



Verfügung

vom 19. August 2019

[Publikationsversion; Diese Verfügung wurde von einem Teil der Parteien beim Bundesverwaltungsgericht angefochten und ist derzeit dort hängig. Sie ist daher gegenüber den beschwerdeführenden Parteien nicht rechtskräftig.]

in Sachen

Untersuchung **22-0457** gemäss Art. 27 KG
betreffend

Bauleistungen Graubünden

wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

gegen

1. **A. Käppeli's Söhne AG**, St. Gallerstrasse 72, 7320 Sargans,
2. **Bianchi Holding AG**, Chriesilöserstrasse 64, 7310 Bad Ragaz,
beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Michael Tschudin,
Wenger & Vieli AG, Dufourstrasse 56, Postfach 1285, 8034
Zürich;
3. **Aktiengesellschaft Cellere**, Hodlerstrasse 2, 9009 St. Gallen,
4. **Cellere Bau AG**, Hodlerstrasse 2, 9009 St. Gallen,
beide vertreten durch Rechtsanwalt Kaspar Hemmeler,
Schärer Rechtsanwälte, Hintere Bahnhofstrasse 6, 5001 Aarau;
5. **C Bauunternehmung Centorame AG**, Perfurka,
7493 Schmitten;
vertreten durch Rechtsanwalt Peder Cathomen, Veia Vedem 3,
7458 Mon;
6. **Catram AG**, Ringstrasse 35d, 7000 Chur,
vertreten durch Rechtsanwalt Robert Vogel, SwissLegal (Aarau)
AG, Jurastrasse 4, Postfach 3623, 5001 Aarau;
7. **Foser AG**, Karlihof 7, 7208 Malans,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Franz Hoffet und/oder
Rechtsanwältin Carola Winzeler, Homburger AG, Prime Tower,

Hardstrasse 201, 8005 Zürich;

8. **Hew AG Bauunternehmung Chur**, Maienweg 4, 7000 Chur, vertreten durch Rechtsanwalt Marquard Christen und/oder Rechtsanwalt Fabian Martens, CMS von Erlach Poncet AG, Dreikönigstrasse 7, Postfach, 8022 Zürich;
9. **Hüppi AG**, Widenholzstrasse 1, 8304 Wallisellen, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Thomas Stäheli, Roesle Frick & Partner, Churerstrasse 135, Postfach 228, 8808 Pfäffikon SZ;
10. **Implenia Schweiz AG**, Industriestrasse 24, 8305 Dietlikon, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Marcel Meinhardt und/oder Rechtsanwalt Ueli Weber, Lenz & Staehelin, Brandschenkestrasse 24, 8027 Zürich;
11. **KIBAG Bauleistungen AG**, Seestrasse 404, 8038 Zürich, vertreten durch [Rechtsanwalt Dr. Jürg Borer, Borer Rechtsanwälte AG, Olgastrasse 6, 8001 Zürich];
12. **Lazzarini AG**, Cho d'Punt 11, 7503 Samedan, vertreten durch Rechtsanwalt Andreas Amstutz, Amstutz Greuter Rechtsanwälte, Hallerstrasse 6, Postfach 5122, 3001 Bern;
13. **Schlub AG**, Raschärenstrasse 33, 7000 Chur,
14. **Schlub AG Nordbünden**, Raschärenstrasse 33, 7000 Chur,
15. **Schlub AG Südbünden**, Via da Spultri 276, 7742 Poschiavo, alle drei vertreten durch Rechtsanwalt Jon Andri Moder und/oder Rechtsanwalt Henri Zegg, Vincenz & Partner, Masanserstrasse 40, 7000 Chur;
16. **Toldo Strassen- und Tiefbau AG**, Arinstrasse 2, 9475 Sevelen,
17. **Toldo Strassen- und Tiefbau AG Landquart**, Ringstrasse, 7302 Landquart, beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Christian Wind, Bratschi AG, Bahnhofstrasse 70, Postfach, 8021 Zürich;
18. **Walo Bertschinger AG Chur**, Raschärenstrasse 21, 7004 Chur,
19. **Walo Bertschinger Central AG**, Heimstrasse 1, 8953 Dietikon,
20. **Walo Bertschinger Holding AG**, Obere Zäune 24, 8001 Zürich, alle drei vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Mani Reinert, Bär & Karrer AG, Brandschenkestrasse 90, 8027 Zürich;
21. **ZINDEL GRUPPE AG**, c/o Zindel AG, Felsenaustrasse 47, 7000 Chur,
22. **METTLER PRADER AG**, Felsenaustrasse 47, 7000 Chur, beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Reto Jacobs und/oder Rechtsanwalt Dr. Daniel Zimmerli, Walder Wyss AG, Seefeldstrasse 123, Postfach 1236, 8034 Zürich.

