordinierung mit der Lazzarini AG kam. Auch die regelmässige Bildung von Arbeitsgemeinschaften mit der Lazzarini AG, die Teil der vorliegenden Zuwerdung bildet, legten sie offen.¹¹¹⁶ Damit zeigten

¹¹¹⁰ Act. IX.B.4.

¹¹¹¹ Act. IX.B.4, Zeilen 1 ff. und 40 ff.

¹¹¹² Act. IV.005, Zeile 5 f.

¹¹¹³ Act. IX.B.28, Antwort auf Frage 16.

¹¹¹⁴ Act. IX.B.28, Antwort auf Fragen 22 und 23.

¹¹¹⁵ So betreffend das Kartellrecht Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14.11.2017, E. 4.4; ferner im Allgemeinen zum natürlichen Konsens als Tatfrage statt vieler BGE 133 III 675 E. 3.3; BGE 133 III 406 E. 2.3; BGE 131 III 467 E. 1.1.

¹¹¹⁶ Act. IV.002, Zeile 153 f.

sie einen Teil der Umsetzungshandlungen der Gesamtabrede an. Vor diesem Hintergrund bezieht sich die Selbstanzeige der Bezzola Denoth AG und Foffa Conrad AG nur auf einen Teil des relevanten Sachverhalts. Bei einer solchen Selbstanzeige fällt die höchstmögliche Sanktionsreduktion nach Art. 12 SVKG von 50 % im Vorhinein ausser Betracht.

846. Gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG richtet sich die Höhe der Reduktion sodann massgeblich nach der Wichtigkeit des Beitrags, den eine Selbstanzeigerin zum Verfahrenserfolg liefert. Dabei gilt, dass die Bedeutung eines möglichen Beitrags mit fortschreitendem Verfahren naturgemäss abnimmt.

847. Wie auch die Lazzarini AG unterliessen es die Bezzola Denoth AG und die Foffa Conrad AG zunächst, die gemeinsamen Jahresstartsitzungen der Behörde offenzulegen. Erst als die Behörde sie mit der Notiz von C._____ betreffend die gemeinsame Jahresstartsitzung vom 23. Januar 2012¹¹¹⁷ konfrontierte, gaben sie dazu Auskunft, so an den mündlichen Ergänzungen der Selbstanzeige vom 18. August 2015 (D._____)¹¹¹⁸ bzw. vom 27. Oktober 2015¹¹¹⁹ und 27. Mai 2016 (C._____)¹¹²⁰. Der Bezzola Denoth AG und der Foffa Conrad AG war bewusst, dass die gemeinsamen Jahresstartsitzungen mit der Lazzarini AG wettbewerbsrechtlich relevant waren. D._____ und C._____ gaben beide zu Protokoll, dass sie diese Treffen aus kartellrechtlichen Gründen einstellten (vgl. Rz 258 und Rz 263). Dass sie diese nun aber der Behörde erst fast drei Jahre später und nur unter Vorhalt eines zentralen Belastungsbeweisstücks meldeten, führt bei der Bewertung ihrer Mitwirkung im Rahmen der Selbstanzeige zu weiteren Abstrichen. Zu ihren Ungunsten ist sodann zu berücksichtigen, dass sie gewisse Aussagen in der Selbstanzeige nachträglich – d.h. nachdem ihnen der Antrag des Sekretariats vorlag – zurückgezogen oder relativiert haben. Folgende Beispiele sind zu nennen:

- An der Befragung vom 27. Oktober 2015 bestätigte C._____ die Aussagen von K._____, dass es bei der Besprechung vom 23. Januar 2012 mit der Lazzarini AG darum gegangen sei, das Interesse an Bauprojekten zu bekunden, ebenso dass hierbei die Interessenbekundungen aufgeteilt worden seien.¹¹²¹ Auch D._____ gab am 18. August 2015 zu Protokoll, dass an der Besprechung vom 23. Januar 2012 die Interessen der beteiligten Unternehmen ausgetauscht worden seien.¹¹²² An der Befragung vom 9. Februar 2018, also über zwei Jahre später, kamen beide auf ihre Aussagen zurück und gaben hiervon abweichende Aussagen zu Protokoll.¹¹²³
- An der Befragung vom 27. Oktober 2015 räumte C._____ ein, dass auch kartellrechtliche Gründe eine Rolle gespielt hätten, weshalb es keine Besprechungen mehr wie diejenige vom 23. Januar 2012 zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG mehr gebe.¹¹²⁴ Demgegenüber behaupteten die Bezzola Denoth AG und Foffa Conrad AG in ihrer Stellungnahme vom 14. Februar 2018 zum Antrag des Sekretariats, dass die Besprechungsnotiz vom 23. Januar 2012 „vollkommen unbedenklich“ sei.¹¹²⁵

- Auf die Frage, warum es keine Besprechungen mit der Lazzarini AG wie diejenige vom 23. Januar 2012 mehr gebe, antwortete D._____ am 18. August 2015, dass den Beteiligten bewusst geworden sei, dass sie dies nicht dürften.¹¹²⁶ Demgegenüber machten die Bezzola Denoth AG und Foffa Conrad AG in ihrer Stellungnahme vom 14. Februar 2018 zum Antrag des Sekretariats geltend, dass mit diesem Hinweis von D._____, [ihnen sei bewusst geworden, dass sie dies nicht dürfen], bloss die Koordination der Angebotspreise bei Einzelprojekten gemeint gewesen sei, für die eine ARGE nicht in Frage gekommen sei, und nicht die Besprechungen mit der Lazzarini AG.¹¹²⁷

848. Auch diese Relativierungen von früheren Aussagen schmälert den Beitrag der Bezzola Denoth AG und Foffa Conrad AG zum Verfahrenserfolg. Insgesamt erscheint ihrer Selbstanzeige in Bezug auf die zu beurteilende Gesamtabrede eine Sanktionsreduktion von 15 % angemessen.

849. Zu beachten ist vorliegend jedoch die Bestimmung von Art. 12 Abs. 3 SVKG. Danach beträgt die Sanktionsreduktion bis zu 80 %, wenn ein Unternehmen unaufgefordert Informationen liefert oder Beweismittel vorlegt über weitere Wettbewerbsverstösse gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG (sog. *Bonus Plus-Regelung*). Die Foffa Conrad AG zeigte der Behörde u.a. an, dass sie ihre Angebote bei Ausschreibungen von Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal bis ins Jahr 2012 sowie bei einzelnen Bauprojekten im Oberengadin mit anderen Bauunternehmen koordiniert habe. Diese angezeigten Sachverhalte bildeten Gegenstand der Verfahren 22-0467 (Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal)¹¹²⁸, 22-0459 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II) und 22-0461 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin IV). Es handelt sich hierbei um weitere Wettbewerbsverstösse im Sinne von Art. 12 Abs. 3 SVKG. Vor diesem Hintergrund ist die Sanktionsreduktion der Bezzola Denoth AG und Foffa Conrad AG auf 45 % zu erhöhen.

¹¹¹⁷ Act. III.C.007.

¹¹¹⁸ Act. IX.C.49.

¹¹¹⁹ Act. IX.C.61, Zeilen 719 ff.

¹¹²⁰ Act. VII.B.8 (22-0458), Zeilen 713 ff.

¹¹²¹ Act. IX.C.61, Zeilen 808 ff. und 817 ff.

¹¹²² Act. IX.C.49, Zeilen 340 ff.

¹¹²³ Act. VII.B.49 (22-0458), Zeilen 776 ff. und 807 ff.

¹¹²⁴ Act. IX.C.61, Zeilen 892 ff.

¹¹²⁵ Act. V.38 (22-0458), Rz 137.

¹¹²⁶ Act. IX.C.49, Zeilen 382 ff.

¹¹²⁷ Act. V.38 (22-0458), Rz 203.

¹¹²⁸ Vgl. hierzu RPW 2017/3, 421 ff., *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.

(vi) Verhältnismässigkeit

850. Die vorliegend festgesetzten Sanktionsbeträge sind für die betroffenen Unternehmen tragbar. Sie stehen mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip im Einklang.

(vii) Ergebnis

851. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

	Bezzola Denoth AG / Foffa Conrad AG	Lazzarini AG
Umsatz	[...]	[...]
Basisbetrag 7 %	[...]	[...]
Dauerzuschlag 50 %	[...]	[...]
Summe	[...]	[...]
Bonus gemäss Art. 12 SVKG	-[...] (-45 %)	-[...] (-40%)
Sanktion	[...]	[...]

Tabelle 34: Sanktionsübersicht betreffend Zusammenarbeit zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG (bis 2012)

C.5.2.4.3 [...], Zernez (2009)

852. An der Wettbewerbsabrede im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“, Zernez 2009, waren die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl beteiligt. Im Folgenden ist zu erörtern, mit welchen Beträgen sie hierfür zu sanktionieren sind.

(i) Basisbetrag

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

854. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“ (vgl. Rz 677 hiervor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligte Foffa Conrad AG erhielt den Zuschlag zum Preis von CHF 180'000 (Rz 322 hiervor). Hingegen erzielte die René Hohenegger Sarl im relevanten Markt keinen Umsatz, da ihr die Rolle der Schutzgeberin zugedacht war. Art. 49a Abs. 1 KG sieht eine Sanktionierung von Unternehmen vor, welche sich an einer Abrede beteiligt haben. Das Entfallen der Belastung ist auf Gesetzesstufe nur aus den in Art. 49a Abs. 3 KG abschliessend aufgeführten Gründen vorgesehen. Eine rein auf der Basis des eigenen Umsatzes zu bemessende Sanktion würde bei Abredeteiligen, deren Schutznahme erfolglos blieb oder die durch eine Stützofferte den designierten Zuschlagsempfänger schützen sollten, aufgrund fehlenden Umsatzes zu einer Nicht-Sanktionierung führen, die in Art. 49a KG nicht vorgesehen ist. Dieses Ergebnis entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Regelung von

Art. 3 SVKG und kann vom Verordnungsgeber nicht gewollt gewesen sein.

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

856. Vorliegend wird als Basisumsatz die Zuschlagssumme der Foffa Conrad AG exklusive Mehrwertsteuer in Höhe von CHF [...] herangezogen (vgl. Rz 322). Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

857. 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 Gefährdungspotentials 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.

858. Die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art der Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend sind sodann 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.

859. Aus diesen Gründen ist der vorliegende Kartellrechtsverstoss, in Bezug auf den relevanten Markt, als schwerwiegend zu werten.

860. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Foffa Conrad AG als erfolgreiche Schutznehmerin der Submissionsabrede ein Basisbetrag von 10 % des erzielten Umsatzes als angemessen, d.h. CHF [...].

861. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die René Hohenegger Sarl als „schützendes“ Unternehmen bei erfolgreicher Schutzgabe ein Basisbetrag von CHF [...] als angemessen.

(ii) Dauer des Verstosses

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

863. Der vorliegende Kartellrechtsverstoss bezieht sich auf Leistungen im Rahmen eines einzelnen Bauprojekts, nämlich der Erstellung des „[...]“ in Zernez. Der Wettbewerbsverstoss betrifft damit einen relativ kurzen Zeitraum. Folglich ist der Basisbetrag auf der Grundlage von Art. 4 SVKG nicht zu erhöhen.

(iii) Erschwerende und mildernde Umstände

864. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor.

(iv) Maximalsanktion

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

(v) Selbstanzeige

866. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG (vgl. dazu auch Rz 791 ff. hiervor).

I. Foffa Conrad AG

867. Die Foffa Conrad AG erstattete 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. In der Folge reichte sie zahlreiche mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In den Eingaben vom 27. Oktober 2015¹¹²⁹ und 11. Juli 2017¹¹³⁰ zeigte sie auch ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin.

868. Mit ihren Angaben trug die Foffa Conrad AG wesentlich zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die Foffa Conrad AG legte den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Ihre Abredetätigkeit stellte sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Foffa Conrad AG die Sanktion zu erlassen.

II. René Hohenegger Sarl

869. Die René Hohenegger Sarl reichte im vorliegenden Verfahren zwar am 21. März 2013 Selbstanzeige ein (Rz 30 hiervor). Allerdings stellte sie in Frage, dass es zwischen der Foffa Conrad AG und ihr in Bezug auf das zu beurteilende Bauprojekt zu einer Angebotskoordination gekommen ist (Rz 314 hiervor). Ihren Eingaben ist diesbezüglich kein Selbstanzeigegehalt beizumessen. Eine Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 ff. SVKG scheidet aus.

(vi) Verhältnismässigkeit

870. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für die René Hohenegger Sarl tragbar. Anzeichen, dass sie hierdurch in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würde, bestehen nicht. Im Übrigen wird die Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes von ihr bislang auch nicht geltend gemacht.

(vii) Ergebnis

871. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

¹¹²⁹ Act. IX.C.61.

¹¹³⁰ Act. VII.B.30 (22-0458).

	Foffa Conrad AG	René Hohenegger Sarl
Umsatz	[...]	[...]
Basisbetrag	[...] (10 %)	[...] (5 %)
Erschwerende oder mildernde Umstände	–	–
Summe	[...]	[...]
100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG	[...]	–
Bonus gemäss Art. 12 SVKG	–	–
Sanktion	0	[...]

Tabelle 35: Sanktionsübersicht betreffend [...], Zernez (2009)

C.5.2.4.4 [...], Zernez (2009)

872. An der Wettbewerbsabrede im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“, Zernez (2009), waren die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl beteiligt. Im Folgenden ist zu erörtern, mit welchen Beträgen sie hierfür zu sanktionieren sind.

(i) Basisbetrag

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

874. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“ (vgl. Rz 677 hiervor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligte Foffa Conrad AG erhielt den Zuschlag zum Preis von CHF [...] (Rz 336 hiervor). Keinen Umsatz im relevanten Markt erzielte die René Hohenegger Sarl, da ihr die Rolle der Schutzgeberin zugeordnet war.

875. Vorliegend wird als Basisumsatz die Zuschlags-summe der Foffa Conrad AG exklusive Mehrwertsteuer in Höhe von CHF [...] herangezogen (vgl. zur Begründung Rz 854 hiervor). Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

876. Im Folgenden ist die Art und Schwere des Kartellrechtsverstosses zu würdigen (dazu auch Rz 857 hiervor).

877. Die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art der Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend sind sodann 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.

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

879. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Foffa Conrad AG als erfolgreiche Schutznehmerin der Submissionsabrede ein Basisbetrag von 10 % des erzielten Umsatzes als angemessen, d.h. CHF [...].

880. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die René Hohenegger Sarl als «schützendes» Unternehmen bei erfolgreicher Schutzgabe ein Basisbetrag von 5 %, d.h. CHF [...] als angemessen.

(ii) Dauer des Verstosses

881. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht zu erhöhen.

(iii) Erschwerende und mildernde Umstände

882. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor.

(iv) Maximalsanktion

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

(v) Selbstanzeige

884. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG (vgl. dazu auch Rz 791 ff. hiervor).

I. Foffa Conrad AG

885. Die Foffa Conrad AG erstattete 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. In der Folge reichte sie zahlreiche mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In den Eingaben vom 27. Oktober 2015¹¹³¹ und 11. Juli 2017¹¹³² zeigte sie auch ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin.

886. Mit ihren Angaben trug die Foffa Conrad AG wesentlich zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die Foffa Conrad AG legte den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Ihre Abredetätigkeit stellte sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Foffa Conrad AG die Sanktion zu erlassen.

II. René Hohenegger Sarl

887. Die René Hohenegger Sarl reichte im vorliegenden Verfahren zwar am 21. März 2013 Selbstanzeige ein

(Rz 30 hiavor). Wie beim Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“, Zernez (2009), stellte sie jedoch in Frage, dass es zwischen der Foffa Conrad AG und ihr in Bezug auf das zu beurteilende Bauprojekt zu einer Angebotskoordination gekommen ist (Rz 331 hiavor). Ihren Eingaben ist diesbezüglich kein Selbstanzeigegehalt beizumessen. Eine Sanktionsreduktion gemäss Art. 12 ff. SVKG scheidet aus.

(vi) Verhältnismässigkeit

888. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für die René Hohenegger Sarl tragbar. Anzeichen, dass sie hierdurch in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würde, bestehen nicht. Im Übrigen wird die Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes von ihr bislang auch nicht geltend gemacht.

(vii) Ergebnis

889. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

	Foffa Conrad AG	René Hohenegger Sarl
Umsatz	[...]	[...]
Basisbetrag	[...] (10 %)	[...] (5 %)
Erschwerende oder mildernde Umstände	–	–
Summe	[...]	[...]
100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG	[...]	–
Bonus gemäss Art. 12 SVKG	–	–
Sanktion	0	[...]

Tabelle 36: Sanktionsübersicht betreffend „[...]“, Zernez (2009)

C.5.2.4.5 [...], Zernez (2009)

890. An der Wettbewerbsabrede im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“, Zernez (2009), waren die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl beteiligt. Im Folgenden ist zu erörtern, mit welchen Beträgen sie hierfür zu sanktionieren sind.

(i) Basisbetrag

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

892. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“ (vgl. Rz 677 hiavor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligte Foffa Conrad AG erhielt den Zuschlag zum Preis von CHF [...] (Rz 340 hiavor). Keinen Umsatz im relevanten Markt erzielte die René Hohenegger Sarl, da ihr die Rolle der Schutzgeberin zugeordnet war.

¹¹³¹ Act. IX.C.61.

¹¹³² Act. VII.B.30 (22-0458).

893. Vorliegend wird als Basisumsatz die Zuschlags-summe der Foffa Conrad AG exklusive Mehrwertsteuer in Höhe von CHF [...] herangezogen (vgl. zur Begründung Rz 854 hiervor). Daraus ergibt sich für den Basis-betrag eine Obergrenze von CHF [...].

894. Im Folgenden ist die Art und Schwere des Kartell-rechtsverstosses zu würdigen (dazu auch Rz 857 hier-vor).

895. Die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art der Wettbewerbsab-rede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwer-wiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vor-liegend sind zudem gleichzeitig mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen. Zu be-rücksichtigen ist indes, dass den Parteien nur im Rah-men der ersten Angebotsrunde eine Angebotskoordinati-on nachgewiesen werden kann sowie neben den ab-redebeteiligten Unternehmen zwei Drittanbieter offerier-ten und daher nicht von einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern bloss von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen ist (vgl. Rz 684 hiervor).

896. Insgesamt ist der Kartellrechtsverstoss im Zusam-menhang mit dem Bauprojekt „[...]“ dennoch als schwerwiegend zu werten.

897. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Foffa Con-rad AG als erfolgreiche Schutznehmerin der Submissi-onsabrede ein Basisbetrag von 8 % des erzielten Um-satzes als angemessen, d.h. CHF [...].

898. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die René Ho-henegger Sarl als «schützendes» Unternehmen bei er-folgreicher Schutzgabe ein Basisbetrag von CHF [...] als angemessen.

(ii) Dauer des Verstosses

899. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht zu erhöhen.

(iii) Erschwerende und mildernde Umstände

900. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor.

(iv) Maximalsanktion

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

(v) Selbstanzeige

902. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG (vgl. dazu auch Rz 791 ff. hiervor).

I. René Hohenegger Sarl

903. Die René Hohenegger Sarl reichte im vorliegenden Verfahren am 21. März 2013 Selbstanzeige ein (Rz 30 hiervor). Anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige vom 2. September 2015 zeigte sie unter anderem ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an (Rz 341 hiervor). Insbesondere äusserte sie sich zum Zustandekommen, Zweck und Umsetzung der Abrede. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin.

904. Mit ihren Angaben trug die René Hohenegger Sarl wesentlich zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die René Hohenegger Sarl legte den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Be-weismittel in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Ihre Abredetätigkeit stellte sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der René Hohenegger Sarl die Sanktion zu erlassen.

II. Foffa Conrad AG

905. Die Foffa Conrad AG erstattete 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. In der Folge reichte sie zahlreiche mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. Allerdings zeigte sie ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“ erst mit Eingabe vom 11. Juli 2017 an. In Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss ist sie somit nicht die erste Selbstanzeigerin. Daher kommt für sie grundsätzlich lediglich eine Sanktionsreduktion bis zu 50 % in Betracht (Art. 12 SVKG; vgl. aber betref-fend die sog. *Bonus Plus-Regelung* Rz 909 hiernach).

906. Nach Art. 12 Abs. 1 SVKG ist für eine Reduktion der Sanktion erforderlich, dass eine Partei an einem Verfahren unaufgefordert mitwirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat.

907. Diese Voraussetzungen erfüllt die Foffa Conrad AG. Mit ihren Angaben trug sie zum Nachweis des Zu-standekommens und der Umsetzung der Abrede bei. Zudem stellte sie ihre Abredetätigkeit mit der Unters-uchungseröffnung ein.

908. Gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG richtet sich die Höhe der Reduktion massgeblich nach der Wichtigkeit des Beitrags, den eine Selbstanzeigerin zum Verfahrenser-folg liefert. Dabei gilt, dass die Bedeutung eines mögli-chen Beitrags mit fortschreitendem Verfahren naturge-mäss abnimmt. Vorliegend zeigte die Foffa Conrad AG ihre Beteiligung am Wettbewerbsverstoss erst zu einem späten Verfahrenszeitpunkt an. Ihrer Kooperation in Bezug auf die zu beurteilende Abrede erscheint eine

Sanktionsreduktion von 30 % angemessen (vgl. aber zur sog. *Bonus-Regelung* sogleich Rz 909 hiernach).

909. Zu beachten ist vorliegend jedoch die Bestimmung von Art. 12 Abs. 3 SVKG. Danach beträgt die Sanktionsreduktion bis zu 80 %, wenn ein Unternehmen unaufgefordert Informationen liefert oder Beweismittel vorlegt über weitere Wettbewerbsverstösse gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG (sog. *Bonus Plus-Regelung*). Die Foffa Conrad AG zeigte der Behörde u.a. an, dass sie ihre Angebote bei Ausschreibungen von Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal bis ins Jahr 2012 sowie bei einzelnen Bauprojekten im Oberengadin mit anderen Bauunternehmen koordiniert habe. Diese angezeigten Sachverhalte bildeten Gegenstand der Verfahren 22-0467 (Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal)¹¹³³, 22-0459 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II) und 22-0461 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin IV). Es handelt sich hierbei um weitere Wettbewerbsverstösse im Sinne von Art. 12 Abs. 3 SVKG. Vor diesem Hinter-

grund ist die Sanktionsreduktion der Bezzola Denoth AG und Foffa Conrad AG auf 60 % zu erhöhen.

(vi) Verhältnismässigkeit

910. Die vorliegend festgesetzten Sanktionsbeträge sind für die betroffenen Unternehmen tragbar. Sie stehen mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip im Einklang.

(vii) Ergebnis

911. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungsanktion in folgender Höhe als dem Verstoß der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

	Foffa Conrad AG	René Hohenegger Sarl
Umsatz	[...]	[...]
Basisbetrag	[...] (8 %)	[...] (4 %)
Erschwerende oder mildernde Umstände	–	–
Summe	[...]	[...]
100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG	–	[...]
Bonus gemäss Art. 12 SVKG	[...]	–
Sanktion	[...]	0

Tabelle 37: Sanktionsübersicht betreffend „[...]“, Zernez (2009)

C.5.2.4.6 [...], Scuol (2010)

912. An der Wettbewerbsabrede im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“, Scuol (2010), waren die Bezzola Denoth AG und die Fabio Bau GmbH beteiligt. Im Folgenden ist zu erörtern, mit welchen Beträgen sie hierfür zu sanktionieren sind.

(i) Basisbetrag

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

914. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“ (vgl. Rz 677 hiervor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligten Unternehmen erzielten im relevanten Markt keinen Umsatz, da ihre Schutznahme erfolglos blieb (Bezzola Denoth AG) bzw. da ihnen lediglich die Rolle der Schutzgeberin zugeordnet war (Fabio Bau GmbH).

915. Art. 49a Abs. 1 KG sieht eine Sanktionierung von Unternehmen vor, welche sich an einer unzulässigen Abrede beteiligt haben. Das Entfallen der Belastung ist auf Gesetzesstufe nur aus den in Art. 49a Abs. 3 KG abschliessend aufgeführten Gründen vorgesehen. Eine rein auf der Basis des eigenen Umsatzes zu bemessende Sanktion würde bei Abredeteiligen, deren Schutznahme erfolglos blieb oder die durch eine Stützofferte den designierten Zuschlagsempfänger schützen sollten, aufgrund fehlenden Umsatzes zu einer Nicht-Sanktionierung führen, die in Art. 49a KG nicht vorgesehen ist. Dieses Ergebnis entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Regelung von Art. 3 SVKG und kann vom Verordnungsgeber nicht gewollt gewesen sein. Dabei ist auch zu beachten, dass der Bundesrat befugt ist, Ausführungsbestimmungen (Art. 60 KG) zu den in Art. 49a KG festgelegten Sanktionskriterien zu erlassen. Zudem kann er auf Antrag der Beteiligten im Einzelfall Wettbewerbsabreden und Verhaltensweisen marktbeherr-

¹¹³³ Vgl. hierzu den Entscheid der WEKO vom 10. Juli 2017, RPW 2017/3, 421 ff.

schender Unternehmen zulassen, die von der zuständigen Behörde für unzulässig erklärt wurden, wenn sie in Ausnahmefällen notwendig sind, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen. Zur Regelung weiterer, im Gesetz nicht vorgesehener Sanktionsbefreiungstatbestände wurde der Bundesrat vom Gesetzgeber indes nicht ermächtigt. Wäre Art. 3 SVKG so auszulegen, dass Unternehmen, die im durch das wettbewerbswidrige Verhalten betroffenen Markt keinen Umsatz erzielten, keine Sanktion aufzuerlegen wäre, würde dies den gesetzlichen Rahmen des Kartellgesetzes sprengen.

916. Vor diesem Hintergrund ist vorliegend – unter Berücksichtigung der vom Gesetz- und Verordnungsgeber in Art. 49a KG und Art. 3 SVKG getroffenen Wertungen – ein Basisbetrag zu bestimmen, der einerseits den von der Wettbewerbsabrede betroffenen Umsatz einbezieht und andererseits die Schwere und Art des Verstosses berücksichtigt. Vorliegend ist daher ersatzweise derjenige Umsatz heranzuziehen, den das (erfolglos) geschützte Unternehmen beim Bauprojekt „[...]“ abredgemäß hätte erzielen sollen. Denn dieser Umsatz reflektiert letztlich die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen Submission und damit des entsprechenden Marktes und gibt dadurch Aufschluss über die Tragweite und das Schädigungspotential des Kartellrechtsverstosses.¹¹³⁴ Im vorliegenden Fall handelt es sich dabei um die Offertsumme der Bezzola Denoth AG, als (erfolglos) schutznehmendes Unternehmen, von CHF [...] exkl. MWST. Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

917. Im Folgenden ist die Art und Schwere des Kartellrechtsverstosses zu würdigen (dazu auch Rz 857 hier-
vor).

918. Die Bezzola Denoth AG und die Fabio Bau GmbH beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art der Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential 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. Zu berücksichtigen ist indes, dass die Abrede zwar umgesetzt worden ist, aber nicht zum angestrebten Ergebnis führte. Vielmehr konnte sich mit der Impraisa da fabrica Margadant ein Aussenwettbewerber durchsetzen. Daher ist nicht von einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern bloss von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen (vgl. Rz 684 hier-
vor).

919. Vor diesem Hintergrund ist der Kartellrechtsverstoss im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“ als mittelschwer zu werten.

920. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Bezzola Denoth AG als nicht erfolgreiche „Schutznehmerin“ der Submissionsabrede ein Basisbetrag von CHF [...] (pauschal) und für die Fabio Bau GmbH als „schützendes“

Unternehmen ein Basisbetrag von CHF [...] (pauschal) als angemessen.

(ii) Dauer des Verstosses

921. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht zu erhöhen.

(iii) Erschwerende und mildernde Umstände

922. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor.

(iv) Maximalsanktion

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

(v) Selbstanzeige

924. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG (vgl. dazu auch Rz 791 ff. hier-
vor).

925. Die Bezzola Denoth AG erstattete 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. In der Folge reichte sie zahlreiche mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In der mündlichen Eingabe zu Protokoll vom 26. Oktober 2015¹¹³⁵ zeigte sie auch ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin.

926. Mit ihren Angaben trug die Bezzola Denoth AG wesentlich zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die Bezzola Denoth AG legte den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Ihre Abredetätigkeit stellte sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Bezzola Denoth AG die Sanktion zu erlassen.

927. Die Fabio Bau GmbH reichte keine Selbstanzeige ein.

(vi) Verhältnismässigkeit

928. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für das betroffene Unternehmen tragbar. Er steht mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip im Einklang.

¹¹³⁴ Vgl. RPW 2013/4, 618 Rz 956, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

¹¹³⁵ Act. IX.C.60.

(vii) Ergebnis

929. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die

Behörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

	Bezzola Denoth AG	Fabio Bau GmbH
Umsatz	[...]	[...]
Basisbetrag	[...]	[...]
Erschwerende oder mildernde Umstände	–	–
Summe	[...]	[...]
100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG	[...]	–
Bonus gemäss Art. 12 SVKG	–	–
Sanktion	0	[...]

Tabelle 38: Sanktionsübersicht betreffend „[...]“, Scuol (2010)

C.5.2.4.7 [...], Zernez (2010)

930. An der Wettbewerbsabrede im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“, Zernez (2010), waren die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl beteiligt. Im Folgenden ist zu erörtern, mit welchen Beträgen sie hierfür zu sanktionieren sind.

(i) Basisbetrag

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

932. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“ (vgl. Rz 677 hiervor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligten Unternehmen erzielten im relevanten Markt keinen Umsatz, da mit der Hohenegger SA ein Aussenwettbewerber den Zuschlag erhielt (vgl. Rz 379 hiervor).

933. Daher ist – unter Berücksichtigung der vom Gesetz- und Verordnungsgeber in Art. 49a KG und Art. 3 SVKG getroffenen Wertungen – ein Basisbetrag zu bestimmen, der einerseits den von der Wettbewerbsabrede betroffenen Umsatz einbezieht und andererseits die Schwere und Art des Verstosses berücksichtigt (zum Ganzen auch Rz 854 hiervor). Dabei ist ersatzweise derjenige Umsatz heranzuziehen, den derjenige Abredeteilnehmer mit dem tiefsten Angebot erzielt hätte, wenn er sich in der Ausschreibung durchgesetzt hätte. Dies ist vorliegend die René Hohenegger Sarl, die der Bauherrschaft ein Angebot in der Höhe von CHF [...] (exkl. MWST) einreichte. Denn dieser Umsatz reflektiert letztlich die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen Submission und damit des entsprechenden Marktes und gibt dadurch Aufschluss über die Tragweite und das Schädigungspo-

tential des Kartellrechtsverstosses.¹¹³⁶ Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

934. Im Folgenden ist die Art und Schwere des Kartellrechtsverstosses zu würdigen (dazu auch Rz 857 hier- vor).

935. Die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Beim Abschluss und Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art der Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential 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. Zugunsten der Parteien ist zu berücksichtigen, dass keiner der Abredeteiligten den Zuschlag erhielt. Vielmehr konnte sich mit der Hohenegger SA ein Aussenwettbewerber durchsetzen. Daher ist nicht von einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern bloss von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen (vgl. Rz 684 hiervor).

936. Insgesamt ist der Kartellrechtsverstoss im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“ dennoch als schwerwiegend zu werten.

¹¹³⁶ Vgl. RPW 2013/4, 618 Rz 956, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

937. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die René Hohenegger Sarl als nicht erfolgreiche „Schutznehmerin“ der Submissionsabrede ein Basisbetrag von CHF [...] (pauschal) und für die Foffa Conrad AG als „schützendes“ Unternehmen ein Basisbetrag von CHF [...] (pauschal) als angemessen.

(ii) Dauer des Verstosses

938. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht zu erhöhen.

(iii) Erschwerende und mildernde Umstände

939. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor.

(iv) Maximalsanktion

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

(v) Selbstanzeige

941. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG (vgl. dazu auch Rz 791 ff. hiervor).

I. Foffa Conrad AG

942. Die Foffa Conrad AG erstattete 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. In der Folge reichte sie zahlreiche mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In den Eingaben vom 20. August 2015¹¹³⁷ und 11. Juli 2017¹¹³⁸ zeigte sie auch ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin.

943. Mit ihren Angaben trug die Foffa Conrad AG wesentlich zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die Foffa Conrad AG legte den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Ihre Abredetätigkeit stellte sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Foffa Conrad AG die Sanktion zu erlassen.

II. René Hohenegger Sarl

944. Die René Hohenegger Sarl reichte im vorliegenden Verfahren am 21. März 2013 Selbstanzeige ein (Rz 30 hiervor). Anlässlich der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige vom 2. September 2015 zeigte sie unter anderem ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an (Rz 371 hiervor). Insbesondere äusserte sie sich zum Zustandekommen, Zweck und Umsetzung der Abrede. Damit ist sie in Bezug auf

den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die zweite Selbstanzeigerin. Daher kommt für sie grundsätzlich lediglich eine Sanktionsreduktion bis zu 50 % in Betracht (Art. 12 SVKG).

945. Nach Art. 12 Abs. 1 SVKG ist für eine Reduktion der Sanktion erforderlich, dass eine Partei an einem Verfahren unaufgefordert mitwirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat.

946. Diese Voraussetzungen erfüllt die René Hohenegger Sarl. Mit ihren Angaben trug sie zum Nachweis des Zustandekommens und der Umsetzung der Abrede bei. Zudem stellte sie ihre Abredetätigkeit mit der Untersuchungseröffnung ein.

947. Gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG richtet sich die Höhe der Reduktion massgeblich nach der Wichtigkeit des Beitrags, den eine Selbstanzeigerin zum Verfahrenserfolg liefert. Dabei gilt, dass die Bedeutung eines möglichen Beitrags mit fortschreitendem Verfahren naturgemäss abnimmt. Nach Massgabe dieser Kriterien erscheint der Kooperation der René Hohenegger Sarl in Bezug auf die zu beurteilende Abrede eine Sanktionsreduktion von 40 % angemessen.

(vi) Verhältnismässigkeit

948. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für das betroffene Unternehmen tragbar. Er steht mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip im Einklang.

(vii) Ergebnis

949. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungsanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

¹¹³⁷ Act. IX.C.53.

¹¹³⁸ Act. VII.B.30 (22-0458).

	Foffa Conrad AG	René Hohenegger Sarl
Umsatz	[...]	[...]
Basisbetrag	[...]	[...]
Erschwerende oder mildernde Umstände	–	–
Summe	[...]	[...]
100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG	[...]	–
Bonus gemäss Art. 12 SVKG	–	[...]
Sanktion	0	[...]

Tabelle 39: Sanktionsübersicht betreffend „[...]“, Zerne (2010)

C.5.2.4.8 [...] (2010)

950. An der Wettbewerbsabrede im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“ waren die Bezzola Denoth AG und die Impraisa Mario GmbH beteiligt. Im Folgenden ist jedoch einzig zu prüfen, mit welchem Betrag die Bezzola Denoth AG allenfalls zu sanktionieren ist. Wie gezeigt worden ist (Rz 735), kann die konkursite Impraisa Mario GmbH nicht mit einer Sanktion belegt werden.

(i) Basisbetrag

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

952. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“ (vgl. Rz 677 hiervor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligte Bezzola Denoth AG erhielt den Zuschlag zum Preis von CHF [...] (Rz 384 hiervor).

953. Vorliegend wird als Basisumsatz die Zuschlagssumme der Bezzola Denoth AG exklusive Mehrwertsteuer in Höhe von CHF [...] herangezogen (vgl. zur Begründung Rz 854 hiervor). Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

954. Im Folgenden ist die Art und Schwere des Kartellrechtsverstosses zu würdigen (dazu auch Rz 857 hiervor).

955. Die Bezzola Denoth AG und die Impraisa Mario GmbH beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art der Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend sind sodann 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.

956. Aus diesen Gründen ist der vorliegende Kartellrechtsverstoss als schwerwiegend zu werten. Daran ändert nichts, dass letztlich nicht die Impraisa Mario GmbH als designierte Zuschlagsempfängerin in der Ausschreibung obsiegte, sondern die Bezzola Denoth AG. Dies lag nämlich nur daran, dass die Vergabestelle nachträglich eine bestimmte Position strich, bei welcher die Bezzola Denoth AG irrtümlicherweise einen viel zu hohen Preis eingesetzt hatte (vgl. Rz 391 hiervor). Der durch die Angebotskoordination bewirkte Kartellrechtsverstoss erweist sich dadurch nicht als weniger gravierend.

957. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Bezzola Denoth AG als designierte „Schutzgeberin“ ein Basisbetrag von 5 % des erzielten Umsatzes als angemessen, d.h. CHF [...].

(ii) Dauer des Verstosses

958. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht zu erhöhen.

(iii) Erschwerende und mildernde Umstände

959. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor.

(iv) Selbstanzeige

960. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG (vgl. dazu auch Rz 791 ff. hiervor).

961. Die Bezzola Denoth AG erstattete 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. In der Folge reichte sie zahlreiche mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In der münd-

lichen Eingabe vom 23. Mai 2016¹¹³⁹ zeigte sie auch ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin.

962. Mit ihren Angaben trug die Bezzola Denoth AG wesentlich zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die Bezzola Denoth AG legte den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne

Verzug. Ihre Abredetätigkeit stellte sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Bezzola Denoth AG die Sanktion zu erlassen.

(v) Ergebnis

963. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Bezzola Denoth AG gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

	Bezzola Denoth AG
Umsatz	[...]
Basisbetrag	[...] (5 %)
Erschwerende oder mildernde Umstände	–
Summe	[...]
100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG	[...]
Bonus gemäss Art. 12 SVKG	–
Sanktion	0

Tabelle 40: Sanktionsübersicht betreffend „[...]“ (2010)

C.5.2.4.9 [...], Scuol (2011)

964. An der Wettbewerbsabrede im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“, Scuol (2011), waren die Bezzola Denoth AG und die Fabio Bau GmbH beteiligt. Im Folgenden ist zu erörtern, mit welchen Beträgen sie hierfür zu sanktionieren sind.

(i) Basisbetrag

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

966. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“ (vgl. Rz 677 hiervor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligten Unternehmen erzielten im relevanten Markt keinen Umsatz, da ihre Schutznahme erfolglos blieb (Bezzola Denoth AG) bzw. da ihnen lediglich die Rolle der Schutzgeberin zugedacht war (Fabio Bau GmbH).

967. Vorliegend ist daher – unter Berücksichtigung der vom Gesetz- und Verordnungsgeber in Art. 49a KG und Art. 3 SVKG getroffenen Wertungen – ein Basisbetrag zu bestimmen, der einerseits den von der Wettbewerbsabrede betroffenen Umsatz einbezieht und andererseits die Schwere und Art des Verstosses berücksichtigt (dazu auch Rz 854 hiervor). Dabei ist ersatzweise derjenige Umsatz heranzuziehen, den das (erfolglos) geschützte

Unternehmen beim Bauprojekt „[...]“ abredgemäß hätte erzielen sollen. Denn dieser Umsatz reflektiert letztlich die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen Submission und damit des entsprechenden Marktes und gibt dadurch Aufschluss über die Tragweite und das Schädigungspotential des Kartellrechtsverstosses.¹¹⁴⁰ Im vorliegenden Fall handelt es sich dabei um die Offertsumme der Bezzola Denoth AG, als (erfolglos) schutznehmendes Unternehmen, von CHF [...] exkl. MWST. Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

968. Im Folgenden ist die Art und Schwere des Kartellrechtsverstosses zu würdigen (dazu auch Rz 857 hiervor).

969. Die Bezzola Denoth AG und die Fabio Bau GmbH beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential 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. Zu berücksichtigen ist

¹¹³⁹ Act. VII.B.7 (22-0458).

¹¹⁴⁰ Vgl. RPW 2013/4, 618 Rz 956, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

indes, dass die Abrede zwar umgesetzt worden ist, aber nicht zum angestrebten Ergebnis führte. Vielmehr konnte sich mit der [...] einer der Aussenwettbewerber durchsetzen. Daher ist nicht von einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern bloss von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen (vgl. Rz 684 hier vor).

970. Vor diesem Hintergrund ist der Kartellrechtsverstoss im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“ als mittelschwer zu werten.

971. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Bezzola Denoth AG als nicht erfolgreiche „Schutznehmerin“ der Submissionsabrede ein Basisbetrag von CHF [...] (pauschal) und für die Fabio Bau GmbH als „schützendes“ Unternehmen ein Basisbetrag von CHF [...] (pauschal) als angemessen.

(ii) Dauer des Verstosses

972. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht zu erhöhen.

(iii) Erschwerende und mildernde Umstände

973. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor.

(iv) Maximalsanktion

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

(v) Selbstanzeige

975. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG (vgl. dazu auch Rz 791 ff. hiervor).

976. Die Bezzola Denoth AG erstattete 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. In der Folge reichte sie zahlreiche mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In den Eingaben vom 4. Dezember 2012¹¹⁴¹, 1. Februar 2013¹¹⁴² und vom 26. Oktober 2015¹¹⁴³ zeigte sie auch ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin.

977. Mit ihren Angaben trug die Bezzola Denoth AG wesentlich zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die Bezzola Denoth AG legte den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Ihre Abredetätigkeit stellte sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Bezzola Denoth AG die Sanktion zu erlassen.

978. Die Fabio Bau GmbH reichte keine Selbstanzeige ein.

(vi) Verhältnismässigkeit

979. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für das betroffene Unternehmen tragbar. Er steht mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip im Einklang.

(vii) Ergebnis

980. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

	Bezzola Denoth AG	Fabio Bau GmbH
Umsatz	[...]	[...]
Basisbetrag	[...]	[...]
Erschwerende oder mildernde Umstände	–	–
Summe	[...]	[...]
100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG	[...]	–
Bonus gemäss Art. 12 SVKG	–	–
Sanktion	0	[...]

Tabelle 41: Sanktionsübersicht betreffend „[...]“, Scuol (2011)

¹¹⁴¹ Act. IX.C.27.

¹¹⁴² Act. IX.C.35, pag. 59 f.

¹¹⁴³ Act. IX.C.60, Zeilen 517 ff.

C.5.2.4.10 [...] (2011)

981. An der Wettbewerbsabrede im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“, Tschlin (2011), waren die Bezzola Denoth AG und die Koch AG Ramosch beteiligt. Im Folgenden ist zu erörtern, mit welchen Beträgen sie hierfür zu sanktionieren sind.

(i) Basisbetrag

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

983. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“ (vgl. Rz 677 hiervor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligte Koch AG Ramosch erhielt den Zuschlag zum Preis von CHF [...] (Rz 424 f. hiervor). Keinen Umsatz im relevanten Markt erzielte die Bezzola Denoth AG, da ihr die Rolle der „Schutzgeberin“ zugeordnet war.

984. Vorliegend wird als Basisumsatz die Zuschlagssumme der Koch AG Ramosch exklusive Mehrwertsteuer in Höhe von CHF [...] herangezogen (vgl. zur Begründung Rz 854 hiervor). Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

985. Im Folgenden ist die Art und Schwere des Kartellrechtsverstosses zu würdigen (dazu auch Rz 857 hiervor).

986. Die Koch AG Ramosch und die Bezzola Denoth AG beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art der Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend sind sodann 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.

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

988. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Koch AG Ramosch als erfolgreiche Schutznehmerin der Submissionsabrede ein Basisbetrag von 10 % des erzielten Umsatzes als angemessen, d.h. CHF [...].

989. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Bezzola Denoth AG als „schützendes“ Unternehmen bei erfolgreicher Schutzgabe ein Basisbetrag von CHF [...] als angemessen.

(ii) Dauer des Verstosses

990. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht zu erhöhen.

(iii) Erschwerende und mildernde Umstände

991. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor.

(iv) Maximalsanktion

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

(v) Selbstanzeige

993. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG (vgl. dazu auch Rz 791 ff. hiervor).

994. Die Bezzola Denoth AG erstattete 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. In der Folge reichte sie zahlreiche mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In den Eingaben vom 4. Dezember 2012¹¹⁴⁴, 1. Februar 2013¹¹⁴⁵, 26. Oktober 2015¹¹⁴⁶, 23. Mai 2016¹¹⁴⁷ und 26. Mai 2016¹¹⁴⁸ zeigte sie auch ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin.

995. Mit ihren Angaben trug die Bezzola Denoth AG wesentlich zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die Bezzola Denoth AG legte den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Ihre Abredetätigkeit stellte sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Bezzola Denoth AG die Sanktion zu erlassen.

996. Die Koch AG Ramosch reichte keine Selbstanzeige ein.

(vi) Verhältnismässigkeit

997. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für das betroffene Unternehmen tragbar. Er steht mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip im Einklang.

(vii) Ergebnis

998. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

¹¹⁴⁴ Act. IX.C.27.

¹¹⁴⁵ Act. IX.C.35, pag. 59 f.

¹¹⁴⁶ Act. IX.C.60, Zeilen 517 ff.

¹¹⁴⁷ Act. VII.B.7 (22-0458).

¹¹⁴⁸ Act. VII.B.9 (22-0458).

	Koch AG Ramosch	Bezzola Denoth AG
Umsatz	[...]	[...]
Basisbetrag	[...] (10 %)	[...] (5%)
Erschwerende oder mildernde Umstände	–	–
Summe	[...]	[...]
100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG	–	[...]
Bonus gemäss Art. 12 SVKG	–	–
Sanktion	[...]	0

Tabelle 42: Sanktionsübersicht betreffend „[...]“, Tschlin (2011)

C.5.2.4.11 [...], Scuol (2011)

999. An der Wettbewerbsabrede im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“, Scuol (2011), waren die Bezzola Denoth AG und die Fabio Bau GmbH beteiligt. Im Folgenden ist zu erörtern, mit welchen Beträgen sie hierfür zu sanktionieren sind.

(i) Basisbetrag

1000. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren *auf den relevanten Märkten* in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG).

1001. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“ (vgl. Rz 677 hiervor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligte Bezzola Denoth AG erhielt den Zuschlag zum Preis von CHF [...] (Rz 430 hiervor). Keinen Umsatz im relevanten Markt erzielte die Fabio Bau GmbH, da ihr die Rolle der „Schutzgeberin“ zugeordnet war.

1002. Vorliegend wird als Basisumsatz die Zuschlags-summe der Bezzola Denoth AG exklusive Mehrwertsteuer in Höhe von CHF [...] herangezogen (vgl. zur Begründung Rz 854 hiervor). Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

1003. Im Folgenden ist die Art und Schwere des Kartellrechtsverstosses zu würdigen (dazu auch Rz 857 hiervor).

1004. Die Bezzola Denoth AG und Fabio Bau GmbH beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend sind sodann gleichzeitig mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich anzuschauenden Parameter ge-

mäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen. Zudem wurde der Wettbewerb durch die Abrede beseitigt.

1005. Aus diesen Gründen ist der vorliegende Kartellrechtsverstoss als schwerwiegend zu werten.

1006. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Bezzola Denoth AG als erfolgreiche „Schutznehmerin“ der Submissionsabrede ein Basisbetrag von 10 % des erzielten Umsatzes als angemessen, d.h. CHF [...].

1007. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Fabio Bau GmbH als „schützendes“ Unternehmen bei erfolgreicher Schutzgabe ein Basisbetrag von CHF [...] als angemessen.

(ii) Dauer des Verstosses

1008. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht zu erhöhen.

(iii) Erschwerende und mildernde Umstände

1009. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor.

(iv) Maximalsanktion

1010. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird.

(v) Selbstanzeige

1011. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG (vgl. dazu auch Rz 791 ff. hiervor).

1012. Die Bezzola Denoth AG erstattete 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.

In der Folge reichte sie zahlreiche mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In den Eingaben vom 4. Dezember 2012¹¹⁴⁹, 1. Februar 2013¹¹⁵⁰ und 26. Oktober 2015¹¹⁵¹ zeigte sie auch ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin.

1013. Mit ihren Angaben trug die Bezzola Denoth AG wesentlich zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die Bezzola Denoth AG legte den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Ihre Abredetätigkeit stellte sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Bezzola Denoth AG die Sanktion zu erlassen.

1014. Die Fabio Bau GmbH reichte keine Selbstanzeige ein.

(vi) Verhältnismässigkeit

1015. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für das betroffene Unternehmen tragbar. Er steht mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip im Einklang.

(vii) Ergebnis

1016. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

	Bezzola Denoth AG	Fabio Bau GmbH
Umsatz	[...]	[...]
Basisbetrag	[...] (10 %)	[...] (5 %)
Erschwerende oder mildernde Umstände	–	–
Summe	[...]	[...]
100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG	[...]	–
Bonus gemäss Art. 12 SVKG	–	–
Sanktion	0	[...]

Tabelle 43: Sanktionsübersicht betreffend „[...]“, Scuol (2011)

C.5.2.4.12 Waldweg Kurhaus, Val Sinestra (2011)

1017. An der Wettbewerbsabrede im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „Waldweg Kurhaus, Val Sinestra“ (2011), waren die Koch AG Ramosch und die Fabio Bau GmbH beteiligt. Im Folgenden ist zu erörtern, mit welchen Beträgen sie hierfür zu sanktionieren sind.

(i) Basisbetrag

1018. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren *auf den relevanten Märkten* in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG).

1019. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „Waldweg Kurhaus, Val Sinestra“ (vgl. Rz 677 hiervor). Vorliegend ist nicht erwiesen, dass das strittige Projekt tatsächlich ausgeführt worden ist (vgl. Rz 459 hiervor). Daher ist anzunehmen, dass die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligten Unternehmen keinen Umsatz im relevanten Markt erzielten.

1020. Aus diesem Grund ist – unter Berücksichtigung der vom Gesetz- und Verordnungsgeber in Art. 49a KG und Art. 3 SVKG getroffenen Wertungen – ein Basisbetrag zu bestimmen, der einerseits den von der Wettbewerbsabrede betroffenen Umsatz einbezieht und andererseits die Schwere und Art des Verstosses berücksichtigt (dazu auch Rz 854 hiervor). Dabei ist ersatzweise derjenige Umsatz heranzuziehen, den das geschützte Unternehmen beim Bauprojekt „Waldweg Kurhaus, Val

¹¹⁴⁹ Act. IX.C.27.

¹¹⁵⁰ Act. IX.C.35, pag. 59 f.

¹¹⁵¹ Act. IX.C.60, Zeilen 517 ff.

Sinestra“ abredegemäss hätte erzielen sollen. Denn dieser Umsatz reflektiert letztlich die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen Submission und damit des entsprechenden Marktes und gibt dadurch Aufschluss über die Tragweite und das Schädigungspotential des Kartellrechtsverstosses.¹¹⁵² Im vorliegenden Fall handelt es sich dabei um die Offertsumme der Koch AG Ramosch AG von CHF 302'078 exkl. MWST. Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF 30'208.

1021. Im Folgenden ist die Art und Schwere des Kartellrechtsverstosses zu würdigen (dazu auch Rz 857 hier- vor).

1022. Die Koch AG Ramosch und Fabio Bau GmbH beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend sind sodann 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. Allerdings ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass nicht erwiesen ist, dass das strittige Projekt letztlich ausgeführt worden ist.

1023. Aus diesen Gründen ist der vorliegende Kartellrechtsverstoss als mittelschwer zu werten.

1024. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Koch AG Ramosch als designierte „Schutznehmerin“ der Submissionsabrede ein Basisbetrag von CHF 15'000 (pauschal) als angemessen.

1025. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Fabio Bau

GmbH, welcher die Rolle der „Schutzgeberin“ zugeordnet war, ein Basisbetrag von CHF 7'500 als angemessen.

(ii) Dauer des Verstosses

1026. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht zu erhöhen.

(iii) Erschwerende und mildernde Umstände

1027. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor.

(iv) Maximalsanktion

1028. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird.