Besetzung

Andreas Heinemann (Präsident, Vorsitz),
Danièle Wüthrich-Meyer (Vizepräsidentin), Armin Schmutzler
(Vizepräsident),
Winand Emons, Pranvera Këllezi, Isabel Martinez, Rudolf Minsch,
Martin Rufer.

Inhaltsverzeichnis

A	Verfahren	9
A.1	Gegenstand der Untersuchung	9
A.2	Untersuchungsadressatinnen	9
A.2.1	A. Käppeli's Söhne AG und Bianchi Holding AG	9
A.2.2	Cellere Bau AG und Aktiengesellschaft Cellere	10
A.2.3	C Bauunternehmung Centorame AG	10
A.2.4	Catram AG	11
A.2.5	Foser AG	11
A.2.6	Hew AG Bauunternehmung Chur	11
A.2.7	Hüppi AG	12
A.2.8	Implenia Schweiz AG	12
A.2.9	KIBAG Bauleistungen AG	13
A.2.10	Lazzarini AG	13
A.2.11	Schlub AG, Schlub AG Nordbünden und Schlub AG Südbünden	13
A.2.12	Toldo Strassen- und Tiefbau AG und Toldo Strassen- und Tiefbau AG Landquart	14
A.2.13	Walo Bertschinger AG Chur, Walo Bertschinger Holding AG und Walo Bertschinger Central AG	14
A.2.14	ZINDEL GRUPPE AG, METTLER PRADER AG	14
A.3	Verfahrensverlauf	15
A.3.1	Untersuchungseröffnung am 30. Oktober 2012	15
A.3.2	Erste Hausdurchsuchungen und Einvernahmen	15
A.3.3	Erste Selbstanzeigen	15
A.3.3.1	Implenia	15
A.3.3.2	Lazzarini	16
A.3.4	Ausdehnung der Untersuchung am 22. April 2013	17
A.3.5	Erneute Hausdurchsuchungen, Einsprache gegen die Durchsuchung und das Entsiegelungsverfahren	17
A.3.6	Erneute Einvernahmen	18
A.3.7	Weitere Selbstanzeigen	18
A.3.7.1	Walo	18
A.3.7.2	Cellere AG Graubünden, Strassen- und Tiefbau	19
A.3.8	Ausdehnung der Untersuchung und Verfahrenstrennung am 23. November 2015	19
A.3.9	(Weitere) Ermittlungshandlungen	20
A.3.10	Weitere Selbstanzeige	22
A.3.11	Versand von Fragebögen und Einstellungsantrag der Hüppi AG Wallisellen	23
A.3.12	Gewährung der Akteneinsicht	24
A.3.13	Antrag des Sekretariats an die WEKO (Art. 30 Abs. 1 KG) und erneute Gewährung von Akteneinsicht	25
A.3.14	Vergleichsverhandlungen und -abschlüsse	27
A.3.15	Beweisanträge der Foser	28
A.3.16	Stellungnahmen zum Antrag (Art. 30 Abs. 2 KG)	28
A.3.16.1	Käppeli	29
A.3.16.2	Cellere	30