(v) Selbstanzeige

1029. Weder die Koch AG Ramosch noch die Fabio Bau GmbH reichten Selbstanzeige ein.

(vi) Verhältnismässigkeit

1030. Die vorliegend festgesetzten Sanktionsbeträge sind für die betroffenen Unternehmen tragbar. Sie stehen mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip im Einklang.

(vii) Ergebnis

1031. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

	Koch AG Ramosch	Fabio Bau GmbH
Umsatz	302'078	302'078
Basisbetrag	15'000	7'500
Erschwerende oder mildernde Umstände	–	–
Summe	15'000	7'500
100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG	–	–
Bonus gemäss Art. 12 SVKG	–	–
Sanktion	15'000	7'500

Tabelle 44: Sanktionsübersicht betreffend „Waldweg Kurhaus, Val Sinestra“ (2011)

¹¹⁵² Vgl. RPW 2013/4, 618 Rz 956, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

C.5.2.4.13 [...], Zerne (2012)

1032. An der Wettbewerbsabrede im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“, Zerne (2012), waren die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl beteiligt. Im Folgenden ist zu erörtern, mit welchen Beträgen sie hierfür zu sanktionieren sind.

(i) Basisbetrag

1033. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren *auf den relevanten Märkten* in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG).

1034. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“ (vgl. Rz 677 hiervor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligte Foffa Conrad AG erhielt den Zuschlag zum Preis von CHF [...] (Rz 462 hiervor). Keinen Umsatz im relevanten Markt erzielte die René Hohenegger Sarl, da ihr die Rolle der Schutzgeberin zugeordnet war.

1035. Vorliegend wird als Basisumsatz die Zuschlagssumme der Foffa Conrad AG exklusive Mehrwertsteuer in Höhe von CHF [...] herangezogen (vgl. zur Begründung Rz 854 hiervor). Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

1036. Im Folgenden ist die Art und Schwere des Kartellrechtsverstosses zu würdigen (dazu auch Rz 857 hiervor).

1037. Die Foffa Conrad AG und die René Hohenegger Sarl beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art der Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend sind sodann 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.

1038. Aus diesen Gründen ist der vorliegende Kartellrechtsverstoss als schwerwiegend zu werten.

1039. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Foffa Conrad AG als erfolgreiche Schutznehmerin der Submissionsabrede ein Basisbetrag von 10 % des erzielten Umsatzes als angemessen, d.h. CHF [...].

1040. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die René Hohenegger Sarl als „schützendes“ Unternehmen bei erfolgreicher Schutzgabe ein Basisbetrag von 5 %, d.h. von CHF [...] als angemessen.

(ii) Dauer des Verstosses

1041. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht zu erhöhen.

(iii) Erschwerende und mildernde Umstände

1042. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor.

(iv) Maximalsanktion

1043. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird.

(v) Selbstanzeige

1044. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG (vgl. dazu auch Rz 791 ff. hiervor).

III. René Hohenegger Sarl

1045. Die René Hohenegger Sarl reichte im vorliegenden Verfahren am 21. März 2013 Selbstanzeige ein (Rz 30 hiervor). Im Rahmen der mündlichen Ergänzungen der Selbstanzeige vom 22. Juli 2015¹¹⁵³ und 2. September 2015¹¹⁵⁴ zeigte sie unter anderem ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an (Rz 463 hiervor). Insbesondere äusserte sie sich zum Zustandekommen, Zweck und Umsetzung der Abrede. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin.

1046. Mit ihren Angaben trug die René Hohenegger Sarl wesentlich zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die René Hohenegger Sarl legte den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Ihre Abredetätigkeit stellte sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der René Hohenegger Sarl die Sanktion zu erlassen.

IV. Foffa Conrad AG

1047. Die Foffa Conrad AG erstattete 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. In der Folge reichte sie zahlreiche mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. Allerdings zeigte sie ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“ frühestens mit der mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige vom 20. August 2015¹¹⁵⁵ an. In Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss ist sie somit nicht die erste Selbstanzeigerin. Daher kommt für sie grundsätzlich lediglich eine Sanktionsreduktion bis zu 50 % in Betracht (Art. 12 SVKG; vgl. aber betreffend die sog. *Bonus Plus-Regelung* Rz 1051 hiernach).

¹¹⁵³ Act. IX.D.14.

¹¹⁵⁴ Act. IX.D.15.

¹¹⁵⁵ Act. IX.C.53.

1048. Nach Art. 12 Abs. 1 SVKG ist für eine Reduktion der Sanktion erforderlich, dass eine Partei an einem Verfahren unaufgefordert mitwirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat.

1049. Diese Voraussetzungen erfüllt die Foffa Conrad AG. Mit ihren Angaben trug sie zum Nachweis des Zustandekommens und der Umsetzung der Abrede bei. Zudem stellte sie ihre Abredetätigkeit mit der Untersuchungseröffnung ein.

1050. Gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG richtet sich die Höhe der Reduktion massgeblich nach der Wichtigkeit des Beitrags, den eine Selbstanzeigerin zum Verfahrenserfolg liefert. Dabei gilt, dass die Bedeutung eines möglichen Beitrags mit fortschreitendem Verfahren naturgemäss abnimmt. Vorliegend erscheint der Kooperation der Foffa Conrad AG im Rahmen ihrer Selbstanzeige in Bezug auf die zu beurteilende Abrede eine Sanktionsreduktion von 40 % angemessen.

1051. Zu beachten ist vorliegend jedoch die Bestimmung von Art. 12 Abs. 3 SVKG. Danach beträgt die Sanktionsreduktion bis zu 80 %, wenn ein Unternehmen unaufgefordert Informationen liefert oder Beweismittel vorlegt über weitere Wettbewerbsverstösse gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG (sog. *Bonus Plus-Regelung*). Die Foffa Conrad AG zeigte der Behörde u.a. an, dass sie ihre

Angebote bei Ausschreibungen von Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal bis ins Jahr 2012 sowie bei einzelnen Bauprojekten im Oberengadin mit anderen Bauunternehmen koordiniert habe. Diese angezeigten Sachverhalte bildeten Gegenstand der Verfahren 22-0467 (Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal)¹¹⁵⁶, 22-0459 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II) und 22-0461 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin IV). Es handelt sich hierbei um weitere Wettbewerbsverstösse im Sinne von Art. 12 Abs. 3 SVKG. Vor diesem Hintergrund ist die Sanktionsreduktion der Foffa Conrad AG auf 70 % zu erhöhen.

(vi) Verhältnismässigkeit

1052. Die vorliegend festgesetzten Sanktionsbeträge sind für die betroffenen Unternehmen tragbar. Sie stehen mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip im Einklang.

(vii) Ergebnis

1053. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungsanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

	Foffa Conrad AG	René Hohenegger Sarl
Umsatz	[...]	[...]
Basisbetrag	[...] (10 %)	[...] (5 %)
Erschwerende oder mildernde Umstände	–	–
Summe	[...]	[...]
100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG	–	[...]
Bonus gemäss Art. 12 SVKG	[...]	–
Sanktion	[...]	0

Tabelle 45: Sanktionsübersicht betreffend „[...]“, Zernez (2012)

C.5.2.4.14 Zusammenarbeit zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG, der Lazzarini AG und der Alfred Laurent AG

1054. Die Foffa Conrad AG, Bezzola Denoth AG, Lazzarini AG und Alfred Laurent AG waren durch ihre im Jahr 1999 abgeschlossenen schriftlichen Vereinbarungen betreffend ihre Zusammenarbeit an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligt (Rz 695 ff. hiervor). Im Folgenden ist erörtern, mit welchen Beträgen sie hierfür zu sanktionieren sind.

(i) Basisbetrag

1055. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten

drei Geschäftsjahren *auf den relevanten Märkten* in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Dem Zweck von Art. 3 SVKG entsprechend ist hierbei der Umsatz massgebend, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.¹¹⁵⁷ Das Abstellen auf diese Zeitspanne der Zuwiderhandlung gegen das Kartellgesetz dient nicht

¹¹⁵⁶ Vgl. hierzu RPW 2017/3, 421 ff., *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.

¹¹⁵⁷ In diesem Sinne auch RPW 2012/2, 404 f. Rz 1083 Tabelle 3 sowie 407 f. Rz 1097 Tabelle 5, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; Verfügung in Sachen Altimum SA (vormals Roger Guenat SA), Rz 326 und 332 m.w.H. in Fn 176, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision (2.11.2017).

zuletzt auch dazu, die erzielte Kartellrente möglichst abzuschöpfen (vgl. bereits Rz 762 hiervor).

1056. Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass der getroffenen Abrede, die Wettbewerbsverhältnisse zwischen der Alfred Laurent AG auf der einen Seite und der Foffa Conrad AG, Bezzola Denoth AG und Lazzarini AG auf der einen anderen Seite ein grosses Schädigungspotenzial immanent war. Auch wurde die Abrede von den Abredeteiligen im Wesentlichen umgesetzt (vgl. Rz 525 ff. hiervor). Allerdings ist bei der Schwere des Verstosses zu berücksichtigen, dass sich ein wesentlicher Teil der wettbewerbswidrigen Wirkungen bereits unmittelbar nach Abschluss der Vereinbarungen im Jahr 1999 entfaltete, nämlich durch den Rückzug der Alfred Laurent AG aus dem Tiefbaugeschäft. Diesbezüglich ist zu beachten, dass Wettbewerbsabreden erst ab dem Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes am 1. April 2004 sanktioniert werden können. Nicht zu sanktionieren ist sodann die Vereinbarung von „Marktquoten“ zwischen der Bezzola Denoth AG und der Foffa Conrad AG, da ihre Unternehmungen im sanktionierbaren Zeitraum unter einheitlicher Leitung geführt worden sind und daher in den Genuss des Konzernprivilegs fallen. Vor diesem Hintergrund ist es gerechtfertigt, die Basisbeträge nicht umsatzbezogen, sondern pauschal festzulegen. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Alfred Laurent AG und die Foffa Conrad AG bzw. Bezzola Denoth AG ein Basisbetrag von CHF [...] (pauschal) angemessen. Für die Lazzarini AG, die sich nur, aber immerhin, am wettbewerbswidrigen Konkurrenzverbot zwischen den Aktionärinnen der Rusena-Betun SA beteiligte, ist der Basisbetrag auf CHF 20'000 (pauschal) festzusetzen.

(ii) Dauer des Verstosses

1057. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 3).

1058. Die vorliegende Wettbewerbsabrede bestand zwischen den Abredeteilnehmern von 1999 bis 2008 (vgl. Rz 520 hiervor).

1059. Da dieser Dauerverstoss ab dem Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes am 1. April 2004 sanktioniert werden kann und bis 2008 dauerte, ist für die Sanktionierung von einer Dauer der Abrede von viereinhalb Jahren auszugehen. Entsprechend den vorgenannten Kriterien ist eine Erhöhung des Basisbetrags um 45 % angemessen.

(iii) Erschwerende und mildernde Umstände

I. Kooperatives Verhalten

1060. Kooperatives Verhalten der Verfahrensparteien ist als in der SVKG unbenannter Milderungsgrund grundsätzlich anerkannt. Allerdings führt nicht jede Mitwirkung im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung zu einer derartigen Milderung, weil die Verfahrensparteien von Gesetzes wegen ohnehin dazu verpflichtet sind, im verwaltungsrechtlichen Verfahren mitzuwirken. Kommt hinzu,

dass das Kartellrecht mit den Regelungen zur Milderung der Sanktion bei der Einreichung einer Selbstanzeige spezielle Vorgaben für die Begünstigung infolge guter Kooperation kennt.

1061. Die Alfred Laurent AG hat den rechtserheblichen Sachverhalt im Wesentlichen anerkannt. Insbesondere hat sie eingeräumt, im Jahr 1999 die fraglichen wettbewerbswidrigen Vereinbarungen getroffen zu haben. Damit ist die Sanktion der Alfred Laurent AG unter dem Gesichtspunkt des kooperativen Verhaltens zu mildern, vorliegend um 15 %.

1062. Die Kooperation der Foffa Conrad AG, Bezzola Denoth AG und Lazzarini AG wird im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen zur Selbstanzeige behandelt (Rz 1066 ff.).

II. Aufgabe der Wettbewerbsbeschränkung (Art. 6 Abs. 1 SVKG)

1063. Gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG wird der Sanktionsbetrag gemindert, wenn das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung spätestens vor der Eröffnung eines Verfahrens nach den Art. 26–30 KG beendet.

1064. Die beteiligten Unternehmen haben die Wettbewerbsabrede vorliegend rund vier Jahre vor Untersuchungseröffnung aufgegeben. Zudem liegt der Wettbewerbsverstoss bereits neun Jahre zurück, was das öffentliche Interesse an der Sanktionierung schmälert. Anders als bei der Zusammenarbeit im Rahmen der Vorversammlungen (vgl. Rz 786) haben die beteiligten Unternehmen nach Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsabrede keine ähnlich gelagerten Verstösse mehr begangen. Ein Zusammenhang ist weder zu den Vorversammlungen noch zu den Wettbewerbsverstössen, die in den Jahren 2008 bis 2012 begangen worden sind, ersichtlich. Aus diesen Gründen erscheint vorliegend eine Sanktionsmilderung in der Höhe von 20 % angemessen.

(iv) Maximalsanktion

1065. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird.

(v) Selbstanzeige

1066. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG (vgl. dazu auch Rz 791 ff. hiervor).

I. Foffa Conrad AG und Bezzola Denoth AG

1067. Die Foffa Conrad AG und Bezzola Denoth AG erstatteten 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. In der Folge reichten sie zahlreiche mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In den Eingaben vom 18. August

2017¹¹⁵⁸, 23. und 27. Mai 2016¹¹⁵⁹ sowie 11. Juli 2017¹¹⁶⁰ zeigten sie auch ihre Beteiligung an den schriftlichen Vereinbarungen mit der Alfred Laurent AG aus dem Jahr 1999 an und lieferten eine Reihe von ergänzenden Informationen. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin.

1068. Mit ihren Angaben trugen die Foffa Conrad AG und Bezzola Denoth AG wesentlich zum Nachweis des Abschlusses, des Zwecks und der Umsetzung der Wettbewerbsabrede bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die Foffa Conrad AG und die Bezzola Denoth AG legten den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte zunächst ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Ihre Abredetätigkeit stellten sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein.

1069. Allerdings stellte die Foffa Conrad-Gruppe mit ihrer Stellungnahme vom 14. Februar 2018, nachdem ihr der Antrag des Sekretariats vorlag, infrage, dass die strittigen Abmachungen bis Ende 2008 in Kraft gewesen seien. Vielmehr könne eine konkludente Beendigung bereits im Jahr 2006 angenommen werden, allenfalls gar im Jahr 2005.¹¹⁶¹

1070. Im Rahmen einer Selbstanzeige muss das Unternehmen Klarheit über den Sachverhalt schaffen. Dies betrifft den gesamten kartellrechtlich relevanten Sachverhalt, der sowohl objektive als subjektive Elemente umfasst. Das bedeutet namentlich, dass das Unternehmen aufdecken muss, welches der verfolgte Zweck der angezeigten Verhaltensweise war, wie das Verhalten durch das Unternehmen umgesetzt wurde sowie – soweit Informationen und Beweismittel dazu vorhanden sind – wie die Umsetzung durch andere beteiligte Unternehmen erfolgt ist. Zu diesem Zweck kann das Unternehmen insbesondere vorbestehende Beweismittel einreichen und Protokollaussagen tätigen.¹¹⁶² Vor diesem Hintergrund bedeutet eine Selbstanzeige immer auch eine Selbstbelastung.¹¹⁶³

1071. Keinen Selbstanzeigengehalt kommt Vorbringen zu, in denen bloss die Möglichkeit erwähnt oder die Vermutung aufgestellt wird, dass sich das Unternehmen an einer Wettbewerbsbeschränkung beteiligt habe.¹¹⁶⁴ Gleiches gilt, wenn das Unternehmen in seinen Vorbringen lediglich nicht ausschliesst, dass es sich an einer Wettbewerbsbeschränkung beteiligt habe oder wenn das Unternehmen die beigebrachten Informationen und Beweismittel selbst wieder entkräftet, etwa indem es eine Verhaltensabstimmung mit anderen Unternehmen bestreitet oder generell (mögliche) negative Auswirkungen auf den Wettbewerb verneint.¹¹⁶⁵

1072. Vorliegend erachtet es die WEKO als erwiesen, dass die Wettbewerbsbeschränkung im Zusammenhang mit den Kooperationsverträgen bis Ende 2008 dauerte. Dabei ist zu beachten, dass C._____ mit seinen Aussagen vom 18. August 2015 im Rahmen der Selbstanzeige der Foffa Conrad-Gruppe selber betonte, dass er die strittigen Verträge bis zu diesem Zeitpunkt als bindend erachtete (vgl. Rz 523 hiervor). Die Dauer einer Wettbewerbsbeschränkung ist eine Tatfrage, die von einer Selbstanzeige gedeckt sein muss. Mit ihren nachträgli-

chen Vorbringen relativierte die Foffa Conrad-Gruppe die ursprünglichen Angaben von C._____ zur Dauer der Kooperationsverträge. Damit liess sie in diesem Punkt die bei einer Selbstanzeige gebotene Klarheit in Bezug auf den angezeigten Sachverhalt missen.

1073. Da sich die Selbstanzeige der Foffa Conrad-Gruppe nicht bzw. nicht hinreichend auf den gesamten relevanten Sachverhalt bezieht, scheidet ein vollumfänglicher Sanktionserlass nach Art. 8 SVKG aus. Ihre Selbstanzeige ist daher nach Massgabe von Art. 12 SVKG zu beurteilen, der die Reduktion der Sanktion zum Gegenstand hat. Die Reduktion beträgt je nach der Wichtigkeit des Beitrags, den eine Selbstanzeigerin zum Verfahrenserfolg liefert, bis zu 50 %. Dabei gilt, dass die Bedeutung eines möglichen Beitrags mit fortschreitendem Verfahren naturgemäss abnimmt. Die Selbstanzeige der Foffa Conrad-Gruppe war zunächst von guter Qualität. Die Relativierung ihrer Selbstanzeige, nachdem ihr der Antrag des Sekretariats vorlag, ist vorliegend bei der Anwendung von Art. 12 SVKG nicht zu berücksichtigen. Diesem Aspekt ist bereits bei der Beurteilung der Voraussetzungen für einen Sanktionserlass nach Art. 8 SVKG Rechnung getragen worden. Daher ist der Foffa Conrad AG und Bezzola Denoth AG die nach Art. 12 SVKG höchstmögliche Reduktion von 50 % zu gewähren (vgl. aber sogleich zur *Bonus Plus-Regelung* Rz 1074).

1074. Zu beachten ist vorliegend jedoch die Bestimmung von Art. 12 Abs. 3 SVKG. Danach beträgt die Sanktionsreduktion bis zu 80 %, wenn ein Unternehmen unaufgefordert Informationen liefert oder Beweismittel vorlegt über weitere Wettbewerbsverstösse gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG (sog. *Bonus Plus-Regelung*). Die Foffa Conrad-Gruppe zeigte der Behörde u.a. an, dass sie ihre Angebote bei Ausschreibungen von Hoch- und Tiefbauleistungen im Münstertal bis ins Jahr 2012 sowie bei einzelnen Bauprojekten im Oberengadin mit anderen Bauunternehmen koordiniert habe. Diese angezeigten Sachverhalte bildeten Gegenstand der Verfahren 22-0467 (Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal)¹¹⁶⁶, 22-0459 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II) und 22-0461 (Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin IV). Es handelt sich hierbei um weitere Wettbewerbsverstösse im Sinne von Art. 12 Abs. 3 SVKG. Vor diesem Hintergrund ist die Sanktionsreduktion der Bezzola Denoth AG und Foffa Conrad AG auf 80 % zu erhöhen.

¹¹⁵⁸ Act. IX.C.50, Zeilen 295 ff.

¹¹⁵⁹ Act. VII.B.8 (22-0458), Zeilen 752 ff.

¹¹⁶⁰ Act. VII.B.30 (22-0458), Antworten auf Fragen 10 ff.

¹¹⁶¹ Act. V.38 (22-0458), Rz 225 ff.

¹¹⁶² Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO Bonusregelung (Selbstanzeige) vom 8.9.2014, Rz 5.

¹¹⁶³ DANIEL ZIMMERLI, Zur Dogmatik des Sanktionssystems und der «Bonusregelung» im Kartellrecht, 2007, 648.

¹¹⁶⁴ So betreffend die Selbstanzeige im Steuerrecht Urteil des VGer ZH vom 22.1.1993, in: StR 49/1994, 586 E. 5.

¹¹⁶⁵ Verfügung der WEKO vom 2. Oktober 2017 betreffend 22-0462: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V, Rz 179 (rechtskräftig und abrufbar unter www.weko.admin.ch); sodann Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO Bonusregelung (Selbstanzeige) vom 8.9.2014, Rz 5.

¹¹⁶⁶ Vgl. hierzu RPW 2017/3, 421 ff., *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.

II. Lazzarini AG

1075. Die Lazzarini AG reichte im vorliegenden Verfahren am 1. November 2012 formell Selbstanzeige ein.¹¹⁶⁷ Ihre Beteiligung am zu beurteilenden Wettbewerbsverstoss zeigte sie zunächst nicht an. Mit Eingabe vom 10. Juli 2017 räumte sie ein, mit den übrigen Aktionärinnen der Rusena-Betun SA ein Konkurrenzverbot vereinbart zu haben, diese im Gebiet von Ardez bis Tschlin in den Bereichen Beton- und Mörtelproduktion und Verkauf solcher Produkte weder direkt noch indirekt zu konkurrieren. An dieses Verbot habe sie sich grundsätzlich gehalten.¹¹⁶⁸ Diesen Äusserungen kommt Selbstanzeigegehalt zu. In Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss ist die Lazzarini AG somit zweite Selbstanzeigerin. Daher kommt für sie lediglich eine Sanktionsreduktion bis zu 50 % in Betracht (Art. 12 SVKG).

1076. Nach Art. 12 Abs. 1 SVKG ist für eine Reduktion der Sanktion erforderlich, dass eine Partei an einem Verfahren unaufgefordert mitwirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat.

1077. Diese Voraussetzungen erfüllt die Lazzarini AG. Mit ihren Angaben trug sie zum Nachweis des Zustandekommens und der Umsetzung der Abrede bei. Zudem stellte sie ihre Abredetätigkeit mit der Untersuchungseröffnung ein.

1078. Gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG richtet sich die Höhe der Reduktion massgeblich nach der Wichtigkeit des Beitrags, den eine Selbstanzeigerin zum Verfahrenserfolg liefert. Dabei gilt, dass die Bedeutung eines möglichen Beitrags mit fortschreitendem Verfahren naturgemäss abnimmt. Vorliegend zeigte die Lazzarini AG ihre Beteiligung am Wettbewerbsverstoss erst zu einem späten Verfahrenszeitpunkt an. Ihrer Kooperation in Bezug auf die zu beurteilende Abrede erscheint eine Sanktionsreduktion von 30 % angemessen.

(vi) Verhältnismässigkeit

1079. Die vorliegend festgesetzten Sanktionsbeträge sind für die betroffenen Unternehmen tragbar. Sie stehen mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip im Einklang.

(vii) Ergebnis

1080. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

	Alfred Laurent AG	Foffa Conrad AG / Bezzola Denoth AG	Lazzarini AG
Basisbetrag	[...] (pauschal)	50'000 (pauschal)	20'000 (pauschal)
Dauerzuschlag	[...] (45 %)	22'500 (45 %)	9'000 (45 %)
Summe	[...]	72'500	29'000
Reduktion für gute Kooperation	-[...] (15 %)	–	–
Reduktion gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG	-[...] (20 %)	-14'500 (20 %)	-5'800 (20 %)
Summe	[...]	58'000	23'200
100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG	–	–	–
Bonus gemäss Art. 12 SVKG	–	-46'400 (80 %)	-6'960 (30 %)
Sanktion	[...]	11'600	16'240

Tabelle 46: Sanktionsübersicht betreffend Zusammenarbeit zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG, der Lazzarini AG und der Alfred Laurent AG

¹¹⁶⁷ Act. IX.B.1.

¹¹⁶⁸ Act. VII.A.14, Antworten auf Frage 7.

C.5.2.5 Gesamtsanktion pro Unternehmen

1081. Zusammengefasst ergeben sich folgende Sanktionen pro Unternehmen:

C.5.2.5.1 Alfred Laurent AG

Wettbewerbsverstoss	Sanktion
Zusammenarbeit zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG, der Lazzarini AG und der Alfred Laurent AG (1999–2008)	[...]
Total	[45'000-55'000]

Tabelle 47: Sanktionsübersicht betreffend Alfred Laurent AG

C.5.2.5.2 Foffa Conrad-Gruppe (Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG, Zebias Bau AG Samnaun)

Wettbewerbsverstoss	Sanktion
Vorversammlungen (1997–2008)	0
Zusammenarbeit Lazzarini AG, Foffa Conrad AG und Bezzola Denoth AG (2008–2012)	[...]
„[...]“, Zernez (2009)	0
„[...]“, Zernez (2009)	0
„[...]“, Zernez (2009)	[...]
„[...]“, Scuol (2010)	0
„[...]“, Zernez (2010)	0
„[...]“ (2010)	0
„[...]“, Scuol (2011)	0
„[...]“, Tschlin (2011)	0
„[...]“, Scuol (2011)	0
„[...]“, Zernez (2012)	[...]
Zusammenarbeit zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG, der Lazzarini AG und der Alfred Laurent AG (1999–2008)	11'600
Total	[4,7-5,5 Mio.]

Tabelle 48: Sanktionsübersicht betreffend Foffa Conrad-Gruppe

C.5.2.5.3 Koch AG Ramosch

Wettbewerbsverstoss	Sanktion
Vorversammlungen (1997–2008)	[...]
„[...]“, Tschlin (2011)	[...]
„Waldweg Kurhaus, Val Sinestra“ (2011)	15'000
Total	[220'000-260'000]

Tabelle 49: Sanktionsübersicht betreffend Koch AG Ramosch**C.5.2.5.4 Lazzarini AG**

Wettbewerbsverstoss¹¹⁶⁹	Sanktion
Vorversammlungen (1997–2008), eigene Beteiligung	[...]
Vorversammlungen, Beteiligung von r._____/Fabio Bau GmbH (1997–2008)	[...]
Zusammenarbeit Lazzarini AG, Foffa Conrad AG und Bezzola Denoth AG (2008–2012)	[...]
„[...]“, Scuol (2010), Beteiligung der Fabio Bau GmbH	[...]
„[...]“, Scuol (2011), Beteiligung der Fabio Bau GmbH	[...]
„[...]“, Scuol (2011), Beteiligung der Fabio Bau GmbH	[...]
„Waldweg Kurhaus, Val Sinestra“ (2011), Beteiligung der Fabio Bau GmbH	7'500
Zusammenarbeit zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG, der Lazzarini AG und der Alfred Laurent AG (1999–2008)	16'240
Total	[2-2,5 Mio.]

Tabelle 50: Sanktionsübersicht betreffend Lazzarini AG**C.5.2.5.5 René Hohenegger Sarl**

Wettbewerbsverstoss	Sanktion
Vorversammlungen (1997–2008)	[...]
„[...]“, Zernez (2009)	[...]
„[...]“, Zernez (2009)	[...]
„[...]“, Zernez (2009)	0
„[...]“, Zernez (2010)	[...]
„[...]“, Zernez (2012)	0
Total	[55'000-65'000]

Tabelle 51: Sanktionsübersicht betreffend René Hohenegger Sarl

¹¹⁶⁹ Die Sanktionsbeträge der Fabio Bau GmbH sind der Lazzarini AG zuzurechnen; vgl. Rz 755.

1082. Aus der Sanktionsübersicht hiervor geht hervor, dass die Lazzarini AG mit dem Betrag von CHF [...] zu büssen ist. Allerdings ist bei ihr zu berücksichtigen, dass die WEKO die Lazzarini AG im Verfahren 22-0465: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin VIII mit Verfügung vom 2. Oktober 2017 mit dem Betrag von CHF [...] sanktioniert hatte. Gegenstand dieses Verfahrens bildete eine Wettbewerbsabrede im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“ im Jahr 2011 in Scuol. Das unzulässige Verhalten der Lazzarini AG bezog sich auf eine Koordination der Angebotspreise mit der Bezzola Denoth AG bei diesem Bauprojekt. Im vorliegenden Verfahren ist eine Gesamtabrede zwischen der Foffa Conrad-Gruppe (einschliesslich der Bezzola Denoth AG) und der Lazzarini AG in den Jahren 2008 bis 2012 betreffend den Raum Unterengadin festgestellt worden. Vor diesem Hintergrund ist der bereits beurteilte Verstoss der Lazzarini AG im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“ allenfalls als Umsetzungsabrede dieser Gesamtabrede zu werten. Allerdings hat die WEKO in ihrem Entscheid Engadin VIII nicht abschliessend geprüft, ob die unzulässige Wettbewerbsabrede über das Bauprojekt „[...]“ zwischen der Bezzola Denoth AG, der Lazzarini AG und der [...] geschlossen wurde oder lediglich einerseits zwischen der Bezzola Denoth AG und der Lazzarini AG und andererseits zwischen der Bezzola Denoth AG und der [...]. Um vorliegend eine doppelte Sanktionierung für den gleichen Verstoss zu verhindern (*ne bis in idem*), wird von der vorliegenden Gesamtsanktion von CHF [...] die Busse von CHF [...] im Verfahren 22-0465: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin VIII abgezogen. Die Lazzarini AG hat daher eine Sanktion von CHF [...] zu tragen.

1083. Zu erwähnen ist, dass auch die Bezzola Denoth AG im Verfahren 22-0465: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin VIII von der WEKO gebüsst worden ist. Anders als bei der Lazzarini AG bezog sich ihr unzulässiges Verhalten aber nicht nur auf eine Koordination der Angebotspreise mit der Lazzarini AG, sondern auch mit der [...]. Insofern handelte es sich beim unzulässigen Verhalten der Bezzola Denoth AG im Zusammenhang mit dem Bauprojekt „[...]“ in Scuol (2011) nicht (bloss) um eine Umsetzungsabrede der Gesamtabrede mit der Lazzarini AG, sondern um einen weiteren Verstoss gegen das Kartellgesetz. Die Sanktion, die der Bezzola Denoth AG im Verfahren 22-0465: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin VIII auferlegt worden ist, ist daher im vorliegenden Verfahren nicht in Abzug zu bringen.

1084. Dies steht – entgegen den Vorbringen der Foffa Conrad-Gruppe¹¹⁷⁰ – im Einklang mit dem Grundsatz *ne bis in idem*. Danach darf niemand wegen einer Straftat, wegen der er bereits nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut verfolgt oder bestraft werden.¹¹⁷¹ Zu unterscheiden ist zwischen dem Anlass für die Sanktion (Tat) und der Strafbemessungsgrundlage. Der Grundsatz *ne bis in idem* verbietet es, dass ein Unternehmen zwei Mal für die gleiche Tat bestraft wird. Dem Doppelbestrafungsverbot steht nicht entgegen, dass bei der Sanktionsberechnung für verschiedene Verstösse die gleichen oder sich überschneidenden Bemessungsgrundlagen herangezogen werden. Im Kar-

tellrecht bestimmt sich der Basisbetrag für die Sanktion nach dem Umsatz auf dem relevanten Markt (vgl. Art. 3 SVKG). Verstösst ein Unternehmen mehrfach im gleichen relevanten Markt gegen das Kartellgesetz, bildet der entsprechende Umsatz daher allenfalls mehrfach die Berechnungsgrundlage für den Basisbetrag. Ein anderes Ergebnis würde dazu führen, dass ein Unternehmen nur für einen einzigen Verstoss auf dem relevanten Markt sanktioniert werden könnte, seine weiteren Verstösse aber ohne Folgen blieben. Beizufügen ist, dass die Höhe der Gesamtsanktion bei Tatmehrheit mit dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz vereinbar sein muss (vgl. dazu Rz 1085 ff.).

C.5.2.6 Tragbarkeit der Gesamtsanktionen

C.5.2.6.1 Grundlagen

1085. Das Kartellgesetz bezweckt gemäss Art. 1 KG volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern. Hierbei ist die Förderung des Wettbewerbs ein zentrales Anliegen, welches dadurch erreicht werden soll, dass Unternehmen untereinander in Wettbewerb treten. Daher ist es nicht Ziel der Wettbewerbsbehörden, an sich gesunde Wettbewerber durch überhöhte Sanktionen aus dem Markt zu drängen und damit den Wettbewerb in der Schweiz einzuschränken.

1086. Eine Sanktion muss daher als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen dahingehend finanziell tragbar sein, dass diese nicht aus dem Markt ausscheiden. Dieses Kriterium wird regelmässig schwer zu beurteilen sowie in Relation zur Risikobereitschaft und Anlagestrategie der Unternehmung und ihrer Anteilseigner zu setzen sein, weshalb es nur bei drohenden Marktaustritten Berücksichtigung finden kann. Die Höhe der Busse ist dahingehend zu begrenzen, dass die Sanktion weder die Wettbewerbs- noch die Existenzfähigkeit des betroffenen Unternehmens unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände bedroht. Der Sanktionsbetrag muss zur finanziellen Leistungsfähigkeit des Unternehmens in einem angemessenen Verhältnis stehen. Zu beachten ist auch der Wille der Anteilseigner, das Unternehmen weiterzuführen. Gleichzeitig ist im Interesse der Präventivwirkung und Durchsetzbarkeit des Kartellgesetzes grundsätzlich im Minimum die infolge des Verstosses unzulässigerweise erzielte Kartellrente abzuschöpfen.¹¹⁷²

1087. Gemäss Art. 43 Abs. 1 SchKG¹¹⁷³ ist die Konkursbetreibung für Gebühren und Bussen in jedem Fall ausgeschlossen. Es kann daher eine entsprechende Betreuung durch die WEKO alleine in keinem Fall ursächlich

¹¹⁷⁰ Dazu Act. V.38 (22-0458), Rz 313.

¹¹⁷¹ Vgl. Art. 4 des Protokolles Nr. 7 zur EMRK; BGE 143 IV 104 E. 4.2; Urteil des BGer 6B_20/2014 vom 14.11.2014, E. 3.2.

¹¹⁷² Vgl. ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*. Siehe des Weiteren auch RPW 2010/4, 765 Rz 432, *Baubeschläge* (Entscheid noch nicht rechtskräftig); RPW 2013/2, 142 Rz 332, *Abrede im Speditionsbereich*.

¹¹⁷³ Bundesgesetz vom 11.4.1989 über die Schuldbetreibung und den Konkurs; SR 281.1.

für die Zahlungsunfähigkeit eines Unternehmens sein. Dennoch ist die Konkursbetreibung durch einen Dritten nicht auszuschliessen, wenn durch eine Busse und/oder Gebühren die finanzielle Lage eines Unternehmens derart geschwächt wird, dass dieses einen Zahlungsausfall erleidet. Insolvenzgründe bilden Anlass zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, als solche kommen die Zahlungsunfähigkeit (also fehlende Liquidität) und die Überschuldung in Frage. Daher zielt die Analyse der Finanzlage eines Unternehmens darauf ab, ob durch eine Belastung durch die WEKO eine akute Zahlungsunfähigkeit oder eine Überschuldung eintritt, welche durch das Unternehmen selbst oder den Anteilseignern getragen werden kann, oder ob aufgrund der Belastung durch die WEKO eine Fortführung des Unternehmens nicht wahrscheinlich ist.

1088. Vorliegend brachten [...] und [...] vor, dass die vom Sekretariat beantragten Sanktionen für ihre Unternehmen nicht tragbar seien. Ob und ggf. in welchem Umfang dies zutrifft, ist im Folgenden zu prüfen.

1089. Bei den übrigen Parteien bestehen keine Anzeichen, dass die auszusprechenden Gesamtsanktionen nicht tragbar wären. Dies wurde von ihnen auch nicht geltend gemacht.

C.5.2.6.2 [...]

1090. [...].

1091. [...] ¹¹⁷⁴, [...] ¹¹⁷⁵, [...] ¹¹⁷⁶ [...] ¹¹⁷⁷ [...].

1092. [...].

1093. [...] ¹¹⁷⁸ [...] ¹¹⁷⁹ [...] ¹¹⁸⁰ [...] ¹¹⁸¹, [...].

1094. [...] ¹¹⁸² [...] ¹¹⁸³ [...] ¹¹⁸⁴ [...].

1095. [...] ¹¹⁸⁵ [...].

C.5.2.6.3 [...]

1096. [...] ¹¹⁸⁶ [...] ¹¹⁸⁷, [...] ¹¹⁸⁸ [...] ¹¹⁸⁹ [...].

1097. [...] ¹¹⁹⁰ [...] ¹¹⁹¹ [...].

C.5.3 Beschlagnahmte Dokumente und gespiegelte elektronische Daten

1098. Anlässlich der Hausdurchsuchungen wurden bei den durchsuchten Gesellschaften diverse Papierdokumente beschlagnahmt sowie elektronische Daten kopiert und gespiegelt.¹¹⁹² Die für die Untersuchung relevanten Papierdokumente wurden in Kopie, die elektronischen Daten in Form von elektronischen Berichten resp. Papierausdrucken in die amtlichen Akten übernommen. Mit Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung gegenüber allen Parteien kann ausgeschlossen werden, dass noch auf die Original-Papierdokumente bzw. die kopierten resp. gespiegelten elektronischen Daten zurückgegriffen werden muss. Dementsprechend sind nach Eintritt der Rechtskraft gegenüber allen Parteien die Original-Papierdokumente der jeweils berechtigten Partei zurückzugeben resp. die gespiegelten oder kopierten elektronischen Daten zu löschen.

D Kosten

D.1 Gebührenpflicht

1099. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG¹¹⁹³ ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

1100. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise unzulässigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde¹¹⁹⁴. Vorliegend ist daher grundsätzlich eine Gebührenpflicht der Untersuchungsadressaten zu bejahen. Dieser Grundsatz ist wie folgt zu präzisieren:

- Gebührenpflichtig sind zunächst diejenigen Untersuchungsadressaten, die sich an einem oder mehreren der festgestellten Kartellrechtsverstöße beteiligt haben (vgl. die Übersicht der Wettbewerbsverstöße unter Rz 722 hier vor). Nicht relevant ist, ob sie hierfür mit einer Sanktion belegt werden oder nicht. So sind namentlich bei der Impraia da fabrica Margadant die Voraussetzungen für eine Sanktionierung nicht gegeben, da sie sich nur bis 2006 an der Gesamtabrede im Kontext der Vorversammlungen beteiligte (vgl. Rz 742 hier vor). Durch ihr Verhalten hat sie das vorliegende Verfahren dennoch im Sinne der GebV-KG verursacht. Damit ist sie gebührenpflichtig.
- Gebührenpflichtig ist auch die konkursite Impraia Mario GmbH. Dabei ist Folgendes zu beachten: Weder aus der bisherigen WEKO-Praxis noch aus

¹¹⁷⁴ Act. [...] (22-0458).

¹¹⁷⁵ Act. [...] (22-0458).

¹¹⁷⁶ Act. [...] (22-0458).

¹¹⁷⁷ Act. [...] (22-0458).

¹¹⁷⁸ <http://www.[...]> (26.3.2018).

¹¹⁷⁹ <http://www.[...]> (26.3.2018).

¹¹⁸⁰ <http://www.[...]> (26.3.2018).

¹¹⁸¹ Act. [...] (22-0458), Seite 1.

¹¹⁸² [...] (22-0458), Beilage 2.

¹¹⁸³ [...] (22-0458), Beilage 2.

¹¹⁸⁴ Act. [...] (22-0458), Beilage 4.

¹¹⁸⁵ Act. [...] (22-0458), Beilage 5.

¹¹⁸⁶ Act. [...] (22-0458).

¹¹⁸⁷ Act. [...] (22-0458).

¹¹⁸⁸ Act. [...] (22-0458).

¹¹⁸⁹ Act. [...] (22-0458).

¹¹⁹⁰ Act. [...] (22-0458), Seite 1.

¹¹⁹¹ Vgl. den Entscheid der WEKO vom 2. Oktober 2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (26.03.2018).

¹¹⁹² Vgl. Rz 24.

¹¹⁹³ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

¹¹⁹⁴ BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 (= RPW 2002/3, 546 f.), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario.

den einschlägigen gebührenrechtlichen Bestimmungen von Art. 53a KG, der GebV-KG und der AllgGebV ergibt sich, dass im Zeitpunkt der Entscheidung über die Gebührenpflicht das „Unternehmen“ i.S.d. Kartellgesetzes noch bestehen muss. Für die Gebührenpflicht kann es daher einzig Voraussetzung sein, dass die unternehmenstragende (ggf. konkursite) Gesellschaft noch besteht und deren Unternehmung (in der Zeit ihres Bestehens) am Kartell beteiligt war. Dies entspricht der formalen Sichtweise des verwaltungsrechtlichen Gebührenrechts, wonach auch konkursiten Gesellschaften Verwaltungsgebühren auferlegt werden können.¹¹⁹⁵ Auf die Gebührenauflegung ist auch nicht gemäss Art. 1a GebV-KG i. V. m. Art. 3 Abs. 2 Bst. a und Art. 13 AllgGebV zu verzichten. Die WEKO verzichtete danach nur dann auf eine Gebührenauflegung, wenn die Gebühreuzahlungspflicht die Existenz- oder Wettbewerbsfähigkeit eines Unternehmens beeinträchtigen könnte. Eine solche Konstellation liegt im Fall der konkursiten Gesellschaft jedoch nicht vor.

- Aus analogen Gründen ist auch bei der Fabio Bau GmbH eine Gebührenpflicht zu bejahen. Das von ihr getragene Unternehmen wurde zwar per 1. Januar 2013 in die Lazzarini AG integriert (vgl. Rz 10). Sie besteht aber als Gesellschaft fort und unterliegt daher der Gebührenpflicht. Für die von ihr begangenen Verstösse haftet indes die Lazzarini AG solidarisch, zumal sie das von der Fabio Bau GmbH getragene Unternehmen – wirtschaftlich betrachtet – übernommen hat.
- Der GBV war in die Gesamtabrede im Kontext der Vorversammlungen involviert. Seine Rolle bestand in der Organisation der entsprechenden Sitzungen. Zudem mandatierte und bezahlte er den Berechnungsleiter. Dadurch schuf er – im Einverständnis mit den beteiligten Bauunternehmen – die Grundlagen, welche die Projektaufteilungen und Angebotskoordinierungen ermöglichten. Im Einklang mit der Praxis der Wettbewerbsbehörden ist anzunehmen, dass ein solches Zusammenwirken zwischen Verband und Bauunternehmen, welches das Treffen von Submissionsabreden ermöglicht, als unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist (vgl. Rz 585 hiervor).¹¹⁹⁶ Unter diesem Gesichtspunkt ist der GBV ebenfalls als Verursacher des vorliegenden Verfahrens im Sinne der GebV KG zu betrachten. Damit ist auch er gebührenpflichtig.¹¹⁹⁷ Zurückzuweisen ist die Einrede der Verjährung (recte: Einwendung der Verwirkung) nach Art. 49a Bst. b KG, die der GBV mit Stellungnahme vom 19. Januar 2018 gegen die Auferlegung der Verfahrenskosten erhoben hat.¹¹⁹⁸ Zum einen bezieht sich die fünfjährige Frist nach Art. 49a Bst. b KG nur auf die Sanktionierung und nicht auf die Verfahrenskosten. Zum anderen wäre diese Frist vorliegend ohnehin gewahrt. Die Wettbewerbsbehörden eröffneten die vorliegende Untersuchung im Oktober 2012, während der Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit den Vorversammlungen

bis Mai 2008 dauerte. Die Zeitspanne zwischen der Beendigung der Wettbewerbsbeschränkung und der Untersuchungseröffnung beträgt weniger als fünf Jahre.

1101. Demgegenüber entfällt die Gebührenpflicht für Unternehmen, die ein Verfahren verursacht haben, sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte jedoch nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird¹¹⁹⁹. Keine Verfahrenskosten sind daher der Rusena-Beton SA, der Sosa gera SA und der Uina SA aufzuerlegen.

D.2 Höhe der Verfahrenskosten

1102. 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 440'000 dem vorliegenden Verfahren zugerechnet. Insbesondere führte die Behörde vor der Verfahrenstrennung in Bezug auf die vorliegend zu beurteilenden Wettbewerbsverstösse Hausdurchsuchungen, diverse Einvernahmen und mündliche Ergänzungen der Selbstanzeigen, Amtshilfebegehren und Auskunftsbegehren durch.

1103. Zusätzlich entfallen auf das vorliegende Verfahren Gebühren, die auf der Grundlage der nach der Verfahrenstrennung aufgewendeten Stunden zu berechnen sind. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt dabei 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).

1104. Nach der Verfahrenstrennung ergeben sich folgende zusätzliche Gebühren:

- 156 Stunden zu CHF 130, ergebend CHF 20'280.
- 1'216 Stunden zu CHF 200, ergebend CHF 243'200.
- 92 Stunden zu CHF 290, ergebend CHF 26'680.

1105. Die Verfahrenskosten nach Verfahrenstrennung belaufen sich demnach auf CHF 290'000. Insgesamt betragen die Verfahrenskosten damit CHF 730'000.

¹¹⁹⁵ Vgl. etwa FRANCO LORANDI, Masseverbindlichkeiten und ihre Entstehung, AJP 2017, 464, 469.

¹¹⁹⁶ RPW 2014/2, 376 Rz 36 ff., *Meldesystem Baumeisterverbände*; ferner auch RPW 2003/4, 727 Rz 6, *Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbandes*.

¹¹⁹⁷ Vgl. auch RPW 2015/2, 143 ff., *Kostenverfügung: Meldesystem Baumeisterverbände*.

¹¹⁹⁸ Act. V.31 (22-0458), Rz 7.

¹¹⁹⁹ BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 e contrario (= RPW 2002/3, 546 f.), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 806 f. E. 16.1.3, *Gaba/WEKO*.

D.3 Verlegung

1106. Von den Verfahrenskosten sind zunächst diejenigen Gebühren zulasten der Staatskasse auszuscheiden, die Aufwendungen im Zusammenhang mit Parteien betreffen, gegen die das Verfahren ohne Folgen einzustellen ist. Dies sind die Rusena-Betun SA, die Sosa gera SA und die Uina SA. Zu beachten ist zudem, dass die Kammer für Teilverfügungen der WEKO das Verfahren gegen die [...] und c._____ bereits mit Verfügung vom 10. Juli 2017 eingestellt hat. Die diese Unternehmen betreffenden Aufwendungen sind ebenfalls zulasten der Staatskasse auszuscheiden. Auszuscheiden sind zudem Kosten, die durch die Abklärung von Vorwürfen entstanden sind, die sich nicht erhärtet haben, etwa im Zusammenhang mit einzelnen Bauprojekten. Die gesamthaft zulasten der Staatskasse auszuscheidenden Kosten betragen CHF 200'000.

1107. Damit belaufen sich die von den unter Rz 1099 ff. genannten Unternehmen zu tragenden Kosten auf CHF 530'000.

1108. Ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung von Kartellen Gegenstand eines Verfahrens, so gelten grundsätzlich alle daran Beteiligten gemeinsam und in gleichem Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens. Dem entsprechend gestaltet sich die bisherige Praxis der Wettbe-

werbsbehörden, 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.¹²⁰⁰ Da die Verteilung der Verfahrenskosten nicht davon abhängen soll, ob eine Gesellschaft, die sich an einem Kartell beteiligt hat, in eine Konzernstruktur eingebunden ist oder nicht, ist in vorliegender Untersuchung bei der Verlegung das Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG als „ein Kopf“ zu zählen, unabhängig davon, aus wie vielen juristischen Personen dieses Unternehmen besteht.

1109. Vorliegend ist jedoch zu beachten, dass die Untersuchungsadressaten – in unterschiedlicher Zusammensetzung – eine Vielzahl von Wettbewerbsverstössen begangen haben, die teils verschieden gelagert und zu qualifizieren sind. Zudem hatten die untersuchten Wettbewerbsverstösse unterschiedliche Aufwendungen zur Folge. Vor diesem Hintergrund ist es angezeigt, bei der Verlegung der Verfahrenskosten – soweit angezeigt – zwischen den unterschiedlichen Beteiligungen der Parteien an den begangenen Wettbewerbsverstössen zu differenzieren. Aufgeschlüsselt nach den verschiedenen Kartellrechtsverstössen sind den Parteien im Einzelnen folgende Verfahrenskosten aufzuerlegen:

Wettbewerbsverstoss	Anteil	Anteil pro beteiligte Unternehmung	
Vorversammlungen, (1997–2008)	CHF 228'000	Fabio Bau GmbH	CHF 36'000
		Foffa Conrad-Gruppe	CHF 36'000
		GBV	CHF 36'000
		Impraisa da fabrica Margadant	CHF 12'000
		Impraisa Mario GmbH	CHF 36'000
		Koch AG Ramosch	CHF 24'000
		Lazzarini AG	CHF 36'000
		René Hohenegger Sarl	CHF 12'000
Zusammenarbeit Lazzarini AG, Foffa Conrad AG und Bezzola Denoth AG, (2008–2012)	CHF 140'000	Foffa Conrad-Gruppe	CHF 70'000
		Lazzarini AG	CHF 70'000
„[...]“, (2009)	CHF 11'000	Foffa Conrad AG	CHF 5'500
		René Hohenegger Sarl	CHF 5'500
„[...]“, Zernez, (2009)	CHF 11'000	Foffa Conrad AG	CHF 5'500
		René Hohenegger Sarl	CHF 5'500

¹²⁰⁰ RPW 2009/3, 221 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

Wettbewerbsverstoss	Anteil	Anteil pro beteiligte Unternehmung	
„[...]“, Zernez, (2009)	CHF 11'000	Foffa Conrad AG	CHF 5'500
		René Hohenegger Sarl	CHF 5'500
„[...]“, Scuol, (2010)	CHF 11'000	Bezzola Denoth AG	CHF 5'500
		Fabio Bau GmbH	CHF 5'500
„[...]“, (2010)	CHF 11'000	Foffa Conrad AG	CHF 5'500
		René Hohenegger Sarl	CHF 5'500
„[...]“, (2010)	CHF 11'000	Bezzola Denoth AG	CHF 5'500
		Impraisa Mario GmbH	CHF 5'500
„[...]“, (2011)	CHF 11'000	Bezzola Denoth AG	CHF 5'500
		Fabio Bau GmbH	CHF 5'500
„[...]“, Tschlin, (2011)	CHF 11'000	Bezzola Denoth AG	CHF 5'500
		Koch AG Ramosch	CHF 5'500
„[...]“, Scuol, (2011)	CHF 11'000	Bezzola Denoth AG	CHF 5'500
		Fabio Bau GmbH	CHF 5'500
„Waldweg Kurhaus, Val Sinenestra“, (2011)	CHF 11'000	Fabio Bau GmbH	CHF 5'500
		Koch AG Ramosch	CHF 5'500
„[...]“, Zernez, (2012)	CHF 11'000	Foffa Conrad AG	CHF 5'500
		René Hohenegger Sarl	CHF 5'500
Zusammenarbeit zwischen der Foffa Conrad AG, der Bezzola Denoth AG, der Lazzarini AG und der Alfred Laurent AG, (1999–2008)	CHF 41'000	Alfred Laurent AG	CHF 15'000
		Foffa Conrad-Gruppe	CHF 15'000
		Lazzarini AG	CHF 11'000
Total	CHF 530'000		CHF 530'000

Tabelle 52: Übersicht der Verlegung der Verfahrenskosten

1110. Zu beachten ist, dass das von der Fabio Bau GmbH getragene Unternehmen per 1. Januar 2013 in die Lazzarini AG integriert worden ist. Zwischen ihnen ist daher eine wirtschaftliche Kontinuität gegeben. Dies führt dazu, dass die von der Fabio Bau GmbH begangenen Wettbewerbsverstösse der Lazzarini AG zuzurechnen sind (Rz 755 hiavor). Wie gezeigt worden ist, sind

der Fabio Bau GmbH zwar trotz Einstellung der Geschäftstätigkeit Verfahrenskosten aufzuerlegen. Allerdings haftet die Lazzarini AG hierfür solidarisch (Rz 1100 hiavor).