A.3.16.3 Centorame	30
A.3.16.4 Catram	31
A.3.16.5 Foser	31
A.3.16.6 Hew	31
A.3.16.7 Hüppi	32
A.3.16.8 Implenia	32
A.3.16.9 KIBAG	33
A.3.16.10 Schlub	33
A.3.16.11 Toldo	34
A.3.16.12 Walo	34
A.3.16.13 Zindel und Prader	35
A.3.17 Überweisung an WEKO, Anhörungen von Parteien und Entscheid der WEKO	35
B Sachverhalt	37
B.1 Übersicht	37
B.2 Beweisführung und -verwertung	37
B.2.1 Zum Grundsatz der freien Beweiswürdigung	37
B.2.2 Zum Beweismass	38
B.2.3 Zur Beweisverwertung	38
B.2.3.1 Allgemeines	38
B.2.3.2 Zur Verwertbarkeit des Protokolls der Einvernahme des Zeugen [...]	39
B.2.3.3 Verwertbarkeit der übrigen Beweismittel	45
B.2.4 Zwischenergebnis	45
B.3 Zusammenarbeit von Strassenbauunternehmen im Kanton Graubünden	45
B.3.1 Strassenbaubranche im Kanton Graubünden	45
B.3.1.1 Strassenbau bzw. Belagsbau	46
B.3.1.2 Tätigkeiten der Untersuchungsadressatinnen	46
B.3.1.3 Tätigkeitsgebiet der Untersuchungsadressatinnen	47
B.3.1.4 Kundinnen und Kunden der Strassenbauunternehmen	51
B.3.1.5 Charakteristik der Strassenbaubranche im Kanton Graubünden	51
B.3.1.5.1 Bedeutung des Preises als Zuschlagskriterium	51
B.3.1.5.2 Saisonalität der Vergabe von Strassenbauarbeiten	52
B.3.1.6 Auswertung DOPGR (Anzahl, Wert und Kategorie der enthaltenen Vergaben sowie Umsätze und Umsatzanteile von Strassenbauunternehmen)	55
B.3.1.6.1 Eckwerte des Datensatzes der Offertöffnungsprotokolle (DOPGR)	55
B.3.1.6.2 Anzahl und Wert der Vergaben pro Jahr und öffentliche Vergabestelle	56
B.3.1.6.3 Verteilung der Vergaben pro Arbeitstyp (Strassen- und/oder Tiefbau)	59
B.3.1.6.4 Umsätze und Umsatzanteile	60
B.3.1.7 Zwischenfazit	64
B.3.2 Gemeinsame Zuteilung von Strassenbauprojekten und Festlegung der Höhen der Angebotssummen	65
B.3.2.1 Regelmässige Treffen bis Mai 2010	65
B.3.2.1.1 Massgebliche Beweismittel	65
B.3.2.1.2 Beweiswürdigung	69
B.3.2.1.3 Zwischenergebnis	80

B.3.2.2	Beteiligte Personen und Strassenbauunternehmen	81
B.3.2.2.1	Massgebliche Beweismittel	81
B.3.2.2.2	Beweiswürdigung	85
B.3.2.2.3	Zwischenergebnis	98
B.3.2.3	Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen und Zwecksetzung	99
B.3.2.3.1	Allgemeines zu den Beweisthemen «Konsens» und «Zwecksetzung»	99
B.3.2.3.2	Massgebliche Beweismittel	100
B.3.2.3.3	Beweiswürdigung	105
B.3.2.3.4	Zwischenergebnis	117
B.3.2.4	Umsetzung und Auswirkungen der Zusammenarbeit	118
B.3.2.4.1	Massgebliche Beweismittel	118
B.3.2.4.2	Beweiswürdigung	123
B.3.2.4.3	Zwischenfazit betreffend Umsetzung und Auswirkungen	138
B.3.2.5	Zwischenergebnis	139
B.3.3	Sonstige Formen der Zusammenarbeit	140
B.3.3.1	Zusammenarbeit zur Erarbeitung von Kalkulationsgrundlagen	140
B.3.3.2	Zusammenarbeit im Rahmen der Beteiligungen an der Catram AG	140
B.3.3.3	Zusammenarbeit im Rahmen von «Dauer-Arbeitsgemeinschaften»	141
B.3.4	Zusammenfassendes Beweisergebnis	141
B.4	Zusammenarbeit von Hochbauunternehmen im Rahmen des «Club Quattro»	142
B.4.1	Hochbaubranche im Churer Rheintal (in der Zeit 2006–2012)	142
B.4.2	«Club Quattro» bzw. «Quattro round»	144
B.4.2.1	Massgebliche Beweismittel	145
B.4.2.2	Beweiswürdigung	146
B.4.3	Ergebnis	147
C	Erwägungen	148
C.1	Geltungsbereich	148
C.2	Zuständigkeit der Gesamtkommission der WEKO	149
C.3	Formelles – Akteneinsicht	149
C.4	Vorbehaltene Vorschriften	150
C.5	Unzulässige Wettbewerbsabreden im Strassenbau	150
C.5.1	Wettbewerbsabrede	150
C.5.1.1	Gemeinsame Zuteilung von Strassenbauprojekten anhand der Anteilsquoten und gemeinsame Festlegungen der Höhe der Angebotssummen als Wettbewerbsabrede	151
C.5.1.1.1	Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken von Unternehmen	151
C.5.1.1.2	Bezwecken oder bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung	152
C.5.1.1.3	Dauervereinbarung	154
C.5.1.1.4	Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen	156
C.5.1.1.5	Zwischenfazit	156
C.5.1.2	Sonstige Formen der Zusammenarbeit der zwölf Strassenbauunternehmen bzw. der zwölf Unternehmen als Wettbewerbsabreden	157
C.5.2	Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs	158
C.5.2.1	Preis- und Geschäftspartnerabrede zwischen Unternehmen der gleichen Marktstufe (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	159