1111. In der nachfolgenden Übersicht werden die auf die gebührenpflichtigen Unternehmen fallenden Verfahrenskosten zusammengefasst:

Unternehmen	Gebühr
Alfred Laurent AG	CHF 15'000
Foffa Conrad-Gruppe	CHF 176'000
GBV	CHF 36'000
Impraisa da fabrica Margadant	CHF 12'000
Impraisa Mario GmbH	CHF 41'500
Koch AG Ramosch	CHF 35'000
Lazzarini AG / Fabio Bau GmbH	CHF 175'000, davon CHF 58'000 solidarisch mit der Fabio Bau GmbH
René Hohenegger Sarl	CHF 35'000
Total	CHF 530'000

Tabelle 53: Übersicht der Verfahrenskosten pro gebührenpflichtigem Unternehmen

1112. [...].

1113. Der GBV brachte in seiner Stellungnahme vom 19. Januar 2018 vor, dass er sich im Verfahren kooperativ gezeigt und dadurch einen geringen Untersuchungsaufwand verursacht habe. Selbst wenn wider Erwarten allein das Organisieren von Vorversammlungen als Mitverschulden beurteilt würde, sei dieses nicht gleich zu gewichten wie eine Beteiligung an den Vorversammlungen selbst. Schliesslich gebühre auch das Äquivalenz- und Kostendeckungsprinzip, den GBV mit deutlich tieferen Gebühren zu belasten, habe er doch im Rahmen dieser Untersuchung, gegenüber den unmittelbar betroffenen Beteiligten, nur einen untergeordneten Aufwand verursacht. So sei beim GBV keine aufwändige Hausdurchsuchung durchgeführt worden und deshalb sei auch keine Sichtung und Auswertung der sichergestellten Dokumente und Informationen notwendig gewesen.¹²⁰¹

1114. Diesen Vorbringen des GBV ist nicht zu folgen. Durch die Organisation und Durchführung der Vorversammlungen leistete der GBV einen massgeblichen Tatbeitrag. Dass die Behörde ihre Ermittlungen primär über Hausdurchsuchungen und Einvernahmen der involvierten Unternehmen führte, lag in ihrem Ermessen und ist bei der Anwendung des gebührenrechtlichen Verursacherprinzips nicht von Belang. Ebenso wenig liegt eine Verletzung des Kostendeckungs- oder Äquivalenzprinzips vor. Nach dem Kostendeckungsprinzip soll der Ertrag der Gebühren die gesamten Kosten des betreffenden Verwaltungszweigs nicht oder nur geringfügig übersteigen. Das Äquivalenzprinzip stellt die gebührenrechtliche Ausgestaltung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes dar. Es bestimmt, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen halten muss.¹²⁰² Die vorliegend zu verlegenden Verfahrenskosten sind tatsächlich entstanden und ausgewiesen (vgl. Rz 1102 ff.). Sie sind für ein Verfahren, das die Abklärung und Beurteilung einer Zuwiderhand-

lung dieser Schwere, Dauer und Komplexität zum Gegenstand hat, angemessen. Nach dem Gesagten ist die Höhe der Verfahrenskosten von CHF 36'000, die der GBV zu tragen hat, rechtmässig.

D.4 Parteientschädigungen

1115. Die Impraisa da fabrica Margadant beantragte mit Stellungnahme vom 31. Januar 2018, ihr eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.¹²⁰³

1116. Im erstinstanzlichen Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage für Parteientschädigungen.¹²⁰⁴ Weder das Kartellgesetz oder die dazugehörige Gebührenverordnung noch das VwVG sehen für das erstinstanzliche nichtstreitige Verwaltungsverfahren eine Parteientschädigung vor. Gemäss Rechtsprechung liegt diesbezüglich keine echte Lücke vor.¹²⁰⁵ Damit besteht kein Raum für die analoge Heranziehung von Rechtsnormen.¹²⁰⁶ Auch aus der Bundesverfassung lässt sich kein unmittelbarer Anspruch auf eine Parteientschädigung ableiten.¹²⁰⁷

¹²⁰¹ Act. V.31 (22-0458), Rz 8

¹²⁰² BGE 126 I 180 E. 3a m.w.H.

¹²⁰³ Act. V.32 (22-0458), Rechtsbegehren Nr. 3 sowie Seite 9.

¹²⁰⁴ RPW 2016/2, 755 Rz 266, *Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör*; RPW 2012/2, 423 Rz 1209 f., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2005/2, 258 Rz 35, *Swico/Sens*; RPW 1999/3, 402 Rz 39, *Erdöl-Vereinigung vs. TelekursGruppe*.

¹²⁰⁵ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2000/4, 709 f. E. 3.1 m.w.H., *Telekurs Holding AG et al./Erdölvereinigung*; BGE 132 II 47, 62 f. E. 5.2.

¹²⁰⁶ RPW 2016/2, 755 Rz 266, *Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör*.

¹²⁰⁷ RPW 2016/2, 755 Rz 266, *Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör*; RPW 2005/2, 258 Rz 35, *Swico/Sens*; Entscheid der REKO/WEF, RPW 2000/4, 714 f. E. 3.4 m.w.H., *Telekurs Holding AG et al./Erdölvereinigung*.

1117. Im Übrigen ist festzuhalten, dass das vorliegende Verfahren gegen die *Impraisa da fabrica Margadant* nicht eingestellt wird. Vielmehr hat die WEKO festgestellt, dass sie durch ihre Beteiligung bis 2006 an der Gesamtabrede im Zusammenhang mit Vorversammlungen – entgegen ihren Vorbringen¹²⁰⁸ – einen Verstoß gegen das Kartellgesetz begangen hat (Rz 578 ff., 722 hiervor). Um künftige Verstöße zu verhindern, ordnet die WEKO ihr gegenüber Massnahmen an. Selbst wenn eine rechtliche Grundlage für Parteientschädigungen bestünde, hätte die *Impraisa da fabrica* daher im konkreten Fall keinen Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen. Sie ist nicht obsiegende Verfahrenspartei.

1118. Nach dem Gesagten ist der *Impraisa da fabrica Margadant* keine Parteientschädigung auszurichten. Dies gilt auch für die übrigen Parteien, gegen die das Verfahren eingestellt wird.

E Gesamtergebnis

1119. Zusammenfassend kommt die Behörde gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

1120. Die zwischen den Untersuchungsadressaten *Bezzola Denoth AG*, *Fabio Bau GmbH*, *Foffa Conrad AG*, *Impraisa da fabrica Margadant*, *Impraisa Mario GmbH*, *Koch AG Ramosch*, *Lazzarini AG*, *René Hohenegger Sarl* und *Zebias Bau AG Samnaun* getroffene Vereinbarung über die Zuteilung von Hoch- und Tiefbauprojekten im Rahmen von Vorversammlungen im Unterengadin stellt eine *Wettbewerbsabrede* im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar, welche als von spätestens 1997 bis Mai 2008 bestehende und wirkende Dauerabrede zu qualifizieren ist (vgl. Rz 594). Es handelt sich hierbei um eine Abrede über die Festsetzung von Preisen und über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und Bst. c KG (vgl. Rz 595 f.). Da die Gesamtabrede als Geschäftspartner- und Preisabrede zu qualifizieren ist, greift gemäss Art. 5 Abs. 3 KG die Vermutung, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt ist. Diese Vermutung lässt sich zwar vorliegend widerlegen, nämlich unter dem Gesichtspunkt des Innenwettbewerbs. Allerdings liegt kein Bagatellfall vor. Die Gesamtabrede ist daher als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu werten. Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG sind nicht ersichtlich und wurden auch nicht vorgebracht. Die vorliegende Gesamtabrede stellt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar (vgl. Rz 629 ff.).

1121. Ebenfalls als *Wettbewerbsabrede* im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist die zwischen der *Foffa Conrad AG*, *Bezzola Denoth AG* und *Lazzarini AG* ab 2008 getroffene Vereinbarung, ihre Wettbewerbsverhältnisse betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen im Unterengadin im Einvernehmen zu regeln (vgl. Rz 634 ff.). Sie ist als eine von 2008 bis 2012 bestehende und wirkende Dauer- bzw. Gesamtabrede zu werten, die den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG (vorliegend: Geschäftspartnerabrede) erfüllt. Damit greift gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wiederum die Vermutung, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt ist (vgl. Rz 640 ff.). Diese Vermutung lässt sich zwar vorliegend widerlegen. Allerdings liegt kein Bagatellfall vor. Die Gesamtabrede ist daher

als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu werten. Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG sind nicht ersichtlich und wurden auch nicht vorgebracht. Die Gesamtabrede zwischen der *Foffa Conrad AG*, *Bezzola Denoth AG* und *Lazzarini AG* stellt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar (vgl. Rz 657 ff.).

1122. Weiter kam es in den Jahren 2008 bis 2012 zwischen Untersuchungsadressaten im Zusammenhang mit elf einzelnen Bauprojekten im Unterengadin zu bilateralen Projektzuteilungen bzw. Angebotskoordinierungen (vgl. Rz 665). Die entsprechenden Vereinbarungen stellen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar. Sie sind als horizontale Geschäftspartner- und Preisabreden zu werten. Als solche erfüllen sie den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG. Damit greift gemäss Art. 5 Abs. 3 KG die Vermutung, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt ist (vgl. Rz 667 ff.). In den Fällen „[...]“, „[...]“, „[...]“, „Waldweg Kurhaus, Val Sinestra“, „[...]“, „[...]“ und „[...]“ lag kein hinreichender Aussen- oder Innenwettbewerb auf dem relevanten Markt vor, der wirksamen Wettbewerb hätte gewährleisten können. Die Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit diesen sieben Bauprojekten stellen unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar (vgl. Rz 680 ff.). In den Fällen „[...]“, „[...]“, „[...]“ und „[...]“ lässt sich die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zwar widerlegen. Allerdings handelt es sich nicht um Bagatellfälle. Die betreffenden Abreden sind daher als erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu werten. Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG sind nicht ersichtlich und wurden auch nicht vorgebracht. Die Abreden im Zusammenhang mit den betreffenden vier Bauprojekten sind ebenfalls unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG zu qualifizieren (vgl. Rz 688 ff.).

1123. Schliesslich vereinbarten die *Alfred Laurent AG* auf der einen Seite und die *Foffa Conrad AG*, *Bezzola Denoth AG* und *Lazzarini AG* auf der anderen Seite im Jahr 1999, ihre Wettbewerbsverhältnisse im Einvernehmen zu regeln. Diese Vereinbarung ist als horizontale Gebiets- und Geschäftspartnerabrede zu werten, die bis 2008 galt. Damit greift gemäss Art. 5 Abs. 3 KG die Vermutung, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt ist. Diese Vermutung lässt sich zwar vorliegend widerlegen. Allerdings liegt kein Bagatellfall vor. Die Abrede ist daher als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu werten. Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG, die sie zu rechtfertigen vermögen, liegen nicht vor. Die Abrede stellt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar.

¹²⁰⁸ Act. V.32 (22-0458), Seiten 3 ff.

1124. Die Verfahrensparteien – mit Ausnahme der Fabio Bau GmbH, des GBV, der Impraisa Mario GmbH, der Uina SA, der Rusena-Betun SA und der Sosa gera SA – werden unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) dazu verpflichtet, Verhaltensweisen zu unterlassen, welche ein Projekt- oder Gebietszuteilungssystem und Einzelsubmissionsabreden ermöglichen (vgl. dazu Rz 724 ff.).

1125. Diejenigen Unternehmen, die sich an einer oder mehreren unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt haben, sie sind dafür gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren (vgl. Rz 729 ff.). Unter Würdigung aller Umstände und der zu berücksichtigenden sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren ist eine Belastung mit folgenden Beträgen angemessen (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 2 ff. SVKG, vgl. Rz 1081):

- die Alfred Laurent AG mit einem Betrag von CHF [45'000-55'000];
- die Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG und Zebblas Bau AG Samnaun solidarisch mit einem Betrag von CHF [4,7-5,5 Mio.];
- die Koch AG Ramosch mit einem Betrag von CHF [220'000-260'000];
- die Lazzarini AG mit einem Betrag von CHF [2-2,5 Mio.];
- die René Hohenegger Sarl mit einem Betrag von CHF [0-65'000];

1126. Gegen die konkursite Impraisa Mario GmbH und den GBV ist das Verfahren einzustellen, ebenso gegen die Betreiberinnen von Kies- und Betonwerken (Rusena-Betun SA, Sosa gera SA und Uina SA), denen nicht nachgewiesen werden kann, dass sie an kartellrechtlich relevanten Verhaltensweisen beteiligt gewesen sind.

1127. Die Verfahrenskosten belaufen sich auf CHF 730'000. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind sie wie folgt zu verlegen (vgl. Rz 1106 ff.):

- Die Alfred Laurent AG trägt CHF 15'000.
- Die Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG und Zebblas Bau AG Samnaun tragen solidarisch CHF 176'000.
- Der Graubündnerische Baumeisterverband trägt CHF 36'000.
- Die Impraisa da fabrica Margadant trägt CHF 12'000.
- Die Impraisa Mario GmbH trägt CHF 41'500.
- Die Koch AG Ramosch trägt CHF 35'000.
- Die Lazzarini AG trägt CHF 175'000, davon CHF 58'000 solidarisch mit der Fabio Bau GmbH.
- Die René Hohenegger Sarl trägt CHF [0-35'000].

1128. Die übrigen Verfahrenskosten gehen zulasten der Staatskasse.

F Dispositiv

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

1. Der Alfred Laurent AG, Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG, Impraisa da fabrica Margadant, Koch AG Ramosch, Lazzarini AG, René Hohenegger Sarl und Zebblas Bau AG Samnaun wird untersagt:
 - 1.1. Konkurrenten und Konkurrentinnen im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;
 - 1.2. sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten und Konkurrentinnen vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Kundinnen 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. Wegen Beteiligung an gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabreden (vgl. die Übersicht in Abschnitt C.4.6) mit folgenden Beträgen nach Art. 49a Abs. 1 KG belastet werden:
 - 2.1. die Alfred Laurent AG mit einem Betrag von CHF [45'000-55'000].
 - 2.2. die Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG und Zebblas Bau AG Samnaun solidarisch mit einem Betrag von CHF [4,7-5,5 Mio.].
 - 2.3. die Koch AG Ramosch mit einem Betrag von CHF [220'000-260'000].
 - 2.4. die Lazzarini AG mit einem Betrag von CHF [2-2,5 Mio.].
 - 2.5. die René Hohenegger Sarl mit einem Betrag von CHF [0-65'000].
3. Das Verfahren gegen die Fabio Bau GmbH, den Graubündnerischen Baumeisterverband (GBV), die Impraisa Mario GmbH, die Rusena-Betun SA, die Sosa gera SA und die Uina SA wird eingestellt.
4. Die Verfahrenskosten betragen CHF 730'000 und werden folgendermassen auferlegt:
 - 4.1. Die Alfred Laurent AG trägt CHF 15'000.
 - 4.2. Die Bezzola Denoth AG, Foffa Conrad AG und Zebblas Bau AG Samnaun tragen solidarisch CHF 176'000.

-
- | | |
|--|---|
| <p>4.3. Der Graubündnerische Baumeisterverband trägt CHF 36'000.</p> <p>4.4. Die Impraisa da fabrica Margadant trägt CHF 12'000.</p> <p>4.5. Die Impraisa Mario GmbH trägt CHF 41'500.</p> <p>4.6. Die Koch AG Ramosch trägt CHF 35'000.</p> <p>4.7. Die Lazzarini AG trägt CHF 175'000, davon CHF 58'000 solidarisch mit der Fabio Bau GmbH.</p> <p>4.8. Die René Hohenegger Sarl trägt CHF [0-35'000].</p> <p>4.9. Die übrigen Verfahrenskosten gehen zulasten der Staatskasse.</p> <p>5. Es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet.</p> <p>6. Nach Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung gegenüber allen Untersuchungsadressatinnen werden die beschlagnahmten Original-Papierdokumente der jeweils berechtigten Person zurückgegeben und werden die beim Sekretariat vorhandenen, kopierten resp. gespiegelten elektronischen Daten gelöscht.</p> <p>7. Im Übrigen wird das Verfahren eingestellt.</p> <p>8. Die Verfügung ist zu eröffnen:</p> | <ul style="list-style-type: none"> - Alfred Laurent AG, in Ramosch - Rusena-Betun SA, in Ramosch
beide vertreten durch [...] - Bezzola Denoth AG, in Scuol - Foffa Conrad AG, in Zernez - Zebblas Bau AG Samnaun, in Samnaun
alle vertreten durch [...] - Fabio Bau GmbH, in Sent
vertreten durch [...] - Graubündnerischer Baumeisterverband (GBV),
in Chur
vertreten durch [...] - Impraisa da fabrica Margadant, in Susch
vertreten durch [...] - Impraisa Mario GmbH in Liquidation, c/o Konkursamt Engiadina Bassa/Val Müstair, in Scuol - Koch AG Ramosch, in Ramosch - Uina SA, in Sent
beide vertreten durch [...] - Lazzarini AG, in Samedan
vertreten durch [...] - René Hohenegger Sarl, in Brail - Sosa gera SA, in Zernez <p>[Rechtsmittelbelehrung]</p> |
|--|---|
-

B 2.2

3. Fahrlehrertarife Oberwallis

Verfügung vom 25. Februar 2019 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Fahrlehrertarife Oberwallis wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG gegen

1. **Adolf Schmidhalter (Fahrschule Dodi GmbH), in Ried-Brig**
 2. **Beat Dirren (AAA Fahrschule Beat Dirren GmbH), in Raron**
 3. **Burim Krasniqi (Fahrschule Krasniqi), in Naters**
 4. **Christoph Amacker, in Eischoll**
 5. **Christoph Hagen (Fahrschule Hagen Christoph), in Zermatt**
 6. **Edy Walther, in Leuk**
 7. **Egon Zimmermann (Fahrschule Zimmermann GmbH in Liquidation), in Buchs**
 8. **Herbert Eyer, in Naters**
 9. **Hubert Summermatter (Let's roll Fahrschule GmbH), in Herbrigen**
 10. **Jörg Zenklusen (Zenklusen Jörg GmbH), in Naters**
 11. **Louis Furrer (Fahrschule Furrer), in Visp**
 12. **Marcel Jerjen (Jerjen Marcel, Auto- und Motorradfahrschule), in Baltschieder**
 13. **Marco Zurwerra (Let's roll Fahrschule GmbH), in Naters**
 14. **Mario Summermatter (Anfahren Summermatter + Bortis GmbH), in Naters**
 15. **Matthias Murmann (Fahrschule Murmann), in Ried-Brig**
 16. **Otto Kalbermatter (Kalbermatter Otto, Fahrschule Nikolai), in St. Niklaus**
 17. **Patrick Bortis (Anfahren Summermatter + Bortis GmbH), in Fiesch**
 18. **Patrick Bregy (Patrick Bregy Fahrschule Steg), in Steg-Hohtenn**
 19. **Philipp Hutter (Hutter Philipp, Phippi's Fahrschule), in Visp**
 20. **Steven Theler, in Raron**
 21. **Tobias Brigger (Fahrschule Zenklusen GmbH), in Naters**
 22. **Willy Bregy (Fahrschule Bregy Willy), in Raron**
- alle vertreten durch [...]
- sowie
- Fahrlehrerverband Oberwallis FVO, in Visp

A Verfahren**A.1 Gegenstand der Untersuchung**

1. Der Fahrlehrerverband Oberwallis (nachfolgend: FVO) hat seinen Mitgliedern (mindestens) seit 2004¹ bis zum Ende des Jahres 2016, im Hinblick auf die Preise für das darauffolgende Jahr, in regelmässigen Abständen sogenannte Preisempfehlungen zum theoretischen und zum praktischen Fahrunterricht herausgegeben. Der Verband liess den Mitgliedern zudem eine Preiskarte zur Verwendung in der Fahrschule zukommen. Zudem hat sich die Fahrlehrerschaft des FVO anlässlich von sog. Höcks auf die Höhe des Preisniveaus verständigt. Im Zentrum dieser Preisempfehlung standen der Fahrunterricht für die Kategorie B² sowie der Verkehrskundeunterricht. Die Preisempfehlung und die darin enthaltenen Preise für den theoretischen und praktischen Fahrunterricht wurden vor dem Versand an die Mitglieder im Vorstand des FVO diskutiert und besprochen.

2. Der FVO ist ein Verein im Sinne von Art. 60 Zivilgesetzbuch (ZGB, SR 210) mit Sitz in Visp, welcher die Interessen der Auto- Lastwagen- und Motorradfahrlehrer vertritt. Der Verband hatte Ende 2017 22 Aktivmitglieder, welche als Fahrlehrer im Oberwallis tätig sind. Im Kanton Wallis sind 118 Fahrlehrerinnen und Fahrlehrer registriert³, wovon 86 im Unterwallis und 32 im Oberwallis tätig sind.⁴ Die vorliegende Untersuchung betrifft lediglich die Aktivmitglieder des FVO, da die Passivmitglieder gemäss Art. 6 der Statuten des FVO nicht mehr als einen Fahrschüler pro Jahr ausbilden dürfen.

A.2 Verfahrensgeschichte

3. Im Mai 2017 erhielt die Preisüberwachung eine Bürgeranfrage, welche auf die vergleichsweise hohen Preise der Fahrstunden und des Verkehrskundeunterrichts (nachfolgend: VKU) im Oberwallis hinwies und als Ursache hierfür eine Preisabsprache vermutete. Daraufhin kontaktierte die Preisüberwachung den FVO und erkundigte sich, ob eine Preisabrede zu den Fahrlehrertarifen existiere. Der FVO beantwortete dieses Auskunftsbegehren am 13. Juni 2017 dahingehend, dass lediglich

¹ Act. 56.

² Bei der Kategorie B handelt es sich um Motorwagen und dreirädrige Motofahrzeuge mit einem Gesamtgewicht von nicht mehr als 3500 kg und nicht mehr als acht Sitzplätzen ausser dem Fahrer (Art. 3 Abs. 1 der Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr vom 27. Oktober 1976; VZV, SR 741.51).

³ Dienststelle für Strassenverkehr und Schifffahrt des Kantons Wallis (DSUS), gefunden unter <https://www.vs.ch/de/web/scn/liste-des-moniteurs-auto-ecole-en-valais> (letztmals besucht am: 9.10.2018).

⁴ Die Aufteilung zwischen Ober- und Unterwallis erfolgt anhand der Sprachgrenze, welche sich im Pfywald beim Bach „Raspille“ oberhalb der Ortschaft Salgesch (VS) befindet.

eine unverbindliche Preisempfehlung vom Verband an die Aktivmitglieder herausgegeben wurde. Hiernach versandte die Preisüberwachung einen Fragebogen an die Aktivmitglieder des FVO. Bei der Auswertung der 17 fristgerecht eingereichten Antworten, welche sich von „Es gibt keine Preisempfehlung“ bis hin zu „Es existiert eine Preisempfehlung über welche jeweils jährlich an der Generalversammlung abgestimmt wird“ erstreckten, leitete die Preisüberwachung am 17. September 2017 das Dossier dem Sekretariat der Wettbewerbskommission weiter, da die sich teilweise widersprechenden Antworten keine schlüssigen Erkenntnisse zuließen und mit den Antworten die verschiedenen Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsabrede nicht ausgeräumt werden konnten resp. noch verstärkt wurden.

4. Am 10. Oktober 2017 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG⁵ und verlangte vom FVO die Generalversammlungsprotokolle der letzten fünf Jahre ein.

5. Da mehrere Fahrlehrer die Existenz einer Preisempfehlung bejaht hatten und das signifikant und konstant höhere Preislevel im Oberwallis verglichen mit den angrenzenden Regionen beim praktischen und theoretischen Fahrunterricht nicht anderweitig erklärt werden konnte, waren ein hinreichender Tatverdacht und Anhaltspunkte gegeben, sodass der Präsident der Wettbewerbskommission einer beantragten Hausdurchsuchung beim FVO am 22. Februar 2018 stattgab.

6. Am 5. März 2018 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit dem Präsidenten eine Untersuchung nach Art. 27 KG und führte am darauffolgenden Tag Hausdurchsuchungen durch. Gleichzeitig und in den nächsten Wochen wurden insgesamt sechs Parteieinvernahmen durchgeführt.

7. Am 22. August 2018 lud das Sekretariat den Vorstand des FVO zu einem bilateralen Treffen nach Bern ein und präsentierte dabei das vorläufige Beweisergebnis. Verhandlungen zwecks Abschluss einer einvernehmlichen Regelung fanden ab dem 28. September 2018 in den Räumlichkeiten des Sekretariats statt.

8. Am 5. November 2018 haben die Aktivmitglieder des FVO eine einvernehmliche Regelung mit dem Sekretariat abgeschlossen (vgl. Rz 51).

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

B.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

9. Das Kartellgesetz (KG) gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die Aktivmitglieder des FVO sind als freiberufliche Anbieter von theoretischem und praktischem Fahrunterricht als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren.⁶

B.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

10. 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).

11. Der Begriff der Wettbewerbsabrede wird in Art. 4 Abs. 1 KG definiert. Nach dem Wortlaut des Gesetzes genügt bereits das Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung, um vom Anwendungsbereich der Norm erfasst zu werden. Die Abrede muss noch keine Wirkung gezeitigt haben. Die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich; eine Abrede muss nach Art. 4 Abs. 1 KG objektiv geeignet sein, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen.⁷

12. Ob die Parteien solche Abreden getroffen haben und ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG vorliegt, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung erörtert. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und auf deren Wiedergabe an dieser Stelle verzichtet.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

13. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede

14. 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).

B.3.1 Wettbewerbsabrede

15. 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).

16. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.⁸

⁵ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁶ RPW 2000/2, 172 Rz 26; *Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC)* (nachfolgend: AFEC): 2003/2, 285 Rz 23, *Fahrschule Graubünden*.

⁷ 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*.

⁸ So etwa auch das Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3, *Paul Koch AG/WEKO*.

B.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

17. Als Vereinbarungen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gelten sowohl erzwingbare als auch nicht erzwingbare Vereinbarungen. Aus kartellrechtlicher Sicht sind beide dieser Formen von Vereinbarungen gleichwertig, weshalb nicht untersucht zu werden braucht, ob eine Vereinbarung gemäss den Abredeteilnehmern erzwingbar sein soll oder nicht.

18. Eine formelle vertragliche Grundlage des bewussten und gewollten Zusammenwirkens ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,⁹ wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden¹⁰. Die rechtliche oder tatsächliche Form des Zusammenwirkens und die Durchsetzungsmöglichkeit sind unerheblich.¹¹ Entscheidend ist allein, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren und so bewusst und gewollt auf die individuelle Festlegung der eigenen Wettbewerbsposition verzichten.¹²

19. Der nachfolgende Austausch zeigt exemplarisch, wie die Fahrlehrer ihre eigene Preisfestlegung zu Gunsten einer gemeinsamen Preisbestimmung aufgegeben haben.

20. Aus den Akten geht hervor, dass ein Fahrlehrer in einem WhatsApp Gruppenchat innerhalb des Vorstands des FVO anlässlich der Bereinigung des Vorstandsprotokolls¹³ um eine Stellungnahme zur Preisempfehlung im Hinblick auf das Jahr 2017 bittet. Es ist erkennbar, dass die geplante Erhöhung der Preisempfehlung im Hinblick auf das Jahr 2017 Reaktionen ausserhalb des Vorstandes ausgelöst hat. So wird ersichtlich, dass die konkrete Absicht einiger Aktivmitglieder ausserhalb des Vorstands bestand, die vorgeschlagene starke Erhöhung der Preise in der Preisempfehlung in Frage zu stellen. Der Absender dieser Nachricht nimmt auf den „Höck“ Bezug, an welchem sich die Mitglieder des FVO, welche nicht dem Vorstand angehören, jeweils anschliessend an die Vorstandssitzung treffen. Dementsprechend ist erstellt, dass die Preisempfehlung nicht nur innerhalb des Vorstands, sondern auch innerhalb der gesamten Fahrlehrerschaft des FVO diskutiert wurde. Nach einer angeregten Diskussion zur Preisentwicklung des Fahrunterrichts wird in der gleichen Chatkonversation der Kompromiss erzielt, die Preisempfehlung um einen fixen Betrag anzuheben und weitere Preiserhöhungen im Sinne eines jährlichen Automatismus auszugestalten, diesen jedoch zeitlich zu verschieben.¹⁴

21. Während der empfohlene Preis für eine 50-minütige praktische Fahrstunde für das Jahr 2004 bei CHF 91 lag¹⁵, so wurde dieser jährlich bis dreijährlich um zwischen zwei und drei Franken nach oben angepasst, sodass für das Jahr 2017 die durch den FVO an die Aktivmitglieder versandte Preisempfehlung der Kategorie B CHF 108 betrug.

22. Das in den vorangehenden Ziffern beschriebene Verhalten ist durch die ausdrückliche Einigung unter Einbezug der Aktivmitglieder ausserhalb sowie innerhalb des Vorstands des FVO als bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zu qualifizieren.

B.3.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

23. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede „eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“.

24. Eine „Wettbewerbsbeschränkung“ liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.¹⁶ Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.¹⁷

25. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext zeigt – alternativ voraus, nicht kumulativ.¹⁸

26. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die an der Abrede Beteiligten „die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“.¹⁹ Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.²⁰

27. Da sich die Fahrlehrer vorliegend über die Höhe der Preise für den theoretischen und praktischen Fahrunterricht verständigten und das Preisniveau kontinuierlich erhöhten, ist der Abredeinhalt objektiv geeignet eine Wettbewerbsbeschränkung zu bezwecken, womit eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt.

B.3.1.3 Vorliegen einer horizontalen Preisabrede

28. Im vorliegenden Fall hat sich die Fahrlehrerschaft direkt über die Höhe des Entgelts für den praktischen und theoretischen Fahrunterricht geeinigt. Bei den Untersuchungsadressaten handelt es sich um Marktakteure, welche direkt miteinander im Wettbewerb stehen und als Konkurrenten auf der gleichen Marktstufe

⁹ Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, KG (Fn 5), Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81.

¹⁰ DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 9), Art. 4 Abs. 1 KG N 53.

¹¹ Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 E. 3.2.2 / 3.2.4, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.4, *Gebro/WEKO*.

¹² Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.1.13, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.4, *Gebro/WEKO*.

¹³ Act. 76.

¹⁴ Act. 166.

¹⁵ Act. 56; Act. 116.

¹⁶ DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 9), Art. 4 Abs. 1 N 114 und 122.

¹⁷ 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*; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 9), Art. 4 Abs. 1 N 118.

¹⁸ Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, *BMW*.

¹⁹ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3.2.9, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2.6, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 9), Art. 4 Abs. 1 N 137.

²⁰ DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn. 9), Art. 4 Abs. 1 KG N 138. 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*.

tätig sind, womit eine horizontale Preisabrede bejaht werden kann und damit die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei einer Abrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG greift.

B.3.1.4 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

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

30. Im Folgenden gilt es zu prüfen, ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung im vorliegenden Fall widerlegt werden kann. Um dies beurteilen zu können, sind zunächst die relevanten Märkte für bestimmte Waren oder Dienstleistungen, welche von den Abreden betroffen sind, in sachlicher und räumlicher, allenfalls auch zeitlicher Hinsicht abzugrenzen. In einem zweiten Schritt ist alsdann zu prüfen, ob der auf den relevanten Märkten trotz des Vorliegens von Wettbewerbsabreden noch verbleibende aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb wirksamen Wettbewerb herstellen konnte und damit die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag. Gegebenenfalls ist bei Widerlegung der Vermutung anschliessend zu prüfen, ob der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt ist.

B.3.1.4.1 Relevanter Markt

a. Sachlich relevanter Markt

31. 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 VKU²¹), der hier analog anzuwenden ist).²²

32. Aus Sicht der Marktgegenseite, in casu der im Oberwallis wohnhaften Fahrschüler, hängt die Auswahl der Art des Fahrunterrichts davon ab, welche Fahrausweiskategorie sie erlangen möchten. Fahrstunden, die für den Erwerb des Fahrausweises der einen Kategorie angeboten werden, sind daher mit solchen einer anderen Kategorie nicht substituierbar. Der sachlich relevante Markt umfasst deshalb analog der Praxis der WEKO aus den Untersuchungen „Fahrschule Graubünden“ und „AFEC“ die obligatorischen Kurse (Art. 18 und 19 VZV²³) beziehungsweise die freiwilligen Theorie- und Fahrlektionen, die im Hinblick auf den Erwerb eines Fahrausweises einer bestimmten Kategorie (Art. 3 VZV) angeboten werden.²⁴

b. Räumlich relevanter Markt

33. 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).²⁵

34. Von Gesetzes wegen könnten die Fahrschüler auf dem ganzen Gebiet der Schweiz den obligatorischen oder praktischen Fahrunterricht besuchen. Es ist jedoch

davon auszugehen, dass eine grosse Mehrheit der Fahrschüler die Fahrkurse in ihrem Wohnsitzkanton belegen; um den Hin- und Rückweg zur Fahrstunde zu minimieren. Einige Fahrlehrer im Oberwallis bieten das Abholen und Zurückbringen vom Wohnort denn auch als zusätzlichen Service an. Als Ausgangspunkt kann deshalb ein räumlicher Markt, welcher sich auf Wohnregion der Fahrschüler beschränkt, abgegrenzt werden.²⁶ Vorliegend rechtfertigt jedoch die Deutsch-Französische Sprachgrenze eine engere räumliche Marktabgrenzung auf die Region des Oberwallis.²⁷

B.3.1.4.2 Wettbewerbsverhältnisse auf dem relevanten Markt

35. Im vorliegenden Fall besteht der Aussenwettbewerb aufgrund des langen Bestehens der Preisempfehlung in den zehn im Oberwallis tätigen Fahrlehrern, welche nicht Mitglied des Oberwalliser Fahrlehrerverbands sind. Dazu kommt, dass der Kanton Wallis aufgrund seiner topografischen Gegebenheiten wenig Möglichkeiten für ausserkantonale Fahrlehrer bietet, auf dem Oberwalliser Kantonsgebiet tätig zu werden. Hinzu kommt, dass die Sprachgrenze die Auswahl der in Frage kommenden Fahrlehrer für Fahrschüler Deutscher Muttersprache wiederum geografisch einschränken dürfte und davon ausgegangen werden kann, dass nur in Ausnahmefällen sprachgrenzüberschreitender theoretischer und praktischer Fahrunterricht erteilt wird.

36. Zählt man die sechs Passivmitglieder des FVO hinzu, wovon 4 ebenfalls registrierte Fahrlehrer sind, so wären rund $\frac{3}{4}$ der im Oberwallis tätigen Fahrlehrer im FVO organisiert. Vereinzelt waren jedoch neu eintretende Fahrlehrer sowohl mit als auch ohne Mitgliedschaft beim FVO auf dem Gebiet des Oberwallis zu verzeichnen.

37. Im vorliegenden Fall ist fraglich, ob der beschränkte Aussenwettbewerb die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umzustossen vermag. Dies kann jedoch offengelassen werden, da die Abrede in jedem Fall erheblich ist und nicht gerechtfertigt werden kann (vgl. Rz 41 f.).

B.3.2 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

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

²¹ Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

²² BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

²³ Verordnung vom 27.10.1976 über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr (VZV; SR 741.51).

²⁴ RPW 2000/2, 174 Rz 38, AFEC; 2003/2, 284 Rz 52, *Fahrschule Graubünden*.

²⁵ BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

²⁶ Vgl. RPW 2000/2, 175 Rz 41 f., AFEC; 2003/2, 285 Rz 55, *Fahrschule Graubünden*.

²⁷ Vgl. hierzu RPW 2003/2, 285 Rz 57, *Fahrschule Graubünden*.

39. 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.²⁸ 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.²⁹ 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.³⁰

40. Als horizontale Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG) betraf die vorliegende Verhaltensweise einen zentralen Wettbewerbsparameter. Zudem dauerte sie mehrere Jahre und erfasste einen Grossteil der Marktteilnehmer. Vorliegend sind keine Elemente ersichtlich, welche auf eine Ausnahme von der grundsätzlichen Erheblichkeit der horizontalen Preisabrede hinweisen würden. Somit stellt die horizontale Preisabrede der Aktivmitglieder des FVO eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar.

B.3.3 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

41. Erweist sich die durch eine Abrede bewirkte Beeinträchtigung als erheblich, ist zu prüfen, ob die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden kann.

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

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

B.3.3.1 Verkehrssicherheit

43. Aus den beschlagnahmten Akten³¹ geht hervor, dass bei der Festlegung des Preisniveaus für den theoretischen und praktischen Fahrunterricht die Verkehrssicherheit berücksichtigt wurde. Insofern, so wurde von den Parteien argumentiert, verwirkliche die herausgegebene Preisempfehlung das Ziel der Verkehrssicherheit, da damit das Qualitätsniveau der theoretischen und praktischen Fahrausbildung sichergestellt werden könne.

44. Diesem Argument kann entgegnet werden, dass es den Wettbewerbsbehörden verwehrt ist, nicht ökonomische Argumente in die Überlegungen miteinzubeziehen.³² So hat der Gesetzgeber das öffentliche Interesse der Verkehrssicherheit durch Kriterien, welche die Erlangung des Führerausweises³³ sowie in den Bewilligungsvoraussetzungen für die Fahrlehrertätigkeit³⁴ festlegen, verwirklicht.³⁵ Zudem ist die absolute Höhe des

Preisniveaus nicht massgeblich für die alloкатive Effizienz, weshalb das Argument der Qualitätssicherung als Rechtfertigungsgrund für das vorliegende Verhalten des FVO und seiner Aktivmitglieder von vorneherein ausscheidet.

B.3.3.2 Wissensaustausch unter der Fahrlehrerschaft in der Kostenkalkulation

45. Die Voraussetzungen für die kartellrechtliche Zulässigkeit von Kalkulationshilfen sind in der Bekanntmachung genauer umschrieben.³⁶ Als Grundregel stellt die Bekanntmachung auf, dass die ausgetauschten Informationen keinen Rückschluss auf das effektive Verhalten der Beteiligten in der Offertstellung bzw. bei der Bestimmung von Endpreisen ermöglichen dürfe.³⁷

46. Da innerhalb der Fahrlehrerschaft die Endpreise für den praktischen und theoretischen Fahrunterricht ausgetauscht wurde und sich der Markt für theoretischen und praktischen Fahrunterricht nicht durch eine ausserordentlich hohe Komplexität in der Preisbestimmung kennzeichnet, kommt eine Rechtfertigung des vorliegenden Verhaltens innerhalb einer Kalkulationshilfe nicht in Betracht und wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

47. Nach dem Gesagten sind deshalb keine Rechtfertigungsgründe nach Art. 5 Abs. 2 KG gegeben, weshalb eine unzulässige Preisabrede nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG vorliegt.

B.3.4 Anordnung von Massnahmen

48. Anstelle der (einseitigen) Anordnung von Massnahmen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen kann die WEKO eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG genehmigen. Inhalt der einvernehmlichen Regelung ist gemäss Art. 29 Abs. 1 KG die Art und Weise der Beseitigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung. Ihr Ziel und Zweck besteht darin, das wettbewerbswidrige Verhalten für die Zukunft zu beseitigen und eine kartellrechtskonforme Alternative auszuarbeiten. Eine einvernehmliche Streitbeilegung für ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten ist ausgeschlossen, da über den Sanktionsanspruch des Staates

²⁸ BGE 143 II 297, 334 f. E 5.1.1 (=RPW 2017/2, 348, E. 5.1.1), *Colgate-Palmolive Europe Sàrl. (ehemals Gaba International AG)/WEKO* (nachfolgend: *Gaba*).

²⁹ *Gaba*, E. 5.2.5.

³⁰ *Gaba*, E. 5.4.2.

³¹ Act. 40.

³² *Gaba*, E. 7.1.

³³ Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr (VZV; SR 741.51).

³⁴ Fn 27.

³⁵ Diese Verordnungen konkretisieren das Strassenverkehrsgesetz SVG, welches ebenfalls die Verkehrssicherheit sicherstellen soll (Botschaft zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Strassenverkehr vom 24. Juni 1955, BBl 1955 II 1, S. 5 ff.).

³⁶ Bekanntmachung betreffend die Voraussetzungen für die kartellrechtliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen (nachfolgend: Bekanntmachung über Kalkulationshilfen).

³⁷ Bekanntmachung über Kalkulationshilfen, Art. 3 lit. d.

nicht verhandelt werden kann. Das unzulässige Verhalten, welches bis zum Abschluss der einvernehmlichen Regelung praktiziert wird, unterliegt deshalb bis zum Zeitpunkt seiner Aufhebung der Androhung direkter Sanktionen, wobei die Dauer und der Zeitpunkt der Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beziehungsweise ein kooperatives Verhalten der Parteien bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen sind.³⁸

49. Aus den Erwägungen ergibt sich, dass dem Verband der zukünftige Versand von Preisempfehlungen an seine Mitglieder zu untersagen ist. Aufgrund der besonderen Marktverhältnisse ist es gerechtfertigt, dass der Verband gänzlich auf den Versand von Preisempfehlungen verzichtet, da aufgrund der überschaubaren Marktverhältnisse das Risiko äusserst hoch ist, dass auch der Austausch von einzelnen Preiselementen wiederum Rückschlüsse auf das effektive Preissetzungsverhalten ermöglichen würde und die Voraussetzung der Bekanntmachung über die Zulässigkeit von Kalkulationshilfen verletzt würden (vgl. Punkt 1 der Vereinbarungen).

50. Aufgrund der überschaubaren Marktverhältnisse sowie des erstellten wettbewerbswidrigen Austausches innerhalb der Fahrlehrerschaft des FVO, ist es angezeigt, ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten, welches ausserhalb der Organe des Verbands stattfinden kann, zu unterbinden. Aus diesem Grund werden in der Verpflichtungserklärung auch die Aktivmitglieder untereinander verpflichtet, keine Informationen zu den Tarifen des theoretischen und praktischen Fahrunterrichts (vgl. Punkt 2 der Vereinbarungen) auszutauschen. Dazu ist anzufügen, dass sich die Verpflichtung sachlich auf den Austausch von Tarifinformationen beschränkt und somit darüber hinausgehende Austausche unter den Aktivmitgliedern nicht von den Vereinbarungen erfasst sind.

51. Die mit den Parteien am 5. November 2018 geschlossene einvernehmliche Regelung lautet wie folgt:

Vorbemerkungen

- a) Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0483: Fahrlehrertarife Oberwallis zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.
- b) Zur Erreichung der Zielsetzung gemäss lit. a) werden die Sachverhaltsermittlungen und die rechtliche Würdigung soweit wie möglich reduziert. Entsprechend kann die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung der WEKO gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung teilweise reduziert werden.
- c) Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung werden (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) die Massnahmen zur Beseitigung aller Gegenstand der Untersuchung 22-0483 bildenden Wettbewerbsbeschränkungen, gegenüber dem Fahrlehrerverband Oberwallis und seinen Aktivmitgliedern einvernehmlich und abschliessend geregelt.

- d) Der Wille und die Bereitschaft des FVO sowie seinen Aktivmitgliedern zum Abschluss der nachfolgenden einvernehmlichen Regelung werden vom Sekretariat als kooperatives Verhalten gewürdigt und im Rahmen des Antrages als sanktionsmindernder Umstand berücksichtigt. Aufgrund der aktuellen Ausgangslage beabsichtigt das Sekretariat, der WEKO eine Sanktion in der Grössenordnung von CHF 45'000 bis CHF 55'000 zu beantragen. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der WEKO und erfolgt in der Verfügung, die das Verfahren zum Abschluss bringt.
- e) Sollte diese einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt.
- f) Selbst wenn der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung seitens von FVO und seiner Aktivmitglieder keine Anerkennung der Sachverhaltsdarstellung und der rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, halten der FVO und seine Aktivmitglieder fest, dass sich im Falle einer Genehmigung dieser EVR durch die WEKO und bei Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens gemäss lit. d) sowie bei Beachtung von lit. c) im Sinne von lit. a) die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt.
- g) Darüber hinaus bestätigen die voraufgeführten Parteien, dass das Sekretariat bis zum Zeitpunkt des Abschlusses dieser einvernehmlichen Regelung ihren Anspruch auf rechtliches Gehör gewahrt hat.
- h) Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten von CHF 30'000 solidarisch zu Lasten des FVO und seiner Aktivmitglieder.

Vereinbarungen

1. Der FVO verpflichtet sich, zukünftig mündlich oder schriftlich keinerlei Preisempfehlungen an die Aktivmitglieder zu den Tarifen des praktischen und theoretischen Fahrunterrichts zu kommunizieren und/oder abzugeben.
2. Der FVO sowie dessen Aktivmitglieder verpflichten sich, keine Informationen zu Preisen und Preiselementen zu den Tarifen des praktischen und theoretischen Fahrunterrichts untereinander auszutauschen, um die Preise für den praktischen und theoretischen Fahrunterricht festzusetzen.
3. Der FVO verpflichtet sich, die Deckung der Sanktion sowie der Verfahrenskosten in vollumfänglicher Höhe bei seinen Aktivmitgliedern sicherzustellen.

³⁸ Vgl. RPW 2007/2, 190 Rz 315, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (Publigroupe)* sowie Urteil des BVer, RPW 2010/2, 329 E. 7.4.2 und E. 7.4.5.3, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; Urteil des BVer 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 6.2, 7.2 ff. (= RPW 2013/1, 122 ff.; nicht publizierte Erwägungen in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

52. Die genannte einvernehmliche Regelung umschreibt die Verpflichtungen, welche die Parteien eingegangenen sind, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Die bisherige unzulässige Wettbewerbsbeschränkung wird gestützt auf die getroffene Vereinbarung beseitigt, und für die beteiligten Unternehmen wird hinreichende Klarheit über die Rechtslage geschaffen. Die WEKO genehmigt die einvernehmliche Regelung daher im Sinne von Art. 29 Abs. 2 KG.

53. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegend angeordneten Massnahmen und die vorliegende einvernehmliche Regelung 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.³⁹

B.3.5 Sanktionierung

B.3.5.1 Allgemeines

54. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungssanktionen – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.⁴⁰ Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.⁴¹

55. Aufgrund der Sanktionierbarkeit handelt es sich beim Kartellverfahren um ein Administrativverfahren mit strafrechtsähnlichem Charakter, nicht jedoch um reines Strafrecht. Die entsprechenden Garantien von Art. 6 und 7 EMRK⁴² und Art. 30 bzw. 32 BV⁴³ sind demnach grundsätzlich im gesamten Verfahren anwendbar; über deren Tragweite ist jeweils bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden.⁴⁴

B.3.5.2 Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG

56. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Eine Sanktionierung der hier interessierenden ersten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestandsvariante ist an folgenden zwei Voraussetzungen geknüpft: Erstens an die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG sowie zweitens an die Unzulässigkeit dieser Abrede.⁴⁵

57. Zu präzisieren ist, dass eine unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallende Abrede unzulässig bleibt, auch wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt wird, solange diese Abrede den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt ist. Art. 49a Abs. 1 KG sieht nun nicht vor, dass sich für eine Sanktionierbarkeit die Unzulässigkeit

einer Abrede aus einem bestimmten Grad der Beeinträchtigung ergeben müsste. Anders gewendet besteht die Sanktionierbarkeit von unzulässigen, unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallenden Abreden unabhängig davon, ob durch sie der wirksame Wettbewerb beseitigt oder „nur“ erheblich beeinträchtigt wird.⁴⁶

B.3.5.3 Bemessung

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

59. 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 (Art. 2 Abs. 2 SVKG) und der Gleichbehandlung begrenzt wird.⁴⁷ 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.⁴⁸ Die WEKO kann auch eine pauschale Sanktion festlegen.⁴⁹ Diesfalls hängt der Sanktionsbetrag davon ab, welches die angemessene Höhe der Sanktion unter Berücksichtigung der Verhältnismässigkeit darstellt.

60. Demzufolge wird den Aktivmitgliedern des FVO unter Berücksichtigung aller Umstände eine pauschale Sanktion, welche die von Art. 49a Abs. 1 KG vorgesehene obere Grenze unterschreitet, in der Höhe von CHF 50'000 auferlegt.

³⁹ 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*.

⁴⁰ Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBI 2002 2022, insb. 2023, 2033 ff. und 2041; STEFAN BILGER, *Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen*, 2002, 92.

⁴¹ BBI 2002 2022, 2034.

⁴² Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101).

⁴³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.04.1999 (BV; SR 101).

⁴⁴ BGE 139 I 72, 78 ff. E. 2.2.2 (= RPW 2013/1, 118 E. 2.2.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 798 ff. E. 14, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 835 ff. E. 12, *Gebro/WEKO*.

⁴⁵ PATRICK L. KRAUSKOPF, in DIKE Kommentar, Kartellgesetz (Fn 5), Art. 49a Abs. 1-2 KG N 2.

⁴⁶ Gaba, E 9.4.6.

⁴⁷ Vgl. PETER REINERT, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

⁴⁸ RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁴⁹ Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBI 2001 2038, insb. 2037 f.

C Kosten

61. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG⁵⁰ ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsdarstellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen. Vorliegend ist aufgrund der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatinnen zu bejahen.

62. 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).

63. Neben dem Aufwand nach Art. 4 AllgGebV⁵¹ hat der Gebührenpflichtige gemäss Art. 6 AllgGebV die Auslagen sowie die Kosten, die durch Beweiserhebung oder besondere Untersuchungsmassnahmen verursacht werden, zu erstatten. Dieser Aufwand beläuft sich vorliegend auf CHF 30'000.-.

D Dispositiv

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

1. Die nachfolgende von den unter Ziff. 6 genannten Parteien mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission im Rahmen der einvernehmlichen Regelung erzielte Vereinbarung vom 05. November 2018 wird genehmigt:

„Die Verfügungsadressatinnen verpflichten sich, zukünftig mündlich oder schriftlich keinerlei Preisempfehlungen an die Aktivmitglieder zu den Tarifen des praktischen und theoretischen Fahrunterricht zu kommunizieren und/oder abzugeben.

Der FVO sowie dessen Aktivmitglieder verpflichten sich, keine Informationen zu Preisen und Preiselementen zu den Tarifen des praktischen und theoretischen Fahrunterrichts untereinander auszutauschen, um die Preise für den praktischen und theoretischen Fahrunterricht festzusetzen.

Der FVO verpflichtet sich, die Deckung der Sanktion sowie der Verfahrenskosten in vollumfänglicher Höhe bei seinen Aktivmitgliedern sicherzustellen.“

2. Wegen Beteiligung an einer gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Preisabrede werden die in Dispositiv-Ziffer 6 genannten Parteien nach Art. 49a Abs. 1 KG mit einem Betrag von CHF 50'000 belastet.

3. Die Verfahrenskosten von CHF 30'000 werden den in Dispositiv-Ziffer 6 genannten Parteien solidarisch auferlegt.

4. Im Übrigen wird die Untersuchung 22-0483: Fahrlehrertarife Oberwallis eingestellt.

5. Nach Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung gegenüber allen Untersuchungsadressatinnen werden die beschlagnahmten Original-Papierdokumente

der jeweils berechtigten Person zurückgegeben und werden die beim Sekretariat vorhandenen, kopierten resp. gespiegelten elektronischen Daten gelöscht.

6. Die Verfügung ist zu eröffnen an:

- **Adolf Schmidhalter (Fahrschule Dodi GmbH)**, in Ried-Brig
- **Beat Dirren (AAA Fahrschule Beat Dirren GmbH)**, in Raron
- **Burim Krasniqi (Fahrschule Krasniqi)**, in Naters
- **Christoph Amacker**, in Eischoll
- **Christoph Hagen (Fahrschule Hagen Christoph)**, in Zermatt
- **Edy Walther**, in Leuk
- **Egon Zimmermann (Fahrschule Zimmermann GmbH in Liquidation)**, in Buchs
- **Herbert Eyer**, Naters
- **Hubert Summermatter (Let's roll Fahrschule GmbH)**, in Herbruggen
- **Jörg Zenklusen (Zenklusen Jörg GmbH)**, in Naters
- **Louis Furrer (Fahrschule Furrer)**, in Visp
- **Marcel Jerjen (Jerjen Marcel, Auto- und Motorradfahrschule)**, in Baltschieder
- **Marco Zurwerra (Let's roll Fahrschule GmbH)**, in Naters
- **Mario Summermatter (Anfahren Summermatter + Bortis GmbH)**, in Naters
- **Matthias Murmann (Fahrschule Murmann)**, in Ried-Brig
- **Otto Kalbermatter (Kalbermatter Otto, Fahrschule Nikolai)**, in St. Niklaus
- **Patrick Bortis (Anfahren Summermatter + Bortis GmbH)**, in Fiesch
- **Patrick Bregy (Patrick Bregy Fahrschule Steg)**, in Steg-Hohtenn
- **Philipp Hutter (Hutter Philipp, Phippi's Fahrschule)**, in Visp
- **Steven Theler**, in Raron
- **Tobias Brigger (Fahrschule Zenklusen GmbH)**, in Naters
- **Willy Bregy (Fahrschule Bregy Willy)**, in Raron
alle vertreten durch [...].

[Rechtsmittelbelehrung]

⁵⁰ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

⁵¹ Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Infracore SA/MPT Switzerland Holdings S.à.r.l./Basler Versicherung AG/AEVI VICTORIA SA

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 11. Juli 2019

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 15. Juli 2019

A Sachverhalt

1. Am 3. Juli 2019 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Demnach beabsichtigen die MPT Switzerland Holdings S.à.r.l., die Basler Versicherung AG und die AEVI VICTORIA SA die gemeinsame Kontrolle über die derzeit von der AEVI VICTORIA SA und der Basler Versicherung AG gemeinsam kontrollierte Infracore SA zu übernehmen.

2. Die Medical Properties Trust, Inc. (nachfolgend MPT) ist ein Real-Estate-Investment-Trust mit Sitz in Alabama, USA, die sich auf Investitionen in und den Besitz von Gesundheitsimmobilien in den USA und selektiv im Ausland (insbesondere in Europa) konzentriert. Im Zentrum stehen der Erwerb und die Entwicklung von Gesundheitsimmobilien und die Vermietung dieser Immobilien an im Gesundheitswesen tätige Unternehmen im Rahmen langfristiger Netto-Leasingverträge, bei welchen das mietende Unternehmen den grössten Anteil der mit den Gesundheitsimmobilien verbundenen Kosten trägt. Zu diesen Unternehmen zählen insbesondere Betreiber von allgemeinen Akutkrankenhäusern, stationären Rehabilitationskliniken, Langzeitakutkrankenhäusern, Chirurgiekliniken, Kliniken zur Behandlung spezifischer Erkrankungen wie Herz-, Lungen-, Krebs- und neurologische Krankenhäuser sowie andere gesundheitsorientierte Einrichtungen.

3. Das Portfolio von MPT umfasst insgesamt insgesamt 287 Gesundheitsimmobilien, welche sich vorwiegend in den USA und in Deutschland, daneben aber vereinzelt auch im Vereinigten Königreich, in Italien, in Spanien und in Australien befinden. In der Schweiz verfügt die MPT über keine Aktivität.

4. Die MPT Switzerland Holdings S.à.r.l. (nachfolgend MPT Switzerland) mit Sitz in Luxemburg, ist eine Tochtergesellschaft der MPT. Die einzige Geschäftstätigkeit der MPT Switzerland ist die Kapitalbeteiligung an anderen Unternehmen. MPT Switzerland hält derzeit einzig

eine Beteiligung von 46,38 % der Aktien an der Infracore SA. Darüber hinaus hält die MPT Switzerland keine weiteren Beteiligungen an anderen Unternehmen (weder in der Schweiz noch im Ausland). MPT Switzerland fungiert damit als typische Zwischenholding, [...].

5. Die Bâloise Holding AG (nachfolgend Bâloise) ist ein Schweizer Versicherungskonzern mit Sitz in Basel. Die Bâloise bietet Präventions-, Vorsorge-, Assistance- und Versicherungslösungen für Private und Unternehmen an. Ihre Kernmärkte sind die Schweiz, Deutschland, Belgien und Luxemburg. In der Schweiz fungiert sie mit der Bâloise Bank SoBa zudem als fokussierte Finanzdienstleisterin, einer Kombination von Versicherung und Bank. Im Zuge ihrer Anlagepolitik investiert die Bâloise unter anderem auch in Immobilien. Die Bâloise hält vorwiegend Wohnliegenschaften, aber auch Geschäftliegenschaften (darunter Büro- und Gewerbeliegenschaften) und ist an der SIX Swiss Exchange börsenkotiert.

6. Die Basler Versicherung AG (nachfolgend Basler) mit Sitz in Basel ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Bâloise, welche die oberste Konzerngesellschaft der Bâloise Group ist. Die Basler bietet alle Arten der direkten und indirekten Versicherung sowie aller damit zusammenhängenden Geschäfte mit Ausnahme der direkten Lebensversicherung an.

7. Die AEVI VICTORIA SA (nachfolgend AEVI) mit Sitz in Freiburg ist die oberste Konzerngesellschaft der AEVI VICTORIA Gruppe und ist an der SIX Swiss Exchange börsenkotiert. AEVI ist in den Bereichen Healthcare, Life Sciences, medizinische Betreuung und Lifestyle-Dienstleistungen tätig. Die Beteiligungen von AEVI bestehen aus der Privatklinikgruppe Swiss Medical Network SA, aus der Victoria-Jungfrau Collection, einer Luxushotelgruppe bestehend aus vier Häusern, aus der Infracore SA, einer auf Gesundheitsimmobilien fokussierten Gesellschaft, aus der Swiss Hospitality Properties SA, einer auf Hotelimmobilien fokussierten Gesellschaft, aus Medgate, einem Telemedizinanbieter in der Schweiz, und aus NESSENS SA, einer Marke rund um das Thema Better Aging.

8. Die Infracore SA (nachfolgend Infracore) mit Sitz in Freiburg firmierte bis zum 27. September 2018 (SHAB-Publikation) unter der Firma Swiss Healthcare Properties SA (Swiss Healthcare Properties AG). Das Unternehmen investiert in Gesundheitsimmobilien.

9. Infracore befindet sich derzeit im Besitz von MPT Switzerland, AEVI und Basler. Das Aktienkapital und die Stimmrechte an Infracore sind wie folgt verteilt: MPT Switzerland hält 46,38 %, AEVI hält 18,62 % und Bas-

ler hält 35 %. Infracore wird derzeit von AEVIS und Basler gemeinsam kontrolliert. MPT Switzerland hält derzeit als reines Finanzinvestment lediglich eine nicht-kontrollierende Beteiligung.

10. Swiss Medical Network SA (nachfolgend Swiss Medical Network) mit Sitz in Genolier ist eine Schweizer Privatklinikgruppe und ist eine 100%-ige Tochtergesellschaft der AEVIS.

11. Die AEVIS hält die meisten der von der Swiss Medical Network genutzten Spitalimmobilien über die Infracore, mit Ausnahme einer Spitalimmobilie sowie mehrerer anderer Gebäude rund um das Spital Clinique Générale-Beaulieu in Genf, die von der Générale-Beaulieu Immobilière SA gehalten werden. [...].

12. Die Parteien haben am 27. Mai 2019 einen Aktionärsbindungsvertrag abgeschlossen. Dieser gewährt MPT Switzerland gewisse nicht-kontrollbegründende Vetorechte zum Schutz ihres Finanzinvestments. Darüber hinaus sieht der Aktionärsbindungsvertrag vor, dass das reine Finanzinvestment der MPT Switzerland in ein strategisches Investment überführt wird, indem die strategischen Vetorechte der MPT Switzerland in Kraft treten.

13. Das Zusammenschlussvorhaben besteht aus dem Inkrafttreten der strategischen Vetorechte der MPT Switzerland. Diese strategischen Vetorechte werden es der MPT Switzerland ermöglichen, die Zielgesellschaft Infracore zusammen mit AEVIS und Basler zu kontrollieren. Durch die beabsichtigte Transaktion erwerben MPT Switzerland, die AEVIS und die Basler gemeinsame Kontrolle über die Infracore.

14. [...].

15. [...].

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

16. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

17. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

18. Als Unternehmenszusammenschluss gilt jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG).

19. Ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Art. 2 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU; SR 251.4]).¹

20. Vorliegend stellt sich die Frage, ob Infracore die Voraussetzungen an ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen erfüllt (vgl. Fn 1).

21. Sobald die strategischen Vetorechte in Kraft treten, wird MPT Switzerland Infracore gemeinsam mit AEVIS und Basler kontrollieren.

22. Die Infracore ist eine Aktiengesellschaft, die für unbestimmte Zeit besteht und damit auf Dauer angelegt ist. Das Unternehmen verfügt über ein eigenes Management, das sich dem Tagesgeschäft widmet. Auch kann die Infracore in operativer Hinsicht eine eigene Geschäftspolitik betreiben. Die Infracore tritt als Anbieterin von Immobilien auf.

23. Gegenwärtig erzielt die Infracore rund [...] % ihres Umsatzes mit der Vermietung ihrer Immobilien an die Spitäler des Swiss Medical Network. Die Mieteinnahmen von Dritten machen rund [...] % des Umsatzes von Infracore aus.

24. Die derzeit vorwiegende Vermietung an Gruppengesellschaften der AEVIS VICTORIA Gruppe wird damit begründet, dass die Infracore bis 27. Dezember 2018 noch eine 100%-ige Tochtergesellschaft der AEVIS war. [...].

25. Aufgrund des oben Gesagten sind die Voraussetzungen an ein Vollfunktionsunternehmen (vgl. Fn 1) erfüllt.

26. Beim geplanten Zusammenschlussvorhaben handelt es sich um einen Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 VKU.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

27. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

¹ Ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen liegt unter folgenden Voraussetzungen vor:

- Das G Gemeinschaftsunternehmen muss als Nachfrager oder Anbieter am Markt auftreten.
- Das Gemeinschaftsunternehmen tritt als selbständige wirtschaftliche Einheit auf. Es muss somit in der Lage sein, eine eigenständige Geschäftspolitik zu verfolgen.
- Das Gemeinschaftsunternehmen ist auf Dauer angelegt
- Das Gemeinschaftsunternehmen muss über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügen (vgl. u.a. RPW 2016/1, 306 Rz. 97, *Stellungnahme vom 14. Dezember 2015 in Sachen Zusammenschlussvorhaben betreffend Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft/Swisscom AG/Ringer AG*; RPW 2015/3, 434 f. Rz. 44, *Axel Springer Schweiz/Ringier*).

B.3 Meldepflicht

28. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mia. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in

der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b KG).

29. Die nachfolgende Tabelle zeigt die weltweit und national erzielten konsolidierten Umsätze bzw. Bruttoprämieinnahmen der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2018:

30. Tabelle 1: Umsätze bzw. Bruttoprämieinnahmen in CHF Mio.

Unternehmen	Umsatz / Bruttoprämieinnahmen (CHF Mio.)	
	schweizweit	weltweit
MPT Gruppe	[...]	[...]
AEVIS VICTORIA Gruppe	[...]	[...]
Bâloise Group	[...]	[...]
Infracore SA	[...]	[...]
Total	[...]	[...]

Quelle: Angaben der Parteien

31. Die Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 Bst. a und Bst. b KG sind selbst ohne Berücksichtigung der Umsätze der Schwestergesellschaften von AEVIS überschritten, weshalb das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

32. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

33. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

34. Gemäss Meldung betrifft der Zusammenschluss lediglich den Bereich des Immobiliengeschäfts. Dieser Tätigkeitsbereich wird nachfolgend geprüft. Auf die übrigen Tätigkeitsgebiete der Unternehmen wird nicht eingegangen.

35. Infracore investiert in Gesundheitsimmobilien in der Schweiz und ist damit im Immobilienbereich tätig. Bei den Gesundheitsimmobilien der Infracore handelt es sich um Geschäftsimmobilien. Diese Immobilien werden an Spitäler – gegenwärtig noch primär an die verschiedenen Spitäler des Swiss Medical Network (vgl. Rz 11) – sowie an verschiedene Ärzte, vermietet. Bei den Ärzten handelt es sich vorwiegend um Belegärzte, die in den entsprechenden Spitälern tätig sind, die Immobilien von der Infracore mieten. Teilweise haben solche Ärzte einen Mietvertrag mit Infracore, teilweise auch einen Untermietvertrag mit der Hauptmieterin der Liegenschaft. Die Immobilien werden von den Mietern vorwiegend als Spitäler, Büros und/oder Arztpraxen verwendet.

B.4.1 Relevante/r Markt/Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevante/r Markt/Märkte

36. 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).

37. Die Parteien sind der Auffassung, dass die Marktgegenseite vorwiegend die Miete von Geschäftsimmobilien im Allgemeinen nachfragen würde, da Geschäftsimmobilien grundsätzlich für alle Arten von Geschäftstätigkeiten, auch für Gesundheitsdienstleistungen, gemietet werden

könnten. Bei Geschäftsimmobilien sei denn auch grundsätzlich eine Umnutzung für eine andere Geschäftstätigkeit denkbar (so könne eine Spitalliegenschaft auch als Büroliegenschaft umgenutzt werden).

38. Aus Sicht der Parteien wäre allenfalls eine Abgrenzung eines sachlich relevanten Marktes für Gesundheitsimmobilien denkbar, der die Bereiche Wohnen im Alter und Spitalimmobilien umfasse, oder gar eine Abgrenzung eines Marktes für Spitalimmobilien, der sich auf Immobilien beschränke, in denen ausschliesslich Spitäler betrieben werden. Eine solche enge Marktabgrenzung sei aus Sicht der Parteien jedoch nicht angezeigt.

39. Gemäss Praxis der WEKO umfasst das Immobiliengeschäft die Entwicklung, Haltung und Vermietung sowie den Kauf und Verkauf von Liegenschaften. Dabei geht es in erster Linie um die Tätigkeiten des Haltens und Vermietens von Immobilien. Die Haupttätigkeit besteht dabei im Halten und Vermieten von Liegenschaften, wobei die übrigen Tätigkeiten diesem Ziel untergeordnet sind. Die Marktgegenseite bilden daher insbesondere Mieter, Verwaltungen sowie Käufer und Verkäufer von Immobilien. Das Immobiliengeschäft kann weiter in die Bereiche Geschäftliegenschaften (Büroliegenschaften und Retailliegenschaften) und Wohnliegenschaften unterteilt werden. Die WEKO hat die definitive Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes bisher jedoch offen gelassen.²

40. Auf eine definitive Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes kann indes auch im vorliegenden Fall verzichtet werden, da selbst bei der engsten Marktabgrenzung kein betroffener Markt vorliegt (vgl. Rz 45 ff.).

B.4.1.2 Räumlich relevante/r Markt/Märkte

41. 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).

42. Die Parteien sind der Ansicht, dass der räumlich relevante Markt grundsätzlich national abzugrenzen sei, da private Gesundheitsdienstleister und Leistungserbringer national tätig seien und Liegenschaften national nachfragen würden.

43. Die WEKO hat in ihrer bisherigen Praxis die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes offen gelassen. Sie hat jedoch aufgrund grosser regionaler Unterschiede in Bezug auf die Attraktivität eines Standortes sowie aufgrund der eingeschränkten geographischen Mobilität eine regionale Abgrenzung des Immobiliengeschäfts als naheliegend empfunden. Darüber hinaus hat sie speziell für Geschäftliegenschaften (Büro- und Retailliegenschaften) eine weitere Segmentierung nach wirtschaftlichen Ballungszentren (z.B. Grossraum Zürich oder Genf) für denkbar gehalten.³

44. Da keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bezüglich des Zusammenschlussvorhabens bestehen, kann die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes letztlich offen gelassen werden (Rz 45 ff.).

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

45. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als „vom Zusammenschluss betroffene Märkte“ bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

46. Selbst bei der engsten Marktabgrenzung, dem regionalen Markt für Spitalimmobilien, schätzen die Parteien den gemeinsamen Marktanteil nicht über [0-10] %. Somit liegt kein betroffener Markt vor.

B.4.3 Konglomerale oder vertikale Effekte

47. Aufgrund der Vermietung von Gesundheitsimmobilien durch die Infracore an die verschiedenen Spitäler des Swiss Medical Network, das Teil der AEVIS VICTORIA Gruppe ist, besteht eine vertikale Beziehung zwischen der Infracore und AEVIS. Diese bestand jedoch bereits vor diesem Zusammenschluss. MPT Switzerland ist in keinem vor- oder nachgelagerten Markt von Infracore tätig. Vereinzelt investieren die MPT und Ihre Tochtergesellschaften als Minderheitsaktionäre auch in Spitalbetriebe. [...]. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Auswirkungen auf diesen Zusammenschluss geringfügig sind.

B.4.4 Ergebnis

48. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

² Vgl. RPW 2017/2, 328 Rz 23, *La Bâloise Vie SA/Pax SA de Placements*; RPW 2013/3, 328 Rz 20 f., *Swiss Primer Site/Tertianum*; RPW 2010/2, 237 Rz 24, *Stoffel Participations Group/Bauengineering/Swissbuilding Concept*; RPW 2009/2, 187 Rz 16, *Swiss Prime Site/Jelmoli Holding AG*.

³ Vgl. RPW 2017/2, 328 Rz 25, *La Bâloise Vie SA/Pax SA de Placements*; RPW 2013/3, 329 Rz 23, *Swiss Primer Site/Tertianum*; RPW 2010/2, 238 Rz 26, *Stoffel Participations Group/Bauengineering/Swissbuilding Concept*; RPW 2009/2, 188 Rz 20 und 22, *Swiss Prime Site/Jelmoli Holding AG*.

B 2.3	2. Volare Group AG/Advitec Holding AG
-------	--

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 12. Dezember 2018

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 12. Dezember 2018

A Sachverhalt

1. Am 12. November 2018 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Volare Group AG (nachfolgend: Volare) die Übernahme der Kontrolle über die Advitec Holding AG (nachfolgend: Advitec).

2. Volare mit Sitz in Suhr, Aargau, welche am 2. November 2018 aus einer Umbenennung der Oel-Pool AG (nachfolgend: Oel-Pool) entstand,¹ ist insbesondere im Tankstellengeschäft in der Schweiz tätig und unterhält schweizweit ein Netz von 370 Tankstellen, 32 davon mit Tankstellenshops. So betreibt sie insbesondere Tankstellen unter den Marken Miniprix und Ruedi Rüssel, aber auch Tankstellen der Marken Shell und BP. Die Tankstellenshops werden durch die shop and more AG (nachfolgend: shop and more) betrieben, einem Joint Venture zwischen Volare und der Gilden Holding B.V.² Weiter hat Volare die operative Verantwortung für 45 Tankstellen der Halter AG Wil, zwei davon mit Tankstellenshops, die von shop and more betrieben werden, und hält eine 50-prozentige Beteiligung an der Halter AG Wil. Volare ist weiter im Bereich des Grosshandels mit Brenn- und Treibstoffen tätig und betreibt aktuell über 50 Tankfahrzeuge. Volare ist auch in weiteren Bereichen aktiv, so z.B. im Immobilienbereich und via ihre Tochtergesellschaft De Sede AG im Bereich der Produktion und des Vertriebs von Möbeln. Volare wird von [...] alleine kontrolliert, wobei dieser nicht der alleinige Besitzer von Volare ist.

3. Advitec mit Sitz in Basel hält sämtliche Aktien der GRISARD-GRUPPE AG (nachfolgend: Grisard-Gruppe) mit Sitz in Basel. Die Grisard-Gruppe hält mehrere Gesellschaften, mit denen sie in drei Bereichen aktiv ist: im Betrieb von Tankstellen, im Bereich Bau und im Immobilien-Bereich. So betreibt die GRISARD AG (nachfolgend: Grisard) mit Sitz in Basel, ein Tochterunternehmen der Grisard-Gruppe, 62 Tankstellen³ – allesamt unter der Marke AVIA⁴ – hauptsächlich in der Nordwestschweiz und ist über die Grisard-Gruppe an Tanklagern in Muttenz und Mellingen mitbeteiligt. Im Bereich Bau ist die Grisard-Gruppe mit verschiedenen Tochtergesellschaften im Bitumenhandel/der PmB-Produktion⁵, der Belagsherstellung/dem Belagseinbau und der Applikation von

bituminösen Bindemitteln und der Sanierung von Strassenoberflächen tätig.

4. Volare bezweckt mit der Übernahme von Advitec [...], während der Verkäufer, [...], mit der Veräusserung [...] beabsichtigt.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

5. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

6. [...]. Somit handelt es sich um einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. a KG und Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

B.2 Meldepflicht

7. Volare und Advitec erzielten im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss jeweils einen Umsatz in der Schweiz von mindestens CHF 100 Mio., zudem erzielten sie zusammen einen schweizweiten Umsatz von mindestens CHF 500 Mio.⁶ Somit handelt es sich vorliegend um einen meldepflichtigen Zusammenschluss gemäss Art. 9 Abs. 1 KG.

¹ Publikationsdatum SHAB. Ebenfalls am 2.12.2018 (Publikationsdatum SHAB) wurde die Aktiengesellschaft Oel-Pool AG mit Sitz in Suhr, Aargau, neu eingetragen. Die Gesellschaft beabsichtigt u.a., nach der Gründung einen Teil der Aktiven und Passiven (Fremdkapital) von Volare, nämlich den Geschäftsbereich Handel mit Brenn- und Treibstoffen, ohne Gegenleistung, zu übernehmen (vgl. <www.zefix.ch>, 27.11.2018).

² Vgl. RPW 2017/3, 495 ff., *Gilden Holding B.V./Oel-Pool AG/shop and more AG*.

³ Anzumerken ist, dass acht der neun Shops an den Tankstellen von Grisard von der Store Service Holding AG betrieben werden, an welcher die Grisard-Gruppe 10,24 % hält, aber keine Kontrollrechte hat, und dass der neunte Shop von einem Dritten betrieben wird, welcher weder direkt noch indirekt von Grisard kontrolliert wird.

⁴ AVIA hat elf Mitgliedsfirmen in der Schweiz, vgl. <avia.ch/ueber-avia/allgemein> (4.12.2018).

⁵ PmB: Polymermodifiziertes Bitumen, vgl. <de.wikipedia.org/wiki/Bitumen#Verwendung> (4.12.2018).

⁶ Diese Berechnungen basieren für Advitec auf dem Geschäftsjahr, welches vom 1.1.2017–31.12.2017 dauerte, und für Volare auf dem Geschäftsjahr vom 1.7.2016–30.6.2017, dies mangels Erhältlichkeit neuerer Zahlen, wobei sich die Zahlen 2017/18 gemäss Angaben der Parteien in etwa im gleichen Rahmen bewegen.

B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

8. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die WEKO, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

9. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.3.1 Relevante Märkte

10. Nachfolgend werden nur diejenigen Märkte abgegrenzt, in welchen es durch vorliegendes Zusammenschlussvorhaben (allenfalls) zu betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU kommt. Es sind dies Märkte, welche den Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen betreffen.

11. Anzumerken ist, dass beide Zusammenschlussparteien in Märkten tätig sind, die zum Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen (allenfalls) vorgelagert oder benachbart sind (vgl. Rz 2 f.). So vertreiben beide Zusammenschlussparteien nebst Diesel und Benzin auch Schmierstoffe und AdBlue an Endverbraucher. Weiter unterhält Volare eine Trading-Abteilung, welche die Versorgung des eigenen Tankstellennetzes sicherstellt, zudem ist sie im Bereich des Grosshandels (B2B) und des Kleinhandels (B2C) mit Brennstoffen (v.a. Heizöl Extra-Leicht) und Treibstoffen tätig.⁷ Im Weiteren betreibt Volare schweizweit 32 Tankstellenshops.

B.3.1.1 Sachlich relevante Märkte

12. 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).

13. In ihrem Entscheid zum Zusammenschlussvorhaben *Tamoil Distribution SA/TotalFinaElf (Suisse) SA und Potrans S.A.* betrachtete die WEKO für ihre Beurteilung den Vertrieb von verschiedenen Treibstoffen (Benzin bleifrei 95 und 98 sowie Diesel) an Tankstellen als einen sachlich relevanten Markt. Dabei wies sie darauf hin, dass beim Vertrieb von Treibstoffen (Benzin und Diesel) an Tankstellen auf der Nachfrageseite kurzfristig kaum Substitutionsmöglichkeiten zwischen verschiedenen Treibstoffen bestehen, bei der Produktion von Treibstoffen (Raffinerien) hingegen eine beträchtliche Umstellungsflexibilität besteht und dass die Vertriebsstruktur für die verschiedenen Treibstoffe auf Grosshandels- und Detailhandelsstufe nahezu identisch sind.⁸ In ihrem Entscheid *Gilden Holding B.V./Oel-Pool AG/shop and more AG* ging die WEKO von einem sachlich relevanten Markt für den Vertrieb von Treibstoffen (Benzin und Diesel) an Tankstellen aus, liess die genaue diesbezügliche sachliche Abgrenzung aber offen.⁹

14. Die Europäische Kommission legte in ihrem Entscheid *DCC/Dansk Fuels* dar, dass sie in früheren Ent-

scheiden in Betracht gezogen hatte, dass der Einzelhandelsumsatz mit Treibstoffen Verkäufe sämtlicher Tankstellen, Markentankstellen und markenloser Tankstellen, umfasst, innerhalb und ausserhalb eines integrierten Vertriebsnetzes. Weiter zeigte die Europäische Kommission in jenem Entscheid auf, dass sie weitere Segmentierungen geprüft (und offengelassen) hatte und erwähnte u.a. die Segmentierung in Verkäufe durch (i) Autobahntankstellen, (ii) ländliche Tankstellen, (iii) Diesel-LKW-Tankstellen und (iv) marine Tankstellen sowie eine weitere Segmentierung des Marktes in den Einzelhandelsvertrieb von Treibstoffen an Geschäftskunden (B2B) und einen solchen an Endkonsumenten (B2C).¹⁰

15. In verschiedenen Entscheiden zu Zusammenschlüssen bezüglich Tankstellen ging die Competition & Markets Authority des Vereinigten Königreichs (nachfolgend: CMA) bei ihrer Beurteilung in sachlicher Hinsicht von einem Einzelhandelsmarkt für Kraftfahrzeugkraftstoff (Benzin und Diesel) aus.¹¹ Zudem zog sie eine weitere Segmentierung in die Versorgung durch Autobahntankstellen und die Versorgung durch Tankstellen abseits von Autobahnen in Erwägung.¹²

16. Gemäss dem Abschlussbericht der Sektoruntersuchung Kraftstoffe des Deutschen Bundeskartellamts grenzt dieses die Tankstellenmärkte regional in sachlich getrennte Märkte für den Absatz von Otto- und Dieseldieselkraftstoff¹³ über Strassentankstellen ab. Dabei weist es darauf hin, dass es in früheren Fusionsfällen festgestellt hatte, dass ein einheitlicher Absatzmarkt für den Vertrieb von Ottokraftstoff und Dieseldieselkraftstoff existiert.¹⁴

17. Nachfolgend wird von einem sachlich relevanten Markt für den Vertrieb von Treibstoffen (Benzin und Diesel) an Tankstellen ausgegangen. Die genaue diesbezügliche, sachliche Marktabgrenzung soll aber offengelassen werden, da das Ergebnis der nachfolgenden Analyse bei jeder denkbaren sachlichen Marktabgrenzung dasselbe bleibt.

⁷ B2B: Business-to-Business; B2C: Business-to-Consumer.

⁸ RPW 2003/1, 161 f. Rz 10, *Tamoil Distribution SA/TotalFinaElf (Suisse) SA und Potrans S.A.* Ebenfalls mit dem Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen befasste sich eine im Jahr 2001 abgeschlossene Untersuchung der WEKO (RPW 2002/1, 77 ff., *Benzinmarkt Schweiz (Zeitraum 1993 – 2000)*).

⁹ RPW 2017/3, 496 Rz 9, *Gilden Holding B.V./Oel-Pool AG/shop and more AG*.

¹⁰ KOMM, COMP/M.8000 vom 20.6.2016, Rz 15, *DCC/Dansk Fuels*, mit Verweis auf: KOMM, COMP/M.7603 vom 23.3.2016, *Statoil Fuel and Retail/Dansk Fuels*; KOMM, COMP/M.7849 vom 7.4.2016, *MOL/ENI Hungaria/ENI Slovenija*.

¹¹ CMA, ME/6750/18 vom 31.8.2018, Rz 33, *Motor Fuel Group (MFG)/MRH*; CMA, ME/6563/15 vom 26.11.2015, Rz 26 und 28 und Fn 5, *MRH (GB)/Esso Petroleum*, mit weiteren Verweisen.

¹² Vgl. CMA, ME/6563/15 vom 26.11.2015, Rz 26, *MRH (GB)/Esso Petroleum*; CMA, ME/6534/15 vom 26.8.2015, Rz 22 und 25, *Motor Fuel/Shell*.

¹³ Der Begriff Ottokraftstoff wird vom Bundeskartellamt vermutungsweise für Motorenbenzin als Gegenstück zum Dieseldieselkraftstoff verwendet (vgl. <de.wikipedia.org/wiki/Entwicklung_der_Ottokraftstoffe> (6.12.2018)).

¹⁴ Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht gemäss § 32e GWB – Mai 2011, 44–46 Kapitel 2.1.1.

B.3.1.2 Räumlich relevante Märkte

18. 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).

19. In ihrem Entscheid *Tamoil Distribution SA/TotalFinaElf (Suisse) SA und Potrans S.A.*¹⁵ liess die WEKO offen, ob von einer nationalen oder einer regionalen Marktabgrenzung bezüglich des Vertriebs von verschiedenen Treibstoffen (Benzin bleifrei 95 und 98 sowie Diesel) an Tankstellen auszugehen ist. Gründe für eine nationale Abgrenzung sah sie aufgrund der landesweit weitgehend homogenen Wettbewerbsverhältnisse und der im Vergleich zum benachbarten Ausland geringeren Fiskalbelastung. Sie wies aber auch auf regionale Charakteristika beim Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen hin und erläuterte, dass Automobilisten ihre Nachfrage weitgehend in einem beschränkten geographischen Raum decken, so z.B. am Wohnort oder auf dem Arbeitsweg. Zudem erwähnte sie, dass sich die verschiedenen regionalen Teilmärkte aufgrund der hohen geographischen Marktdurchdringung der grossen Tankstellennetze überschneiden.¹⁶ Auch in ihrem Entscheid *Gilden Holding B.V./Oel-Pool AG/shop and more AG* liess die WEKO die räumliche Marktabgrenzung offen.

20. Sowohl für Dänemark als auch für Ungarn erachtete die Europäische Kommission den Markt bezüglich des Einzelhandelsumsatzes mit Treibstoffen (inkl. dessen Submärkte) als national mit lokalen Wettbewerbselementen.¹⁷ Während sie für B2B-Kunden den Markt jeweils für national hielt, erachtete sie die Wettbewerbsbedingungen im Markt für B2C-Kunden jeweils als ausreichend homogen, um auf einen nationalen Markt zu schliessen, berücksichtigte aber dennoch auch lokale Wettbewerbselemente resp. anerkannte die Wichtigkeit der Berücksichtigung lokaler Wettbewerbsbeziehungen für die Bewertung des Zusammenschlussvorhabens.¹⁸

21. Räumlich nahm die CMA bei verschiedenen Entscheiden eine Beurteilung des Einzelhandelsmarkts für Kraftfahrzeugkraftstoff (Benzin und Diesel) sowohl auf nationaler als auch lokaler Ebene vor, wobei sie als Proxy für die lokale Ebene Fahrzeitisochronen von 10 Minuten in urbanen Gegenden und 20 Minuten in ländlichen Gegenden annahm.¹⁹

22. Gemäss dem Abschlussbericht der Sektoruntersuchung Kraftstoffe kam das Bundeskartellamt zum Schluss, dass die Tankstellenmärkte regional abzugrenzen sind und verwendete dabei ein gewichtetes Erreichbarkeitsmodell. Es erachtete dabei bei Zugrundelegung grosszügiger Grenzen für ländliche Regionen für diese Grenzen eine Fahrzeit von maximal 60 Minuten als angemessen, für das städtische Umfeld eine solche von maximal 30 Minuten.²⁰

23. Nachfolgend wird bezüglich des Vertriebs von Treibstoffen an Tankstellen (Benzin und Diesel) sowohl die nationale als auch die lokale Ebene betrachtet. In nachfolgender Analyse wird dabei bezüglich der lokalen Ebene in einem ersten Schritt von lokalen Märkten ausgegangen, die mittels 10-km-Radien gebildet werden, wobei die Möglichkeit der Anpassung der räumlichen Dimension der einzelnen Märkte an die lokalen Gegeben-

heiten und Charakteristiken des Marktes vorgesehen ist. Schliesslich kann die räumliche Marktabgrenzung bezüglich des Vertriebs von Treibstoffen (Benzin und Diesel) an Tankstellen aber offengelassen werden, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung dieses sachlichen Markts dasselbe bleibt.

B.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

24. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als „vom Zusammenschluss betroffene Märkte“ bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

25. In der Schweiz gab es per 1. Januar 2018 3382 öffentlich zugängliche Markentankstellen (vgl. Tabelle 1).²¹ Volare betreibt in der Schweiz insgesamt 415 Tankstellen, insbesondere der Marken Miniprix und Ruedi Rüssel, aber auch der Marken Shell und BP,²² die Grisard-Gruppe insgesamt 62 Tankstellen, sämtliche unter der Marke AVIA (vgl. Rz 3). Somit betreibt Volare rund 12,3 % und die Grisard-Gruppe rund 1,8 % sämtlicher Tankstellen in der Schweiz. Gemessen am Absatz sind die schweizweiten Marktanteile der Zusammenschlussparteien [...] und liegen für das Jahr 2017 bei rund [0–10] % für Volare und rund [0–10] % für die Grisard-Gruppe sowie kumuliert bei [0–10] %. Sämtliche von Grisard betriebenen Tankstellen und die meisten von Volare betriebenen Tankstellen bieten sowohl Benzin als auch Diesel an. Keine der von den Zusammenschlussparteien betriebenen Tankstellen ist eine Autobahntankstelle.

¹⁵ Vgl. RPW 2003/1, 162 f. Rz 12, *Tamoil Distribution SA/TotalFinaElf (Suisse) SA und Potrans S.A.*

¹⁶ Vgl. RPW 2003/1, 162 Rz 12, *Tamoil Distribution SA/TotalFinaElf (Suisse) SA und Potrans S.A.* mit weiteren Verweisen.

¹⁷ KOMM, COMP/M.7603 vom 23.3.2016, Rz 62, *Statoil Fuel and Retail/Dansk Fuels*; KOMM, COMP/M.7849 vom 7.4.2016, 47, *MOL/ENI Hungaria/ENI Slovenija*.

¹⁸ KOMM, COMP/M.7603 vom 23.3.2016, Rz 55 ff., *Statoil Fuel and Retail/Dansk Fuels*; KOMM, COMP/M.7849 vom 7.4.2016, 42 ff., *MOL/ENI Hungaria/ENI Slovenija*.

¹⁹ Vgl. u.a. CMA, ME/6750/18 vom 31.8.2018, Rz 31 und 33, *Motor Fuel Group (MFG)/MRH*; CMA, ME/6563/15 vom 26.11.2015, Rz 28, *MRH (GB)/Esso Petroleum Company*; CMA, ME/6534/15 vom 26.8.2015, Rz 25, *Motor Fuel/Shell*.

²⁰ Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Kraftstoffe, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB – Mai 2011, 46 ff. Im selben Bericht (S. 47) verweist das Bundeskartellamt auf den Entscheid „Freie Tankstellen“ des Oberlandesgerichts Düsseldorf von 2002 und dass das Gericht es als ausreichend erachtet hatte, „dem räumlichen Tankstellenmarkt einen Radius von 25 Kilometer um den betroffenen Tankstellenbetrieb zugrunde zu legen.“

²¹ Zudem gibt es sog. freie Tankstellen und öffentlich zugängliche Betriebstankstellen.

²² Per 18.10.2018 betrieb Volare 47 Tankstellen unter der Marke Shell und 69 Tankstellen unter der Marke BP (teilweise über die Halter AG Wil), vgl. auch Rz 2.

Tabelle 1: Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen, 2017: Marktanteile auf nationaler Ebene und in ausgewählten regionalen Märkten mit 10-km-Radien

Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen, räumliche Marktabgrenzung	Marktanteil [%]			Marktvolumen
	Volare	Grisard- Gruppe	kumu- liert	
Schweizweite Marktabgrenzung				
Anzahl Liter	[0–10]	[0–10]	[0–10]	4'664 Mio. Liter ²³
Anzahl Tankstellen	12,3	1,8	14,1	3382 ²⁴
Regionale Marktabgrenzung bei Anwendung von 10-km-Radien, mengenbasiert²⁵				
Reigoldswil BL (Mittelpunkt: Reigoldswil)	[10–20]	[0–10]	[20–30]	[...] Mio. Liter
Cortébert NE (Region Vallon de St. Imier)	[30–40]	0	[30–40]	[...] Mio. Liter
Peseux (Region Littoral)	[30–40]	0	[30–40]	[...] Mio. Liter
Wattwil (Region Toggenburg)	[30–40]	0	[30–40]	[...] Mio. Liter
Maloja (Region Oberengadin/ Bergell)	[90–100]	0	[90–100]	[...] Mio. Liter
Grindelwald (Region)	[40–50]	0	[40–50]	[...] Mio. Liter
Engelberg OW	[90–100]	0	[90–100]	[...] Mio. Liter
Schwarzsee FR	[30–40]	0	[30–40]	[...] Mio. Liter

Quelle: Eigene Berechnungen basierend auf Daten aus dem Jahresbericht 17 der Erdöl-Vereinigung sowie Angaben von Volare.

26. Schweizweit am häufigsten waren per 1. Januar 2018 mit 600 Tankstellen diejenigen der Marke AVIA (inkl. durch die Grisard-Gruppe betriebene Tankstellen), gefolgt von 419 Tankstellen der Marke Agrola und 341 der Marke BP (inkl. der von Volare betriebenen Tankstellen).²⁶ Zu Migrol gehörten 307 Tankstellen (darunter auch über 60 mit Shell-Logo), zu Shell 196 Tankstellen (ohne von Volare betriebene Shell-Tankstellen)²⁷. 258 Tankstellen wurden per 1. Januar 2018 unter der Marke Eni Suisse betrieben, 254 unter der Marke Tamoil und 240 unter der Marke Coop. Daneben gab und gibt es eine Reihe weiterer Marken, die im Tankstellengeschäft in der Schweiz vertreten sind, so u.a. die Marken Socar, Jubar und Combustina.²⁸

²³ Gesamtabsatz sämtlicher Markentankstellen, errechnet mittels Daten des Jahresberichts 17 der Erdöl-Vereinigung (vgl. Erdöl-Vereinigung, Jahresbericht 17, 56 Statistiken Tabelle 15, <www.erdoel.ch/images/pdf/Jahresbericht_Erdoel-Vereinigung_2017.pdf>, 29.11.2017).

²⁴ Anzahl öffentlich zugänglicher Markentankstellen am 1.1.2018 gemäss Jahresbericht 17 der Erdöl-Vereinigung (Jahresbericht 17 (Fn 23), 55 Statistiken Tabelle 14).

²⁵ Das Marktvolumen der jeweiligen lokalen Märkte wurde folgendermassen geschätzt: Für die Tankstellen der Zusammenschlussparteien standen die effektiven Absätze [in Liter] für das Jahr 2017 der einzelnen Tankstellen zur Verfügung, während für Konkurrenz-tankstellen mit Shop und für solche ohne Shop je ein Durchschnittsvolumen [in Liter] geschätzt wurde. Für Konkurrenz-tankstellen mit Shop wurde ein gewichteter Durchschnitt sämtlicher Markentankstellen mit Shop > 50 m² und mit Shop < 50 m² errechnet (2,564 Mio. Liter) basierend auf Angaben des Jahresberichts 17 der Erdöl-Vereinigung (vgl. Jahresbericht 17 (Fn 23) 56 Statistiken Tabelle 15), während für die Tankstellen ohne Shop ein Durchschnittswert (0,621 Mio. Liter) errechnet wurde, bei dem das Absatzvolumen der Tankstellen mit Shop vom Absatzvolumen sämtlicher Markentankstellen abgezogen wird und durch die Anzahl Tankstellen ohne Shop geteilt wird.

²⁶ Vgl. Jahresbericht 17 (Fn 23), 55 Statistiken Tabelle 14.

²⁷ Gemäss Volare sind die 47 Tankstellen, welche von ihnen unter dem Shell-Brand betrieben werden, nicht in der Statistik der Erdöl-Vereinigung auf S. 55 des Jahresberichts 17 enthalten (vgl. Jahresbericht 17 (Fn 23), 55 Statistiken Tabelle 14).

²⁸ Vgl. Jahresbericht 17 (Fn 24), 55 Statistiken Tabelle 14.

27. Mit der Meldung reichte Volare eine Liste sämtlicher Markentankstellen und der wenigen, ihr bekannten freien Tankstellen in der Schweiz ein sowie eine elektronische Karte, auf welcher die Standorte dieser Tankstellen abgebildet sind und in welcher sich Kreise mit einem Radius von 10 Kilometer um Ortschaften von Tankstellen anzeigen lassen, welche von den Zusammenschlussparteien betrieben werden. Während sich die von Volare betriebenen Tankstellen an Standorten in der ganzen Schweiz befinden, stehen die Tankstellen des Tankstellennetzes von Grisard vorwiegend in der Nordwestschweiz. Volare überprüfte für mehrere lokale Märkte bezüglich des Vertriebs von Treibstoffen an Tankstellen unter Anwendung von 10-km-Radien, ob es durch vorliegendes Zusammenschlussvorhaben zu betroffenen Märkten mit Marktanteilsaddition gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU kommt. Nur für einen einzigen solchen lokalen Markt kam Volare dabei auf einen betroffenen Markt mit Marktanteilsaddition, und zwar für den Markt, bei welchem Reigoldswil (BL) den Mittelpunkt bildet (vgl. Tabelle 1). In den übrigen lokalen Märkten, in denen es gemäss Volare mutmasslich zu Marktanteilsadditionen kommen wird, konnte Volare anhand der grafischen Darstellung keine betroffenen Märkte identifizieren. Es ist also nicht auszuschliessen, dass weitere betroffene Märkte mit Marktanteilsadditionen bezüglich des Vertriebs von Treibstoffen an Tankstellen vorliegen, wobei zu beachten ist, dass für das Vorhandensein eines tatsächlich betroffenen Marktes ein kumulierter Marktanteil von mindestens 20 % bei Anwendung eines 10-km-Radius lediglich ein Indiz für einen betroffenen Markt ist (und keine ausreichende Bedingung). Ob ein solcher aber tatsächlich vorliegt, ergibt sich erst durch den Einbezug und die Analyse der effektiven lokalen Gegebenheiten und Charakteristiken des Marktes.

28. Mit einem Marktanteil seitens Volare von [10–20] % und der Grisard-Gruppe in Höhe von [0–10] % beträgt der kumulierte Marktanteil der Zusammenschlussparteien beim Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen im Markt „Reigoldswil“ [20–30] %. Den vier von Volare und den zwei von Grisard betriebenen Tankstellen stehen dabei zehn Konkurrenztankstellen gegenüber, vier unter der Marke AVIA betriebene, zwei der Marke Socar und je eine von Agrola, Coop, Eni und Tamoil. Volare ist der Ansicht, dass in ländlichen und peripheren Gebieten des Jura und der Alpen ein grösserer Radius als 10 Kilometer um die jeweilige Tankstelle realistischer erscheint und für Tankstellen in peripheren Gebieten ein Radius angewendet werden kann, der mindestens bis zum nächsten regionalen Zentrum geht. Im Falle des lokalen Marktes „Reigoldswil“ sieht Volare Liestal und Sissach als solche regionalen Zentren. Bezieht man die Tankstellen an diesen Orten, nämlich eine von Grisard betriebene und drei Konkurrenztankstellen (zwei der Marke AVIA, eine der Marke BP) in den erweiterten Markt „Reigoldswil“ bezüglich des Vertriebs von Treibstoffen an Tankstellen mit ein,²⁹ so beträgt der kumulierte Marktanteil der Zusammenschlussparteien [20–30] % (Marktanteil Volare: [0–10] %, Marktanteil Grisard-Gruppe: [10–20] %), fasst man diese regionalen Zentren noch etwas weiter und schliesst die Ortschaften Füllinsdorf und Zunzgen mit ein (mit je einer Tankstelle von Socar und AVIA), so erreichen die Zusammenschlussparteien einen kumulierten Marktanteil von [10–20] %.

29. Es zeigt sich also, dass sich die Tankstellen der Zusammenschlussparteien bezüglich des Vertriebs von Treibstoffen an Tankstellen im Markt „Reigoldswil“, unabhängig davon, ob dieser etwas enger oder weiter gefasst wird, einer grösseren Anzahl von Wettbewerbern gegenüber sieht und dass keine Anhaltspunkte bestehen, dass der Zusammenschluss in diesem Markt eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Auch für allenfalls weitere betroffene lokale Märkte bezüglich des Vertriebs von Treibstoffen an Tankstellen mit Marktanteilsaddition (vgl. Rz 27) ist im Hinblick darauf, dass es in der Schweiz mehrere Tankstellenketten unterschiedlicher Marken gibt (vgl. Rz 26) und zudem nebst den Zusammenschlussparteien mehrere weitere Tankstellenbetreiber in der Schweiz tätig sind, und unter Berücksichtigung lokaler Gegebenheiten und Charakteristiken für die räumliche Abgrenzung der einzelnen lokalen Märkte, davon auszugehen, dass keine Anhaltspunkte bestehen, dass der Zusammenschluss in diesen Märkten eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird.

30. Volare überprüfte zudem ausgewählte lokale Märkte zum Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen, welche mittels 10-km-Radien abgegrenzt werden, und in welchen nur Volare, nicht aber Grisard tätig ist, darauf, ob betroffene Märkte ohne Marktanteilsaddition gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen. Es sind dies gemäss Volare Gebiete, welche auf den ersten Blick eine augenfällige Konzentration von Tankstellen von Volare aufweisen. Für folgende, in Tabelle 1 aufgelistete, lokale Märkte bezüglich des Vertriebs von Treibstoffen an Tankstellen kam sie dabei bei Anwendung von 10-km-Radien auf einen Marktanteil Volares von 30 % oder mehr: Cortébert (Region Vallon de St. Imier, Marktanteil: [30–40] %), Peseux (Region Littoral, Marktanteil: [30–40] %), Wattwil (Region Toggenburg, Marktanteil: [30–40] %), Maloja (Region Oberengadin/Bergell, Marktanteil: [90–100] %), Grindelwald (Marktanteil: [40–50] %), Engelberg (Marktanteil: [90–100] %) und Schwarzsee (Region Schwarzsee/Gantrisch, Marktanteil: [30–40] %). Dabei argumentiert Volare, dass es sich bei sämtlichen dieser Märkte mit Ausnahme der Region Littoral um periphere Märkte handelt. Dies bedeutet, dass Volare für diese Märkte – mit Ausnahme desjenigen zur Region Littoral – einen grösseren Radius als 10 Kilometer als realistischer erachtet und davon ausgeht, dass mindestens das nächste regionale Zentrum miteinzubeziehen ist (vgl. Rz 28). So zeigt Volare auf, dass eine derartige räumliche Ausdehnung des Marktes für diese peripheren Märkte dazu führt, dass bei diesen Märkten keine betroffenen Märkte vorliegen.

²⁹ Die Socar-Tankstelle in Liestal wurde bereits beim 10-km-Radius mitgerechnet.

31. Gemäss Angaben von Volare handelt es sich bei der Region Littoral (vgl. Rz 30) um ein dicht besiedeltes Gebiet mit teilweise vorstädtischem Charakter und einer relativ hohen Dichte an Tankstellen. Bei der räumlichen Marktabgrenzung des Vertriebs von Treibstoffen an Tankstellen mit einem 10-km-Radius um Peseux (Region Littoral) erreicht Volare, wie in Rz 30 erwähnt, einen Marktanteil von [30–40] %. Gemäss den von Volare zur Verfügung gestellten Daten gibt es in jenem Gebiet 28 Tankstellen, wobei 13 davon von Volare betrieben werden. Von den 15 Konkurrenztankstellen gehören deren drei zu Migrol, zudem werden je zwei als AVIA-, Coop-, Shell- und Tamoil-Tankstellen betrieben sowie eine unter der Marke BP und deren drei als freie Tankstellen. Es zeigt sich also, dass nebst Volare eine Reihe weiterer Tankstellen mehrerer Marken in diesem Markt tätig sind. Von einer marktbeherrschenden Stellung seitens Volare ist in diesem Markt nicht auszugehen.

32. Da Volare nur ausgewählte lokale Märkte zum Vertrieb von Treibstoffen an Tankstellen darauf geprüft hat, ob bei diesen ein betroffener Markt ohne Marktanteilsaddition besteht, ist nicht auszuschliessen, dass nebst dem lokalen Markt „Peseux“ ein oder mehrere

weitere betroffene Märkte ohne Marktanteilsaddition vorliegen. In Anbetracht der Wettbewerbssituation in der Schweiz bezüglich des Vertriebs von Treibstoffen an Tankstellen (vgl. Rz 26 und 29) und unter Berücksichtigung lokaler Gegebenheiten und Charakteristiken für die räumliche Abgrenzung der einzelnen lokalen Märkte ist allerdings nicht davon auszugehen, dass Volare bei einem oder mehreren dieser lokalen Märkte eine marktbeherrschende Stellung innehat. Deshalb sind keine negativen Wettbewerbseffekte, welche vom Markt „Peseux“ und/oder möglicherweise von weiteren betroffenen Märkten ohne Marktanteilsaddition bezüglich des Vertriebs von Treibstoffen an Tankstellen ausgehen, auf räumlich benachbarte Märkte zu erwarten.

B.3.3 Ergebnis

33. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3

3. Boeing/Safran/JV

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 1. Oktober 2018

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 29. September 2018

1. Am 10. September 2018 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung von The Boeing Company (Boeing) und der Safran S.A. (Safran) über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen Boeing und Safran (gemeinsam: die Parteien) die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens (JV).

2. Boeing ist ein multinationales Unternehmen, das in den Bereichen Luft- und Raumfahrt sowie Verteidigung tätig ist. Boeing entwickelt, produziert und vermarktet Verkehrsflugzeuge sowie Verteidigungs-, Raumfahrt- und Sicherheitssysteme und bietet Dienstleistungen auf dem Aftermarket (Sekundärmarkt) für die Luft- und Raumfahrt an.

3. Safran ist ein weltweit tätiges Unternehmen, das in den Bereichen Antriebstechnik und Ausrüstung für die Luft- und Raumfahrt sowie Verteidigung tätig ist. Im Bereich der Antriebstechnik für die Luft- und Raumfahrt stellt Safran Triebwerke für Flugzeuge, Helikopter und Raumfahrzeuge her. Im Bereich der Flugzeugausrüstung liefert Safran vor allem Landesysteme, Räder und Bremsen, Triebwerksgondeln, Kraftübertragungssysteme, elektrische Systeme und Bordnetz-Systeme.