C.5.2.1.1 Unternehmen, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen	159
C.5.2.1.2 Preis- und Geschäftspartnerabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG	159
C.3.2.2 Keine Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung	161
C.5.2.1.3 Relevanter Markt	161
C.5.2.1.4 Aussen- und Innenwettbewerb	165
C.5.2.1.5 Zusammenfassende Gesamtbetrachtung	169
C.5.2.1.6 Zwischenfazit zur Prüfung der Widerlegung der Beseitigungsvermutung	169
C.5.3 Ergebnis	170
C.6 Unzulässige Wettbewerbsabreden im Hochbau im Churer Rheintal («Club Quattro»)	170
C.6.1 Wettbewerbsabrede	171
C.6.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken	171
C.6.1.2 Bezwecken oder bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung	172
C.6.1.3 Dauervereinbarung	173
C.6.1.4 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen	173
C.6.1.5 Zwischenfazit	173
C.6.2 Keine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs	173
C.6.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs	174
C.6.3.1 Relevanter Markt	174
C.6.3.1.1 Marktgegenseite	174
C.6.3.1.2 Sachlich relevanter Markt	174
C.6.3.1.3 Räumlich relevanter Markt	175
C.6.3.1.4 Zeitlich relevanter Markt	176
C.6.3.1.5 Zwischenfazit zum relevanten Markt	176
C.6.3.2 Rechtliches zur Prüfung der erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung	176
C.6.3.3 Prüfung in casu	178
C.6.3.3.1 Qualitative Kriterien	178
C.6.3.3.2 Quantitative Kriterien	178
C.6.3.3.3 Gesamtbetrachtung und Ergebnis	179
C.6.4 Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen	180
C.6.5 Zwischenergebnis	180
C.7 Ergebnis	180
C.8 Massnahmen	181
C.8.1 Anordnung von Verhaltens- und Unterlassungspflichten	181
C.8.2 Sanktionierung	183
C.8.2.1 Allgemeines	183
C.8.2.2 Voraussetzungen	183
C.8.2.2.1 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG	183
C.8.2.2.2 Vorwerfbarkeit	184
C.8.2.2.3 Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht	185
C.8.2.2.4 Zwischenfazit	188
C.8.2.3 Zurechenbarkeit des Wettbewerbsverstosses	188
C.8.2.4 Bemessung	193
C.8.2.4.1 Basisbetrag	193
C.8.2.4.2 Dauer des Verstosses	198

C.8.2.4.3	Erschwerende und mildernde Umstände	199
C.8.2.4.4	Selbstanzeigen	203
C.8.2.4.5	Verhältnismässigkeitsprüfung	207
C.8.2.4.6	Ergebnis	208
C.8.3	Beschlagnahmte Dokumente und gespiegelte elektronische Daten	210
D	Kosten und Parteientschädigung	210
D.1	Gebührenpflicht	210
D.2	Höhe der Verfahrenskosten	210
D.3	Verlegung	211
D.4	Keine Parteientschädigung	213
E	Ergebnis	214
F	Dispositiv	216

A Verfahren

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Gegenstand der Untersuchung bilden mutmassliche Wettbewerbsabreden in der Baubranche im Kanton Graubünden, namentlich bezüglich der Märkte für Hoch- und Strassenbau. Im Fokus stehen insbesondere allfällige kartellrechtswidrige Verhaltensweisen im Zusammenhang mit Strassenbauleistungen, die mutmasslich im gesamten Kanton Graubünden inkl. Südbünden stattgefunden haben sollen.

A.2 Untersuchungsadressatinnen

2. Im Folgenden werden die Untersuchungsadressatinnen und deren Geschäftstätigkeit erörtert. Dabei werden diejenigen Gesellschaften zusammen behandelt, die konzernmässig verbunden sind oder waren.