4. Das JV soll einerseits Hilfstriebwerke (APUs¹) und deren Komponenten für bestimmte Flugzeuge² (In-Scope-Flugzeuge) entwickeln, herstellen und vermarkten. Andererseits soll es Wartungs-, Reparatur- und Überholungsdienstleistungen (MRO³-Dienstleistungen) und diesbezügliche Ersatzteile sowie Kundensupport und -dienstleistungen bezüglich dieser APUs bereitstellen.

5. Die nachfolgende Analyse beschränkt sich auf diese Tätigkeiten des JV sowie diejenigen Aktivitäten der Parteien, die nach deren Ansicht einen Zusammenhang zur Tätigkeit des JV aufweisen.

6. Die sachliche und räumliche Marktabgrenzung bezüglich APUs, MRO-Dienstleistungen und Ersatzteilen bezüglich APUs sowie Verkehrsflugzeugen kann offengelassen werden, da das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens bei jeder denkbaren Marktabgrenzung dasselbe bleibt.

7. Safran produziert und vertreibt APUs für Militärflugzeuge und Helikopter sowie über eine Tochtergesellschaft solche für Geschäftsflugzeuge. Dagegen ist Safran nicht in der Entwicklung, Herstellung und Vermark-

tung von APUs für grosse Verkehrsflugzeuge und Regionalflugzeuge tätig. Boeing ist auf dem Markt für APUs nicht tätig. Wird ein weltweiter Markt für APUs für grosse Verkehrsflugzeuge und Regionalflugzeuge abgegrenzt, bestehen keinerlei horizontale Überschneidungen zwischen den Tätigkeiten von Safran und dem JV. Selbst im Fall einer weiten Definition des sachlichen Marktes für APUs ohne weitere Unterteilung hätte Safran lediglich einen geschätzten weltweiten Marktanteil von [0–10] % resp. schweizweiten Marktanteil von [0–10] %. Folglich liegt – unabhängig von der Marktabgrenzung – im Bereich APUs kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) vor.

8. Boeing und Safran sind zwar beide in Luft- und Raumfahrt-Aftermarkets tätig, nach Angaben der Parteien jedoch nicht im Bereich der MRO-Dienstleistungen und Ersatzteile für APUs [...], in dem das JV aktiv sein wird. Boeing bietet keine MRO-Dienstleistungen und Ersatzteile für APUs an, während Safran durch eine Tochtergesellschaft ausschliesslich solche für eigene Produkte, d.h. kleine APUs für Militärflugzeuge, Helikopter und Geschäftsflugzeuge, bereitstellt. [...] Für den Bereich Komponentenwartung inkl. diesbezügliche Ersatzteile für alle Luftfahrzeugmärkte schätzt Boeing ihren weltweiten Marktanteil auf [0–10] % und Safran ihren auf [10–20] %. Ihren Marktanteil in der Schweiz im Bereich MRO-Dienstleistungen und Ersatzteile für APUs (inkl. APUs für grosse Verkehrsflugzeuge, Regionalflugzeuge, Geschäftsflugzeuge, Helikopter und Militärflugzeuge) schätzt Safran auf [0–10] %. Folglich liegt – unabhängig von der genauen Marktabgrenzung – im Bereich MRO-Dienstleistungen und diesbezügliche Ersatzteile bezüglich APUs kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

9. Boeings Marktanteil im weltweiten Markt für grosse Verkehrsflugzeuge beträgt gemäss Angaben von Boeing sowohl wert- als auch mengenbasiert schätzungsweise [40–50] %. Infolgedessen wird nachfolgend kurz auf möglicherweise bestehende vertikale Effekte eingegangen.

10. Das Zusammenschlussvorhaben eröffnet eine neue Angebotsquelle für APUs und damit zusammenhängende Dienstleistungen. Somit resultiert aus dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben gemäss den Parteien keine Abschottung von Einsatzmitteln und auch eine Abschottung von konkurrierenden APU-Herstellern vom Markt für grosse Verkehrsflugzeuge ist unwahrscheinlich. Folglich bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für grosse Verkehrsflugzeuge eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

¹ APU = Auxiliary Power Units.

² [...]

³ MRO = Maintenance, Repair and Overhaul.

11. Boeing und Safran verpflichten sich, keine Geschäfte betreffend die Gestaltung und Produktion von APUs oder deren Komponenten für In-Scope-Flugzeuge zu tätigen oder Aftermarket-Dienstleistungen für APUs oder deren Komponenten, die vom JV hergestellt werden, anzubieten. Dieses Wettbewerbsverbot wird als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig und somit als Nebenabrede des Zusammenschlussvorhabens qualifiziert.

12. Die vorläufige Prüfung ergibt keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) sind daher nicht gegeben.

B 2.3

4. Romande Energie Commerce SA/Elektrizitätswerke des Kantons Zürich/EBM Energie AG/Joint Venture

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 29. Oktober 2018

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 31. Oktober 2018

1. Am 27. September 2018 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die Romande Energie Commerce SA (nachfolgend: REC), die Elektrizitätswerke des Kantons Zürich (nachfolgend: EKZ) und die EBM Energie AG (nachfolgend: EBM), die gemeinsame Kontrolle über das zu gründende Unternehmen „Enersuisse“ (derzeit geplante Firma) zu erwerben. Die drei Unternehmen REC, EKZ und EBM sind die meldenden Unternehmen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU.

2. REC ist ein regionales Energieversorgungsunternehmen in der Westschweiz und ist im Bereich der Kommerzialisierung der Elektroenergie und anderer Energieträger (Gas und andere Energien, hydrologischer Kreislauf) sowie im Bereich der Telekommunikation tätig. Die REC ist Teil der Romande Energie Holding, welche zu rund 74% an der REC beteiligt ist.

3. EKZ sind ein regionales Energieversorgungsunternehmen zur Versorgung des Kantons Zürich mit elektrischer Energie; ausgenommen ist das Gebiet der Stadt Zürich.

4. EBM ist ein regionales Energieversorgungsunternehmen in der Region Basel und ist im Bereich der Erzeugung und Versorgung von Energien aller Art sowie im Bereich von Energie-, Infrastruktur-, Beratungs- und Kommunikationsdienstleistungen tätig.

5. Enersuisse ist ein durch die meldenden Unternehmen zu gründendes Joint Venture, welches gegenüber diesen sowie dritten Energieversorgungsunternehmen nachfolgend näher beschriebene Dienstleistungen im Bereich der Auslagerung von spezifischen Geschäftsprozessen erbringen soll. Gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU gelten bei der Erlangung der Kontrolle die kontrollierenden und die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen. Kontrolliertes Gemeinschaftsunternehmen ist vorliegend die zu gründende Enersuisse (Art. 2 Abs. 2 VKU).

6. Die meldenden Unternehmen beabsichtigen, sämtliche Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Verwaltung und Abwicklung von Kundenbeziehungen auszulagern und in die Enersuisse einzubringen. Dazu gehören sämtliche sogenannten „Data-to-Cash“-Prozesse für Energie,

Netz, Wasser, Telefonie/Data und Gas, während Eigenverbrauchsgemeinschaften, Wärme, Kälte und Submetering davon ausgenommen sind. Der „Data-to-Cash“-Prozess umfasst insbesondere die Abwicklung von Rechnungen für Strom, Netz, Wasser, Telefonie und Gas. Des Weiteren wird die Enersuisse auch Dienstleistungen im Bereich der Messtechnik anbieten (sog. „Meter-to-Data“-Prozess) sowie die Fakturierung von Wärmekontrakten und die einmalige Fakturierung von Dienstleistungen. Mit der Enersuisse sollen demnach diese spezifischen Tätigkeiten, die bisher intern erbracht wurden, ausgelagert werden. Durch die Bündelung der genannten Prozesse durch die meldenden Unternehmen sowie aufgrund der Tatsache, dass entsprechende Dienstleistungen nach einer Anfangsphase auch gegenüber Dritten angeboten werden soll, soll insbesondere eine Senkung der entsprechenden Kosten dank Skaleneffekten erreicht werden.

7. Die meldenden Unternehmen werden [...] der Aktien der Enersuisse halten. Der Aktionärsbindungsvertrag (nachfolgend: ABV) sieht vor, dass der Verwaltungsrat der Enersuisse [...] aus [...] Mitgliedern besteht. REC, EKZ und EBM werden im Verwaltungsrat [...] vertreten sein, [...]. Damit wird die Enersuisse gemäss Praxis der WEKO unter der gemeinsamen Kontrolle von REC, EKZ und EBM stehen.¹

8. Das Geschäftsjahr, das dem Verpflichtungsgeschäft vorangeht, umfasst für die REC und die EBM das Kalenderjahr 2017 und für die EKZ das Geschäftsjahr vom 1. Oktober 2016 bis zum 30. September 2017. Die weltweiten Umsätze im letzten Geschäftsjahr aller beteiligten Unternehmen werden folgend dargestellt: Der Betriebsertrag der Gruppe Romande Energie Holding (nachfolgend: REC-Gruppe) für das Geschäftsjahr 2017 beträgt rund CHF 575 Mio. Der Betriebsertrag der EKZ-Gruppe für das Geschäftsjahr 2016-2017 beträgt rund CHF 740 Mio. Der Betriebsertrag der EBM-Gruppe für das Geschäftsjahr 2017 beträgt rund CHF 570 Mio. Die Enersuisse erzielt derzeit noch keinen Umsatz.

9. Was die Umsätze im letzten Geschäftsjahr aller beteiligten Unternehmen in der Schweiz anbetrifft, so erzielte die REC-Gruppe praktisch den gesamten Umsatz in der Schweiz. Die EKZ-Gruppe erzielte den grössten Teil des Umsatzes in der Schweiz. Auch die EBM-Gruppe erzielte den grössten Teil des Umsatzes in der Schweiz. Die Enersuisse erzielt derzeit noch keinen Umsatz. Die Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 KG werden somit erreicht und damit ist der Zusammenschluss gestützt auf Art. 9 Abs. 1 KG meldepflichtig.

¹ Vgl. RPW 2012/1, S. 148 N 32, NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN.

10. Um die betroffenen Märkte zu bestimmen, sind vorgängig die relevanten Märkte abzugrenzen. Der relevante Markt besteht aus einer sachlichen und räumlichen Dimension.²

11. Entgegen einer früheren Praxis der WEKO aus dem IT-Bereich aus den Jahren 2001 und 2003³ – welche aus Sicht der Parteien vorliegend heranzuziehen sei – ist die WEKO in der jüngeren Praxis verschiedentlich von engen Marktabgrenzungen im Bereich des Outsourcing von Geschäftsprozessen ausgegangen. So hat die WEKO im Fall BEKB/RBA jeweils innerhalb des Bereichs Business Management Services zwei verschiedene Märkte für BackOffice-Dienstleistungen im Bereich Zahlungsverkehrsverarbeitung resp. im Bereich Wertschriftenverarbeitung betrachtet.⁴ Im Fall BSI/Avaloq Group AG wurde – im Sinne einer engst möglichen Abgrenzung – ein Markt für Standardbankensysteme erwogen, auf welchem Avaloq als Herstellerin von Kernbankensoftware und Lizenzgeberin Leistungen wie die Entwicklung, Wartung und den Support erbringt, welche einen Zugang zum Source Code der Bankensoftware voraussetzen.⁵ Auch im Fall Swisscom IT Services AG/Entris Banking AG wurde insbesondere von separaten Märkten für Back Office-Dienstleistungen im Bereich Wertschriftenverarbeitung ausgegangen, wobei auch eine weitere Unterteilung in Teilmärkte in Erwägung gezogen wurde.⁶ Bei den genannten Fällen wurde jeweils in räumlicher Hinsicht von nationalen Märkten ausgegangen.

12. Aufgrund der hohen Spezialisierung des Joint Ventures und nicht zuletzt aufgrund der Tatsache, dass die Parteien gemäss öffentlichen Äusserungen das Joint Venture als „nationale Dienstleistungsgesellschaft im Energiesektor“ betrachten, wird im Rahmen der nachfolgenden Analyse von einem nationalen Markt für Back Office-Dienstleistungen für Energieunternehmen ausgegangen, welche insbesondere die Abwicklung von Meter-to-Cash-Abwicklungsprozessen umfasst. Eine abschliessende Marktabgrenzung kann jedoch vorliegend letztlich offengelassen werden.

13. Die Parteien schätzen, dass Enersuisse in der Schweiz einen Umsatz von rund [...] erzielen wird. Hinsichtlich der Gesamtgrösse des vorliegend betrachteten nationalen Marktes für Back Office-Dienstleistungen für Energieunternehmen seien jedoch laut Angaben der Parteien keine Zahlen verfügbar. Wollte man die Grösse des nationalen Marktes für Back Office-Dienstleistungen für Energieunternehmen ermitteln, könne man jedoch, insbesondere für den zur Diskussion stehenden „Meter-to-cash“-Prozess, auf die die Anzahl Messgeräte (Zähler) abgestellt werden. Um die vom Kunden bezogene Energie zu verrechnen, benötigt jedes Versorgungsunternehmen einen „Meter-to-Cash“-Prozess. Als Annäherung könne davon ausgegangen werden, dass die mit diesem Prozess verbundenen Kosten bei allen Unternehmen vergleichbar sind. Enersuisse werde rund [...] für die Verrechnung von Strom, Gas, Warmwasser und Wärme bewirtschaften. Dies seien laut Angaben der Parteien rund [...] der in der Schweiz vorhandenen Zähler.

14. Bei einer reinen Betrachtung des Anteils von Enersuisse an den gesamthaft in der Schweiz bewirt-

schafteten Messpunkten würde somit ein Anteil von [10-20] % resultieren. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass es sich dabei ausschliesslich um Messpunkte der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen handelt. Dieser Anteil ist hinsichtlich der Frage, inwiefern Enersuisse auch als Dienstleisterin gegenüber Dritten konkurrenzfähig sein wird, jedoch nur beschränkt aussagekräftig.⁷ So existieren laut Angaben der Parteien bereits derzeit eine Reihe von Konkurrenten, welche Back Office-Dienstleistungen für Energieunternehmen in der Schweiz anbieten. So dürften heute gemäss Auskunft der meldenden Unternehmen [...] % der 5.4 Mio. Messpunkte, d.h. rund [...] Messpunkte, durch unabhängige Dienstleister (wie CC energie, Swibi AG, Sysdex AG und Encontrol AG) betreut werden. Die übrigen Messpunkte würden von den Energieversorgungsunternehmen noch selbst bewirtschaftet. Grössere Energieversorgungsunternehmen (wie z.B. ewb, ewz oder Services industriels de Genève) verfügten je über ca. [...] Messpunkte und seien daher einerseits für diese Dienstleister interessante Kunden, könnten aber andererseits jederzeit selber damit beginnen, entsprechende Dienstleistungen gegenüber anderen Energieversorgungsunternehmen anzubieten. Enersuisse wird jedoch erst nach einer Anfangsphase gegenüber Dritten als Anbieterin von Back Office-Dienstleistungen für Energieunternehmen auftreten. Nach jetzigem Stand kann nicht beurteilt werden, inwiefern sich Enersuisse auch gegenüber Dritten gegen unabhängige Dienstleister durchsetzen kann.

15. [Nebenabreden]

16. Zusammenfassend wird bei der Betrachtung eines nationalen Marktes für Back Office-Dienstleistungen für Energieunternehmen – gestützt auf die Angaben der Parteien – die Schwelle von 20 % gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU bei Weitem nicht erreicht. Es liegen somit keine betroffenen Märkte vor. Zudem verfügen Energieversorgungsunternehmen gemäss den vorliegenden Angaben auch zukünftig über hinreichende Alternativen hinsichtlich der Erbringung der vorliegend betrachteten spezifischen Back Office-Dienstleistungen. Die vorläufige Prüfung ergibt somit keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

² Vgl. Merkblatt und Formular der Wettbewerbskommission, Meldung eines Zusammenschlussvorhabens vom 21. Oktober 2014, Ziff. 4.

³ Vgl. RPW 2001/4, 752 ff., *Swisscom AG und AGI IT Services AG*; RPW 2003/3, 514 ff. *Credit Suisse/Bank Linth*.

⁴ RPW 2007/4, 644 f. Rz 30 ff., *BEKB/RBA*.

⁵ RPW 2011/3, 421 f. Rz 6 ff., *BSI/Avaloq Group AG*.

⁶ RPW 2013/2, 266 36f., *Swisscom IT Services AG/Entris Banking AG*.

⁷ Vgl. hierzu die Ausführungen zur Unterscheidung zwischen dem „kaptiven“ respektive „nicht-kaptiven“ Bereich in RPW 2013/2, 269 51ff., *Swisscom IT Services AG/Entris Banking AG*.

B 2.3	5. Swisscom Directories/Websheep
-------	---

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 7. Januar 2019

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 7. Januar 2019

A Sachverhalt

1. Am 14. Dezember 2018 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt Swisscom Directories AG (nachfolgend: Swisscom Directories) von der Swissvit AG (nachfolgend: Swissvit) 100 % der Stammanteile der Websheep GmbH (nachfolgend: Websheep) zu übernehmen.

2. Swisscom Directories war ein Tochterunternehmen der Swisscom AG, an welchem auch die Tamedia AG eine Minderheitsbeteiligung ohne Kontrollrechte von 31 % der Aktien hielt. Swisscom AG übte über ihren Aktienanteil von 69 % der Aktien an Swisscom Directories die alleinige Kontrolle über diese aus. [Im Dezember 2018 hat Swisscom die Minderheitsanteile an Swisscom Directories übernommen, so dass Swisscom Directories seither unter alleiniger Kontrolle von Swisscom steht.] Swisscom Directories betreibt im Search & Find-Bereich die Webseiten www.local.ch und www.search.ch. Diese Seiten ermöglichen die Suche nach Kontaktinformationen über Privatpersonen und Unternehmen und nach weiteren Informationen über Unternehmen (Geschäftstätigkeit, Angebote, Öffnungszeiten, Ortsmarkierungen auf einer Karte mit Routenplanung, Bilder, Videos). Daneben bietet Swisscom Directories verschiedene Zusatzdienstleistungen im Bereich Restaurants und Managed Webseite Services an. Swisscom Directories ist zudem Herausgeberin von gedruckten Adressverzeichnissen. Weiter ist Swisscom Directories in der Aufbereitung und im Handel mit Verzeichnisdaten tätig. Im Rahmen dieser verschiedenen Tätigkeiten vermarktet Swisscom Directories zudem Werberaum an Werbetreibende.

3. Websheep betreibt schweizweit fünf Online-Plattformen (Anwaltvergleich.ch, Coiffeurvergleich.ch, Fahrlehrervergleich.ch, Treuhandvergleich.ch und Zahnarztvergleich.ch). Hierbei handelt es sich um branchenbezogene Verzeichnis-, Vergleichs- und Inserateplattformen. Sie umfassen geografisch geordnet Vergleichsinformationen zu den aufgeführten Dienstleistungsanbietern in den fünf Bereichen, in denen jeweils eine solche Online-Plattform betrieben wird.

4. Swisscom Directories beabsichtigt mit der Übernahme von Websheep im Rahmen einer Vertikalisierungsstrategie die Relevanz ihrer eigenen Plattformen mit Zusatz-

dienstleistungen für den Nutzer zu erhöhen. Zudem sollen hierdurch neue Umsatzquellen erschlossen werden. Die mit Websheep gewonnenen Kompetenzen sollen zudem auch auf andere Bereiche ausgedehnt werden. Websheep stellt daher für Swisscom Directories eine Ergänzung ihrer bestehenden Plattformen dar. Der derzeitige Alleinaktionär Swissvit will sich im Rahmen seiner Geschäftstätigkeit hauptsächlich mit strategischen Belangen befassen und sich aus dem operativen Geschäft von Websheep zurückziehen.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

5. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

6. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen Swisscom und Websheep sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

7. Als Unternehmenszusammenschluss gilt gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251) jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen. Als Kontrollerlangung wird gemäss Art. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; 251.4) der Erwerb von Beteiligungsrechten qualifiziert.

8. Swisscom beabsichtigt über Swisscom Directories 100 % der Stammanteile von Websheep zu übernehmen. Die Übertragung der Stammanteile stellt daher einen Unternehmenszusammenschluss dar.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

9. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

10. Gemäss Art. 9 Abs. 1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die betei-

ligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten und mindestens zwei der

beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten.

11. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen erzielen den nachfolgenden Umsatz:

	Weltweit	Schweizweit
Swisscom	CHF 11'662 Mio.	CHF 9'507 Mio.
Websheep	CHF [...]	CHF [...]
Gesamt	CHF [...].	CHF [...].

Tabelle 1: Umsätze der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen.

12. Aufgrund der in der Schweiz erzielten Umsätze sind die Meldeschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 KG nicht erreicht. Ungeachtet des Erreichens der Meldeschwellen besteht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG die Meldepflicht, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach dem Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

13. Die Wettbewerbskommission hat rechtskräftig festgestellt, dass die Telecom PTT (heute: Swisscom) auf dem schweizerischen Markt für Festnetztelefonie als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG gilt.¹ Die marktbeherrschende Stellung bezieht sich gemäss den damaligen Erwägungen auf das Netz und die Dienste.² Im selben Entscheid wurde ein Missbrauch im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG auf dem dem Telefoniemarkt nachgelagerten Internet-Provider-Markt festgestellt.³

14. Gemäss Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts liegen nachgelagerte Märkte vor, wenn Produkte oder Leistungen, bezüglich derer Marktbeherrschung besteht, in die auf dem Markt vertriebenen Produkte einfließt.⁴

15. Verzeichnisdaten fallen beim Abschluss eines Vertrages über Festnetztelefonie an und werden in der Regel mit Vertragsabschluss erhoben.⁵ Diese Daten sind der Input für die Verzeichnisdaten und sind damit der direkte Rohstoff für Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdienste. Damit ist der Markt für Festnetztelefonie den Märkten für Verzeichnisdaten, für Verzeichniseinträge sowie den Märkten für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten direkt vorgelagert.

16. Websheep ist im Bereich Search & Find tätig und betreibt für die von ihr bedienten Branchen einen Verzeichnisdienst. Hierzu bezieht Websheep die von ihr verwendeten Daten aus diversen öffentlich zugänglichen Verzeichnissen von Berufsorganisationen, diversen Branchenverzeichnissen sowie horizontalen Verzeichnissen wie beispielsweise local.ch. Mit den Daten aus Verzeichnissen fließen somit Leistungen aus dem Be-

reich Festnetztelefonie, bezüglich derer Marktbeherrschung besteht, in die Leistungen von Websheep ein. Der Markt, auf welchem Websheep tätig ist, ist dem Markt für Festnetztelefonie daher nachgelagert. Somit ergibt sich auch nach den im zitierten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts definierten Kriterien eine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG.⁶

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

17. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

18. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.4.1 Relevante Märkte

19. Aufgrund des engen auf Vergleichsplattformen beschränkten Tätigkeitsbereichs von Websheep sind keine indirekten Wettbewerbseffekte auf die anderen Tätigkeitsbereiche von Swisscom zu erwarten. Daher werden für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens lediglich diejenigen Märkte betrachtet, auf welchen sich die Geschäftstätigkeiten von Swisscom und Websheep überschneiden.

¹ RPW 1997/2, 174 Disp-Ziff. 1, *Telecom PTT/Blue Window*.

² RPW 1997/2, 167 Rz 38, *Telecom PTT/Blue Window*.

³ RPW 1997/2, 174 Disp-Ziff. 2 und 3, *Telecom PTT/Blue Window*.

⁴ Urteil BVGer B-6180/2013 vom 29.04.2014, E. 2.2.4, *The Swatch Group AG/WEKO*.

⁵ RPW 2015/3, 386 Rz 171, *Swisscom Directories AG/Search.ch AG*.

⁶ Vgl. auch RPW 2015/3, 386 Rz 172, *Swisscom Directories AG/Search.ch AG* und RPW 2010/4, 785 Rz 5, *Swisscom Directories AG/PubliDirect Holding AG*.

20. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU). Der 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).

B.4.1.1 Markt für Online-Werbung

21. Auf dem Markt für Online-Werbung stehen sich auf der Anbieterseite Betreiber von Webseiten, welche Werbepersonal für Online-Werbung zur Verfügung stellen und

auf der Nachfrageseite Werbetreibende, welche ihre Online-Werbung auf entsprechenden Webseiten platzieren möchten, gegenüber. In der Praxis der Wettbewerbsbehörden wird zwischen statischen und dynamischen Werbeformen unterschieden. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wird aufgrund der für die beteiligten Unternehmen vergleichsweise geringen Bedeutung von Online-Werbung auf eine separate Betrachtung der Werbeformen verzichtet.

22. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen geben die nachfolgenden Marktanteile an:

Markt	Swisscom	Websheep	Betroffener Markt	MA-Addition
Markt für Online-Werbung	[0-10] %	[0-10] %	Nein	Ja

Tabelle 2: Marktanteile im Markt für Online-Werbung.

23. Auf dem Markt für Online-Werbung werden die Marktanteilsschwellen von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU nicht erreicht. Es liegt kein betroffener Markt vor.

B.4.1.2 Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten

24. Auf dem Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten stehen sich auf der Anbieterseite Herausgeber von Adressverzeichnissen und Betreiber von Adressverzeichnisdiensten, welche den

Inhabern von Einträgen im Adressverzeichnis bzw. Adressverzeichnisdienst die Möglichkeit geben Zusatzinformationen, Werbung und Dienstleistungen zu ihren Einträgen hinzuzufügen, und auf der Nachfrageseite, Inhaber von Einträgen in Adressverzeichnissen, welche diese Zusatzleistungen nachfragen, gegenüber.

25. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen geben die nachfolgenden Marktanteile an:

Markt	Swisscom	Websheep	Betroffener Markt	MA-Addition
Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten	[80-90] %	[0-10] %	Ja	Ja

Tabelle 3: Marktanteile der Zusammenschlussparteien im Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten.

26. Auf dem Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten werden die Marktanteilsschwellen von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU erreicht. Es liegt ein betroffener Markt vor.

B.4.1.3 Markt für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten für Unternehmen

27. Auf dem Markt für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten stehen sich auf der Anbieterseite Herausgeber von Adressverzeichnissen und Betreiber von Adressverzeichnisdiensten über Unternehmen und auf der Nachfrageseite Nutzer, welche nach Unternehmen suchen, gegenüber.

28. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen geben die nachfolgenden Marktanteile an:

Markt	Swisscom	Websheep	Betroffener Markt	MA-Addition
Markt für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten für Unternehmen	[10-20] %	[0-10] %	Nein	Ja

Tabelle 4: Marktanteile im Markt für Nutzer von Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten für Unternehmen.

29. Gemäss den Marktanteilsangaben der meldenden Unternehmen werden die Marktanteilsschwellen von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU nicht erreicht. Demnach liegt kein betroffener Markt vor.

B.4.1.4 Weitere Märkte, auf welche der Zusammenschluss keine Auswirkungen hat

30. Die nachfolgenden Märkte, auf welchen Swisscom Directories tätig ist und welche lediglich das Verzeichnisdienstgeschäft betreffen, nicht betrachtet:

Markt	Swisscom	Websheep	Betroffener Markt	MA-Addition
Markt für Verzeichniseinträge von Privatpersonen	[90-100] %	0 %	Ja	Nein
Markt für Verzeichniseinträge von Unternehmen	[90-100] %	0 %	Ja	Nein
Markt für regulierte Verzeichnisdaten	[30-40] %	0 %	Ja	Nein
Markt für veredelte Verzeichnisdaten	[70-80] %	0 %	Ja	Nein
Outsourcing-Markt „Data-Agent“	[90-100] %	0 %	Ja	Nein
Markt für Werbung in horizontalen Verzeichnissen	[80-90] %	0 %	Ja	Nein
Nutzermarkt für Adressverzeichnisse und Adressverzeichnisdiensten von Privatpersonen	[90-100] %	0 %	Ja	Nein
Markt für Managed Websites	[0-10] %	0 %	Nein	Nein
Markt für Direktwerbung für das Segment „kürzlich umgezogene Haushalte“	[20-30] %	0 %	Nein	Nein
Markt für Werbebeilagen Dritter ⁷	[0-10] %	0 %	Nein	Nein
Markt für Contact Management Services	[0-10] %	0 %	Nein	Nein

Tabelle 5: Märkte von Swisscom Directories, welche nicht näher betrachtet werden.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

31. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte

werden vorliegend als „vom Zusammenschluss betroffene Märkte“ bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

⁷ Swisscom Directories bietet nur Werbebeilagen in den gedruckten Adressverzeichnissen (Local Guide) an. Diese werden in der Regel einmal jährlich verschickt, während Werbebeilagen in Zeitungen und Zeitschriften täglich oder wöchentlich ausgeliefert werden können.

32. Aufgrund der von den meldenden Unternehmen angegebenen Marktanteilen ergibt sich der Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten als betroffener Markt.

B.4.2.1 Aktueller Wettbewerb

		Gesamtmarkt	Swisscom Directories	Websheep	Zip.ch	Gate24.ch	Swissguide
2015	#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	%	100 %	[70-80] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
2016	#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	%	100 %	[80-90] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
2017	#	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	%	100 %	[80-90] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %

Tabelle 6: Marktanteile und Marktanteilsentwicklung im Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten.

34. Auf dem Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten hat Swisscom Directories eine überragende Marktstellung und kann grundsätzlich als marktbeherrschend qualifiziert werden. Durch die Übernahme von Websheep kommt es zu geringfügigen Marktanteilsadditionen, wobei die von Websheep generierten Werbeeinnahmen mit komplementären Dienstleistungen erzielt werden. Dies bedeutet, dass Websheep mit den Vergleichsportalen Dienstleistungen auf dem Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten erbringt, welche von Swisscom Directories heute nicht erbracht werden.

35. Neben Swisscom Directories sind mit Zip.ch, Gate24.ch und Swissguide noch weitere Marktteilnehmer tätig. Gemäss Angaben der Zusammenschlussparteien konnten diese drei Unternehmen in den letzten Jahren ihre Marktanteile leicht steigern. Bemerkenswert ist hierbei, dass Zip.ch ein relativ neuer Marktteilnehmer ist, der sich innerhalb von wenigen Jahren im Markt etablieren können. Dies deutet zumindest auf ein gewisses Mass an Wettbewerb hin.

B.4.2.2 Potentieller Wettbewerb

36. Um in den Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten einzutreten, können von den FDA die regulierten Verzeichnisdaten zu kostenorientierten Preisen eingekauft und auf einer Webplattform oder einem anderen Medium (z.B. DVD wie Twixtel) Nutzern zur Verfügung gestellt werden. Damit ist die Erstellung eines Adressverzeichnisses bzw. Adressverzeichnisdienstes mit überschaubarem finanziellen Aufwand zu bewerkstelligen.

37. Das Erreichen von Nutzerzahlen, welche das Adressverzeichnis bzw. den Adressverzeichnisdienst nutzen, dürfte hingegen mit einem hohen Marketingauf-

wand verbunden sein, um eine entsprechende Reichweite, die dann für Werbetreibende interessant ist, zu erreichen. Daneben ist es aber auch möglich mit verschiedenen Zusatzdienstleistungen (wie dies beispielsweise Websheep mit Vergleichsplattformen oder Twixtel mit Geo-Informationsdienstleistungen getan hat) für Nutzer einen Zusatznutzen zu generieren. Hierdurch kann die Attraktivität des Adressverzeichnisses oder des Adressverzeichnisdienstes weiter erhöht werden.

33. Auf dem Markt für Werbung in Adressverzeichnissen und Adressverzeichnisdiensten sind neben den Zusammenschlussparteien die nachfolgenden Unternehmen tätig:

38. Das Beispiel von Zip.ch zeigt zudem, dass ein Markteintritt grundsätzlich möglich ist, so dass auch von einem gewissen Mass an potenziellem Wettbewerb auszugehen ist.

38. Das Beispiel von Zip.ch zeigt zudem, dass ein Markteintritt grundsätzlich möglich ist, so dass auch von einem gewissen Mass an potenziellem Wettbewerb auszugehen ist.

B.4.2.3 Zwischenergebnis

39. Die vorläufige Prüfung des Zusammenschlussvorhabens hat ergeben, dass sich aufgrund geringfügiger Marktanteilsadditionen die bereits im Zusammenschlussvorhaben 41-0751 festgestellte marktbeherrschende Stellung von Swisscom Directories weiter jedoch nur geringfügig verstärken wird. Dennoch ist aufgrund des Zusammenschlussvorhabens nicht zu erwarten, dass hierdurch wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Dies insbesondere deshalb nicht, weil auf der einen Seite heute Wettbewerber im Markt bestehen, die in der Vergangenheit an Marktanteilen hinzugewinnen konnten und Markteintritte Dritter nach wie vor möglich sind.

B.4.3 Nebenabreden

40. Swisscom Directories und die Verkäuferin sowie [deren Inhaber] haben im Kaufvertrag ein Verbot der direkten oder indirekten Konkurrenzierung während dreier Jahre ab dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens vereinbart.

41. Ferner verpflichten sich die Verkäuferin und [deren Inhaber] während einer Dauer von drei Jahren ab dem Vollzug des Vorhabens keine in den derzeitigen Tätigkeitsfeldern von Websheep tätigen Mitarbeiter der Gesellschaft abzuwerben oder zu einer Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses zu veranlassen. Zur Durchsetzung des Konkurrenz- und Abwerbverbots wurde im Falle einer Verletzung eine Konventionalstrafe in Höhe von CHF 300'000 vereinbart. Die Parteien machen geltend, dass diese Vereinbarungen zur Wahrung der Interessen der Käuferin an einer geordneten Übernahme und Weiterentwicklung der Tätigkeiten von Websheep erforderlich seien.

42. Konkurrenzverbote und andere ähnliche Klauseln – z. B. Abwerbungsverbote – schliessen einen oder mehrere potenzielle Wettbewerber insofern vom Wettbewerb aus, als diese bei Beachtung des Verbots auf die Aufnahme von Wettbewerb verzichten.⁸ Konkurrenzverbote und andere ähnliche Klauseln, die der Ausfüllung und Konkretisierung eines Wettbewerbsverbotes dienen, kommen – wie vorliegend – im Rahmen von Zusammenschlussvorhaben häufig vor und sollen den Wert des verkauften Unternehmens, der sich regelmässig aus materiellen wie immateriellen Werten (z.B. das Know-how des Veräusserers oder Goodwill) zusammensetzt, sichern.⁹ Würde auf ein Konkurrenzverbot verzichtet, bestünde im Gegenzug die Gefahr, dass Unternehmensverkäufe unattraktiv oder ganz unterbleiben würden, weil der Verkäufer seine frühere Kundschaft unmittelbar nach dem Verkauf wieder zurückgewinnen und dem veräusserten Unternehmen die Existenzgrundlage entziehen könnte.¹⁰

43. Konkurrenzverbote gelten als Nebenabreden, wenn sie mit der Durchführung eines Zusammenschlussvorhabens unmittelbar verbunden und dafür in räumlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht notwendig sind.¹¹ In zeitlicher Hinsicht geht die EU-Kommission von einer zulässigen Zeitdauer von maximal zwei Jahren (Übertragung Geschäftswert) resp. maximal drei Jahren (Übertragung Geschäftswert inkl. Know-How) aus.¹² Die WEKO lehnt sich diesbezüglich an die EU-Bekanntmachung an.

44. Das vorliegend gemeldete Konkurrenzverbot und Abwerbverbot ist mit der Durchführung des Zusammenschlussvorhabens unmittelbar verbunden und können in räumlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht als notwendig angesehen werden, um den Unternehmenswert zu sichern. Die beiden Vereinbarungen sind daher vom Zusammenschlussvorhaben umfasst.

B.4.4 Ergebnis

45. Die vorläufige Prüfung des Zusammenschlussvorhabens hat ergeben, dass sich aufgrund geringfügiger Marktanteilsadditionen die bereits im Zusammenschlussvorhaben 41-0751 festgestellte marktbeherrschende Stellung von Swisscom Directories weiter geringfügig verstärken wird. Dennoch ist aufgrund des Zusammenschlussvorhabens nicht zu erwarten, dass hierdurch wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann.

46. Obwohl damit die Voraussetzungen für eine Prüfung gemäss Art. 10 Abs. 1 KG gegeben wären, verzichtet die Wettbewerbskommission aufgrund der klaren Sachlage

aus verfahrenswirtschaftlichen Gründen eine Prüfung durchzuführen.

⁸ Vgl. ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005, Rz. 248.

⁹ MICHAEL LEUPOLD, Die Beurteilung von Konkurrenzverboten bei Unternehmensverkäufen im Lichte des neuen schweizerischen Kartellgesetzes, SZW 1998, S. 183 f.; Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABI 2005/C 56/03, Rz 18; ULRICH IMMENGA/THORSTEN KÖRBER, Kommentar zu Art. 8 FKVO, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1. EG / Teil 2, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, München 2007, Rz 46.

¹⁰ BORIS ETTER, Konkurrenzverbote beim Unternehmenskauf und Wettbewerbsrecht, in: sic! 2001, S. 481 ff.

¹¹ RPW 2006/4, 690 Rz 41, *ISS/Edelweissfm*.

¹² Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABI. C 56 vom 5.3.2005, S. 27.

B 2.3

6. Ringier Axel Springer Schweiz AG/cash zweiplus ag

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 23. November 2018

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 21. November 2018

A Sachverhalt

1. Am 25. Oktober 2018 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission die definitive Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten.¹ Danach beabsichtigt Ringier Axel Springer Schweiz AG (nachfolgend: RASCH) die Kontrolle an cash zweiplus ag (nachfolgend: cash zweiplus) zu erlangen.

2. Beteiligte Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU sind RASCH und cash zweiplus. RASCH ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in Zürich und ein im Jahr 2016 gegründetes Gemeinschaftsunternehmen der Ringier AG und der Axel Springer Schweiz AG, welche zu je 50 % am Gemeinschaftsunternehmen beteiligt sind.

3. RASCH ist der grösste Zeitschriftenverlag der Schweiz und Herausgeberin zahlreicher schweizerischen Zeitschriften, wie z. B. Beobachter, Bilanz, Handelszeitung, Schweizer Illustrierte, Tele, und der damit verbundenen Onlineaktivitäten.²

4. Cash zweiplus ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in Zürich und ein Gemeinschaftsunternehmen der bank zweiplus ag (nachfolgend: bank zweiplus) und der Ringier AG, welche jeweils 50 % der Aktien halten.

5. Cash zweiplus betreibt die elektronische Plattform www.cash.ch (nachfolgend: Cash-Plattform). Dabei lassen sich zwei Geschäftsbereiche unterscheiden: i) der Werbe- und Informationsbereich und ii) der Bankenbereich. Im Werbe- und Informationsbereich werden journalistisch aufbereitete Inhalte vor allem zu Finanz- und Anlagethemen angeboten. Cash zweiplus generiert entsprechend Erträge durch Werbeeinnahmen. Im Bankenbereich bietet die Cash-Plattform ihren Nutzern Zugang zu Bankdienstleistungen (e-Banking, Online-Wertschriftenhandel, Vermögensverwaltung und Beratung) der bank zweiplus. Cash zweiplus erbringt keine Bankdienstleistungen; die Abwicklung der Geschäftsbeziehungen wie auch die Kommunikation erfolgt jedoch über die von cash zweiplus betriebene Cash-Plattform. Nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens soll die Wertschöpfung der Bankdienstleistungen nicht mehr bei cash zweiplus, sondern bei der bank zweiplus anfallen.

B Erwägungen**B.1 Geltungsbereich**

6. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

7. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

8. Als Unternehmenszusammenschluss gilt jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG).

9. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen (Zielunternehmen), wenn es durch dessen Erwerb oder den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Zielunternehmens auszuüben (Art. 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU; SR 251.4 VKU). Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG hat damit grundsätzlich immer eine Änderung der Kontrollverhältnisse an einem oder mehreren Zielunternehmen zum Gegenstand.³

10. Die vorliegende Meldung betrifft den beabsichtigten Erwerb aller Aktien an cash zweiplus durch RASCH. RASCH wird von der Ringier AG und bank zweiplus die Aktien von je 50 % an cash zweiplus [...] erwerben. Mit Vollzug des Zusammenschlussvorhabens werden [...] sämtliche Aktien der cash zweiplus von der Ringier AG und der bank zweiplus an RASCH abgetreten [...]. RASCH wird nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens 100 % der Aktien halten und damit die alleinige Kontrolle über cash zweiplus erlangen. [...].

¹ Fusionskontrollmeldung von Ringier Axel Springer Schweiz AG betreffend die Erlangung der Kontrolle an der Cash zweiplus ag vom 25. Oktober 2018.

² Ringier Jahresbericht 2017, Beilage 3, S. 25.

³ Vgl. RPW 2016/1, 263 Rz 28, *Tamedia/Tradono Denmark/Tradono Switzerland*, m. w. H.

B.1.3 Ziel des Zusammenschlusses

11. Durch die Integration von cash zweiplus in RASCH sollen Synergien mit den anderen zum Bereich der „Wirtschaftsmedien“ gehörenden Onlinemedien von RASCH (handelszeitung.ch, bilanz.ch, schweizerbank.ch und schweizerversicherung.ch) genutzt werden. Dadurch sollen zusätzliche Benutzer auf die Cash-Plattform geführt werden, um die Erträge aus den Bankdienstleistungen wie auch die Werbeeinnahmen aus dem Betrieb der Cash-Plattform zu optimieren. Durch [...] sollen zudem Betriebskosten gespart werden. Durch die Konzentration auf die Kernkompetenzen und das Nutzen von zusätzlichen Synergien mit RASCH soll die Wettbewerbsfähigkeit aller Parteien gestärkt werden.

B.2 Meldepflicht

12. Die beteiligten Unternehmen erzielten im Geschäftsjahr 2017 einen weltweiten Gesamtumsatz von über CHF 2 Milliarden. Der Schwellenwert gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a Teilsatz 1 des KG ist damit überschritten. Die beteiligten Unternehmen erzielten in der Schweiz einen Gesamtumsatz von über CHF 500 Millionen. Der alternative Schwellenwert gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a Teilsatz 2 KG ist ebenfalls überschritten. Der Schwellenwert gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG wird nicht überschritten, da lediglich ein beteiligtes Unternehmen, namentlich RASCH, einen Umsatz in der Schweiz von über CHF 100 Millionen aufweist. Entsprechend besteht aufgrund von Art. 9 Abs. 1 KG keine fusionsrechtliche Meldepflicht für das Zusammenschlussvorhaben.

13. Zu prüfen ist, ob eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG besteht. Die Le Temps SA, welche die französischsprachige Tageszeitung „Le Temps“ herausgibt, wird heute von RASCH alleine kontrolliert.⁴ Im Verfahren von *Le Temps*⁵ wurde festgestellt, dass Le Temps SA auf dem „marché des journaux quotidiens suprarégionaux d'analyse de Suisse romande“ (Markt für überregionale „analytische“ Tageszeitungen in der französischsprachigen Schweiz) eine marktbeherrschende Stellung innehält.⁶ Die rechtskräftige Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung hat gemäss Art. 9 Abs. 4 KG eine Meldepflicht zur Folge, wenn der Zusammenschluss den relevanten Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

14. Nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts und der WEKO gilt ein Markt als einem anderen Markt benachbart, wenn er Güter umfasst, die mit den Gütern des betroffenen Marktes bis zu einem gewissen Grad substituierbar sind und deren Nachfrage parallel verläuft.⁷ Es werden dabei sowohl sachlich als auch räumlich benachbarte Märkte erfasst.⁸ Es ist dabei nicht vorausgesetzt, dass die Märkte unmittelbar benachbart sind. Entscheidend ist, dass sie soweit benachbart sind, dass zwischen den Märkten Wettbewerbseffekte nicht von vornherein ausgeschlossen werden können. Es soll verhindert werden, dass ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung durch ein Zusammenschlussvorhaben auf einen anderen Markt übertragen kann.⁹

15. Cash zweiplus ist derzeit in den folgenden drei relevanten sachlichen Märkten tätig: (i) Nutzermarkt für News-Sites, (ii) Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen und (iii) Markt für Bankdienstleistungen.

Der benachbarte Markt vom Markt für überregionale „analytische“ Tageszeitungen, auf welchem Le Temps SA eine marktbeherrschende Stellung innehält, betrifft den Nutzermarkt für News-Sites und den Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen, in welchen cash zweiplus tätig ist. Le Temps verfügt ebenfalls über eine News-Site, insbesondere über Wirtschaftsinformationen. Cash zweiplus ist somit gegenüber Le Temps inhaltlich genügend nah und direkt benachbart. Im vorliegenden Fall wird – entgegen der Ansicht von RASCH – von einem benachbarten Markt ausgegangen, da die WEKO in der Vergangenheit eine weitgehende Praxis verfolgt hat, was das Bejahen von benachbarten Märkten betrifft.¹⁰ Aus diesen Gründen besteht eine fusionskontrollrechtliche Meldepflicht aufgrund von Art. 9 Abs. 4 KG.

B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

16. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

17. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.3.1 Relevante Märkte

B.3.1.1 Sachlich relevante Märkte

18. 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).

19. Praxisgemäss grenzt die WEKO gestützt auf einen Entscheid der REKO/WEF einen Markt für News-Sites (Vermittlung aktueller Informationen) ab.¹¹ Dabei handelt es sich um das Online-Angebot von Medienanbietern (Verlage von Tageszeitungen, Radiostationen, Schweizer Radio und Fernsehen, etc.), welche ähnliche Charakteristiken wie gedruckte Zeitungen aufweisen.¹²

⁴ Vgl. RPW 2015/3, S. 431, Rz. 10, *Axel Springer Schweiz/Ringier*.

⁵ RPW 1998/1, S. 60, Dispositiv, *Le Temps*.

⁶ RPW 1998/1, S. 60, Dispositiv, *Le Temps*.

⁷ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2014/2, 477 f. E.2.3., *The Swatch Group AG/WEKO*; RPW 2006/4, 622 Rz 5, *Meldepflicht der Emmi AG*.

⁸ Vgl. MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amtutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 9 KG N 310 ff.

⁹ Vgl. Urteil des BVGer B-6180/2013 vom 29.4.2014, E. 2.3, *The Swatch Group AG/WEKO*.

¹⁰ Vgl. RPW 2017/4, S. 581, Rz. 27ff., *Tamedia/Tradono Switzerland*; RPW 2017/3, S. 507, Rz. 27 ff., *Tamedia AG/Neo Advertising AG*; RPW 2014/1, S. 287, Rz. 7, *Tamedia AG/Ziegler Druck und Verlags AG*.

¹¹ Vgl. RPW 2015/3, S. 453 Rz. 107, Tabelle 5, *Axel Springer Schweiz/Ringier*; RPW 2014/4, S. 706 ff., Rz. 44 ff., *Ringier/Le Temps*; RPW 2014/3, S. 525 ff, Rz. 82. F, *Stellungnahme Swisscom*.

¹² Vgl. RPW 2014/4, 712 Rz 49, *Ringier/Le Temps*; RPW 2009/3, 266 Rz 163 f., *Tamedia/PPSR*.

20. Die Cash-Plattform stellt ihren Nutzern laufend aktuelle Informationen zur Verfügung und ist entsprechend zum Markt für News-Sites zu zählen. Die Abgrenzung eines eigenständigen Marktes für News-Sites, welche Finanzinformationen bereitstellen, wurde bislang von der WEKO nicht vorgenommen.¹³ Es ist nicht notwendig, den Markt weiter zu unterteilen.

21. Im Bereich der Bereitstellung von Online-Firmenwerbung grenzt die WEKO praxismässig einen Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für statische Werbeformen (Bannerwerbung) sowie einen Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen für dynamische Werbeformen (Netzwerkwerbung und Suchmaschinenwerbung) ab.¹⁴ Das Zusammenschlussvorhaben wirft keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken auf, und die Frage kann somit offen gelassen werden, ob an dieser sachlichen Marktabgrenzung festzuhalten ist.

22. Im Bereich des Marktes für Bankdienstleistungen grenzt die WEKO praxismässig die Märkte Retail Banking, Corporate Banking und Financial Services (jeweils inkl. Untermärkte) ab.¹⁵ Die Wertschöpfung der Bankdienstleistungen soll nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens nicht mehr bei cash zweiplus, sondern bei der bank zweiplus anfallen. Cash zweiplus wird weder rechtlich noch wirtschaftlich betrachtet im Markt für Bankdienstleistungen tätig sein und eine Darstellung dieses Marktes erübrigt sich somit. RASCH ist nicht in einem Markt für Bankdienstleistungen tätig und somit ergeben sich keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken, auch falls die Wertschöpfung der Bankdienstleistungen weiterhin cash zweiplus zugerechnet würde. Daher werden für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlusses die Märkte für News-Sites und für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen (statische und dynamische Werbeformen) dargestellt.

B.3.1.2 Räumlich relevante Märkte

23. 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). In räumlicher Hinsicht ist der Markt für News-Sites nach Sprachregionen zu unterteilen. In räumlicher Hinsicht ist daher ein Markt für Nutzer von News-Sites in der Deutschschweiz und ein Markt für Nutzer von News-Sites französischsprachige Schweiz abzugrenzen.¹⁶ Die WEKO grenzt den Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen sprachregional ab. Die Cash-Plattform ist nur im deutschsprachigen Raum aufgeschaltet und vorliegend wird nur der Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen in der Deutschschweiz betrachtet.

B.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

24. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als „vom Zusammenschluss betroffene

Märkte“ bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

25. Die Marktanteile am Nutzermarkt für News-Sites von Cash zweiplus mit [0-5] % und von RASCH mit [0-5] % sind sehr gering. Es handelt sich hierbei um eine Marktanteilsschätzung für den Nutzermarkt für News-Sites in der Deutschschweiz. Die Marktanteilsberechnung basiert auf den Netmetrix Profilen 2018-1, veröffentlicht von der NET-Metrix AG, welche als unabhängiges Unternehmen Daten zur Internetnutzung analysiert. Das Zusammenschlussvorhaben führt in der Deutschschweiz auf dem Nutzermarkt für News-Sites zu keinem betroffenen Markt und ist wettbewerbsrechtlich unbedenklich.

26. Im Markt für die Bereitstellung von Online-Werbeflächen in der Deutschschweiz verfügt cash zweiplus über Total [0-5] % (statische und dynamische Werbeform) und RASCH über [0-5] % (statische und dynamische Werbeform) Marktanteile. Die Berechnung basiert auf einer Marktanteilsschätzung auf Daten der Media Focus Schweiz GmbH („Media Focus“), einem unabhängigen Unternehmen, welches gestützt auf gemeldete Werte der Kooperationspartner und Expertenschätzungen den Online-Werbemarkt analysiert. Das Zusammenschlussvorhaben wirft im Markt für die Bereitstellung von Online-Firmenwerbung keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken auf und eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG beseitigt werden könnte, wird durch das Zusammenschlussvorhaben weder begründet noch verstärkt.

27. Der Aktien- und Darlehenskaufvertrag zwischen bank zweiplus und Ringier AG einerseits und RASCH andererseits enthält als Nebenabreden ein Wettbewerbs- und Abwerbeverbot.

28. Konkurrenzverbote und andere ähnliche Klauseln – z. B. Abwerbungsverbote – schliessen einen oder mehrere potenzielle Wettbewerber insofern vom Wettbewerb aus, als diese bei Beachtung des Verbots auf die Aufnahme von Wettbewerb verzichten.¹⁷ Konkurrenzverbote und andere ähnliche Klauseln, die der Ausfüllung und Konkretisierung eines Wettbewerbsverbotes dienen, kommen – wie vorliegend – im Rahmen von Zusammenschlussvorhaben häufig vor und sollen den Wert des verkauften Unternehmens, der sich regelmässig aus materiellen wie immateriellen Werten (z.B. das Know-how des Veräusserers oder Goodwill) zusammensetzt,

¹³ Vgl. etwa RPW 2015/3, S. 453, Rz. 107, Tabelle 5. Axel Springer Schweiz /Ringier; RPW 2012/2, S. 437, Rz. 4, Strabag SE/Astrada AG [rercte: bank zweiplus ag/Ringier AG].