A.2.1 A. Käppeli's Söhne AG und Bianchi Holding AG

3. Die Geschichte des heute von der A. Käppeli's Söhne AG betriebenen Strassenbauunternehmens (nachfolgend: Käppeli) reicht bis in die 1930er-Jahre zurück.¹ Die heutige operativ tätige Gesellschaft, die A. Käppeli's Söhne AG mit Sitz in Sargans (Kt. SG), ist seit 2007 im Handelsregister des Kantons St. Gallen eingetragen.² Davor war sie unter dem Namen A. Käppeli's Söhne AG Chur im Handelsregister des Kantons Graubünden verzeichnet. Die A. Käppeli's Söhne AG Chur wurde im Jahr 1968 gegründet und hatte ihren Sitz in Chur. Der Gesellschaftszweck der A. Käppeli's Söhne AG besteht darin, ein Bauunternehmen zu betreiben, welches insbesondere in den Bereichen Hoch- und Tiefbau, Strassenbau, Erd- und Rückbau, Stollen- und Wasserbau sowie Betrieb von Kies-, Schotter- und Recyclingwerken tätig ist. Sie verfügt über mehrere Zweigniederlassungen, unter anderem eine in Chur.³

4. Muttergesellschaft der A. Käppeli's Söhne AG ist die Bianchi Holding AG mit Sitz in Bad Ragaz (Kt. SG)⁴. Die Bianchi Holding AG wurde im Jahr 2001 gegründet und bezweckt u. a. das Halten und Verwalten von Beteiligungen und Investitionen an Tochtergesellschaften. [...].

5. Im Jahr 2011 übernahm die A. Käppeli's Söhne AG von der Hüppi-Gruppe Aktiven der Casty Bau AG⁵ mit Sitz in Chur, einem damals in Graubünden tätigem Strassen- und Tiefbauunternehmen. Im Einzelnen geschah Folgendes: Im März 2011 schlossen die A. Käppeli's Söhne AG und die Casty Bau AG, deren Alleinaktionärin zu jener Zeit die Hüppi Holding AG mit Sitz in Schaffhausen⁶ war (siehe unten Rz 15 f.), einen Vertrag (nachfolgend: Kaufvertrag).⁷ Im Kaufvertrag wurde insbesondere Folgendes vereinbart: [...]. Der Kaufvertrag enthielt zudem ein Konkurrenzverbot, wonach sich weder die Gesellschaften der Hüppi-Gruppe noch die Casty Bau AG während zwei Jahren an Ausschreibungen im Kanton Grau-

1 <<http://bau.kaeppli.ch/die-firma/geschichte/>>; zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

2 Handelsregister des Kantons St. Gallen, CHE-105.762.075.

3 Handelsregister des Kantons St. Gallen, CHE-105.762.075.

4 Handelsregister des Kantons St. Gallen, CHE-101.353.766.

5 Handelsregister des Kantons Graubünden, CHE-106.825.229; gelöscht am 16.9.2015.

6 Handelsregister des Kantons Schaffhausen, CHE-102.553.598; gelöscht am 23.9.2015.

7 Die entsprechenden Verträge liegen den Wettbewerbsbehörden vor; siehe Act. I.464, S. 3 ff.; III.J.087 (gemäss Aktenverzeichnis zum Verfahren 22-0433; soweit nachfolgend betreffend eine Aktennummer keine Verfahrensnummer genannt ist, handelt es sich um eine Akte, welche im Aktenverzeichnis des Verfahrens 22-0433 aufgeführt ist).

bünden beteiligen und in diesem Gebiet grundsätzlich keine Tätigkeiten mehr ausüben dürfen. Die Casty Bau AG verpflichtete sich in diesem Zusammenhang dazu, das Wort «Casty» aus ihrem Namen zu streichen und ihren statuarischen Zweck dahingehend zu ändern, dass darin «Strassenbau» nicht mehr vorkommt. Der Vertrag wurde im Laufe des Jahres 2011 vollzogen, die Casty Bau AG benannte sich im selben Jahr in Casba AG um und änderte auch ihre Zweckbestimmung gemäss Kaufvertrag. Infolge des Geschäfts verkaufte die Casty Bau AG/Casba AG ausserdem ihre zwei Aktien, welche sie an der Catram AG hielt (siehe zur Catram AG unten Rz 10 ff.), an die Catram AG.⁸ Die Casba AG war seit Vollzug des Kaufvertrags nicht mehr im Bereich Strassenbau tätig. Im Jahr 2013 wurde die Liquidation der Casba AG eingeleitet; die Löschung erfolgte im Jahr 2015.⁹

A.2.2 Cellere Bau AG und Aktiengesellschaft Cellere

6. Die Cellere Bau AG mit Sitz in St. Gallen¹⁰ ist heute die operative Strassen- und Tiefbaugesellschaft der Cellere-Gruppe (nachfolgend: Cellere). Die Gesellschaft wurde im Jahr 1956 in das Handelsregister des Kantons St. Gallen eingetragen, wobei die Ursprünge des Strassen- und Tiefbauunternehmens Cellere bis auf den Anfang des 20. Jahrhunderts zurückgehen.¹¹ Der Gesellschaftszweck der Cellere Bau AG besteht darin, Bauarbeiten, insbesondere Strassen- und Tiefbauarbeiten aller Art auszuführen. Die Cellere Bau AG verfügt über Zweigniederlassungen in der gesamten Deutschschweiz sowie im Tessin.