¹⁴ RPW 2016/1, S. 323, Rz. 220, SRG/Swisscom AG/Ringier AG; RPW 2014/4, S. 713 Rz. 56, Ringier/Le Temps.

¹⁵ Vgl. etwa RPW 2015/1, S. 99 ff., Zürcher Kantonalbank/Swisscanto Holding AG.

¹⁶ (Vorläufige Beurteilung 41-0862: Tamedia/Basler Zeitung, B.4.1.2.)

¹⁷ Vgl. ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005, Rz. 248.

sichern.¹⁸ Würde auf ein Konkurrenzverbot verzichtet, bestünde im Gegenzug die Gefahr, dass Unternehmensverkäufe unattraktiv oder ganz unterbleiben würden, weil der Verkäufer seine frühere Kundschaft unmittelbar nach dem Verkauf wieder zurückgewinnen und dem veräusserten Unternehmen die Existenzgrundlage entziehen könnte.¹⁹

29. Konkurrenzverbote gelten als Nebenabreden, wenn sie mit der Durchführung eines Zusammenschlussvorhabens unmittelbar verbunden und dafür in räumlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht notwendig sind.²⁰ In zeitlicher Hinsicht geht die EU-Kommission von einer zulässigen Zeitdauer von maximal zwei Jahren (Übertragung Geschäftswert) resp. maximal drei Jahren (Übertragung Geschäftswert inkl. Know-How) aus.²¹ Die WEKO lehnt sich diesbezüglich an die EU-Bekanntmachung an. Allerdings hat die WEKO in Ausnahmefällen auch schon Konkurrenzverbote bis zu fünf Jahren noch als zulässig beurteilt.²²

30. [...].

31. Sowohl das Wettbewerbs- als auch das Abwerbverbot halten die nach Praxis der WEKO für Nebenabreden im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen vorgegebenen Grundsätze ein.²³ Die aufgeführten Nebenabreden sind mit der Durchführung der Übertragung des Unternehmens unmittelbar verbunden und für dieses notwendig. Sie gewährleisten einen reibungslosen Übergang und sind in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht auf das Notwendige beschränkt.

32. RASCH, cash zweiplus und bank zweiplus werden die künftige Zusammenarbeit in [...] regeln. Diese Vereinbarungen halten die nach Praxis der WEKO für Nebenabreden im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen vorgegebenen Grundsätze ein.²⁴ [...]. Die beiden Vereinbarungen gewährleisten einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur. Die Zusammenarbeit zwischen RASCH und cash zweiplus ist nicht weiter von Belang, da sie sich zusammenschliessen. Die Zusammenarbeit zwischen der bank zweiplus und cash zweiplus tangiert verschiedene Geschäftsfelder und ist aufgrund fehlenden Wettbewerbs unbedenklich.

B.3.3 Ergebnis

33. Die Prüfung hat ergeben, dass durch das Zusammenschlussvorhaben keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden könnte. Daher sind die Voraussetzungen für ein Eingreifen der WEKO gemäss Art. 10 Abs. 2 KG nicht erfüllt. Das Zusammenschlussvorhaben ist daher aus fusionskontrollrechtlicher Sicht als unbedenklich einzustufen.

¹⁸ MICHAEL LEUPOLD, Die Beurteilung von Konkurrenzverboten bei Unternehmensverkäufen im Lichte des neuen schweizerischen Kartellgesetzes, SZW 1998, S. 183 f.; Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl 2005/C 56/03, Rz 18; ULRICH IMMENGA/THORSTEN KÖRBER, Kommentar zu Art. 8 FKVO, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1. EG / Teil 2, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, München 2007, Rz 46.

¹⁹ BORIS ETTER, Konkurrenzverbote beim Unternehmenskauf und Wettbewerbsrecht, in: sic! 2001, S. 481 ff.

²⁰ RPW 2006/4, 690 Rz 41, *ISS/Edelweissfm*.

²¹ Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. C 56 vom 5.3.2005, S. 27.

²² Bezüglich einer für den Geschäftswert zentralen Kundin vgl. RPW 2006/4, 691 f. Rz 50-52, *ISS/Edelweissfm*; Für ein Gemeinschaftsunternehmen RPW 2007/1, 117 Rz 3, *Migros/AFH Anghem AG* [Anmerkung: Bei Gemeinschaftsunternehmen sind laut EU-Mitteilung Konkurrenzverbote zwischen Gründerunternehmen und Gemeinschaftsunternehmen grundsätzlich für die Dauer der Ausübung der Geschäftstätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens zeitlich unbeschränkt zulässig].

²³ Vgl. RPW 2015/3, S. 436, Rz. 71 ff., *Axel Springer Schweiz/Ringier*; siehe auch Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl. 2005/C 56/03, („EU Bekanntmachung“), Rz. 18 ff.

²⁴ Vgl. RPW 2015/3, S. 436, Rz. 71 ff., *Axel Springer Schweiz/Ringier*; siehe auch EU-Bekanntmachung, Rz. 27 ff.

B 2.3

7. Santander Consumer Bank AG/Hyundai Capital Services Inc.

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 17. Dezember 2018

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 17. Dezember 2018

A Sachverhalt

1. Am 28. November 2018 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Der beabsichtigte Zusammenschluss besteht in der Gründung eines gemeinsam kontrollierten Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens zwischen i) Santander Consumer Bank AG („SCB“), einer indirekt kontrollierten, hundertprozentigen Tochtergesellschaft von Banco Santander S.A., und ii) Hyundai Capital Services, Inc. („HCS“), einer indirekt kontrollierten, hundertprozentigen Tochtergesellschaft von Hyundai Motor Company (zusammen mit Santander Consumer Bank AG die „Parteien“), mit dem Zweck, Fahrzeugfinanzierungsdienstleistungen in Deutschland, und, wie gegenseitig vereinbart, anderen Ländern in Europa anzubieten (das „Zusammenschlussvorhaben“ und das „JV“).

2. Meldende Unternehmen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. a und Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU sind Santander Consumer Bank AG („SCB“) und Hyundai Capital Services, Inc. („HCS“).

3. SCB mit Sitz in D-Mönchengladbach, ist eine indirekt kontrollierte, hundertprozentige Tochtergesellschaft von Santander Consumer Finance, S.A. („SCF“) in Deutschland. SCB wird indirekt kontrolliert durch die oberste Muttergesellschaft, die Banco Santander S.A. („Santander“) mit Sitz in Spanien. SCB erbringt eine umfassende Palette an Finanzierungsdienstleistungen für Konsumenten.

4. HCS mit Sitz in Seoul, Südkorea, bietet in seinem Heimatmarkt eine breite Palette an Finanzdienstleistungen an wie Consumer Finance, Hypotheken und Corporate Finance, einschliesslich Fahrzeugfinanzierungsdienstleistungen für Fahrzeuge der Marken „Hyundai“ und „Kia“. Die Dienstleistungen umfassen die Finanzierung von Endkunden- und Händlern sowie Fahrzeugleasing. HCS ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Fahrzeugherstellerin Hyundai Motor Company „HMC“. Innerhalb des EWR bietet HCS Finanzierungsdienstleistungen für Fahrzeuge der Marken „Hyundai“

und „Kia“ in Grossbritannien über das Gemeinschaftsunternehmen mit SCF und in Deutschland über Hyundai Capital Bank Europe GmbH („HCBE“) an.

5. Als beteiligte Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU gelten bei der Erlangung der Kontrolle die kontrollierenden und die kontrollierten Unternehmen. Die beiden kontrollierenden Unternehmen sind SCB und HCS. Kontrolliertes Unternehmen ist vorliegend die bereits existente Gesellschaft HCBE (Art. 2 Abs. 1 VKU).

6. Das Zusammenschlussvorhaben musste auch in der EU angemeldet werden. Die Sache wurde am 7. Dezember 2018 vor der EU entschieden.

B Erwägungen**B.1 Geltungsbereich**

7. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

8. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

9. Die Parteien planen, wie in Rz. 1 erwähnt, ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen zu gründen, über welches sie die gemeinsame Kontrolle ausüben. Hierbei handelt es sich um einen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 2 Abs. 2, 2. Variante VKU.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

10. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

11. Bei vorliegendem Zusammenschlussvorhaben handelt es sich um einen meldepflichtigen Zusammenschluss, wie in folgender Tabelle ersichtlich ist:

2017	Weltweiter Umsatz	Umsatz in der Schweiz
Santander	CHF 86'186.6 Mio.	[...]
HMC	CHF 130'518.3 Mio.	[...]
Total	CHF 216'704.9 Mio.	[...]

12. Wie in der Tabelle ersichtlich ist, werden die Umsatzschwellen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG somit erreicht (Art. 9 Abs. 1 - 3 KG und Art. 3 - 8 VKU). Die Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG sind ebenfalls erfüllt. Das Zusammenschlussvorhaben muss somit gemeldet werden.

13. Das Zusammenschlussvorhaben wurde auch der Europäischen Kommission, den zuständigen europäischen Regulierungsbehörden (BaFin, Bundesbank und Europäische Zentralbank EZB) und den zuständigen südkoreanischen Regulierungsbehörden (Korean Financial Supervisory Service, Korean Financial Services Commission und Bank of Korea) gemeldet. Die FINMA wurde entsprechend informiert (Art. 10 Abs. 3 KG und Art. 10 VKU).

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

14. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

15. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Sachlich und räumlich relevante Märkte

16. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU). Der 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).

17. Gemäss Praxis der WEKO ist der Markt für Leasing national abzugrenzen.¹ In der Schweiz bietet die Santander Gruppe Fahrzeugleasing ihren Kunden einzig über das PSA JV² an, während die HMC Gruppe diesbezüglich in der Schweiz keine Tätigkeiten ausübt.

18. Konsumkredite können Teil eines separaten Marktes darstellen und praxisgemäss wird der räumliche Markt national abgegrenzt.³ Die Santander Gruppe ist in der Schweiz im Bereich für Konsumentenkredite für Fahrzeuge nur in sehr marginalem Ausmass tätig. Die HMC

Gruppe ist in der Schweiz im Markt für Konsumentenkredite für Fahrzeuge nicht tätig.

19. Die Praxis der WEKO lässt die Frage offen, ob Kredite an Autohändler einen von Firmenkrediten an KMU's unter CHF 2 Mio. separaten Markt bilden.⁴ In der Schweiz bietet die Santander Gruppe über das PSA JV Finanzierungslösungen (unabhängigen) PSA-Händlern an.⁵

20. Gemäss Praxis der WEKO bestehen separate Märkte für das Herstellen und das Liefern von Personenwagen, leichten Nutzfahrzeugen und Motorrädern.⁶ Die Praxis der WEKO geht von einem nationalen räumlichen Markt aus.⁷

B.4.1.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

21. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft hauptsächlich Fahrzeugfinanzierungen und damit verbundene Dienstleistungen. HCBE bietet zurzeit die folgenden Fahrzeugfinanzierungsdienstleistungen an: Motorfahrzeugkredite, Leasing und Händlerfinanzierung. Es bietet diese Leistungen bisher nur in Deutschland an und bezweckt die Finanzierung von Motorfahrzeugen der Marken „Hyundai“ und „Kia“ und der Händler dieser Marken. Die Santander Gruppe wird nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens weiterhin die gleichen Leistungen ausserhalb des Geschäftsbereichs des JV anbieten, d.h. im Full Service Retail Banking, im Konsumentenkreditgeschäft über SCF, über das Gemeinschaftsunternehmen zusammen mit der HCM Gruppe in Grossbritannien und dem Peugeot S.A. Joint Venture („PSA JV“) in verschiedenen EU-Mitgliedstaaten inklusive der Schweiz.

22. In der Schweiz wird das Zusammenschlussvorhaben zu keinen Überschneidungen der verschiedenen Geschäftstätigkeiten der Parteien führen. Die genaue Marktabgrenzung für das Zusammenschlussvorhaben

¹ Vgl. RPW 2017/4, 575, Peugeot S.A./BNP Paribas S.A./Opel/Vauxhall-Fincos; RPW 2015/1, 88, Santander Consumer Finance S.A./Peugeot S.A.; RPW 2009/1, 73, BNP Paribas/Entités Fortis SA.

² Vgl. RPW 2015/1, 88 ff., Santander Consumer Finance S.A./Peugeot S.A.; M. 7369, SANTANDER/PSA/JVS.

³ Vgl. RPW 2017/4, 575, Peugeot S.A./BNP Paribas S.A./Opel/Vauxhall-Fincos; RPW 2007/3, 364 ff., Konsumkredit; RPW 1999/1, 153, General Electric Capital Corporation – Bank Prokredit.

⁴ Vgl. RPW 2007/1, 83 ff., Crédit Agricole SA/Fiat Auto S.p.A. m.w.H. auf RPW 1998/2, 278 ff., UBS/SBV; RPW 2008/1, 117 ff., Bank Sarasin & Cie Ltd. /AIG Privat Bank AG.

⁵ Vgl. RPW 2015/1, 88 ff., Santander Consumer Finance S.A./Peugeot S.A.; M. 7369, SANTANDER/PSA/JVS.

⁶ Vgl. RPW 2017.

⁷ Vgl. RPW 2017/4, 569, Peugeot SA/Opel; RPW 2012/3, 561, BMW; RPW 2013/3, 285 ff., Harley-Davidson Switzerland GmbH.

kann jeweils offengelassen werden. Die Santander Gruppe wird auch nach dem Zusammenschluss weiterhin durch das PSA JVA dieselben Fahrzeugfinanzierungs- und damit verbundene Dienstleistungen anbieten. Die HMC Gruppe wird weiterhin Fahrzeuge in der Schweiz vertreiben.

23. Die HMC Gruppe stellt Personenwagen und leichte Nutzfahrzeuge unter den Marken „Hyundai“ und „Kia“ und keine mittleren oder schweren Nutzfahrzeuge her. Die HMC Gruppe schätzt ihren Marktanteil auf unter 30 %. Weder die Santander Gruppe noch das JV selbst sind im Bereich der Herstellung und Lieferung von Motorfahrzeugen tätig. Die Tätigkeit ist nicht relevant für das Zusammenschlussvorhaben.

24. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20 % oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30 % oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als „vom Zusammenschluss betroffene Märkte“ bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

25. Gemäss Angaben der Parteien hat das PSA JV auf dem Schweizer Leasing-Markt einen unbedeutenden Marktanteil. Basierend auf einem Markt für Leasing-Dienstleistungen für Motorfahrzeuge beträgt der Marktanteil für das PSA JV [0-5] % im 2017. In der Schweiz sei der geschätzte Marktanteil der Santander Gruppe sowohl basierend auf der Anzahl geleaster Fahrzeuge als auch basierend auf dem Umsatz von [0-5] % im 2017. Die HMC Gruppe ist in der Schweiz im Leasing-Bereich nicht tätig. Im Bereich der Kreditvergabe an KMUs bietet nur die Santander Gruppe PSA-Händlern Finanzierungslösungen über das PSA JV an. Die HMC Gruppe ist in der Schweiz in diesem Bereich nicht tätig. Der Marktanteil der Santander Gruppe im Markt für Kredite an KMU's liegt bedeutend unter [0-5] %. Die HMC Gruppe bietet in der Schweiz keine Kredite an KMUs oder Fahrzeughändler an. Damit liegen keine betroffenen Märkte vor und daher führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

B.4.2 Nebenabreden

26. Konkurrenzverbote und andere ähnliche Klauseln – z. B. Abwerbungsverbote – schliessen einen oder mehrere potenzielle Wettbewerber insofern vom Wettbewerb aus, als diese bei Beachtung des Verbots auf die Aufnahme von Wettbewerb verzichten.⁸ Konkurrenzverbote und andere ähnliche Klauseln, die der Ausfüllung und Konkretisierung eines Wettbewerbsverbotes dienen, kommen – wie vorliegend – im Rahmen von Zusammenschlussvorhaben häufig vor und sollen den Wert des verkauften Unternehmens, der sich regelmässig aus materiellen wie immateriellen Werten (z.B. das Know-how des Veräusserers oder Goodwill) zusammensetzt, sichern.⁹ Würde auf ein Konkurrenzverbot verzichtet, bestünde im Gegenzug die Gefahr, dass Unternehmensverkäufe unattraktiv oder ganz unterbleiben würden, weil der Verkäufer seine frühere Kundschaft unmit-

telbar nach dem Verkauf wieder zurückgewinnen und dem veräusserten Unternehmen die Existenzgrundlage entziehen könnte.¹⁰

27. Konkurrenzverbote gelten als Nebenabreden, wenn sie mit der Durchführung eines Zusammenschlussvorhabens unmittelbar verbunden und dafür in räumlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht notwendig sind.¹¹ In zeitlicher Hinsicht geht die EU-Kommission von einer zulässigen Zeitdauer von maximal zwei Jahren (Übertragung Geschäftswert) resp. maximal drei Jahren (Übertragung Geschäftswert inkl. Know-How) aus.¹² Die WEKO lehnt sich diesbezüglich an die EU-Bekanntmachung an. Allerdings hat die WEKO in Ausnahmefällen auch schon Konkurrenzverbote bis zu fünf Jahren noch als zulässig beurteilt.¹³

28. Der Aktionärsbindungsvertrag der Parteien enthält als Nebenabreden ein Wettbewerbs- und Abwerbverbot (Ziff. 22 und 25 des ABV). Die Wettbewerbs- und Abwerbverbote sind bezüglich Dauer und Umfang begrenzt. Gemäss Angabe der Parteien sind die Wettbewerbsverbote auf Produkte und Dienstleistungen des JV und dessen räumliches Tätigkeitsgebiet sowie auf die Laufzeit des JV beschränkt. Das Abwerbverbot besteht insbesondere in Bezug auf das grundsätzliche Verbot der Abwerbung von Mitarbeitern durch Aktionäre ohne schriftliche Zustimmung der anderen Aktionäre. Sowohl das Wettbewerbs- als auch das Abwerbverbot halten die nach Praxis der WEKO für Nebenabreden im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen vorgegebenen Grundsätze ein.¹⁴

B.4.3 Ergebnis

29. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

⁸ Vgl. ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005, Rz. 248.

⁹ MICHAEL LEUPOLD, Die Beurteilung von Konkurrenzverboten bei Unternehmensverkäufen im Lichte des neuen schweizerischen Kartellgesetzes, SZW 1998, S. 183 f.; Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden sind, ABi 2005/C 56/03, Rz 18; ULRICH IMMENGA/THORSTEN KÖRBER, Kommentar zu Art. 8 FKVO, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1. EG / Teil 2, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, München 2007, Rz 46.

¹⁰ BORIS ETTER, Konkurrenzverbote beim Unternehmenskauf und Wettbewerbsrecht, in: sic! 2001, S. 481 ff.

¹¹ RPW 2006/4, 690 Rz 41, *ISS/Edelweissfm*.

¹² Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden sind und für diese notwendig sind, ABi. C 56 vom 5.3.2005, S. 27.

¹³ Bezüglich einer für den Geschäftswert zentralen Kundin vgl. RPW 2006/4, 691 f. Rz 50-52, *ISS/Edelweissfm*; Für ein Gemeinschaftsunternehmen RPW 2007/1, 117 Rz 3, *Migros/AFH Angehrrn AG* [Anmerkung: Bei Gemeinschaftsunternehmen sind laut EU-Mitteilung Konkurrenzverbote zwischen Gründerunternehmen und Gemeinschaftsunternehmen grundsätzlich für die Dauer der Ausübung der Geschäftstätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens zeitlich unbeschränkt zulässig].

¹⁴ Vgl. RPW 2015/3, S. 436, Rz. 71 ff., *Axel Springer Schweiz/Ringier*; siehe auch Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden sind und für diese notwendig sind, ABi. 2005/C 56/03, („EU Bekanntmachung“), Rz. 18 ff.

B 2	7. Stellungnahmen Préavis Preavvisi
B 2.7	1. Vernehmlassung zur Agrarpolitik ab 2022 (AP22+)

Die Wettbewerbskommission (WEKO) bedankt sich für die Einladung zur Vernehmlassung zur Agrarpolitik ab 2022 (AP22+) und möchte aus wettbewerblicher Sicht die nachfolgenden Bemerkungen anbringen.

Einleitende Bemerkungen

Die WEKO nahm in der Vergangenheit mehrfach Stellung zu den Reformen im Agrarsektor.¹ Dabei sprach sie sich insbesondere für einen Abbau wettbewerbsbehindernder Bestimmungen aus.

Mit der AP22+ sollen die agrarpolitischen Rahmenbedingungen so angepasst werden, dass die Akteure der Land- und Ernährungswirtschaft auf den inländischen und ausländischen Märkten erfolgreich agieren, die Ressourcen effizient nutzen und die Umwelt schonen können. So sollen Marktorientierung, unternehmerische Potenziale, Selbstverantwortung und die Innovationskraft in der Landwirtschaft gestärkt werden.²

Die WEKO begrüsst, dass die AP22+ vorsieht, den Wettbewerb zu stärken. Sie ist aber der Ansicht, dass Reformen, die zu mehr Wettbewerb in der Landwirtschaft und auf nachgelagerten Stufen führen würden, insgesamt gesehen zu zögerlich angepackt werden. Das ist bedauerlich, weil Wettbewerb selbst die geeignetste Massnahme zur Erhöhung von Produktivität und Wettbewerbsfähigkeit darstellt.

Ad Marktöffnung

Die Schweiz hat im internationalen Vergleich einen hohen Grenzschutz im Agrarbereich.³ Die AP22+ beschränkt sich auf agrarpolitische Massnahmen, die ab dem Jahr 2022 im Inland umgesetzt werden sollen. Massnahmen zur grenzüberschreitenden Vernetzung der Märkte im Landwirtschaftsbereich sind demnach nicht Gegenstand dieser Agrarpolitik und sollen im Rahmen neuer oder weiterentwickelter Freihandelsabkommen stattfinden.⁴

Ziel der WEKO ist es, den Wettbewerb zu fördern. Infolgedessen setzt sich die WEKO für den Abbau tarifärer und nicht-tarifärer Handelshemmnisse ein. Zur Förderung des Wettbewerbs im Agrarbereich erachtet die WEKO eine weitere Öffnung von Märkten in diesem Bereich als unabdingbar. Zudem ist sie der Ansicht, dass eine solche Öffnung bereits in der AP22+ zum Ausdruck kommen sollte und nicht erst bei Verhandlungen über Freihandelsabkommen allenfalls ein Thema werden sollte.⁵

Im Weiteren ist anzumerken, dass gemäss dem Erläuternden Bericht nur ein Bruchteil der Mehrausgaben der Konsumentinnen und Konsumenten, die durch höhere

Lebensmittelpreise infolge des Grenzschutzes entstehen, bei den Landwirtinnen und Landwirten landet und ein Grossteil der Mehrausgaben als Rente bei den vor- und nachgelagerten Stufen.⁶ Da die Förderung der vor- und nachgelagerten Stufen der Landwirtschaft kein Ziel der Agrarpolitik ist, sollte auch aus diesem Grunde auf Grenzschutz verzichtet werden.

Antrag: Die Marktöffnung sei nicht pauschal aus der AP22+ auszuklammern, sondern durch einen weiteren Abbau des Grenzschutzes voranzutreiben.

Ad Digitalisierung

Die AP22+ sieht mit Art. 2 Abs. 4^{bis} Landwirtschaftsgesetz⁷ einen neuen Absatz zur Förderung der Digitalisierung vor. Bereits mit den bestehenden Massnahmen der Agrarpolitik werden Massnahmen mit einem Bezug zur Digitalisierung unterstützt.⁸

Die WEKO begrüsst die Nutzung der Vorteile der Digitalisierung in der Landwirtschaft und dass der Staat diesen Wandel hin zur Digitalisierung nicht behindern will.⁹ Die WEKO ist aber der Ansicht, dass keine spezifisch auf Digitalisierungsmassnahmen ausgerichtete staatliche Förderung gesprochen werden sollte, da eine solche der erwünschten Technologieneutralität widerspricht. So sollte weder die Digitalisierung gegenüber herkömmlichen Technologien benachteiligt werden noch herkömmliche Technologien gegenüber der Digitalisierung. Entscheidend sollte einzig sein, welche Technologie sich als die effizienteste für eine gegebene Situation erweist.

¹ Z.B. RPW 2011/4, 683 ff., *Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2014–2017*; RPW 2005/4, 661 ff., *Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2011*; RPW 2002/1, 174 ff., *Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2007*.

² Bundesamt für Landwirtschaft BLW, *Vernehmlassung zur Agrarpolitik ab 2022 (AP22+)*, Erläuternder Bericht (nachfolgend: Erläuternder Bericht), S. 4.

³ Erläuternder Bericht (Fn 2), S. 9 Ziff. 1.3.4.

⁴ Erläuternder Bericht (Fn 2), S. 29 Ziff. 2.2.

⁵ Ähnlich hatte das die WEKO schon in der *Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2014–2017* gesagt, vgl. RPW 2011/4, 683 Ziff. II.

⁶ Erläuternder Bericht (Fn 2), S. 9 Ziff. 1.3.4, mit Verweis auf OECD Monitoring and Evaluation Report 2018.

⁷ Bundesgesetz vom 29.4.1998 über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz, LWG; SR 910.1).

⁸ Erläuternder Bericht (Fn 2), S. 55 Ziff. 3.1.1.2. So können z.B. im Rahmen von Ressourcenprojekten (Art. 77a LWG) die Nutzung digitaler Technologien zur Reduktion von negativen Umweltwirkungen erprobt und mit Mitteln der Absatzförderung digitale Kommunikationskanäle oder Marktforschung unterstützt werden.

⁹ Erläuternder Bericht (Fn 2), S. 33 Ziff. 2.3.3.1.

Schliesslich ist anzumerken, dass der Erläuternde Bericht selbst festhält, dass die Nutzung neuer Technologien keiner spezifischen staatlichen Fördermassnahme bedarf,¹⁰ womit die Notwendigkeit der Aufnahme einer spezifischen Förderung der Digitalisierung im Landwirtschaftsgesetz in Frage gestellt wird.

Antrag: Der geplante neue Art. 2 Abs. 4^{bis} LwG zur Förderung der Digitalisierung sei nicht ins Landwirtschaftsgesetz aufzunehmen.

Ad Selbsthilfemassnahmen

Die in Art. 8 Abs. 1 LwG unter dem Titel der Selbsthilfe den Organisationen der Produzenten und Produzentinnen resp. den entsprechenden Branchen eingeräumte Möglichkeit zur Anpassung der Produktion und des Angebotes an die Erfordernisse des Marktes ermöglicht Mengenabsprachen, welche nicht unter das Kartellgesetz¹¹ fallen. Mengenabsprachen werden vom Kartellgesetz als besonders schädlich eingestuft.¹² Infolgedessen würde die WEKO eine Streichung des Passus „sowie die Anpassung der Produktion und des Angebotes an die Erfordernisse des Marktes“ aus Art. 8 Abs. 1 LwG begrüßen.¹³

Die Schädlichkeit solcher Selbsthilfemassnahmen wird dadurch verstärkt, dass gemäss Art. 9 Abs. 1 LwG Unternehmen gezwungen werden können, an solchen Mengenabsprachen teilzunehmen, sofern sie diese Selbsthilfemassnahmen gefährden, wobei ausserordentliche Entwicklungen vorliegen müssen, die nicht durch strukturelle Probleme bedingt sind (Art. 9 Abs. 3 LwG).

Gemäss dem Erläuternden Bericht hat der Bundesrat bei der letzten Ausdehnung von Selbsthilfemassnahmen auf Nichtmitglieder die Anforderungen an die Gefährdung relativ tief angesetzt. Weiter zeigt er auf, dass auch Selbsthilfemassnahmen von Organisationen mit einem hohen Organisationsgrad und somit einer geringeren Gefährdung auf Nichtmitglieder ausgedehnt wurden und dass damit der aktuelle Vollzug von Art. 9 LwG nicht vollumfänglich der rechtlichen Grundlage entspricht.¹⁴ Diese zu grosszügige Anwendung von Art. 9 Abs. 1 LwG verstärkt somit die negativen Auswirkungen dieses Gesetzesartikels auf den Wettbewerb.

Um die Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit zu erhöhen, sollen die Begriffe „Gefährdung“ sowie „ausserordentliche Entwicklungen, die nicht durch strukturelle Probleme bedingt sind“ neu in der in der Verordnung über die Branchen- und Produzentenorganisationen¹⁵ näher umschrieben werden. Die WEKO begrüsst eine Definition der genannten Begriffe, da sie sich dadurch erhofft, dass die zu grosszügige Anwendung von Art. 9 Abs. 1 LwG damit der Vergangenheit angehört. Für die Definition der Begriffe erscheint der WEKO wichtig, dass diese restriktiv erfolgt.

Antrag: Der Passus „sowie die Anpassung der Produktion und des Angebotes an die Erfordernisse des Marktes“ sei aus Art. 8 Abs. 1 LwG zu streichen. Weiter sei das Instrument der Allgemeinverbindlichkeit gemäss Art. 9 LwG zurückhaltend einzusetzen. Demgemäss seien die Begriffe „Gefährdung“ sowie „ausserordentliche Entwicklungen, die nicht durch strukturelle Probleme bedingt sind“ in der Verordnung über die Branchen- und Produzentenorganisationen restriktiv zu definieren.

Ad Inlandleistung bei der Vergabe von Zollkontingenten

Mit der AP22+ soll die Abschaffung der Verteilung von Zollkontingentsanteilen nach Massgabe der Inlandleistung (Art. 22 Abs. 2 Bst. b und Abs. 3, Art. 23, Art. 48 Abs. 2 und 2^{bis} LwG), z.B. gemäss Anzahl Schlachtungen inländischer Tiere, mittels Fragebogen zur Diskussion gestellt werden.

Politisch gewollter Grenzschutz sollte so ausgestaltet sein, dass Wettbewerbsverzerrungen möglichst gering ausfallen. Die Vergabe von Zollkontingentsanteilen nach Massgabe der Inlandleistung wirkt wettbewerbsverzerrend und strukturerhaltend. So erhalten inländische, in der verarbeitenden Industrie tätige Unternehmen aufgrund dieser Regelung Zollkontingente, nicht aber reine Importeure. Auch werden dadurch neu in den Markt eintretende Verarbeiter gegenüber bereits im Markt etablierten benachteiligt.

Zudem gelangt nur ein Teil der Importrente, welche durch die Zuteilung der Zollkontingente gemäss Inlandleistung entsteht, zu den Landwirtinnen und Landwirten, weil bei Agrarmärkten in der Schweiz typischerweise viele (kleine) landwirtschaftliche Betriebe wenigen (grossen) Zulieferern, Verarbeitern und Verteilern gegenüberstehen und die Produkte, welche die Betriebe anbieten, oftmals einen tiefen Differenzierungsgrad aufweisen.¹⁶

Die WEKO hat sich wiederholt gegen die Zuteilung von Zollkontingenten gemäss dem Kriterium der Inlandleistung und für die Zuteilung derselben nach wettbewerbsneutraleren und verwaltungstechnisch effizienteren Methoden, insbesondere der Versteigerung, ausgesprochen.¹⁷

Antrag: Die Vergaben von Zollkontingentsanteilen gemäss Inlandleistung seien durch wettbewerbsneutralere Vergabemethoden, insbesondere die Versteigerung, zu ersetzen.

¹⁰ Erläuternder Bericht (Fn 2), S. 33 Ziff. 2.3.3.1.

¹¹ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

¹² Vgl. Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 3 KG.

¹³ Siehe hierzu bereits RPW 2011/4, 684 Ziff. IV., *Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2014–2017*; RPW 2005/4, 661 f. Ziff. II. 1., *Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2011*; RPW 2002/1, 175 f. Ziff. 2. a), *Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2007*.

¹⁴ Erläuternder Bericht (Fn 2), S. 56, Ziff. 3.1.2.1.

¹⁵ Verordnung vom 30.10.2002 über die Ausdehnung der Selbsthilfemassnahmen von Branchen- und Produzentenorganisationen (Verordnung über die Branchen- und Produzentenorganisationen, VBPO; SR 919.117.72).

¹⁶ Erläuternder Bericht (Fn 2), S. 58, Ziff. 3.1.2.2.

¹⁷ RPW 2005/4, 663 Ziff. III. 2., *Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2011*; RPW 2002/1, 178 Ziff. I. 3. a), *Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2007*; RPW 1998/4, 574 f. Ziff. 2, *Ausführungsbestimmungen zum neuen Landwirtschaftsgesetz*.

Ad Zulagen Milchwirtschaft

Die Milchpreisstützung sieht verschiedene produktbezogene Beiträge vor (Art. 38 ff. LwG),¹⁸ die mit der AP22+ neu ausgerichtet werden sollen.¹⁹

Die WEKO setzt sich gegen die Ausrichtung produktbezogener Beiträge ein.²⁰ Diese sind besonders wettbewerbsverzerrend, wirken strukturerhaltend und behindern die Ausrichtung der landwirtschaftlichen Produktion auf die Bedürfnisse der Nachfrage und damit auf den Markt. In der Milchbranche bestehen tendenziell Überkapazitäten,²¹ welche durch produktbezogene Beiträge gefördert werden.²² Soll die Landwirtschaft unterstützt werden, liegt aber kein konkretes, mit einem bestimmten Produkt zusammenhängendes Marktversagen vor, sollte dies in Form allgemeiner Direktzahlungen geschehen. Diese sind nicht an bestimmte Produkte gebunden und wirken wettbewerbsneutraler als produktbezogene Beiträge.

Antrag: Die Milchpreisstützung mit ihren produktbezogenen Beiträgen sei nicht neu auszurichten, sondern aufzuheben.

Ad Höchstbestandesvorschriften

Die gestützt auf Art. 46 f. LwG erlassene Höchstbestandesverordnung²³ begrenzt die Tierbestände je Betrieb für die Schweinezucht, Schweinemast, Legehennenhaltung, Pouletmast, Trutenmast und Kälbermast, wobei Ausnahmen von diesen Höchstbeständen möglich sind, die mit der AP22+ erweitert werden sollen.

Der Erläuternde Bericht hält fest, dass Höchstbestände der unternehmerischen Freiheit, der Eigenverantwortung und der Wettbewerbsfähigkeit widersprechen. Höchstbestände liessen sich auch nicht mit Tierwohlaspekten rechtfertigen, weil der Tierbestand pro Betrieb keinen Einfluss auf das Tierwohl habe. Da kein Bezug zur Fläche bestehe, handle es sich auch nicht um eine geeignete Umweltvorschrift. Weiter ist dem Erläuternden Bericht zu entnehmen, dass die Höchstbestandesvorschriften lediglich aufgrund gesellschaftlicher Akzeptanz und für das Image der Schweizer Landwirtschaft beibehalten werden sollen.²⁴

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass mit den Höchstbestandesvorschriften keine agrarpolitischen Ziele verfolgt und erreicht werden. Bereits in der Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2011 hat sich die WEKO mit Hinweis auf die Behinderung der Schaffung effizienter Produktionsstrukturen und das strukturerhaltende Potential dieser Bestimmung für die Abschaffung von Höchstbestandesvorschriften ausgesprochen.²⁵

Antrag: Die noch bestehenden Höchstbestandesvorschriften seien nicht weiterzuentwickeln, sondern abzuschaffen.

Ad Marktentlastungsmassnahmen und Beiträge an öffentliche Märkte im Berggebiet

Der Bund richtet Marktentlastungsmassnahmen für Fleisch und Eier (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 LwG), Beiträge an öffentliche Märkte im Berggebiet (Art. 50 Abs. 2 LwG), für die Verwertung von Schafwolle (Art. 51^{bis} LwG), für die Verwertung von Früchten (Art. 58 Abs. 1 LwG) sowie zur Anpassung der Produktion von Früchten

und Gemüse an die Erfordernisse der Märkte (Art. 58 Abs. 2 LwG) aus. Mit den Beiträgen zur Verwertung von Früchten werden Beiträge für die Lagerung einer betriebsbezogenen Marktreserve in Form von Apfel- und Birnensaftkonzentrat sowie Beiträge für die Herstellung von Beeren-, Kern- und Steinobstprodukten gesprochen (Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 Obstverordnung²⁶).

Die gesetzliche Grundlage der Beiträge zur Anpassung der Produktion von Früchten und Gemüse an die Erfordernisse der Märkte wird aufgrund der Befristung und des fehlenden Bedarfs in der AP22+ zur Aufhebung empfohlen, dagegen sollen die Beiträge für die Herstellung von Beeren-, Kern- und Steinobstprodukten beibehalten werden. Für die übrigen vorgenannten Beiträge und Marktentlastungsmassnahmen schliesslich soll die Aufhebung mittels Fragebogen zur Diskussion gestellt werden.

Bei vorgenannten Marktentlastungsmassnahmen und Beiträgen handelt es sich durchwegs um produktbezogene Beiträge. Wie bereits vorstehend unter dem Titel „Ad Zulagen Milchwirtschaft“ angemerkt, spricht sich die WEKO aus grundsätzlichen Überlegungen gegen produktbezogene Beiträge aus.²⁷ Somit begrüsst die WEKO die Aufhebung der Beiträge zur Anpassung der Produktion von Früchten und Gemüse an die Erfordernisse der Märkte. Doch auch die weiteren vorgenannten Beiträge und Marktentlastungsmassnahmen sollten nicht lediglich

¹⁸ Dieses sind eine Zulage für verkäste Milch im Allgemeinen (Art. 38 LwG), eine Zulage für verkäste, silofreie Milch (Art. 39 LwG), d.h. für Käse aus Milch aus silofreier Fütterung, und eine Zulage für Verkehrsmilch (Art. 40 LwG), d.h. für Milch im Allgemeinen.

¹⁹ So soll beispielsweise die Zulage für silofreie Milch verdoppelt werden und diese Zulage soll neu auch für Milch ausgerichtet werden, die nicht zu Käse verarbeitet wird. Zur Finanzierung der Verdoppelung dieser Zulage soll die Zulage für verkäste Milch um den entsprechenden Betrag reduziert werden. Zudem soll die Zulage für verkäste Milch sowie die Zulage für Fütterung ohne Silage neu auch für Büffelmilch ausgerichtet werden.

²⁰ RPW 2011/4, 683 f. Ziff. III., *Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2014–2017*; RPW 2002/1, 174 Ziff. 1 und 180 Ziff. 5, *Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2007*.

²¹ Erläuternder Bericht (Fn 2), S. 31 Ziff. 2.3.2.2.

²² RPW 2011/4, 683 f. Ziff. III., *Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2014–2017*.

²³ Verordnung vom 23.10.2013 über Höchstbestände in der Fleisch- und Eierproduktion (Höchstbestandesverordnung, HBV; SR 916.344).

²⁴ Erläuternder Bericht (Fn 2), S. 61 f. Ziff. 3.1.2.5.

²⁵ RPW 2005/4, 663 Ziff. IV, *Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2011*.

²⁶ Verordnung vom 23.10.2013 über Massnahmen zur Verwertung von Obst (Obstverordnung; SR 916.131.11).

²⁷ So begrüsst die WEKO beispielsweise die bereits in der Agrarpolitik 2014–2017 vorgesehene Streichung des Verwertungsbeitrags für Schafwolle (RPW 2011/4, 683 Ziff. III, *Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2014–2017*). Anzumerken ist zudem, dass mit den Marktentlastungsmassnahmen für Fleisch und Eier und den Beiträgen an gewerbliche Mostereien für die Lagerung einer betriebsbezogenen Reserve in Form von Apfel- und Birnensaftkonzentrat wiederkehrende, saisonale Schwankungen, die bekannt sind, und Ernteschwankungen ausgeglichen werden, womit keine ausserordentlichen Entwicklungen vorliegen, die ein Eingreifen des Bundes allenfalls rechtfertigen würden (Erläuternder Bericht (Fn 2), S. 62 f. Ziff. 3.1.2.6 und S. 64 Ziff. 3.1.2.9).

zur Diskussion gestellt resp. gar beibehalten, sondern abgeschafft werden. Auch die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) äussert sich kritisch zu diesen Beiträgen.²⁸

Antrag: Die Marktentlastungsmassnahmen für Fleisch und Eier, die Beiträge an öffentliche Märkte im Berggebiet, die Beiträge für die Verwertung von Schafwolle sowie die Beiträge für die Verwertung von Früchten seien aufzuheben.

Ad Direktzahlungen

Die WEKO setzt sich dafür ein, dass sich die Strukturen auf den Agrarmärkten möglichst frei von staatlichen Interventionen aufgrund der Marktkräfte entwickeln können.²⁹ Gemäss dem Erläuternden Bericht ist die Schweiz im Vergleich zum Ausland mit einem Produktivitätsrückstand konfrontiert, der u.a. aus kleineren Strukturen mit weniger Skaleneffekten resultiert.³⁰ So ist der Schutz kleinbetrieblicher Strukturen nicht im Sinne einer international wettbewerbsfähigen schweizerischen Landwirtschaft. Notwendige Struktur Anpassungen sowie die Schaffung effizienter Produktionsstrukturen sollen nicht durch eine Bevorzugung bestimmter Betriebsformen seitens der Politik behindert werden.³¹ Der erwünschte Strukturwandel ist, wie vorgesehen,³² sozialverträglich auszugestalten. Im Weiteren ist anzumerken, dass durch das insgesamt hohe Stützungs niveau der Schweizer Landwirtschaft³³ kleine, unrentable Strukturen erhalten werden. Unter diesem Aspekt sind Kürzungen der finanziellen Mittel an die Schweizer Landwirtschaft, und damit auch von Direktzahlungen, zu erwägen.

Die Direktzahlungen an Bewirtschafterinnen und Bewirtschafter von Betrieben unterliegen verschiedenen Begrenzungen und Grenzwerten.³⁴ Neu soll gemäss der AP22+ eine maximale Höhe an Direktzahlungen gelten, die durch den Bundesrat pro Betrieb oder pro Beitragsart festgelegt wird (Art. 70a Abs. 3 Bst. f LwG). Geplant ist eine Limite von jährlich CHF 250'000 pro Betrieb.³⁵ Eine solche Limite bewirkt jedoch eine Verzerrung des Wettbewerbs. So werden grosse, produktive Betriebe, die ohne diese Limite einen höheren Betrag an Direktzahlungen erhalten würden, gegenüber kleineren Betrieben benachteiligt. Zudem ist davon auszugehen, dass sich das Verhalten dieser grossen Betriebe dahingehend ändert, dass sie weniger Leistungen erbringen, die mit Direktzahlungen abgegolten werden, also von eigentlich von der Politik erwünschter Leistungen zugunsten der Gesellschaft.³⁶ Deshalb lehnt die WEKO die Einführung einer solchen Deckelung an Direktzahlungen pro Betrieb ab.

Abgeschafft werden soll gemäss dem Erläuternden Bericht hingegen die Begrenzung der Direktzahlungen auf CHF 70'000 pro Standardarbeitskraft (SAK).³⁷ Zudem entfallen mit dem gemäss AP22+ geplanten Wegfall des Basisbeitrags Versorgungssicherheit auch die Kürzungen dieses Basisbeitrags für grosse Betriebe (Betriebsfläche von über 60 ha). Die WEKO begrüsst sowohl die Aufhebung der Begrenzung der Direktzahlungen pro SAK als auch den Wegfall der Kürzungen des Basisbeitrags Versorgungssicherheit im Zusammenhang mit der Betriebsfläche, da damit Wettbewerbsverzerrungen entfallen.

Antrag: Direktzahlungen im Bereich der Landwirtschaft seien so auszurichten, dass keine bestimmte/n Betriebsstruktur/en bevorzugt wird/werden. Insbesondere sei die Begrenzung von Direktzahlungen zu streichen.

²⁸ In ihrem Bericht „Wirtschaftlichkeitsprüfung der Finanzhilfen an externe Organisationen“ zeigt die EFK auf, dass es sich bei den Beiträgen für Marktreserven im Obstbau sowie dem Rohstoffpreisausgleich für Obst, den Beiträgen an Massnahmen zur Entlastung des Fleischmarktes, an die Übertragung öffentlicher Aufgaben im Fleischmarkt, an die Verwertung von Schafwolle, an die Verwertungsmassnahmen Inlandeier und bei den Infrastrukturbeiträgen für Schlachtviehmärkte im Berggebiet um Subventionen handelt, die Preisstützungen entsprechen. Ausserdem sind es gemäss ihrer Einschätzung mehrheitlich Bagatellsbeteiligungen. Sie empfiehlt, diese Beiträge abzuschaffen (EFK, Wirtschaftlichkeitsprüfung der Finanzhilfen an externe Organisationen, 25.6.2018, S. 19 ff.).

²⁹ RPW 2005/4, 663 Ziff. IV, *Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2011*.

³⁰ Erläuternder Bericht (Fn 2), S. 12 Ziff. 1.3.5.

³¹ Vgl. RPW 2005/4, 663 Ziff. IV, *Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2011*.

³² Zu den Übergangsbeiträgen siehe Erläuternder Bericht (Fn 2), S. 85 f. Ziff. 3.1.3.8.

³³ Erläuternder Bericht (Fn 2), S. 13 Ziff. 1.3.5 Box 2.

³⁴ Vgl. Erläuternder Bericht (Fn 2), S. 67 f. Ziff. 3.1.3.1, welchem weitere Begrenzungen zu entnehmen sind.

³⁵ Dabei wird davon ausgegangen, dass ungefähr 100 Betriebe von dieser Begrenzung betroffen sein werden und die Reduktion bei CHF 2–4 Mio. liegt. Erläuternder Bericht (Fn 2), S. 35 Ziff. 2.3.3.2, S. 69 Ziff. 3.1.3.1, S. 106 Ziff. 3.1.10.

³⁶ Die Leistungen der Landwirtschaft zugunsten der Gesellschaft werden vom Bund gemäss dem erläuternden Bericht hauptsächlich mit Direktzahlungen abgegolten (Erläuternder Bericht (Fn 2), S. 7 Ziff. 1.3.3).

³⁷ Vgl. Erläuternder Bericht (Fn 2), S. 68 f. Ziff. 3.1.3.1.

B 3
Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale

B 3	1. Urteil vom 23. Oktober 2018 – Bekanntgabe der WEKO von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung
-----	--

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. Oktober 2018 (A-592/2018) in Sachen Bekanntgabe der WEKO von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung. Dieses Urteil ist noch nicht rechtskräftig (die WEKO bzw. das WBF hat Beschwerde erhoben [Stand: 27. August 2019]).

Sachverhalt

A.

Die Wettbewerbskommission (WEKO) erliess am 16. Dezember 2011 eine Verfügung im Zusammenhang mit Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau (nachfolgend: Sanktionsverfügung). Insgesamt waren von diesem Verfahren 14 Unternehmen betroffen. Die WEKO deckte in rund 90 Fällen Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) auf, welche zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs geführt hatten. Die Abreden betrafen öffentliche und private Submissionen im Kanton Aargau, bei welchen sich die Bauunternehmen über ihre Offertpreise absprachen und festlegten, wer den Zuschlag erhalten soll. Einige Unternehmen zeigten sich selbst an (nachfolgend: Selbstanzeigerinnen). Zudem waren Unternehmen von den Untersuchungen betroffen, deren Verhalten nicht Gegenstand der Untersuchung der WEKO war (nachfolgend: Dritunternehmen). Insgesamt sanktionierte die WEKO die in die Submissionsabsprachen involvierten Unternehmen mit rund 3.9 Mio. Fr.

B.

Die WEKO publizierte die Sanktionsverfügung auf ihrer Homepage. Die darin enthaltenen Bezeichnungen der von Abreden betroffenen Projekte wurden jedoch entfernt. Aus diesem Grund kann eine aussenstehende Person, beispielsweise ein Auftraggeber, gestützt auf die anonymisierte Sanktionsverfügung nicht herausfinden, ob darin auch von ihm durchgeführte Ausschreibungen enthalten sind und ob er durch Absprachen geschädigt wurde.

C.

Die Sanktionsverfügung wurde in der Folge von mehreren Unternehmen beim Bundesverwaltungsgericht angefochten (Verfahren B-771/2012, B-807/2012, B-829/2012 und B-880/2012).

D.

Am 8. Mai 2012 ersuchte der Kanton Aargau die WEKO um „volle Akteneinsicht in diejenigen Verfahrensakten, in welchen der Kanton als Auftraggeber beteiligt war“.

E.

Mit Verfügung vom 11. Dezember 2017 (nachfolgend: Einsichtsverfügung) hiess die WEKO das Gesuch des Kantons Aargau teilweise gut und gewährte diesem unter Einschränkungen und Auflagen Einsicht in die Sanktionsverfügung. Im Übrigen wies sie das Gesuch ab. Sie stellte dem Kanton Aargau nach Eintritt der Rechtskraft der Einsichtsverfügung die Offenlegung eines Falles inkl. der dazugehörigen Sachbeweise in Aussicht.

F.

Dagegen führt eine Unternehmung (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 29. Januar 2018 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragt insbesondere die Aufhebung der Verfügung und die Abweisung des Gesuchs des Kantons Aargau. In prozessualer Hinsicht verlangt sie den Beizug der Verfahrensakten aus der WEKO-Untersuchung (...).

G.

Mit Zwischenverfügung vom 15. Februar 2018 stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die Firma der Beschwerdeführerin ein Personendatum darstellt und als Teil des strittigen Zugangsgesuchs zu gelten hat. Um eine Zugangsgewährung nicht vorwegzunehmen, ordnet es an, dass das Beschwerdeverfahren A-592/2018 anonym durchgeführt wird und der Name der Beschwerdeführerin fortan nur noch mit X. bezeichnet sowie allfällige sie betreffende Personendaten entfernt werden.

H.

Der Kanton Aargau (nachfolgend: Beschwerdegegner) schliesst in seiner Beschwerdeantwort vom 27. März 2018 auf die Abweisung der Beschwerde.

I.

Die WEKO (nachfolgend: Vorinstanz) beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 9. April 2018, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

J.

In den Schlussbemerkungen vom 23. Mai 2018 hält die Beschwerdeführerin an ihren Begehren fest.

K.

Die Vorinstanz verzichtet am 28. Mai 2018 auf weitere Bemerkungen.

L.

Das Bundesverwaltungsgericht bestätigt mit den Urteilen B-771/2012, B-807/2012, B-829/2012 und B-880/2012 je vom 25. Juni 2018 (Versand am 24. Juli 2018) mehrheitlich die Kartellsanktionen gegen die beschwerdeführenden Unternehmen.

M.

Die Beschwerdeführerin hat das sie betreffende Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. Juni 2018 des kartellrechtlichen Sanktionsverfahrens beim Bundesgericht (Verfahren 2C_845/2018) angefochten. Damit ist das Kartellverfahren nach wie vor hängig.

N.

Auf die weiteren Vorbringen der Verfahrensbeteiligten und die sich bei den Akten befindlichen Dokumente wird – soweit entscheiderelevant – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist und eine Vorinstanz im Sinn von Art. 33 VGG entschieden hat.

Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine Verfügung gemäss Art. 5 VwVG, die von einer Vorinstanz im Sinn von Art. 33 Bst. f VGG erlassen wurde (vgl. Art. 18 Abs. 3 i.V.m. Art. 39 KG). Zudem besteht bezüglich der betroffenen Sachgebiete keine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit für die Beurteilung der erhobenen Beschwerde zuständig.

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, sofern das VGG nichts anderes vorsieht (Art. 37 VGG).

1.2 Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c).

Die Beschwerdeführerin hat sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und ist als Adressatin des angefochtenen Entscheids, mit welchem Angaben zu den von Abreden betroffenen Vergabeverfahren des Beschwerdegegners und demzufolge allenfalls die Beschwerdeführerin betreffende Personendaten weitergegeben werden sollen, sowohl formell wie materiell beschwert. Sie ist damit zur Beschwerde legitimiert.

1.3 Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 VwVG) ist daher einzutreten.

2.

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ermessensausübung – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

3.

Die Beschwerdeführerin verlangt den Beizug der gesamten Verfahrensakten der WEKO-Untersuchung (...).