7. Muttergesellschaft der Cellere Bau AG ist die Aktiengesellschaft Cellere mit Sitz in St. Gallen¹². Die Aktiengesellschaft Cellere wurde im Jahr 1968 gegründet und bezweckt im Sinne einer Konzernleitung die zentrale Führung, Koordination, Beratung und Finanzierung aller zur Cellere-Gruppe gehörenden Unternehmen und anderer Unternehmen. [...].

8. Im hier massgeblichen Zeitraum (2004 bis heute) strukturierte sich die Cellere-Gruppe mehrfach um. Insbesondere übernahm die Cellere Bau AG im Jahr 2016 sämtliche Aktiven und Passiven der schon zuvor zur Cellere-Gruppe gehörenden Cellere AG Graubünden, Strassen- und Tiefbau,¹³ mit Sitz in Chur, woraufhin Letztere noch im selben Jahr aufgelöst wurde. Die Cellere AG Graubünden, Strassen- und Tiefbau, firmierte wiederum bis Anfang 2013 unter dem Namen Palatini AG Untervaz mit Sitz in Untervaz (Kt. GR),¹⁴ wobei die Palatini AG Untervaz schon vor dieser Umbenennung über 50 Jahre zu Cellere Gruppe gehört hatte.¹⁵ Der Gesellschaftszweck der Palatini AG Untervaz bestand in der Ausführung von Bauarbeiten, insbesondere von Strassen- und Tiefbauarbeiten aller Art. In Graubünden verfügte die Palatini AG Untervaz in den 2000er-Jahren über mehrere Zweigniederlassungen.

A.2.3 C Bauunternehmung Centorame AG

9. Die C Bauunternehmung Centorame AG mit Sitz in Schmiten (Kt. GR; nachfolgend: Centorame) wurde 1965 unter dem Namen Chr. Balzer & Sohn AG gegründet.¹⁶ Ihren heutigen Namen erhielt sie im Jahr 1999. Die Centorame bezweckt die Ausführung von Hochbau-, Tiefbau-, Belags- und Umgebungsarbeiten. Die Centorame ist Muttergesellschaft von

⁸ Vgl. Act. I.464; vgl. auch Act. III.J.088.

⁹ Vgl. Handelsregister des Kantons Graubünden, CHE-106.825.229.

¹⁰ Handelsregister des Kantons St. Gallen, CHE-105.884.175.

¹¹ Vgl. <<http://www.cellere.ch/geschichte.html>>; zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

¹² Handelsregister des Kantons St. Gallen, CHE-103.429.216.

¹³ Handelsregister des Kantons Graubünden, CHE-105.896.617.

¹⁴ Siehe SHAB vom 7.1.2013, Nr. 59.

¹⁵ <<https://www.suedostschweiz.ch/zeitung/palatini-ag-untervaz-wird-zur-cellere-ag>>; zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

¹⁶ Handelsregister des Kantons Graubünden, CHE-105.905.535.

einer weiteren Baugesellschaften¹⁷ und verfügt in Graubünden über mehrere Zweigniederlassungen.

A.2.4 Catram AG

10. Die Catram AG (nachfolgend: Catram) mit Sitz in Chur wurde 1966 gegründet.¹⁸ Unternehmenszweck ist die Herstellung von Mischgut und anderen Baustoffen für den Strassen-, Hoch- und Tiefbau sowie Bau und Betrieb entsprechender Anlagen.

11. Aktionäre der Catram sind bzw. waren im hier relevanten Zeitraum (2004 bis heute) Strassenbauunternehmen, welche (auch) in Graubünden tätig sind bzw. waren. Im Einzelnen sind bzw. waren seit 2004 folgende Strassen- und Tiefbauunternehmen Aktionäre der Catram: Käppeli (siehe oben Rz 3 ff.), Cellere (siehe oben Rz 6 ff.), Centorame (siehe oben Rz 9), Foser AG (siehe Rz 13), Hew AG Bauunternehmung Chur (siehe unten Rz 14), Casty Bau AG (siehe Rz 5, 16), Implenia Schweiz AG (siehe unten Rz 17 ff.), KIBAG Bauleistungen AG (siehe unten Rz 20), Gesellschaften der Schlub-Gruppe (siehe unten Rz 22 f.), Toldo Strassen- und Tiefbau AG Landquart (siehe unten Rz 24), Walo Bertschinger AG Chur (siehe unten Rz 25) und die METTLER PRADER AG (siehe unten Rz 27). Diese Gesellschaften halten bzw. hielten unterschiedlich grosse Anteile des Aktienkapitals, wobei ihr gemeinsamer Aktienanteil stets nahezu 100 % betrug. Den übrigen Anteil der Aktien hielt die Catram selbst.

12. Dem Verwaltungsrat der Catram gehören einzig Vertreter der Aktionärsgesellschaften an (mindestens ein Vertreter pro Aktionärsgesellschaft); externe Personen sind im Verwaltungsrat nicht vertreten.¹⁹ [...].²⁰

A.2.5 Foser AG

13. Die Foser AG (bis Anfang 2017: Foser & Hitz AG; nachfolgend: Foser) mit Sitz in Malans (Kt. GR) wurde 1986 gegründet.²¹ Die Foser bezweckt die Ausführung von Strassenbau- und Tiefbauarbeiten, insbesondere Pflästerungen und Asphaltbeläge. Die Ursprünge der Unternehmung gehen bis auf die 1940er Jahre zurück.²² Sie verfügt aktuell über eine Zweigniederlassungen in Grabs (Kt. SG).

A.2.6 Hew AG Bauunternehmung Chur

14. Die Hew AG Bauunternehmung Chur (nachfolgend: Hew) mit Sitz in Chur wurde 1957 gegründet.²³ Die Hew bezweckt den Betrieb einer Bauunternehmung und ist insbesondere in den Bereichen Hoch, Tief- und Belagsbau tätig.²⁴ Die Ursprünge der Unternehmung gehen bis auf die 1930er Jahre zurück.²⁵ Die Hew verfügt aktuell über fünf Zweigniederlassungen im Kanton Graubünden.

¹⁷ Siehe <<https://www.centorame.ch/>>; zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

¹⁸ Handelsregister des Kantons Graubünden, CHE-105.762.218.

¹⁹ Vgl. Handelsregister des Kantons Graubünden, CHE-105.762.218.

²⁰ Vgl. Ziffer 3 des Aktionärsbindungsvertrags in Act. III.N.005. Beachte aber Act. V.56 (22-0457).

²¹ Handelsregister des Kantons Graubünden, CHE-103.649.278.

²² <<http://www.foserag.li/unternehmen>>; zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

²³ Handelsregister des Kantons Graubünden, CHE-105.954.410.

²⁴ <<http://www.hew.ch/angebote.html>>; zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

²⁵ <<http://www.hew.ch/geschichte.html>>; zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

A.2.7 Hüppi AG

15. Die Hüppi AG mit Sitz in Wallisellen (Kt. ZH; nachfolgend auch: Hüppi AG Wallisellen)²⁶ ist heute die operative Strassen- und Tiefbaugesellschaft sowie zugleich die Konzernobergesellschaft der Hüppi-Gruppe (nachfolgend: Hüppi). Die Gesellschaft wurde zwar erst im Jahr 2005 gegründet. Die Ursprünge der Hüppi-Gruppe gehen indes bis auf die 1890er Jahre zurück.²⁷ Die Hüppi AG Wallisellen bezweckt den Betrieb einer Unternehmung für Strassen-, Hoch- und Tiefbau sowie die Beratung auf diesen Gebieten. Sie verfügt in der Deutschschweiz über mehrere Zweigniederlassungen.

16. Im hier massgeblichen Zeitraum (2004 bis heute) strukturierte sich die Hüppi-Gruppe mehrfach um:²⁸ Im Jahr 2004 war die im Jahr 1989 gegründete Hüppi AG mit Sitz in Zürich (nachfolgend: Hüppi AG Zürich)²⁹ innerhalb der Hüppi-Gruppe die operative Strassen- und Tiefbaugesellschaft. Dieser Gesellschaft gehörten zu dieser Zeit zudem 50 % der Aktien der Casty Bau AG,³⁰ welche in Graubünden ein Strassen- und Tiefbauunternehmen betrieb (siehe auch Rz 5). Die übrigen Aktien der Casty Bau AG standen im Eigentum der [...]³¹. Im Jahr 2005 übertrug die Hüppi AG Zürich den Betriebsteil (Strassen- und Tiefbauunternehmen) sowie sämtliche von ihr gehaltenen Aktien der Casty Bau AG auf die zwischenzeitlich gegründete und in Rz 15 beschriebene Hüppi AG Wallisellen. Die Hüppi AG Zürich wurde sodann in Hüppi Immo AG umbenannt und fusionierte im Jahr 2017 in die Hüppi AG Wallisellen. Im Jahr 2010 übertrug die Hüppi AG Wallisellen sämtliche von ihr gehaltenen Aktien der Casty Bau AG der Hüppi Holding AG mit Sitz in Schaffhausen³². Letztere kaufte im Dezember 2010 von der [...] die übrigen Aktien der Casty Bau AG. Damit verfügte die Hüppi Holding AG ab Ende 2010 über 100 % der Aktien der Casty Bau AG. Kurze Zeit später begann die Abwicklung der Casty Bau AG auf die in Rz 5 beschriebene Weise. Die Hüppi Holding AG fusionierte im Jahr 2015 in die Hüppi AG Wallisellen.