Der rechtserhebliche Sachverhalt ist aufgrund der im Recht liegenden Akten, welche teilweise aus der genannten WEKO-Untersuchung stammen, bereits hinreichend erstellt. Das prozessuale Begehren um Aktenbeizug wird deshalb in antizipierter Beweiswürdigung (vgl. Urteil des BVGer A-8067/2015 vom 8. Juni 2017 E. 3.1.2) abgewiesen.

4.

Mit der strittigen Einsichtsverfügung gewährte die Vorinstanz dem Beschwerdegegner insoweit Einsicht in die Sanktionsverfügung und die dazugehörigen Sachbeweise (beschlagnahmte Akten), als diese allfällige von unzulässigen Wettbewerbsabreden betroffene Ausschreibungen zum Gegenstand haben, bei welchen der Kanton Aargau die zuständige Vergabestelle war, sofern dadurch nicht von der Selbstanzeigerin preisgegebene Informationen oder Personendaten von Dritten offengelegt werden. Zudem verband sie die Datenlieferung mit der Auflage, dass die Daten einzig für die Prüfung eines Schadens bzw. für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen verwendet werden dürfen. Nachdem die Einsichtsverfügung nur von der Beschwerdeführerin und nicht auch vom Kanton Aargau angefochten wurde, bleibt ausschliesslich zu prüfen, ob die (eingeschränkte) Datenbekanntgabe im soeben geschilderten Umfang zu Recht angeordnet wurde. Demnach ist nicht weiter darauf einzugehen, dass die Vorinstanz die Daten der Selbstanzeigerinnen von der Einsicht ausgenommen hat und deshalb bloss die Offenlegung eines einzigen von Absprachen betroffenen Vergabeverfahrens anordnete. Ebenso braucht nicht überprüft zu werden, ob die Datenbekanntgabe für andere Zwecke (Beantwortung von Interpellationen sowie der Anordnung vergaberechtlicher Sanktionen) hätte angeordnet werden dürfen.

5.

5.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Vorinstanz für den Erlass der Einsichtsverfügung nicht zuständig gewesen sei. Sie begründet dies mit dem Devolutiveffekt. Da die Sanktionsverfügung von mehreren Unternehmen (so auch von der Beschwerdeführerin) angefochten worden sei, liege die Verfügungsgewalt über die Akten beim Bundesverwaltungsgericht, bei welchem das Verfahren im Zeitpunkt dieses Vorbringens noch hängig gewesen war. Entsprechend dürfe auch nur das Bundesverwaltungsgericht über eine allfällige Akteneinsicht befinden. Der Umstand, dass der Beschwerdegegner hingegen die Vorinstanz um Einsicht angefragt habe, da diese noch im Besitz von Kopien sei, vermöge daran nichts zu ändern. Entgegen den Vorbringen der

Vorinstanz könne nicht zwischen dem Thema des Zugangs zu den Verfahrensakten (Einsichtsverfahren) und dem Streitgegenstand des Kartellverfahrens (Sanktionsverfahren) differenziert werden. Vielmehr sei Ersteres eng mit der Hauptsache verknüpft, weshalb einzig die Beschwerdeinstanz darüber befinden könne.

5.2 Die Vorinstanz weist darauf hin, dass der Devolutiv-effekt nur im Umfang des Streitgegenstands gelte. Im vorliegenden Verfahren sei der Streitgegenstand ein völlig anderer als im Verfahren betreffend die Sanktionsverfügung. Entsprechend habe der Devolutiv-effekt aufgrund der Anfechtung der Sanktionsverfügung keinen Einfluss auf die Zuständigkeit der WEKO im Zusammenhang mit der Datenbekanntgabe im konkreten Fall.

5.3 Der Beschwerdegegner bringt vor, dass sich sein Einsichtsgesuch nur auf die Verfahrensakten aus der abgeschlossenen Untersuchung der WEKO beziehe und nicht auf das noch hängige Beschwerdeverfahren betreffend die Sanktionsverfügung.

5.4 Gemäss Art. 54 VwVG geht mit Einreichung der Beschwerde die Behandlung der Sache, die Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet, auf die Beschwerdeinstanz über (sog. Devolutiv-effekt). Mit der Beschwerdeerhebung erlangt das Bundesverwaltungsgericht als Rechtsmittelinstanz die Herrschaft über das Verfahren. Folglich darf sich grundsätzlich weder die Vorinstanz noch sonst eine Behörde mit der Angelegenheit befassen. Das Bundesverwaltungsgericht ist damit insbesondere allein zum Erlass vorsorglicher Massnahmen und anderer prozessleitender Verfügungen berufen. Der Devolutiv-effekt ist jedoch – wie dies bereits Art. 54 VwVG zum Ausdruck bringt – auf den Streitgegenstand beschränkt (vgl. Urteil des BVGer A-3821/2016 vom 29. September 2016 E. 1.2.5; REGINA KIENER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, Art. 54 Rz. 6 und 11 f.; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 3.7).

5.5 Gegenstand der Sanktionsverfügung bildete erstens die Feststellung, ob die von der Untersuchung erfassten Unternehmen mittels unzulässiger Wettbewerbsabreden auf Submissionsverfahren eingewirkt haben (Verstoss gegen das Kartellgesetz) und zweitens die Sanktionierung der fehlbaren Unternehmen. Demgegenüber befasst sich die vorliegend angefochtene Einsichtsverfügung vor allem mit der Zulässigkeit der Bekanntgabe von Personendaten (im Rahmen der informationellen Amtshilfe). Dabei war für die Vorinstanz und wird auch für das Bundesverwaltungsgericht im Einsichtsverfahren in erster Linie zu prüfen sein, ob die Daten für den Beschwerdegegner zur Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe unentbehrlich sind. Folglich ist der Streitgegenstand ein gänzlich anderer. Die Beschwerdeführerin verkennt, dass es sich nicht um ein prozessuales Akteneinsichtsgesuch einer Partei handelt, sondern um ein eigenständiges Verfahren. Die vorliegende Streitigkeit wurde demnach nicht vom Devolutiv-effekt des Beschwerdeverfahrens betreffend die Sanktionsverfügung erfasst. Die Vorinstanz war deshalb ohne Weiteres zum Entscheid über die Datenbekanntgabe befugt. Die Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich als unbegründet.

6.

Für die Beurteilung eines Zugangsgesuchs wie das Vorliegende kommen mehrere Anspruchsgrundlagen in Frage. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts richten sich solche Gesuche – bei gegebenen Anwendungsvoraussetzungen (nachfolgend: E. 7) – primär nach dem Datenschutzgesetz vom 19. Juni 1992 (DSG, SR 235.1) und mangels expliziter gesetzlicher Grundlage im Sinn von Art. 17 DSG nach der allgemeinen Amtshilfebestimmung von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG (nachfolgend: E. 8 und 9; BVGE 2016/22 E. 5 und 6). Scheitert die Amtshilfe, ist die Bekanntgabe der Daten nach Art. 8 DSG (nachfolgend: E. 10) und nach Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG (nachfolgend: E. 11) zu prüfen. Schliesslich ist abzuklären, ob ein Zugang nach Art. 6 des Öffentlichkeitsgesetzes vom 17. Dezember 2004 (BGÖ, SR 152.3; nachfolgend: E. 12) oder allenfalls gestützt auf Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) in Frage kommt (nachfolgend: E. 13).

7.

Die Anrufung der datenschutzrechtlichen Anspruchsgrundlagen setzt voraus, dass das Datenschutzgesetz anwendbar ist. Dies gilt es an erster Stelle zu prüfen.

7.1 Gemäss Art. 2 Abs. 2 Bst. c DSG findet das Gesetz insbesondere keine Anwendung auf hängige Strafverfahren sowie staats- und verwaltungsrechtliche Verfahren; davon ausgenommen sind erstinstanzliche Verwaltungsverfahren.

7.1.1 Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, kann das kartellrechtliche Sanktionsverfahren nicht als Strafverfahren im Sinn des Datenschutzgesetzes qualifiziert werden. Vielmehr handelt es sich um ein Verwaltungsverfahren (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.5.2 und BGE 139 I 72 E. 2.2.2 und 4.4, welcher von Verwaltungsverfahren mit strafrechtlichem bzw. strafrechtsähnlichem Charakter spricht). Damit hätte das Gesuch, soweit es sich allein an die WEKO richtete und auf deren Verfahrensakten bezog, ein erstinstanzliches Verwaltungsverfahren betroffen und wäre dem Datenschutzgesetz unterstanden.

7.1.2 Im Zeitpunkt, als die Vorinstanz über den Zugang zur Sanktionsverfügung befunden hat, war die Verfügung mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten. Es stellt sich deshalb die Frage, ob sich das Zugangsgesuch unter diesen Umständen noch auf ein erstinstanzliches Verfahren bezog oder aufgrund der Beschwerdeerhebung gegen die Sanktionsverfügung als verwaltungsrechtliches Verfahren hätte eingestuft werden müssen. Während im erstgenannten Fall das Gesuch ohne Weiteres nach dem Datenschutzgesetz zu beurteilen gewesen wäre, wäre es im zweiten Fall grundsätzlich von dessen Anwendungsbereich ausgenommen gewesen. Wie es sich damit verhält, kann jedoch aufgrund der folgenden Ausführungen offenbleiben.

7.1.3 Allein die Qualifikation eines Verfahrens als verwaltungsrechtliches Verfahren schliesst die Anwendung des Datenschutzgesetzes nicht aus. Vielmehr ist erforderlich, dass es darüber hinaus auch als hängig im Sinn von Art. 2 Abs. 2 Bst. c DSG erscheint. Dies gilt es im Folgenden zu prüfen.

7.1.3.1 Je nach Auslegung des Begriffs der Hängigkeit schränken Lehre und Rechtsprechung den Anwendungsbereich des Datenschutzgesetzes in zeitlicher, sachlicher und persönlicher Hinsicht ein (vgl. BVGE 2016/28 E. 2.2; URS MAURER-LAMBROU/SIMON KUNZ, in: Basler Kommentar, Datenschutz – Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014 [nachfolgend: BSK DSG/BGÖ], Art. 2 Rz. 26; LUKAS WIGET/DANIEL SCHOCH, Das Auskunftsrecht nach DSG – eine unkonventionelle Art der Beschaffung von Beweismitteln?, AJP 2010, S. 999 ff., S. 1000).

7.1.3.2 Hinter der Ausnahmebestimmung von Art. 2 Abs. 2 Bst. c DSG steht der Gedanke, dass der vom DSG bezweckte Persönlichkeitsschutz durch Spezialbestimmungen aufgrund der in den ausgenommenen Verfahren anwendbaren Prozessgesetzen bereits hinreichend gesichert und geregelt wird (vgl. BGE 138 III 425 E. 4.3; Urteil des BGer 4A_188/2015 vom 31. August 2015 E. 3.1; DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, in: Rosenthal/Jöhri [Hrsg.], Handkommentar zum Datenschutzgesetz, 2008 [nachfolgend: HAKO DSG], Art. 2 Rz. 29 und 32). Käme das Datenschutzgesetz ebenfalls zur Anwendung, würden sich zwei Gesetze mit zum Teil gleicher Zielsetzung überlagern, was zu Rechtsunsicherheiten, zu Koordinationsproblemen und schliesslich zu Verfahrensverzögerungen führen würde (Botschaft vom 23. März 1988 zum Bundesgesetz über den Datenschutz [nachfolgend: Botschaft zum DSG], BBl 1988 II 413, S. 443). Der Ausschlussklausel kommt demnach eine Koordinationsfunktion zu, indem sie sicherstellt, dass entweder nur verfahrensrechtliche oder einzig datenschutzrechtliche Ansprüche Platz greifen (BERNHARD WALDMANN/JÜRGE BICKEL, in: Belser/Epiney/Waldmann [Hrsg.], Datenschutzrecht, 2011 [nachfolgend: Datenschutzrecht], § 12 Rz. 29).

7.1.3.3 Anders ausgedrückt geht die Ausnahmebestimmung dann von einem hängigen Verfahren aus, wenn die Geltung der einschlägigen Prozessgesetze ausgelöst wird (BGE 138 III 425 E. 4.3; STEFAN GERSCHWILER, in: Passadelis/Rosenthal/Thür [Hrsg.], Datenschutzrecht, 2015, Rz. 3.37). Damit ist der Geltungsbereich des Datenschutzgesetzes aber nicht nur in zeitlicher, sondern zugleich auch in persönlicher Hinsicht abgegrenzt. Nur in jenen Konstellationen, in denen ein Betroffener effektiv Gebrauch von den Verfahrensrechten machen kann, wird das Datenschutzgesetz zurückgedrängt und ihm die Anwendung versagt. Entsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass einem nicht verfahrensbeteiligten Dritten das Auskunftsrecht gemäss Art. 8 DSG – trotz eines hängigen Beschwerdeverfahrens – zustehe, da er mangels Verfahrensstellung die Verfahrensrechte gerade nicht anrufen könne (BVGE 2016/28 E. 2.2; Urteil des BVerfG A-6356/2016 vom 19. April 2018 E. 3.1.4). Da die Anwendbarkeit des Datenschutzgesetzes aber nicht nur das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht beschlägt, sondern generell darüber entscheidet, ob dessen Vorschriften auch für die Bearbeitung der Daten gelten (vgl. BGE 138 III 425 E. 4.3), muss nach dem Gesagten einem nicht am Verfahren beteiligten Dritten auch die Anrufung der weiteren, vorliegend einschlägigen, datenschutzrechtlichen Anspruchsgrundlagen (Art. 19 Abs. 1 Bst. a und d DSG) zustehen.

7.1.3.4 So hat denn auch das Bundesgericht die Publikation einer Sanktionsverfügung durch die WEKO – jedoch ohne eingehende Auseinandersetzung mit dessen Geltungsbereich – im Lichte des Datenschutzgesetzes geprüft, obwohl die betreffende Sanktionsverfügung beim Bundesverwaltungsgericht angefochten und damit ein verwaltungsrechtliches Verfahren hängig war (vgl. BGE 142 II 268 E. 6).

7.1.4 Zusammengefasst fiel das Zugangsgesuch – im Zeitpunkt der Einsichtsverfügung – nicht unter die Ausnahmebestimmung von Art. 2 Abs. 2 Bst. c DSG unabhängig davon, ob sich die Datenbekanntgabe nun auf das erstinstanzliche Verfahren vor der WEKO bezogen hat oder diese in einem weiteren Zusammenhang mit dem damaligen Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht gestanden hätte. Die Vorinstanz hat zu Recht auf die Anwendbarkeit des Datenschutzgesetzes erkannt.

7.1.5 Entsprechend schliesst auch der Umstand, dass im heutigen Zeitpunkt das Verfahren 2C_845/2018 betreffend der Sanktionsverfügung beim Bundesgericht hängig ist, die Anwendbarkeit des Datenschutzgesetzes im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht aus.

7.2 Sodann hat die Vorinstanz die weiteren Bestimmungen zum Geltungsbereich und die Anwendungsvoraussetzungen gemäss Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 DSG geprüft und als erfüllt erachtet. Diese Erwägungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass.

7.3 Nach dem Gesagten gelangt das Datenschutzgesetz auf das strittige Zugangsgesuch zur Anwendung.

8.

Gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG dürfen Bundesorgane Personendaten selbst dann bekannt geben, wenn keine Rechtsgrundlage im Sinn von Art. 17 DSG besteht, sofern die Daten für den Empfänger im Einzelfall zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben unentbehrlich sind. Diese Ausnahme soll eine rationelle Verwaltungstätigkeit erlauben und die Erfüllung gesetzlicher Aufgaben sicherstellen. Angesichts ihres Ausnahmecharakters kann sie jedoch nur im Einzelfall zur Anwendung gelangen und ist jeweils eng auszulegen (vgl. BVGE 2016/22 E. 6.2; JENNIFER EHRENSPERGER, in: BSK DSG/BGÖ, Art. 19 N 21).

9.

An erster Stelle ist die Voraussetzung der Unentbehrlichkeit der Datenbekanntgabe zu prüfen.

9.1

9.1.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass die Sanktionsverfügung noch nicht in Rechtskraft erwachsen sei. Damit stehe weder fest, ob der Beschwerdegegner von unzulässigen Abreden betroffen war, noch sei eine Beteiligung der Beschwerdeführerin daran erwiesen. Solange dieser Beweis nicht erbracht sei, könne aufgrund des Prinzips „in dubio pro reo“ keine Sanktion ausgesprochen werden. Folglich sei auch nicht ersichtlich, inwiefern die Akten für die Prüfung und Geltendmachung von allfälligen Schadenersatzforderungen unentbehrlich seien. Demnach sei kein Zugang zu gewähren.

9.1.2 Die Vorinstanz hält dagegen, dass der Zugang zu den Verfahrensakten einer Untersuchung nicht von der Rechtskraft der Sanktionsverfügung abhängig sei. Dasselbe gelte auch für die Publikation ihrer Sanktionsverfügungen, welche das Bundesgericht trotz fehlender Rechtskraft erlaubt habe. Zudem sei der Zivilrichter bei der Prüfung von Schadenersatzansprüchen nicht an die Beurteilung der WEKO in der Sanktionsverfügung gebunden, weshalb deren Rechtskraft nicht massgeblich sei.

9.1.3 Der Beschwerdegegner wendet ein, dass das Prinzip „in dubio pro reo“ bzw. die Unschuldsvermutung nicht einer Datenbekanntgabe entgegenstehe. Ohnehin sei unklar, ob diese überhaupt im vorliegenden Verwaltungsverfahren anwendbar seien. Schliesslich wolle die Beschwerdeführerin offensichtlich verhindern, dass er noch vor Ablauf der Verjährungsfrist Schadenersatzansprüche abklären könne. Es handle sich um eine reine Verzögerungstaktik, die keinen Rechtsschutz verdiene.

9.2 Im vorliegenden Fall war im Zeitpunkt als die Vorinstanz die Datenbekanntgabe anordnete die Sanktionsverfügung noch nicht rechtskräftig. Es stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz unter diesen Umständen überhaupt in der Lage war, die Voraussetzung der Unentbehrlichkeit der Datenbekanntgabe zu prüfen.

9.2.1 Die Daten erscheinen dann als unentbehrlich, wenn die gesetzliche Aufgabe ohne die Daten überhaupt nicht erfüllt werden kann. Im Umkehrschluss hat das Bundesverwaltungsgericht daraus abgeleitet, dass die Bekanntgabe von Daten dann nicht unentbehrlich sei, wenn die gesetzliche Aufgabe offensichtlich nicht mehr erfüllt werden könne (vgl. BVGE 2016/22 E. 8.3.4.1). Demnach setzt die Datenbekanntgabe voraus, dass die angefragte Behörde grundsätzlich prüft, ob die Daten für den beabsichtigten Zweck überhaupt nutzbar gemacht werden können. Damit wird ausgeschlossen, dass Daten auf Vorrat geliefert werden, deren zweckmässige Verwendung noch nicht einmal feststeht. Dies folgt insbesondere aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip, das bei sämtlichen Formen der Datenbearbeitung zu beachten ist (Art. 4 Abs. 2 DSG; vgl. DAVID ROSENTHAL, in: HAKO DSG, Art. 4 Rz. 20).

9.2.2 Muss nun aber aus datenschutzrechtlicher Sicht im Grundsatz eine Prüfung der zweckmässigen Verwendungen der Daten erfolgen, schliesst dies eine Datenbekanntgabe solange aus, als die Sanktionsverfügung nicht rechtskräftig ist. Denn erst nach Eintritt der Rechtskraft kann beurteilt werden, ob die Daten für den geltend gemachten Zweck überhaupt eingesetzt werden können. Das Bundesverwaltungsgericht hat denn auch einer Datenbekanntgabe bislang erst in Fällen stattgegeben, in denen die Sanktionsverfügung rechtskräftig war (vgl. Urteil des BVerfG A-6320/2014 vom 23. August 2016 E. 3 [nicht publizierte Erwägung in BVGE 2016/22]).

9.2.3 Insoweit unterscheidet sich die Ausgangslage bei der Datenbekanntgabe deutlich von jener der Publikation einer Sanktionsverfügung durch die WEKO. Während bei Letzterer vor allem die Aspekte der Transparenz und der Prävention sowie der Rechtssicherheit im Vordergrund stehen und da-bei explizit in Kauf genommen wird, dass die publizierten Verfügungen der WEKO in einem späteren Verfahrensschritt auch aufgehoben oder

korrigiert werden können (vgl. Urteil des BVerfG 2C_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 4.2.5.4), dient die allfällige Datenbekanntgabe im konkreten Fall einzig der Prüfung sowie der Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen und damit der Einleitung eines Verfahrens gegenüber den Adressaten der Sanktionsverfügung.

9.3

9.3.1 Das Bestehen einer datenschutzrechtlichen Prüfpflicht über den Einsatz der Daten und deren zweckmässige Verwendung steht jedoch im Widerspruch zum bundesgerichtlich anerkannten Akteneinsichtsrecht gemäss Art. 29 Abs. 2 BV. Das Bundesgericht erwog, dass eine rechtssuchende Person auch ausserhalb eines Verfahrens ein besonderes, schützenswertes Interesse an der Akteneinsicht habe, wenn ein in Aussicht genommenes Verfahren, wie ein Entschädigungs-, Rehabilitations- oder Revisionsprozess, sinnvollerweise nur in Kenntnis der Akten eingeleitet werden könne. In diesem Zeitpunkt sei es grundsätzlich nicht Sache der Behörden, anstelle des Betroffenen über den allenfalls einzuschlagenden Prozessweg und die Erfolgchancen zu befinden und die Akteneinsicht von einem bestimmten Verfahren abhängig zu machen (vgl. BGE 129 I 249 E. 5.2).

9.3.2 Würde das Kriterium der Unentbehrlichkeit strikt im Sinn der Rechtsprechung zum Akteneinsichtsrecht von Art. 29 Abs. 2 BV ausgelegt, hätte dies die vollständige Abkehr von der besagten Prüfpflicht zur Folge. Dies würde jedoch den Prinzipien des Datenschutzgesetzes zuwiderlaufen und zu einer deutlichen Lockerung der Anforderungen bei einer Datenbekanntgabe führen, obwohl diese im Rahmen einer Ausnahmebestimmung erfolgt. Dies wäre nicht zulässig. Letztlich ist das Datenschutzgesetz trotz des Widerspruchs zum verfassungsmässigen Akteneinsichtsrecht vom Bundesverwaltungsgericht anzuwenden (sog. Anwendungsgebot von Bundesgesetzen: Art. 190 BV; BGE 138 II 440 E. 4; Urteil des BVerfG 1C_598/2016 vom 2. März 2018 E. 3 [zur Publikation vorgesehen], YVO HANGARTNER/MARTIN E. LOOSER, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014 [nachfolgend: St. Galler BV-Kommentar], Art. 190 Rz. 6 f.).

9.4 Nach dem Gesagten ist an der grundsätzlichen Prüfpflicht festzuhalten. Zu deren Umfang ist damit jedoch noch nichts gesagt. Indem dieser auf ein vertretbares Minimum beschränkt wird, kann die Bestimmung von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG zumindest teilweise verfassungskonform ausgelegt werden (vgl. HANGARTNER/LOOSER, in: St. Galler BV-Kommentar, Art. 190 Rz. 31; BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016 [nachfolgend: Praxiskommentar VwVG], Art. 29 Rz. 6).

9.4.1 Demnach gilt es sicherzustellen, dass das Kriterium der Unentbehrlichkeit nicht ohne Not zu einer vorweggenommenen Prüfung des verfolgten Zwecks führt. In diesem Sinn hat sich das Bundesverwaltungsgericht bereits einmal geäussert. Es hat in einem Verfahren, in dem die Daten unter anderem für die Prüfung und Anordnung vergaberechtlicher Sanktionen nachgesucht wurden, erwogen, dass im Rahmen des Amtshilfeverfahrens die Zulässigkeit der beabsichtigten Verwendung der

Daten nicht abschliessend zu prüfen sei; darüber habe letztlich die Vergabestelle in ihrem Verfahren zu befinden. Entsprechend seien die Daten grundsätzlich zu liefern, es sei denn, es würde von vornherein feststehen, dass keine vergaberechtliche Sanktion angeordnet werden könne und es insofern offensichtlich an der Unentbehrlichkeit der Datenbekanntgabe mangle (vgl. BVGE 2016/22 E. 8.3.4.1).

9.4.2 Dies lässt sich auf den vorliegenden Fall übertragen, wo die Daten zur Prüfung und Geltendmachung von Schadenersatz nachgefragt werden. Entsprechend soll die Beurteilung der Unentbehrlichkeit nicht zu einer vorweggenommenen Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen einer Schadenersatzforderung führen. Dies ist primär Sache der Partei und letztlich des angerufenen Zivilgerichts.

9.4.3 Zu prüfen bleibt, wann die Schwelle überschritten wird und das Vorliegen einer Anspruchsvoraussetzung derart unwahrscheinlich erscheint, dass dies im Amtshilfverfahren zu berücksichtigen und eine Datenbekanntgabe zu untersagen ist.

9.4.3.1 Hierzu ist auf das Verhältnis des verwaltungs- und des zivilrechtlichen Wettbewerbsverfahrens abzustellen. Zwar handelt es sich dabei um voneinander unabhängige Verfahren. Dennoch geht die herrschende Lehrmeinung dahin, dass ein Zivilrichter letztlich an einer Entscheid der WEKO gebunden sei (JEAN-MARC REYMOND, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], *Droit de la concurrence*, 2. Aufl. 2013, Rem. art. 12 ss LCart, Rz. 38 und 41 ff. mit weiteren Hinweisen) oder dieser zumindest faktisch eine derart grosse Wirkung auf ein anschliessendes Zivilverfahren entfalte, dass – eine sorgfältige Prozessführung vorausgesetzt – nur wenige Umstände denkbar seien, die zu einem anderen Entscheid des Zivilgerichts führen können (vgl. RETO JACOBS/GION GIGER, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.] *Basler Kommentar Kartellgesetz*, 2010 [nachfolgend: BSK KG], vor Art. 12–17, Rz. 21–24; noch weiter gehen: ANNE-CATHERINE HAHN, in: *Kartellgesetz*, Stämpflis Handkommentar, 2007, Art. 12 Rz. 7 und YVO HANGARTNER, *Das Verhältnis von verwaltungs- und zivilrechtlichen Wettbewerbsverfahren*, AJP 2006, S. 43 ff., S. 44 und 47–49).

9.4.3.2 Die Frage der Bindungswirkung wurde – soweit ersichtlich – bis zum heutigen Zeitpunkt noch nicht gerichtlich beurteilt. Selbst wenn diese zu verneinen wäre und der Argumentation der Vorinstanz gefolgt würde, bestünde im Falle eines allfälligen Schadenersatzprozesses dennoch ein enger Konnex zwischen den beiden Verfahren. Denn auf der einen Seite wird im Zivilverfahren für den Schadenersatzanspruch gemäss Art. 41 Abs. 1 OR die Verletzung einer sog. Schutznorm vorausgesetzt, da reine Vermögensschäden geltend gemacht werden. Auf der anderen Seite wird eine solche gerade in einem Verstoss gegen Art. 5 KG erblickt, auf dessen Feststellung das Verwaltungsverfahren gerichtet ist (ROLAND BREHM, *Berner Kommentar, Obligationenrecht: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen*, Art. 41–61 OR, 4. Aufl. 2013, Art. 41 Rz. 17 und 38b; JACOBS/GIGER, in: BSK KG, Art. 12 Rz. 128 ff).

9.4.3.3 Sollte somit das verwaltungsrechtliche Verfahren zum Ergebnis führen, dass kein Kartellrechtsverstoss vorliegt, dürfte nach dem Gesagten ein abschlägiger

Entscheid eines Zivilgerichts schon weitgehend vorweggenommen sein, da es in diesem Fall voraussichtlich an der Verletzung einer Vermögensschutznorm bzw. an einer Voraussetzung für den Schadenersatzanspruch mangelt.

9.4.4 Damit ist zugleich die Schwelle definiert, ab welcher bereits im Rahmen des Amtshilfverfahrens eine zweckmässige Verwendung der Daten (zur Geltendmachung von Schadenersatz) mit hinreichender Gewissheit ausgeschlossen werden kann. Folglich ist im Verfahren betreffend die Datenbekanntgabe vorerst der Eintritt der Rechtskraft der Sanktionsverfügung abzuwarten ist, da erst dann ein Kartellrechtsverstoss mit Sicherheit feststeht.

9.5 Zusammengefasst erscheint die Rechtskraft der Sanktionsverfügung (oder eines an deren Stelle tretenden Urteils) als notwendige Bedingung, um überhaupt das Kriterium der Unentbehrlichkeit prüfen zu können. Sodann ist erforderlich, dass zumindest ein Kartellrechtsverstoss festgestellt wurde, anderenfalls die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs als derart unwahrscheinlich erscheint, dass bereits im Amtshilfverfahren eine zweckmässige Verwendung der Daten mit hinreichender Gewissheit ausgeschlossen werden kann. Sind diese Bedingungen erfüllt, ist insoweit von der Unentbehrlichkeit der Daten auszugehen und diese sind – vorbehaltlich der weiteren Anspruchsvoraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG – zu liefern. Denn es ist nicht an der mit dem Amtshilfverfahren betrauten Behörde, das Vorliegen eines Schadenersatzanspruchs abschliessend zu prüfen.

9.6 Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz noch vor dem Eintritt der Rechtskraft der Sanktionsverfügung bzw. eines an deren Stelle tretenden Urteils über die Datenbekanntgabe befunden. Folglich hat sie die Datenbekanntgabe verfrüht angeordnet; sie hätte zunächst den Eintritt der Rechtskraft abwarten müssen.

9.7 Da in der Folge auch das die Beschwerdeführerin betreffende Urteil des Bundesverwaltungsgerichts beim Bundesgericht (Verfahren 2C_845/2018) angefochten wurde, ist das Kartellverfahren immer noch hängig. Damit ist eine zentrale Voraussetzung für die Datenbekanntgabe nach wie vor nicht erfüllt.

9.8 Insoweit ist von einem Gesuchsteller im Amtshilfverfahren hinzunehmen, dass vorerst der Ausgang des verwaltungsrechtlichen Kartellverfahrens abzuwarten ist. Daran vermag vorliegend auch der Umstand nichts zu ändern, dass bezüglich einer allfälligen Schadenersatzforderung der Eintritt der Verjährung droht. Denn entgegen der langen Dauer der Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sollten kartellrechtliche Verfahren in der Regel nicht derart viel Zeit in Anspruch nehmen, dass der Beschwerdegegner aufgrund des Eintritts der absoluten Verjährung um die Beurteilung allfälliger Ansprüche gebracht wird, noch bevor er überhaupt Kenntnis vom potentiellen Schädiger und vom potentiellen Schaden erhält. Andernfalls stünde ihm – mangels Parteistellung im kartellrechtlichen Beschwerdeverfahren – zumindest die Möglichkeit einer Aufsichtsanzeige offen.

9.9 Nachdem im konkreten Fall bereits die Voraussetzung der Unentbehrlichkeit nicht erfüllt ist, kann die Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen von vornherein unterbleiben. Die Daten können nicht auf dem Wege der Amtshilfe gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG bekannt gegeben werden.

10.

10.1 Der Beschwerdegegner stützt sein Gesuch im Weiteren auf Art. 8 Abs. 1 DSG. Diese Bestimmung gewährt insbesondere juristischen Personen ein voraussetzungsloses Auskunftsrecht (statt vieler: ASTRID EPINEY/TOBIA FASNACHT, in: Datenschutzrecht, § 11 Rz. 21). Darunter fallen grundsätzlich auch öffentlich-rechtliche Körperschaften wie der Kanton Aargau (vgl. Art. 52 Abs. 1 und 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]). Ob öffentlich-rechtliche Körperschaften aber – wie die Vorinstanz darlegt – die Anrufung der genannten Bestimmung aufgrund deren Sinn und Zwecks versagt ist, wurde bislang noch nicht gerichtlich geklärt (für die Anwendbarkeit auf öffentlich-rechtliche Körperschaften: RALPH GRAMIGNA/URS MAURER-LAMBROU, in: BSK DSG/BGÖ, Art. 8 Rz. 4 f). Wie es sich damit verhält, kann aber aufgrund der folgenden Ausführungen offen bleiben.

10.2 Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. a DSG hat der Inhaber der Datensammlung der betroffenen Person unter anderem alle über sie in der Datensammlung vorhandenen Daten einschliesslich der verfügbaren Angaben über die Herkunft der Daten mitzuteilen. Er kann aber die Auskunft verweigern, soweit es wegen überwiegender Interessen Dritter erforderlich ist (Art. 9 Abs. 1 Bst. b DSG; Urteil des BGER 1C_541/2014 vom 13. August 2015 E. 2.5). Insbesondere gilt es sicherzustellen, dass bei der Auskunftserteilung keine unrechtmässige Bekanntgabe von Daten Dritter stattfindet (Urteil der Eidgenössischen Datenschutzkommission vom 28. Februar 1997 E. II 2, in: VPB 62.55; MICHAEL WIDMER, in: Passadellis/Rosenthal/Thür [Hrsg.], Datenschutzrecht, 2015 [nachfolgend: Datenschutzrecht], Rz. 5.47; GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, in: BSK DSG/BGÖ, Art. 9 Rz. 21).

10.3 In den offenzulegenden Passagen der Sanktionsverfügung wird der Beschwerdegegner namentlich genannt. Mithin sind Personendaten des Beschwerdegegners betroffen. Zugleich enthalten die Erwägungen und die Akten vor allem aber Angaben zu den im damaligen Vergabeverfahren involvierten Unternehmungen und damit Personendaten Dritter. Folglich würde die Auskunftserteilung deren Schutzinteressen tangieren. Zwar steht dieser Umstand einer Mitteilung nicht grundsätzlich entgegen, da diese auch unter Schwärzung der betreffenden Personendaten (Firma und allfällige weitere Angaben) erfolgen kann. Weil der Beschwerdegegner als Vergabestelle aber über sämtliche Offerten samt weiteren Unterlagen verfügt, können die Interessen der betroffenen Unternehmen trotz Schwärzung ihrer Personendaten nicht gewahrt werden, da er ohnehin darauf schliessen könnte. In dieser Konstellation ist eine Güterabwägung vorzunehmen. Es gilt das Interesse des Auskunftsberechtigten gegen das Interesse der betroffenen Drittpersonen abzuwägen (Urteil des BVGer A-2318/2013 vom 23. Januar 2015 E. 8.1.3 und A-6603/2013 vom 1. Oktober 2014 E. 5.2.2 und 6.4; vgl.

zum Ganzen: GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, in: BSK DSG/BGÖ, Art. 9 Rz. 8, 9 und 21).

10.4 Oben wurde bereits festgehalten, dass die Verwendung der Daten zu dem vom Beschwerdegegner verfolgten Zweck der Prüfung und Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen erst geprüft werden kann, wenn die Sanktionsverfügung rechtskräftig und ein Kartellrechtsverstoss erstellt ist (E. 9.5). Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt. Mithin sind die Daten für die Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe nicht unentbehrlich. Demgegenüber hat die Beschwerdeführerin ein erhebliches Interesse, dass ihre Personendaten nicht offengelegt werden, zumal diese eine administrative Verfolgung betreffen und als besonders schützenswert zu qualifizieren sind (Art. 3 Bst. c Ziff. 4 DSG; BGE 142 II 268 E. 6.1). Mithin sprechen überwiegende Interessen Dritter gegen eine Datenbekanntgabe (Art. 9 Abs. 1 Bst. b DSG). Das Gesuch ist insoweit von vornherein abzuweisen. Bei diesem Ergebnis kann offenbleiben, ob sich der Beschwerdegegner überhaupt auf Art. 8 DSG berufen kann.

11.

11.1 Ferner käme grundsätzlich eine Datenbekanntgabe gestützt auf Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG in Frage. Diese Bestimmung erlaubt einem Bundesorgan die Bekanntgabe von Personendaten trotz fehlender Rechtsgrundlage, wenn der Empfänger glaubhaft macht, dass die betroffene Person die Einwilligung verweigert oder die Bekanntgabe sperrt, um ihm die Durchsetzung von Rechtsansprüchen oder die Wahrnehmung anderer schutzwürdiger Interessen zu verwehren.

11.2 Nach der Lehre ist diese Bestimmung – analog zur Amtshilfebestimmung von Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG – restriktiv auszulegen. Verlangt wird, dass die von der Datenbekanntgabe betroffene Person in rechtsmissbräuchlicher Art und Weise Angaben über sich selber verweigert. Sie zielt damit primär auf Fälle ab, in denen die Bekanntgabe verweigert wird, um einer Rechtspflicht, wie der Zahlung von Alimenten oder Sozialversicherungsbeiträgen, entgehen zu können. Dabei obliegt es dem Empfänger der Daten, das rechtsmissbräuchliche Verhalten der betroffenen Person glaubhaft zu machen (Botschaft vom 23. März 1988 zum Bundesgesetz über den Datenschutz, BBl 1988 II 413, S. 470; CLAUDIA LEONIE WASMER, in: Datenschutzrecht, Rz. 3.167; YVONNE JÖHRI, in: HAKO DSG, Art. 19 Rz. 29, BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL, in: Belser/Epiney/Waldmann [Hrsg.], Datenschutzrecht, 2011, § 12 Rz. 90; JENNIFER EHRENSPERGER, in: BSK DSG/BGÖ, Art. 19 Rz. 31).

11.3 Im konkreten Fall ist weder ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen in rechtsmissbräuchlicher Weise vereiteln würde noch wird solches vom Beschwerdegegner geltend und erst recht nicht glaubhaft gemacht. Eine Datenbekanntgabe kann folglich auch nicht gestützt auf Art. 19 Abs. 1 Bst. d DSG erfolgen.

12.

Im Übrigen entfällt eine Zugangsgewährung nach Art. 6 Abs. 1 des Öffentlichkeitsgesetzes vom 17. Dezember 2004 (BGÖ, SR 152.3), da mit Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG eine spezielle Zugangsvorschrift besteht, welche ge-

mäss Art. 4 Bst. b BGÖ gegenüber dem Öffentlichkeitsgesetz Vorrang genießt (vgl. A-6320/2014 E. 4.3 [nicht publizierte Erwägung in BVGE 2016/22]).

13.

Wie oben dargelegt (E. 9.3), besteht gestützt auf Art. 29 Abs. 2 BV für eine ausserhalb eines Verfahrens stehende Person ein verfassungsmässiger Anspruch auf Akteneinsicht. Dieser Bestimmung kommt die Funktion eines Minimalstandards zu, deren Anrufung nur nötig ist, wenn eine gesetzliche Regelung fehlt oder sich diese als ungenügend erweist (vgl. BGE 135 I 279 E. 2.2; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 29 Rz. 5). Mit Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG besteht eine speziellere Bestimmung, die den Anspruch auf Datenbekanntgabe für die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe konkret regelt. Entsprechend genießt die datenschutzrechtliche Amtshilfebemessung Vorrang. Daran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass die Bestimmung – trotz der versuchten verfassungskonformen Auslegung (oben E. 9.4) – im Vergleich zum Akteneinsichtsrecht gemäss Art. 29 Abs. 2 BV restriktiver ist. Für die rechtsanwendenden Behörden sind die Bundesgesetze massgebend und damit anzuwenden (Art. 190 BV). Es kann deshalb nicht angehen, dass über die Anwendung von Art. 29 Abs. 2 BV das restriktiver ausgestaltete Datenschutzgesetz umgangen wird. Folglich ist ein allfälliger Zugang zu den strittigen Akten nicht gesondert nach Art. 29 Abs. 2 BV zu prüfen.

14.

Schliesslich sind keine anderweitigen Anspruchsgrundlagen ersichtlich, welche eine Offenlegung der Daten erlauben würden. Demnach sind die Daten dem Beschwerdegegner nicht bekanntzugeben. Die Beschwerde ist gutzuheissen und die Verfügung aufzuheben.

15.

Aufgrund des Verfahrensausgangs ist die mit der Zwischenverfügung vom 15. Februar 2018 während der Dauer des Beschwerdeverfahrens angeordnete Anonymisierung der Beschwerdeführerin aufrechtzuerhalten. Die Identität der Beschwerdeführerin wird dem Beschwerdegegner deshalb nicht mitgeteilt.

16.

Es bleibt über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht zu befinden.

16.1 Trotz des abgewiesenen Prozessbegehrens um den Beizug der Akten aus dem Kartellverfahren gilt die Beschwerdeführerin insgesamt als vollständig obsiegende Partei.

16.2 Die Verfahrenskosten sind grundsätzlich dem unterliegenden Beschwerdegegner aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG); auf deren Erhebung wird jedoch ausnahmsweise verzichtet (Art. 6 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.– ist ihr zurückzuerstatten.

16.3 Der obsiegenden, anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin ist eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Mangels Kostennote ist die Höhe der Parteientschädigung aufgrund der Akten zu bestimmen. In Anbetracht der Komplexität, des mutmasslichen Arbeitsaufwands und der Synergieeffekte wegen des Parallelverfahrens A-590/2018 hält das Bundesverwaltungsgericht eine (reduzierte) Parteientschädigung von Fr. 5'000.– für angemessen (vgl. Art. 8 ff. VGKE). Sie ist der Beschwerdeführerin vom Beschwerdegegner zu entrichten (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

17.

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet des Datenschutzes sind gemäss Art. 35 Abs. 2 der Verordnung vom 14. Juni 1993 zum Bundesgesetz über den Datenschutz (VDSG, SR 235.11) dem Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) bekannt zu geben.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Das prozessuale Begehren der Beschwerdeführerin um Beizug der Akten aus der WEKO-Untersuchung (...) wird abgewiesen.

2.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung der Vorinstanz vom 11. Dezember 2017 wird aufgehoben.

3.

Die mit der Zwischenverfügung vom 15. Februar 2018 während der Dauer des Beschwerdeverfahrens angeordnete Anonymisierung der Beschwerdeführerin wird aufrechterhalten. Die Identität der Beschwerdeführerin wird dem Beschwerdegegner nicht offengelegt.

4.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der Kostenvorschuss von Fr. 5'000.– wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet. Hierzu hat sie dem Bundesverwaltungsgericht einen Einzahlungsschein zuzustellen oder ihre Kontonummer bekannt zu geben.

5.

Der Beschwerdegegner hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 5'000.– zu bezahlen.

6.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin;
- den Beschwerdegegner;
- die Vorinstanz;
- den EDÖB (z.K.).

[Rechtsmittelbelehrung]

B 3

2. Auszug aus dem Urteil vom 23. Oktober 2018 – Bekanntgabe der WEKO von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung

Auszug aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. Oktober 2018 (A-590/2018) in Sachen Bekanntgabe der WEKO von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung. Der nachfolgende Auszug enthält jene Passagen des Urteils A-590/2018, welche dem Sekretariat als für die Praxis allenfalls relevante Besonderheiten im Vergleich zum fast gleichlautenden Urteil A-592/2018 erschienen. Das Urteil A-592/2018 ist in der vorliegenden RPW vollständig abgedruckt.

Sachverhalt

[...]

E.

Mit Verfügung vom 11. Dezember 2017 (nachfolgend: Einsichtsverfügung) hiess die WEKO das Gesuch der Gemeinde Koblenz teilweise gut und gewährte dieser unter Einschränkungen und Auflagen Einsicht. Sie stellte der Gemeinde Koblenz in Aussicht, dass sie darüber informiert werde, ob die Sanktionsverfügung eine Vergabe enthalte, bei welcher die Gemeinde Koblenz Auftraggeberin war und bei welcher die WEKO ohne massgebliche Hilfe einer Selbstanzeigerin eine unzulässige Wettbewerbsabrede nachweisen konnte. Gegebenenfalls würden der Gemeinde Koblenz weitere Auszüge aus den Akten übermittelt. Im Übrigen wies sie das Gesuch ab.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

[...]

4.

Mit der strittigen Einsichtsverfügung stellte die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin nach Eintritt der Rechtskraft die Information in Aussicht, ob in der Sanktionsverfügung eine Vergabe enthalten ist, in welcher die Gemeinde Koblenz die zuständige Vergabestelle gewesen sei und bei welcher die WEKO ohne massgebliche Hilfe einer Selbstanzeigerin eine unzulässige Wettbewerbsabrede nachweisen konnte. Gegebenenfalls würden ihr auch Auszüge aus den Akten übermittelt. Zudem verband sie die Datenlieferung mit der Auflage, dass die Daten einzig für die Prüfung eines Schadens bzw. für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen verwendet werden dürfen. Nachdem die Einsichtsverfügung nur von der Beschwerdeführerin und nicht auch von der Gemeinde Koblenz angefochten wurde, bleibt ausschliesslich zu prüfen, ob die (eingeschränkte) Datenbekanntgabe im soeben geschilderten Umfang zu Recht angeordnet wurde. Ebenso ist nicht weiter darauf einzugehen, dass die Vorinstanz die Datenbekanntgabe auf Projekte beschränkt hat, in denen eine unzulässige Wettbewerbsabrede ohne massgebliche Hilfe einer Selbstanzeigerin nachgewiesen werden konnte.

[...]

6.

Mit dem Zugangsgesuch möchte die Beschwerdegegnerin Einsicht in die Akten zu einem Vergabeverfahren für ein Kanalisationsprojekt erhalten. Sie befürchtet, dass dieses Vergabeverfahren durch Submissionsabsprachen manipuliert worden sei und möchte verhindern, dass ihr "durch die unrechtmässigen Machenschaften (...) ein Schaden" entsteht. Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, bezweckt die Beschwerdegegnerin mit ihrem Gesuch sinngemäss die Prüfung und allfällige Geltendmachung von Schadenersatzforderungen. Da das Gesuch derart spezifisch formuliert ist und nur ein einziges Projekt bzw. eine einzige Vergabe betrifft, stellte die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin lediglich eine abstrakte Mitteilung in Aussicht sowie - bei gegebenen Voraussetzungen - Auszüge aus den Akten; andernfalls würde bereits ein Teil der Beantwortung des Einsichtsgesuchs vorweggenommen werden. Diese Ausführungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass.

[...]

10.6 Im vorliegenden Fall besteht die Besonderheit, dass nicht unmittelbar ein Auszug aus der Sanktionsverfügung offengelegt werden soll, sondern ausschliesslich eine Mitteilung sowie gegebenenfalls Akten der kartellrechtlichen Untersuchung. Dennoch bildet die Sanktionsverfügung die Grundlage und den Bezugspunkt für das Gesuch der Beschwerdegegnerin. Damit dieses beurteilt werden kann, sind auch im konkreten Fall die Rechtskraft der Sanktionsverfügung sowie ein festgestellter Kartellrechtsverstoss vorauszusetzen.

10.7 Die Vorinstanz hat noch vor dem Eintritt der Rechtskraft der Sanktionsverfügung bzw. eines an deren Stelle tretenden Urteils über die Datenbekanntgabe befunden. Folglich hat sie die Datenbekanntgabe verfrüht angeordnet; sie hätte zunächst den Eintritt der Rechtskraft abwarten müssen.

Da in der Folge auch das die Beschwerdeführerin betreffende Urteil des Bundesverwaltungsgerichts beim Bundesgericht (Verfahren 2C_845/2018) angefochten wurde, ist das Kartellverfahren immer noch hängig. Damit ist eine zentrale Voraussetzung für die Datenbekanntgabe nach wie vor nicht erfüllt.

[...]

11.1 Die Beschwerdegegnerin stützt ihr Gesuch im Weiteren auf Art. 8 Abs. 1 DSGVO. [...]

[...]

11.3 Vorliegend muss aufgrund des spezifischen Zugangsgesuchs (vgl. oben E. 6) offengelassen werden, ob die Beschwerdegegnerin überhaupt in der Sanktionsverfügung verzeichnet ist und ihre Personendaten betroffen sind. Zugleich ist davon auszugehen, dass für den Fall, dass das gesuchtsgegenständliche Vergabever-

fahren von Absprachen betroffen wäre, die allenfalls bekanntzugebenden Akten Angaben zu den im damaligen Vergabeverfahren involvierten Unternehmungen und damit Personendaten Dritter enthalten würden. Folglich würde die Auskunftserteilung deren Schutzinteressen tangieren. Zwar steht dieser Umstand einer Mitteilung nicht grundsätzlich entgegen, da diese auch unter Schwärzung der betreffenden Personendaten (Firma und allfällige weitere Angaben) erfolgen kann. Weil die Beschwerdegegnerin als Vergabestelle nur Einsicht bezüglich eines Vergabeverfahrens verlangt und über sämtliche Offerten samt weiteren Unterlagen verfügt, können die Interessen der gegebenenfalls betroffenen Unternehmen trotz Schwärzung ihrer Personendaten nicht gewahrt werden, da die Gemeinde Koblenz ohnehin darauf schliessen könnte. In dieser Konstellation ist eine Güterabwägung vorzunehmen. Es gilt das Interesse des Auskunftsberechtigten gegen das Interesse der betroffenen Drittpersonen abzuwägen (Urteil des BVGerA-2318/2013 vom 23. Januar 2015 E. 8.1.3 und A-6603/2013 vom 1. Oktober 2014 E. 5.2.2 und 6.4; vgl. zum Ganzen: GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, in: BSK DSG/BGÖ, Art. 9 Rz. 8, 9 und 21).

11.4 Oben wurde bereits festgehalten, dass die Verwendung der Daten zu dem von der Beschwerdegegnerin verfolgten Zweck der Prüfung und Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen erst geprüft werden kann, wenn die Sanktionsverfügung rechtskräftig und ein Kartellrechtsverstoss erstellt ist (E. 10.5). Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt. Mithin sind die Daten für die Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe nicht unentbehrlich. Demgegenüber haben die gegebenenfalls betroffenen Unternehmen ein erhebliches Interesse, dass ihre Personendaten nicht offengelegt werden, zumal diese eine administrative Verfolgung betreffen würden und als besonders schützenswert zu qualifizieren wären (Art. 3 Bst. c Ziff. 4 DSG; BGE 142II268 E. 6.1). Es sprechen überwiegende Interessen Dritter gegen eine Datenbekanntgabe (Art. 9 Abs. 1 Bst. b DSG). Das Gesuch ist insoweit von vornherein abzuweisen. Bei diesem Ergebnis kann offenbleiben, ob sich die Beschwerdegegnerin überhaupt auf Art. 8 DSG berufen kann.

[...]

B 3

3. Auszug aus dem Urteil vom 23. Oktober 2018 – Bekanntgabe der WEKO von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung

Auszug aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. Oktober 2018 (A-604/2018) in Sachen Bekanntgabe der WEKO von Personendaten aus Verfahrensakten gegenüber Nicht-Verfahrensbeteiligten nach Abschluss einer Untersuchung. Der nachfolgende Auszug enthält jene Passagen des Urteils A-590/2018, welche dem Sekretariat als für die Praxis allenfalls relevante Besonderheiten im Vergleich zum fast gleichlautenden Urteil A-592/2018 erschienen. Das Urteil A-592/2018 ist in der vorliegenden RPW vollständig abgedruckt. Dieses Urteil ist noch nicht rechtskräftig (die WEKO bzw. das WBF hat Beschwerde erhoben [Stand: 27. August 2019]).

Sachverhalt

[...]

F.

[...] In prozessualer Hinsicht verlangt sie – im Falle einer Verfahrensbeteiligung des Kantons Aargau – die Geheimhaltung ihrer Firma sowie sämtlicher Anhaltspunkte auf die Ausschreibung bzw. Bauvorhaben, welche die WEKO offenzulegen gedenkt. Ferner sei das Beschwerdeverfahren bis zum rechtskräftigen Entscheid im Verfahren B-829/2012 (vgl. oben Bst. C.) zu sistieren.

[...]

H.

Das Bundesverwaltungsgericht weist das Sistierungsbegehren der Beschwerdeführerin mit Zwischenverfügung vom 22. März 2018 ab.

[...]

L.

Das Bundesverwaltungsgericht bestätigt mit den Urteilen B-771/2012, B-807/2012, B-829/2012 und B-880/2012 je vom 25. Juni 2018 (Versand am 24. Juli 2018) mehrheitlich die Kartellsanktionen gegen die beschwerdeführenden Unternehmen. In jenem Vergabeverfahren, dessen Offenlegung die Vorinstanz dem Beschwerdegegner in Aussicht stellte, kam das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-829/2012 jedoch zum Schluss, dass der Beschwerdeführerin kein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen werden konnte. Das Urteil ist inzwischen in Rechtskraft erwachsen.

[...]

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

[...]

6.1.5 [...] Nachdem das Bundesverwaltungsgericht am 25. Juni 2018 das Urteil B-829/2012 gefällt hat und dieses in der Folge nicht mehr angefochten wurde, liegt im Übrigen von vornherein kein hängiges verwaltungsrechtliches Verfahren mehr vor.

[...]

8.

An erster Stelle ist die Voraussetzung der Unentbehrlichkeit der Datenbekanntgabe zu prüfen.

8.1

8.1.1 Die Beschwerdeführerin bringt hierzu vor, dass die kartellrechtliche Würdigung der Vorinstanz betreffend die offenzulegende Ausschreibung höchst umstritten sei. Solange deren rechtskräftige Beurteilung ausstehe, dürften die Daten nicht geliefert werden. Sinngemäss macht sie damit geltend, dass die Daten mangels rechtskräftiger Feststellung entbehrlich seien.

8.1.2 Die Vorinstanz hält dagegen, dass der Zugang zu den Verfahrensakten einer Untersuchung nicht von der Rechtskraft der Sanktionsverfügung abhängig sei. Dasselbe gelte auch für die Publikation ihrer Sanktionsverfügungen, welche das Bundesgericht trotz fehlender Rechtskraft erlaubt habe. Zudem sei der Zivilrichter bei der Prüfung von Schadenersatzansprüchen nicht an die Beurteilung der WEKO in der Sanktionsverfügung gebunden, weshalb deren Rechtskraft nicht massgeblich sei.

8.1.3 Der Beschwerdegegner wendet ein, er sei durchaus in der Lage, bei seinen Handlungen zu berücksichtigen, dass die Sanktionsverfügung noch nicht rechtskräftig sei. Mithin stehe die Rechtskraft einer Datenbekanntgabe nicht entgegen. Ohnehin wolle die Beschwerdeführerin offensichtlich verhindern, dass er noch vor Ablauf der Verjährungsfrist Schadenersatzansprüche abklären könne. Es handle sich um eine reine Verzögerungstaktik, die keinen Rechtsschutz verdiene.

8.2 Im vorliegenden Fall war im Zeitpunkt als die Vorinstanz die Datenbekanntgabe anordnete die Sanktionsverfügung noch nicht rechtskräftig. Es stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz unter diesen Umständen überhaupt in der Lage war, die Voraussetzung der Unentbehrlichkeit der Datenbekanntgabe zu prüfen.

[...]

8.7 Insoweit ist von einem Gesuchsteller im Amtshilfeverfahren hinzunehmen, dass vorerst der Ausgang des verwaltungsrechtlichen Kartellverfahrens abzuwarten ist. Daran vermag vorliegend auch der Umstand nichts zu ändern, dass bezüglich einer allfälligen Schadenersatzforderung der Eintritt der Verjährung droht. Denn entgegen der langen Dauer des Verfahrens B-829/2012 sollten kartellrechtliche Verfahren in der Regel nicht derart viel Zeit in Anspruch nehmen, dass der Beschwerdegegner aufgrund des Eintritts der absoluten Verjährung um die Beurteilung allfälliger Ansprüche gebracht wird, noch bevor er überhaupt Kenntnis vom potentiellen Schädiger und vom potentiellen Schaden erhält. Andern-

falls stünde ihm – mangels Parteistellung im kartellrechtlichen Beschwerdeverfahren – zumindest die Möglichkeit einer Auf-sichtsanzeige offen.

8.8 Nachdem nun das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-829/2012 rechtskräftig geworden ist, steht fest, dass in dem von der Datenbekanntgabe betroffenen Vergabeverfahren gerade kein Kartellrechtsverstoss festgestellt wurde. Damit ist im aktuellen Zeitpunkt auch die zweite Bedingung nicht erfüllt.

8.9 Da im konkreten Fall bereits die Voraussetzung der Unentbehrlichkeit nicht erfüllt ist, kann die Prüfung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen von vornherein unterbleiben. Die Daten können nicht auf dem Wege der Amtshilfe gemäss Art. 19 Abs. 1 Bst. a DSG bekannt gegeben werden.

[...]

9.1 Der Beschwerdegegner stützt sein Gesuch im Weiteren auf Art. 8 Abs. 1 DSG. [...]

[...]

9.3 Die Beschwerdeführerin macht hierzu geltend, dass das Auskunftsrecht gemäss Art. 8 DSG nicht einschlägig sei, da es nur der Erlangung von Personendaten diene, die über die gesuchstellende Person verzeichnet seien. Vorliegend seien aber gerade nicht Personendaten des Beschwerdegegners, sondern allein jene der Beschwerdeführerin betroffen.

9.4 Aufgrund des eingeschränkten Streitgegenstandes (vgl. oben E. 3) ist nur bezüglich eines Vergabeverfahrens zu prüfen, ob die betreffenden Erwägungen der Sanktionsverfügung und allfälliger damit im Zusammenhang stehender Akten offenzulegen sind. In diesen Erwägungen der Sanktionsverfügung wird der Beschwerdegegner namentlich genannt. Mithin sind – entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin – eindeutig Personendaten des Beschwerdegegners betroffen. Zugleich enthalten die Erwägungen und die Akten vor allem aber Angaben zu den im damaligen Vergabeverfahren involvierten Unternehmungen und damit Per-

sonendaten Dritter. Folglich würde die Auskunftserteilung deren Schutzinteressen tangieren. Zwar steht dieser Umstand einer Mitteilung nicht grundsätzlich entgegen, da diese auch unter Schwärzung der betreffenden Personendaten (Firma und allfällige weitere Angaben) erfolgen kann. Weil der Beschwerdegegner als Vergabestelle aber über sämtliche Offerten samt weiteren Unterlagen verfügt, können die Interessen der betroffenen Unternehmen trotz Schwärzung ihrer Personendaten nicht gewahrt werden, da er ohnehin darauf schliessen könnte. In dieser Konstellation ist eine Güterabwägung vorzunehmen. Es gilt das Interesse des Auskunftsberechtigten gegen das Interesse der betroffenen Drittpersonen abzuwägen (Urteil des BVerG A-2318/2013 vom 23. Januar 2015 E. 8.1.3 und A-6603/2013 vom 1. Oktober 2014 E. 5.2.2 und 6.4; vgl. zum Ganzen: GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, in: BSK DSG/BGÖ, Art. 9 Rz. 8, 9 und 21).

9.5 Oben wurde bereits festgehalten, dass die Verwendung der Daten zu dem vom Beschwerdegegner verfolgten Zweck der Prüfung und Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen erst geprüft werden kann, wenn die Sanktionsverfügung rechtskräftig und ein Kartellrechtsverstoss erstellt ist (E. 8.5). Der Beschwerdeführerin konnte im offenzulegenden Vergabeverfahren gerade kein Kartellrechtsverstoss zur Last gelegt werden. Mithin sind die Daten für die Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe nicht unentbehrlich. Demgegenüber hat die Beschwerdeführerin ein erhebliches Interesse, dass ihre Personendaten nicht offengelegt werden, zumal diese eine administrative Verfolgung betreffen und als besonders schützenswert zu qualifizieren sind (Art. 3 Bst. c Ziff. 4 DSG; BGE 142 II 268 E. 6.1). Es sprechen überwiegende Interessen Dritter gegen eine Datenbekanntgabe (Art. 9 Abs. 1 Bst. b DSG). Das Gesuch ist insoweit von vornherein abzuweisen. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob sich der Beschwerdegegner überhaupt auf Art. 8 DSG berufen kann.

[...]

C Zivilrechtliche Praxis Pratique des tribunaux civils Prassi dei tribunali civili

C 1 Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali

C 1	1. Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 3. Juli 2018 betreffend unangemessene Geschäftsbedingungen gemäss Kartellgesetz
-----	--

Entscheid HG 17 95 des Obergerichts des Kantons Bern, Handelsgericht vom 3. Juli 2018, Amedis-UE AG, Mönchmattweg 5, 5035 Unterentfelden vertreten durch Fürsprecher Prof. Dr. iur. A., Klägerin gegen Alloga AG, Buchmattstrasse 10, 3400 Burgdorf vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. B., Beklagte – Gegenstand: Schadenersatz aus Kartellrecht (beschränkt auf die Fragen der Verjährung sowie den grundsätzlichen Schadenersatzanspruch der Klägerin nach Abgabe der Patronatserklärung vom 30. September 2014 / 7. Oktober 2014), Klage vom 23. Mai 2017

Regeste:

Trägt eine Prewholesaledienstleisterin das Risiko eines Zahlungsausfalls und ergeben sich aus dem wirtschaftlichen Umfeld einer bedeutenden Handelspartnerin gewichtige Unsicherheiten bezüglich deren Liquidität und Bonität, ist das Verlangen einer Patronatserklärung keine unangemessene Geschäftsbedingung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG (E. 16).

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Mit Eingabe vom 23. Mai 2017 reichte die Amedis-UE AG (nachfolgend: Klägerin) beim Handelsgericht des Kantons Bern eine Klage gegen die Alloga AG (nachfolgend: Beklagte) ein und stellte darin die folgenden Rechtsbegehren (pag. 2):

1. Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin einen Betrag von CHF 1'141'927.64 zu zahlen, zzgl. Zins von 5 % seit Fälligkeit der jeweiligen Aufwände;
2. Für den Fall, dass das Handelsgericht bei der Wettbewerbskommission ein Gutachten gestützt auf Art. 15 KG einholt, sei den Parteien vorgängig Gelegenheit einzuräumen, sich zur Darstellung des Sachverhalts und den Fragen äussern zu können;
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten.

2. Am 1. September 2017 erhob die Beklagte die Einrede der Verjährung und stellte die folgenden Verfahrensanhträge (pag. 56 f.):

1. Das Verfahren sei auf die Einrede der Verjährung bzw. auf die Frage des angeblich schädigenden Verhaltens der Beklagten ab 30. September 2014 bzw. 7. Oktober 2014 zu beschränken.
2. Der Beklagten sei die Frist zur Einreichung einer umfassenden Klageantwort bis zum Entscheid über die beantragte Beschränkung abzunehmen und es sei ihr nach dem Entscheid über den Antrag gemäss Ziffer 1 oben eine neue Frist zur Einreichung einer umfassenden Klageantwort anzusetzen.
3. Eventualiter sei der Beklagten die Frist zur Einreichung einer Klageantwort um 30 Tage zu verlängern.
 - unter Kosten- und Entschädigungsfolge –
3. Am 8. November 2017 reichte die Klägerin eine Stellungnahme zum Antrag der Beklagten auf Verfahrensbeschränkung ein mit folgenden Verfahrensanhträgen (pag. 98):
 1. Es sei bezüglich der Einrede der Verjährung bzw. der Frage des Vorliegens eines Schadens ein Zwischenentscheid gemäss Art. 237 ZPO zu treffen.
 2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten.
4. Mit Verfügung vom 13. November 2017 beschränkte der Instruktionsrichter das Verfahren auf die Fragen der Verjährung sowie den grundsätzlichen Schadenersatzanspruch der Klägerin nach Abgabe der Patronatserklärung der Konzernmuttergesellschaft Phoenix GmbH vom 30. September 2014 / 7. Oktober 2014 (pag. 124).
5. Anlässlich der ersten Parteivorträge an der Hauptverhandlung vom 27. März 2018 bestätigten die Parteien ihre Rechtsbegehren. In der Folge wurde eine Beweisverfügung erlassen und Parteibefragungen mit C. von der Klägerin sowie D. und E. von der Beklagten durchgeführt. Weiter wurde der Zeuge F. einvernommen. Die Parteien beantragten dem Gericht, die Schlussvorträge schriftlich einzureichen und verzichteten auf die Teilnahme an der mündlichen Urteilsberatung (pag. 131 ff.).
6. Die interne Urteilsberatung fand am 3. Juli 2018 statt.

II. Formelles

7. Das Gericht tritt auf die Klage ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]). Das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen wird von Amtes wegen geprüft (Art. 60 ZPO).

8.

8.1 Gemäss Art. 36 ZPO ist für Klagen aus unerlaubter Handlung das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der geschädigten Person oder der beklagten Partei oder am Handlungs- oder am Erfolgsort zuständig. Die Beklagte hat ihren Sitz in Burgdorf, womit die örtliche Zuständigkeit der Berner Gerichte gegeben ist.

8.2 Gestützt auf Art. 6 Abs. 4 Bst. a i.V.m. Art. 5 Abs. 1 Bst. b ZPO und Art. 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung (EG ZSJ; BSG 271.1) ist das Handelsgericht als einzige kantonale Instanz sachlich zuständig für kartellrechtliche Streitigkeiten und damit auch für die vorliegende Streitsache.

8.3 Die Urteile des Handelsgerichts des Kantons Bern werden durch drei Richter gefällt, davon zwei Fachrichter (Art. 3 ZPO i.V.m. Art. 45 Abs. 2 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

9. Der von der Klägerin eingeforderte Gerichtskostenvorschuss in der Höhe von CHF 48'750.00 ist innert Frist beim Handelsgericht eingelangt.

10. Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Klage ist einzutreten.

III. Sachverhalt

11. Gestützt auf die übereinstimmenden Ausführungen der Parteien präsentiert sich der unbestrittene Sachverhalt wie folgt:

11.1 Die Klägerin ist als Grosshändlerin im Pharmabereich tätig. Als solche beliefert sie Abnehmer von Medikamenten, insbesondere Apotheken, Drogerien und Ärzte. Die Klägerin gehört zur Phoenix Pharmahandel GmbH & Co KG mit Sitz in Deutschland, welche wiederum Teil der Merckle Gruppe bildet. Die Klägerin war ab Mitte 2010 Teil eines konzerninternen („zero-balanced“) Cash-Poolings. In diesem Rahmen wurden die liquiden Mittel täglich umverteilt bzw. die Liquidität über einen Pool des Gesamtkonzerns gesteuert (Antwortbeilage [AB] 4 S. 3; pag. 141, 143).

Die Beklagte ist als Prewholesaledienstleisterin ebenfalls im Medikamentenhandel tätig und eine Tochtergesellschaft der Galenica AG. Sie erbringt für ihre Kunden (Pharmahersteller) etwa Logistik-, Lager- und Inkassodienstleistungen und übernimmt teilweise auch deren Delkredererisiko (vgl. Klagebeilage [KB] 2 Ziff. 37; AB 9 S. 5).

11.2 Anfangs Dezember 2008 stoppte die Beklagte die Lieferung an die Klägerin vorübergehend und verlangte für die Erbringung von Leistungen eine Besicherung (KB 6, 8). Zunächst wurde die verlangte Sicherheit mittels Barhinterlegung geleistet, per Januar 2009 wurde diese durch Bankgarantien abgelöst (KB 31 ff.). Ab 1. Juni 2011 bis 30. September 2014 verfügte die Kläge-

rin sodann über eine Garantiever sicherung (KB 12 f., 45 ff.). Diese wurde mit Vereinbarung vom 30. September bzw. 7. Oktober 2014 durch eine Garantieerklärung der Phoenix Pharmahandel GmbH & Co KG mit einer Maximalsumme von CHF 15 Millionen abgelöst (sog. Patronatserklärung; KB 14). Als Gegenleistung entrichtete die Klägerin ihrer Muttergesellschaft eine Kommission (KB 69-73). Am 12. März 2015 verpflichtete sich die Beklagte gegenüber dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO), künftig nur noch auf individuelle Anweisung eines Pharmaherstellers hin Sicherheiten zu verlangen (KB 29, 2 Ziff. 105 und 107). Mit Schreiben vom 18. August 2015 an die Phoenix Pharmahandel GmbH & Co KG kündigte die Beklagte die Garantiever einbarung auf Ende Februar 2016 und entband die Adressatin mit Ausnahme der Vertraulichkeitsverpflichtungen mit sofortiger Wirkung von ihren Pflichten aus der Vereinbarung (KB 30). Am 16. August 2016 unterzeichnete die Beklagte eine Verjährungsverzichtserklärung und verzichtete damit bis und mit 31. August 2017 auf die Einrede der Verjährung, soweit die Verjährung noch nicht eingetreten war (AB 2).

12.

12.1 Zur Begründung ihres behaupteten Schadenersatzanspruchs führte die Klägerin zusammengefasst aus, das Verlangen von Besicherungen für die Lieferungen durch die Beklagte seit Dezember 2008 sei kartellrechtswidrig. Die Klägerin habe nie Anlass zu diesen Besicherungen gegeben. Ihr seien Kosten in Millionenhöhe entstanden, welche sie aufgrund der Marktstellung der im selben Gebiet tätigen Schwestergesellschaft der Beklagten, der Galaxis AG, nicht auf ihre Kunden habe abwälzen können (pag. 5 ff., 99 ff.).

12.2 Die Beklagte vertritt demgegenüber den Standpunkt, dass die solidarische Haftung der Phoenix Pharmahandel GmbH & Co KG auf das notwendige Mindestmass beschränkt gewesen sei und handelsüblichen Grundsätzen entsprochen habe. Spätestens ab dem Vorliegen der Patronatserklärung am 30. September 2014 bzw. 7. Oktober 2014 habe damit kein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten mehr stattgefunden, womit allfällige vorherige Schadenersatzansprüche verjährt seien. Die am 16. August 2016 zugunsten der Klägerin unterschriebene Verjährungsverzichtserklärung ändere daran nichts, da die Verjährung zu diesem Zeitpunkt bereits eingetreten sei (pag. 58 ff.).

IV. Rechtliches

13. Die Beklagte bestreitet zunächst, dass die Klägerin zur Geltendmachung eines allfälligen Schadenersatzanspruchs aus der behaupteten unzulässigen Verhaltensweise legitimiert ist.

13.1 Gemäss Art. 12 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) ist zur Geltendmachung von Ansprüchen aus einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung aktivlegitimiert, wer durch diese in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wird. Dabei ist erforderlich, dass der entsprechende Wettbewerbsteilnehmer in besonderer Weise, d.h. stärker als die Allgemeinheit, betroffen ist. Notwendig ist somit ein persönlich erlittener Nachteil bezüglich der eigenen Wettbewerbsmöglichkeiten. Nicht erforderlich ist, dass

ein direktes Konkurrenzverhältnis zwischen behindertem und behinderndem Unternehmen besteht oder dass sich die Wettbewerbsbeschränkung direkt gegen das behinderte Unternehmen richtet (JACOBS/GIGER, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, N 12 f. zu Art. 12; BORER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, N 3 zu Art. 12).

13.2 Bei der Klägerin handelt es sich um eine im Pharmamarkt tätige Schweizer Gesellschaft und die angebliche Wettbewerbsbeschränkung hätte im entsprechenden Marktbereich stattgefunden. Die Klägerin ist als von der Besicherung betroffene Wettbewerbsteilnehmerin direkt von der behaupteten Wettbewerbsbeschränkung tangiert, zumal sie diese insbesondere auch auf die Konkurrenzsituation mit der Galexis AG auf dem Schweizer Markt stützt. Die Aktivlegitimation der Klägerin zur Geltendmachung von Schadenersatz aus der angeblichen Wettbewerbsbeschränkung ist damit gegeben.

14.

14.1 Die Klägerin macht Schadenersatz aus einer unzulässigen Wettbewerbsbehinderung gestützt auf Art. 12 Abs. 1 Bst. b KG geltend. Dieser Schadenersatzanspruch verjährt gemäss Art. 60 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Obligationenrecht; OR, SR 220) nach einem Jahr ab Kenntnis des Schadens und des Schädigers. Dauert eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung an, so liegt Kenntnis des Schadens frühestens dann vor, wenn sie abgeschlossen ist. Die relative Verjährungsfrist beginnt somit erst in diesem Zeitpunkt zu laufen (JACOBS/GIGER, a.a.O., N 85 zu Art. 12).

14.2 Massgebend ist folglich, ob nach Unterzeichnung der Patronatserklärung am 30. September 2014 bzw. 7. Oktober 2014 noch ein mögliches wettbewerbsbeschränkendes Verhalten der Klägerin bzw. überhaupt ein daraus resultierender Schaden vorlag. Wäre dies zu verneinen, hätte die relative Verjährungsfrist von einem Jahr nach Unterzeichnung der Patronatserklärung zu laufen begonnen. Ein allfälliger Schadenersatz wäre verjährt. Wird das Verlangen einer Patronatserklärung dagegen als wettbewerbsbeschränkendes Verhalten beurteilt und ist der Klägerin daraus ein Schaden entstanden, hätte die Verjährungsfrist erst am 18. August 2015 (Kündigung der Garantievereinbarung durch die Beklagte; KB 30) zu laufen begonnen. Die Verjährung wäre diesfalls noch nicht eingetreten, da die Beklagte am 16. August 2016 eine Verjährungseinredeverzichtserklärung unterschrieben hat (AB 2).

15. Nach der Beschränkung des Verfahrens auf die Frage der Verjährung und den grundsätzlichen Schadenersatzanspruch nach Abgabe der Patronatserklärung per 30. September bzw. 7. Oktober 2014 ist fraglich, ob das Verlangen einer Sicherheit in Form einer Patronatserklärung eine unangemessene Geschäftsbedingung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG und mithin eine Widerrechtlichkeit darstellen kann oder aber ob eine solche Sicherheit handelsüblich und damit gerechtfertigt war. Gegebenenfalls ist weiter zu prüfen, ob der Klägerin daraus ein haftpflichtrechtlich relevanter Schaden entstanden ist, insbesondere ob es sich bei der geleisteten

Kommission lediglich um eine interne Vermögensverschiebung handelte und damit kein haftpflichtrechtlich relevanter Schaden resultierte sowie ob die Leistung einer Kommission an die Konzernmuttergesellschaft unüblich oder nicht notwendig war.

Nicht zu prüfen ist im beschränkten Verfahren dagegen das Tatbestandsmerkmal der Erzwingung bzw. das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der Beklagten. Die Marktmacht der Beklagten wird einstweilen unterstellt (vgl. pag. 132). Insofern erübrigt sich auch die Einholung eines Gutachtens der WEKO im Sinne von Art. 15 Abs. 1 KG.

16. Preise und Geschäftsbedingungen sind dann unangemessen, wenn sie offensichtlich unbillig oder unverhältnismässig sind und von der Marktgegenseite erzwungen werden können (BORER, a.a.O., N 20 zu Art. 7) bzw. wenn Geschäftsbedingungen keinem gerechtfertigten Interesse dienen oder solche Interessen mit weniger einschneidenden Mitteln erreicht werden könnten. Dies erfordert eine Abwägung der Interessen der Beteiligten, wobei den Interessen der Beteiligten dann Genüge getan wird, wenn das Interesse des Marktbeherrschers und der Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit der Handelspartner in einem angemessenen Verhältnis zueinanderstehen (RPW 2004/3 S. 778 ff. N 67). Geschäftsbedingungen können auch dann unangemessen sein, wenn sie in zeitlicher oder inhaltlicher Hinsicht übermässig binden (Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, N 695).

16.1 Die Klägerin bringt vor, es habe gar kein Grund für eine Besicherung bestanden bzw. der von der Beklagten geltend gemachte „gap“ habe aufgrund der konkreten Geschäftsabwicklung zu keinem Zeitpunkt bestanden. Die Beklagte sei nicht vorleistungspflichtig gewesen, denn bei der fraglichen Ware habe es sich um Konsignationsware gehandelt, d.h. die Herstellerin sei bis zum Eigentumsübertrag an den Warenempfänger Eigentümerin der Waren geblieben. Die Fälligkeit der Rechnungen an die Beklagte seien gekoppelt gewesen an die Zahlungsziele der Kunden (pag. 111).

Die Beklagte ist dagegen der Auffassung, sie habe der Klägerin wirtschaftlich betrachtet laufend einen Kredit zwischen CHF 15 und 17 Millionen gewährt. Das Vorleistungsrisiko der Beklagten bei den hohen Umsätzen und tiefen bzw. negativen Margen im Bereich des Prewholesales sei als sehr hoch zu bewerten. Es sei unter diesen Umständen sachlich begründbar, dass die Beklagte von der Konzernmuttergesellschaft eine Mithaftung verlangt habe. Teilweise habe sie gegenüber den Herstellern das Debitorenrisiko übernommen und selbst wenn dies nicht der Fall gewesen sei, habe sie den Auftrag gehabt, dafür zu sorgen, dass die Hersteller nicht mit Zahlungsausfällen konfrontiert worden seien (pag. 57, 59, 68).

16.1.1 Nach übereinstimmender Darstellung der Parteien meldete die Beklagte die Menge der an die jeweilige Kundin ausgelieferten Ware in der Regel Ende Monat an die Herstellerin, woraufhin diese der Beklagten Rechnung stellte mit einer vom Zahlungsziel des Kunden abhängigen Fälligkeit, in der Regel 30 Tage (pag. 57, 75, 111; vgl. auch AB 9 Ziff. 1.2).

Der Klägerin ist damit insofern zuzustimmen, als die Beklagte keinen Kredit gewährte, wenn sämtliche Rechnungen des Kunden fristgerecht bezahlt wurden (vgl. pag. 151 f.). Die Beklagte trug indessen dennoch das Risiko eines Zahlungsausfalls, da sie die Ware jeweils an die Klägerin ausliefern und ihrer Verpflichtung den Herstellern gegenüber nachkommen musste, selbst wenn ein Abnehmer (bspw. die Klägerin) binnen (derselben) Frist nicht bezahlen sollte (pag. 57, 71, 75, 111, 151, 161). Dies gilt zumindest hinsichtlich jener Verträge, in deren Rahmen die Beklagte das Debitorenrisiko übernommen hatte (vgl. etwa AB 9 Ziff. 2.2).

16.1.2 Zu prüfen ist, inwiefern die Beklagte ein zu besicherndes Risiko trug, soweit sie sich gegenüber den Herstellern nicht zur Übernahme des Debitorenrisikos verpflichtet hatte:

Prewholesaledienstleistungen sind rechtlich als Kommission im Sinne von Art. 425 OR zu qualifizieren (vgl. auch RPW 2005/4 S. 638 ff. Ziff. 34). Gemäss Art. 425 Abs. 2 OR gelangen für das Kommissionsverhältnis die Vorschriften über den Auftrag zur Anwendung, soweit nicht die Bestimmungen von Art. 425 ff. OR etwas anderes enthalten.

Grundsätzlich hat der Kommissionär für die Zahlung oder anderweitige Erfüllung der Verbindlichkeiten des Schuldners nur dann einzustehen, wenn er sich hiezu verpflichtet hat, oder wenn das am Orte seiner Niederlassung Handelsgebrauch ist (Art. 430 Abs. 1 OR). Im Übrigen treffen den Kommissionär die Sorgfaltspflichten des Auftragsrechts (vgl. Art. 425 Abs. 2 OR). Gemäss Art. 398 Abs. 1 und 2 OR haftet der Beauftragte im Allgemeinen für die gleiche Sorgfalt wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis. Er haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung bestimmt sich das Mass der Sorgfalt nach objektiven Kriterien. Erforderlich ist die Sorgfalt, die ein gewissenhafter Beauftragter in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte anzuwenden pflegt. Höhere Anforderungen sind an den Beauftragten zu stellen, der seine Tätigkeit berufsmässig, gegen Entgelt ausübt (Entscheid des Bundesgerichts 4C.158/2006 vom 10. November 2006 E. 3.1; vgl. auch Weber, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N 23 zu Art. 398). Für die Beklagte bestand somit die Gefahr einer Sorgfaltspflichtverletzung, wenn sie die Bonität der Kunden nicht überprüfte. Sie musste damit rechnen, dass die Sorgfaltspflicht auch den Abschluss von Verträgen mit solventen Partnern beinhaltete. Insofern war das Verlangen der Sicherheit auch hinsichtlich jener Verträge gerechtfertigt, in denen die Beklagte das Delkredererisiko nicht übernommen hatte.

16.1.3 Aufgrund des Risikos eines Zahlungsausfalls bzw. ihrer Sorgfaltspflicht den Herstellern gegenüber hatte die Beklagte demnach grundsätzlich ein (berechtigtes) Interesse an einer Besicherung, soweit sich aus den wirtschaftlichen Gegebenheiten im Umfeld der Klägerin bedeutende Unsicherheiten im Zusammenhang mit deren Liquidität und Bonität ergeben sollten.

16.2 Hinsichtlich der wirtschaftlichen Situation der Klägerin im Zeitpunkt der Patronatserklärung im August/September 2014 ergibt sich was folgt:

Zunächst geht aus den Akten hervor, dass die EBIT-Marge (Verhältnis des Ergebnisses vor Zinsen und Steuern zum Umsatz) der Gruppe um die Klägerin im hier relevanten Geschäftsjahr 2013/2014 nur 1,14 % betrug (KB 86; vgl. auch pag. 105). Eine derart tiefe EBIT-Marge zeugt nicht von einer grossen Rentabilität des Unternehmens und entspricht damit schon für sich allein einem hohen Risiko. Dies spiegelte sich auch in den Ratings von Standard & Poor's wider, die der Phoenix Gruppe keinen investment-grade zuschrieben (AB 26 f.). Entgegen der Auffassung der Klägerin (pag. 183) vermag dies für einen Vertragspartner, der ein gewichtiges Ausfallrisiko trägt, durchaus einen Hinweis für Vorsichtsmassnahmen darzustellen. Dies gilt umso mehr, als für die Beklagte bedeutende Unsicherheiten aufgrund des Cash-Poolings hinzukamen. Fliesst die Liquidität eines Schuldners laufend ab, bedeutet dies für dessen Gläubiger ein grosses Risiko. Einerseits gelangen sie damit in Konkurrenz mit Gläubigern von anderen Gruppengesellschaften. Andererseits werden Cash-Pools mit Bankenkrediten finanziert, die an Bedingungen geknüpft sind. Bei einem negativen Geschäftsverlauf kann ein solcher Kredit ohne weiteres gekündigt werden. Solches ergab sich etwa im Rahmen des Swissair-Groundings (vgl. Entscheid des Bundesgerichts 4A_603/2014 vom 11. November 2015 und BGE 140 III 533). Insofern kann keineswegs von einer breiten Streuung der Risiken durch das Cash-Pooling (pag. 183 f.) gesprochen werden. Unter Berücksichtigung dieser Umstände ist irrelevant, dass die Beklagte gemäss der Darstellung der Klägerin die einzige Handelspartnerin gewesen sei, welcher sie eine Besicherung habe leisten müssen (pag. 14, 20, 144), zumal die Klägerin selber darlegt, dass sie wesentlich von der Beklagten abhängig gewesen sei (pag. 9, 12) und diese damit die bedeutendste Handelspartnerin gewesen sein dürfte. Überzeugend ist in diesem Zusammenhang auch das Argument der Beklagten, wonach die Durchsetzung der Forderung gegenüber der Konzernmuttergesellschaft unklar gewesen wäre und sie daher auf ein direktes Forderungsrecht angewiesen gewesen sei. Ein solches konnte sie mit der verlangten Patronatserklärung erlangen.

Trotz dieser wirtschaftlich fragilen und von erheblichen nicht beeinflussbaren Faktoren abhängigen Situation war die Klägerin nicht bereit, der Beklagten neuere bzw. weitergehende Informationen zur Verfügung zu stellen, um die für sie unüberblickbare Lage in einem Umfeld mit gemeinhin geringer Marge und starker Regulierung einschätzen zu können. Insbesondere weigerte sich die Klägerin, der Beklagten die aktuellen Zahlen offenzulegen. Soweit die Klägerin geltend macht, auch die Beklagte habe ihre Geschäftsberichte nicht offenlegen wollen, ist dies offensichtlich nicht stichhaltig. Denn die Beklagte hatte das Risiko eines Zahlungsausfalls zu tragen und nicht die Klägerin. Die Beklagte konnte damit einzig auf die Zahlen der Geschäftsjahre bis 2011/2012 (KB 84) zurückgreifen, um ihr Zahlungsausfallrisiko im Zusammenhang mit Lieferungen an die Klägerin zu beurteilen.

Insgesamt erweist sich das Verlangen einer Besicherung im fraglichen Zeitpunkt damit dem Grundsatz nach als gerechtfertigt. Eine Lieferung ohne Sicherheit an die Klägerin konnte mit Blick auf das bestehende Marktumfeld, die finanziellen Unsicherheiten und das Verhalten der Klägerin als Risiko betrachtet werden, welches die Beklagte nicht tragen konnte.

16.3 Daran ändert der Bericht des Sekretariats der WEKO bzw. das Einlenken der Beklagten im entsprechenden Verfahren entgegen der Auffassung der Klägerin nichts. Wenn die Beklagte beschloss, künftig auf eine Besicherung zu verzichten, dürfte es sich dabei um einen rein unternehmerischen Entscheid gehandelt haben, bei dem die Beklagte eine Abwägung der sich aus dem WEKO-Verfahren ergebenden Risiken (insbesondere Bussenrisiko, Reputationsrisiko und Einbindung zahlreicher Personen) gegen die Risiken einer fehlenden Besicherung (Ausfallrisiko) vorgenommen hat. Dies kann folglich nicht als Eingeständnis ihrerseits und zu Ungunsten der Beklagten ausgelegt werden.

16.4 Eine Patronatserklärung stellt keine sehr einschneidende Form der Besicherung dar. Ein letter of comfort als mildere Massnahme wäre nicht zweckdienlich und geeignet gewesen, da er nur ein soft commitment und kein Leistungsversprechen beinhaltet. Eine Patronatserklärung ist jedenfalls weit weniger einschneidend als die Drittgarantien bei Banken oder Versicherungen, wie sie bis im Herbst 2014 ausgestellt worden waren. Nur im Rahmen einer solchen Drittgarantie wäre tatsächlich Geld nach aussen geflossen. Bei der Patronatserklärung waren die Auswirkungen auf die Marktstellung (soweit sie überhaupt entstanden sind) für den Konzern unter dem Blickwinkel der Angemessenheit minim. Eine Patronatserklärung stellt einen nachvollziehbaren Kompromiss dar und erscheint damit als Besicherungsform angemessen.

Weiter erweist sich auch die Höhe der Besicherung von CHF 15 Millionen im Rahmen der Patronatserklärung nicht als unangemessen. Für den Gesamtkonzern ist die Besicherung in dieser Form ohne Auswirkungen auf die Marktstellung geblieben. Innerhalb des Konzerns erfolgte die Kommission als reine Vermögensverschiebung. Es handelte sich insofern um eine interne Erweiterung der Haftungsbasis. Weiter ist diesbezüglich zu berücksichtigen, dass die Klägerin kaum je Bemühungen getätigt hat zu verhandeln – weder vom Grundsatz noch von der Höhe her. Sie hatte die Beklagte bereits im Rahmen der Bank- und Versicherungsgarantien stets nur kurz vor deren Ablauf angefragt, ob eine Verlängerung erwünscht bzw. notwendig ist. Raum für Verhandlungen bestanden insofern kaum. Das Argument der Klägerin betreffend fehlender Gesprächsbereitschaft der Beklagten (pag. 180 f.) greift damit nicht.

Schliesslich erweist sich auch die Dauer der Besicherung mittels Patronatserklärung nicht als unangemessen. Die Gründe, welche die Beklagte zu dieser Form der Besicherung veranlasst hatten, dauerten während des Bestehens der Massnahme an. Die Beklagte entschloss sich zudem im Verlauf des Vorabklärungsverfahrens des Sekretariats der WEKO nach zehneinhalb Monaten aus wohl innerbetrieblichen Gründen (vgl. E. 16.3 oben) zur Auflösung der Garantievereinbarung.

16.5 Das Interesse der Beklagten an einer Besicherung ihrer Leistungen war nach dem Gesagten erheblich und überwog insgesamt die Interessen der Klägerin am Verzicht auf eine Sicherungsmassnahme. Das Verlangen einer Patronatserklärung durch die Beklagte ab dem 30. September bzw. 7. Oktober 2014 stellt damit keine unangemessene Geschäftsbedingung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG dar. Das Verhalten der Beklagten erweist sich als sachlich gerechtfertigt, womit die Widerrechtlichkeit zu verneinen ist.

17. Nachdem sich das Verhalten der Beklagten spätestens ab 30. September 2014 bzw. 7. Oktober 2014 als rechtmässig erweist, wäre ein Schadenersatzanspruch aus einer allfälligen vorherigen Wettbewerbsbeschränkung verjährt (Verjährungsverzichtserklärung vom 16. August 2016). Es erübrigt sich somit die Prüfung, ob der Klägerin daraus ein haftpflichtrechtlich relevanter Schaden entstanden ist.

18. Soweit die Klägerin den Ersatz ihrer Anwaltskosten aus dem kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren vor dem Sekretariat der WEKO geltend macht, stellt dies keinen Schaden dar, der im vorliegenden Zusammenhang geltend gemacht werden kann. Denn vorprozessuale Anwaltskosten können als Schaden unter anderem nur dann berücksichtigt werden, wenn sie gerechtfertigt, notwendig und angemessen waren sowie der Durchsetzung der Schadenersatzforderung dienen (Entscheidung des Bundesgerichts 4A_127/2011 vom 12. Juli 2011 E. 12.4 und 4A_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.2.2; BGE 117 II 101 = Pra 1991 Nr. 163). Dies trifft bei den vorliegend geltend gemachten Kosten gerade nicht zu. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die entsprechenden Auslagen für die Geltendmachung des Schadenersatzes nützlich oder sogar notwendig gewesen wären. Daran ändert auch die Argumentation der Klägerin nichts, wonach die Anwaltskosten im Sinne von vorprozessualen Auslagen geltend gemacht würden (pag. 44 mit Hinweis auf den Entscheid des Bundespatentgerichts O2013_007 E. 4.5). Die konstante bundesgerichtliche Rechtsprechung kann damit nicht umgangen werden, was im genannten Entscheid des Bundespatentgerichts denn auch nicht der Fall war. Dabei ging es um Kosten im Zusammenhang mit einem Versuch, die Streitigkeit aussergerichtlich beizulegen. Die vorliegenden Verhältnisse mit dem vom zivilrechtlichen Verfahren unabhängigen kartellrechtlichen Vorabklärungsverfahren sind damit keineswegs vergleichbar.

19. Die Klage vom 23. Mai 2017 ist abzuweisen.

V. Kosten

20. Nach Art. 106 Abs. 1 ZPO hat die unterliegende Partei die Prozesskosten zu tragen. Sie setzen sich aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung zusammen (Art. 95 Abs. 1 ZPO), wobei die Kantone Tarife für die Prozesskosten festsetzen (Art. 96 ZPO).

Da die Beklagte vollumfänglich obsiegt, werden die Prozesskosten in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO der Klägerin auferlegt. Gründe gemäss Art. 107 f. ZPO, die für eine vom Verfahrensausgang abweichende Aufteilung sprechen würden, liegen keine vor.

21. Die Gerichtskosten bestehen vorliegend aus der Pauschale für den Entscheid (Entscheidgebühr, Art. 95

Abs. 2 Bst. b ZPO) und den Kosten der Beweisführung (Art. 95 Abs. 2 Bst. c ZPO).

21.1 Die Entscheidungsgebühr richtet sich hauptsächlich nach dem Streitwert des Verfahrens (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 21 EG ZSJ und Art. 42 Abs. 1 des Dekrets betreffend die Verfahrenskosten und die Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [Verfahrenskostendekret, VKD; BSG 161.12]). Der Streitwert wird durch die Rechtsbegehren bestimmt, wobei Zinsen nicht hinzuzurechnen sind (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Der massgebliche Streitwert beträgt demzufolge CHF 1'141'927.64.

22.2 Die Entscheidungsgebühr liegt bei einem Streitwert in dieser Höhe zwischen CHF 13'000.00 und CHF 140'000.00 (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 21 EG ZSJ und Art. 42 Abs. 1 Bst. e VKD). Innerhalb dieses Rahmens bemisst sich die Entscheidungsgebühr nach dem gesamten Zeit- und Arbeitsaufwand, der Bedeutung des Geschäfts sowie der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Kostspflichtigen (Art. 5 VKD). Die ordentliche Gebühr gemäss den Richtlinien zur Festsetzung der Gerichtsgebühren und Vorschüsse in Zivilverfahren vor Obergericht (Beschluss des Plenums der Zivilabteilung vom 14. Dezember 2010) für einen Streitwert von CHF 1'100'000.00 - 1'199'999.00 beträgt CHF 48'750.00. Nach der Durchführung des Schriftenwechsels und einer eintägigen Verhandlung muss der Zeit- und Arbeitsaufwand als durchschnittlich bezeichnet werden. Die Bedeutung des Geschäfts ist leicht überdurchschnittlich. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Parteien muss als überdurchschnittlich eingestuft werden. Mit Blick auf die Beschränkung des Verfahrens erscheint insgesamt eine Entscheidungsgebühr von CHF 38'000.00 der Streitsache angemessen.

21.3 Die Kosten für die Beweisführung bestehen einzig aus der Entschädigung für den Zeugen F. in der Höhe von CHF 20.00.

21.4 Die Gerichtskosten in der Höhe von gesamthaft CHF 38'020.00 werden mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 48'750.00 verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Überschuss in der Höhe von CHF 10'730.00 wird der Klägerin aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

22.

22.1 Als Parteientschädigung sind im vorliegenden Verfahren der Ersatz notwendiger Auslagen und die Kosten einer berufsmässigen Vertretung zu berücksichtigen (Art. 95 Abs. 3 Bst. a und b ZPO).

Die Kosten einer berufsmässigen Vertretung liegen bei einem Streitwert zwischen CHF 1'000'000.00 und CHF 2'000'000.00 zwischen CHF 38'500.00 und CHF 78'700.00 (Art. 41 Abs. 2 des kantonalen Anwaltsgesetzes [KAG; BSG 168.11] i.V.m. Art. 5 Abs. 1 der Verordnung über die Bemessung des Parteikostensatzes [PKV; BSG 168.811]). Bei einem Streitwert von CHF 1'141'927.64 ergibt sich ein interpolierter Rahmen von mindestens CHF 38'500.00 und maximal CHF 59'000.00; das interpolierte Mittel beträgt CHF 49'000.00 (vgl. Beschluss der Zivilabteilung des Obergerichts des Kantons Bern vom 6. März 1997, publiziert in: in dubio 4/97, S. 20 f.).

Innerhalb des Rahmens bemessen sich die Kosten einer berufsmässigen Vertretung nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 KAG). Hinzu kommen die Auslagen (Art. 2 PKV).

22.2 Der Rechtsvertreter der Beklagten, Rechtsanwalt B., macht ein Honorar von insgesamt CHF 48'422.00 geltend (pag. 222 f.). Inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer kommt er auf einen Totalbetrag von CHF 54'065.15.

Die Bedeutung der Streitsache ist vorliegend leicht überdurchschnittlich. Der in der Sache gebotene Zeitaufwand und die Schwierigkeit des Prozesses sind als durchschnittlich zu bewerten, zumal das Verfahren beschränkt worden ist. Das von Rechtsanwalt B. geltend gemachte Honorar von CHF 48'422.00 liegt im Bereich des interpolierten Mittels für den vorliegenden Streitwert und ist nicht zu beanstanden.

Hinzu kommen die notwendigen Auslagen (Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO; Art. 2 PKV). Unter diesem Titel macht der Rechtsanwalt der Beklagten einen Zuschlag von 3,5 %, ausmachend CHF 1'694.80 geltend, was zu keinen Bemerkungen Anlass gibt.

Nicht zu berücksichtigen ist dagegen die Mehrwertsteuer. Denn ist die ersatzberechtigte Partei selbst mehrwertsteuerpflichtig, wie dies bei der Beklagten der Fall ist (https://www.uid.admin.ch/Detail.aspx?uid_id=, wird die Mehrwertsteuer auf Honorar und Auslagen bei der Festlegung des Parteikostensatzes nicht berücksichtigt (Praxisfestlegung gemäss Beschluss der Zivilabteilung des Obergerichts des Kantons Bern vom 13. November 2014; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern VGE 100.2013.137 vom 26. Mai 2014 E. 6.4 und 6.5, publ. in: BVR 2014 S. 484 ff.).

22.3 Die Klägerin hat der Beklagten somit eine Parteientschädigung von total CHF 50'116.80 zu bezahlen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

Das Handelsgericht entscheidet:

1. Die Klage vom 23. Mai 2017 wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 38'020.00, werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss in der Höhe von CHF 48'750.00 verrechnet. Die Restanz von CHF 10'730.00 wird der Klägerin aus der Gerichtskasse zurückerstattet.
3. Die Klägerin wird verurteilt, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 50'116.80 (inkl. Auslagen, keine MWST) zu bezahlen.
4. Zu eröffnen:
 - den Parteien
 Mitzuteilen:
 - dem Sekretariat der Wettbewerbskommission

[Rechtsmittelbelehrung]

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations		GedrV	and Trade Verordnung über Gebrauchsgegenstände
Indice delle abbreviazioni		GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
A		GU	Gemeinschaftsunternehmen
AF	Arrêté fédéral	H	
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	HGer	Handelsgericht
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	HMG	Heilmittelgesetz
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	I	
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
B		J	
BA	Bundesamt	JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BB	Bundesbeschluss	JdT	Journal des Tribunaux
BBI	Bundesblatt	K	
BG	Bundesgesetz	KG	Kartellgesetz
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt	KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung	KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
BGer	Bundesgericht	KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats	L	
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national	LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen	LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
BR	Bundesrat	LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction	LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale	LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati	LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
BV	Bundesverfassung	LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess	LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
C		LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
CC	Code civil	LF	Loi fédérale / Legge federale
CE	Communauté Européenne	LL	Legge federale sul lavoro
CE	Conseil des Etats	LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
CF	Conseil fédéral	LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
FR.	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri	LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
CO	Code des obligations	LOTG	Legge federale sugli ostacoli tecnici commercio
Cost.	Costituzione federale	LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
CPC	Code (cantonal) de procédure civile	LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
CPS	Code pénal suisse	LSPr	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi
cst.	Constitution fédérale	M	
D		N	
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)	O	
DPC	Droit et politique de la concurrence (=RPW)	O	Ordonnance
DG	Direction Générale (UE)	OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
E		OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
EU	Europäische Union		
F			
FF	Feuille fédérale		
FMG	Fernmeldegesetz		
G			
GATT	General Agreement on Tariffs		

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	T	
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TA	Tribunal administratif
OR	Obligationenrecht	TApp	Tribunale d'Appello
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
P		THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale		
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)		
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	U	
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UE	Union Européenne
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
Q			
R		V	
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
REKOWEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)		
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	W	
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RR	Regierungsrat	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	X	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	Y	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	Z	
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
S		ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZPO	Zivilprozessordnung
SJ	La semaine judiciaire	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

Index

A

abgestimmtes Verhalten -
 abgestimmte Verhaltensweise 273, 289 f, 293, 311, 442, 450, 455, 459, 514 d.
 Abrede 252, 254 f., 257 f., 270 ff., 276 ff., 281 ff., 288 ff., 296, 300, 302, 304, 308, 311 ff., 314 dd., 326 d., 329, 332, 334 f., 391, 438, 441 ff., 504 ff., 509 ff., 513 ff., 519 f., 522, 525, 532 534 f., 539 ff., 543 ff., 547, 552 ff., 560
 Acquiring -
 Anhörung 304, 323, 336, 441 f.
 Apotheker/innen -
 Ärzte(-Verband) -

B

Banken 534, 541, 567 f.
 Befristung des Entscheids -
 Breitbanddienste -
 Bündelung vertikaler Restriktionen -

C

D

Debitkarten -
 Domestic Interchange Fee -

E

Effizienzgründe 279, 293, 314, 326 f., 449, 453, 458, 461, 517, 519
 Effizienzprüfung 453, 458
 Einstellung einer Untersuchung -
 einvernehmliche Regelung 514, 517 ff.
 Erheblichkeit 273, 292 ff., 314, 449, 453, 458, 460 ff., 473, 517
 Exklusivvertrieb -

F

G

geografische Beschränkungen -
 Grosskunden-Märkte -

H

Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -

I

Indizienbeweis 357, 382
 Interchange Fee 292
 Internalisierung eines Kostenfaktors -

J

K

kollektive Marktbeherrschung -
 Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 273, 292, 313, 446, 516, 522, 525, 531, 535, 541
 Koppelungsgeschäft -
 Kostenraster -
 Krankenversicherer -
 Kreditkarten -
 Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -

L

legitimate business reasons 280

M

Marktaufteilung 453, 459
 marktbeherrschende Stellung 266 f., 270 ff., 279 ff., 283, 301, 523 f., 526, 529 f., 532, 534, 536, 539 f., 542 ff., 546 f.
 Marktgegenseite 273 ff., 280, 295, 299 f., 313, 326, 445 ff., 451, 456, 460, 516, 523 f., 526 f., 537, 542 f., 546, 566
 Marktorganisation -
 Marktstruktur 447
 Marktzutrittsschranken -
 Meldepflicht 523, 525 f., 533, 535 f., 542, 545 f.
 Missbrauch 266 f., 272, 280 f., 283, 289, 296, 300 f., 445, 536

N

Netzwerk 543
 Netzwerkkosten -
 Nichtdiskriminierungsklausel -

O

P

Parallelverhalten -
 potenzieller Wettbewerb 326, 448, 457
 Preisabrede 291 ff., 300, 314, 445, 450 f., 455, 458 f., 462 ff., 510, 513, 515 ff., 520
 Preisbindung zweiter Hand -

Q

Quersubventionierung 264 ff., 282

R

Rabatte 259, 263, 268 f., 283, 290, 298, 300, 415, 430 f.
 Reduktion der Sanktion 320, 473 ff., 479, 485, 489, 498, 500 f.

S

Sanktionen 287, 310, 314, 316, 321, 328, 433, 464 f., 467, 477 f., 502, 504 f., 518 f., 553, 556, 562

Senkung Herstellkosten -	320, 326, 335, 442 f., 449 f., 453 f., 458 f., 462, 464, 504
Submission 304, 312, 315 ff., 323, 336, 338 ff., 345 ff., 352, 357, 363 f., 368, 370, 381, 383, 409, 426, 431, 438, 443 ff., 447, 449, 451, 456, 470 f., 476, 481 ff., 485, 487 f., 491 ff., 496 f., 506, 511, 552, 554, 560	ff., 510, 514, 519 f., 560, 566
Submissionskartell -	V
	vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -
	Veröffentlichung 284
	Verschulden 466, 470, 509
	Vierparteiensysteme -
	vorbehaltene Vorschriften 272, 288 f., 311, 326, 441, 514, 522, 535, 545
	vorgezogene Recyclinggebühren -
	W
	Wettbewerb um den Markt -
	X
	Y
	Z
	Zahlungsmittel -
	zweiseitige Märkte -
T	
Tarife 290 f., 294, 513, 518, 520, 568	
Tarifvertrag -	
Tierärzte/innen -	
Transparenzmassnahmen -	
U	
Umstossung der Vermutung -	
Untersuchung 274, 279, 281 ff., 294, 296 f., 302 ff., 311, 313, 315 f., 319 ff., 329 f., 332 f., 335 ff., 339 ff., 345 ff., 355, 371, 395, 429, 437 f., 440 f., 446 ff., 464 ff., 472 ff., 479, 482, 484 f., 487, 489, 491 ff., 495, 497 ff., 505 ff., 509 f., 512 ff., 518 ff., 526 f., 552 ff., 556, 559 f., 562	
unzulässige Wettbewerbsabrede 251, 257, 263 f., 268 f., 271 f., 274, 279, 281 ff., 289, 294, 296, 302, 311, 314,	