A.2.8 Implenia Schweiz AG

17. Die Implenia Schweiz AG mit Sitz in Dietlikon (Kt. ZH; nachfolgend: Implenia)³³ ist Teil der börsennotierten Implenia-Gruppe. Die Implenia bezweckt den Betrieb eines Bauunternehmens. Ihr Geschäftsbereich umfasst u.a. im In- und Ausland die Planung, Leitung und Ausführung von Bauleistungen im Hoch- und Tiefbau für fremde und eigene Rechnung. Die Implenia hat keine Zweigniederlassungen.

18. Die Implenia ging aus dem Zusammenschluss zweier Bauunternehmen, der Zschokke Holding AG und der Batigroup Holding AG, hervor. Die beiden Holdings gründeten 2005 die ZB Didumos AG als neue Holdinggesellschaft, wobei diese kurze Zeit später in Implenia AG umbenannt wurde.³⁴ Im Rahmen des Zusammenschlusses wurde eine im Jahr 1996 gegründete Zschokke-Gesellschaft mit Sitz in Genf zur Implenia Bau AG umfirmiert und zur Tochtergesellschaft der Implenia AG gemacht. Im Jahr 2013 benannte sich die Implenia Bau AG in Implenia Schweiz AG um.

²⁶ Handelsregister des Kantons Zürich, CHE-112.423.922.

²⁷ <<http://hueppi.ch/unternehmen/geschichte/>>; zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

²⁸ Vgl. dazu Act. III.018, S. 14 ff. (22-0457).

²⁹ Handelsregister des Kantons Zürich, CHE-105.788.287, gelöscht am 20.6.2017.

³⁰ Handelsregister des Kantons Graubünden, CHE-106.825.229; gelöscht am 16.9.2015.

³¹ [...].

³² Handelsregister des Kantons Schaffhausen, CHE-102.553.598; gelöscht am 23.9.2015.

³³ Handelsregister des Kantons Zürich, CHE-101.271.306.

³⁴ <https://www.implenia.com/files/media/files/2dbdcc36111f9d9c7a3820dde4a368a3/IMPN_GB_2005_D.pdf>; zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

19. Wenn im Folgenden in Bezug auf Sachverhalte vor dem Zeitpunkt des Zusammenschlusses im Jahr 2005 von der «Implenia» die Rede ist, dann meint dies ihre Rechtsvorgängerinnen (z. B. Zschokke Holding AG, Batigroup Holding AG bzw. deren konzernmässig verbundenen Gesellschaften).

A.2.9 KIBAG Bauleistungen AG

20. Die KIBAG Bauleistungen AG mit Sitz in Zürich (nachfolgend: KIBAG)³⁵ wurde im Jahr 2001 gegründet. Sie ist Teil der bereits 1926 gegründeten KIBAG-Gruppe. Die KIBAG ist in den Tätigkeitsbereichen Verkehrswegebau, Tief- und Rückbau, Wasser- und Spezialtiefbau, Altlastensanierung, Kanaldienstleistungen, Bohrungen, Erdwärmesonden etc. aktiv. Sie verfügt in der gesamten Deutschschweiz über Zweigniederlassungen, davon befinden sich sechs Zweigniederlassungen im Kanton Graubünden (u. a. in Chur und Pontresina).³⁶ Die graubündnerischen Zweigniederlassungen firmierten bis ins Jahr 2011 unter dem Namen VAGO (z. B. «VAGO Chur Zweigniederlassung der KIBAG Strassen- und Tiefbau»).³⁷

A.2.10 Lazzarini AG

21. Die Lazzarini AG mit Sitz in Samedan (Kt. GR; nachfolgend: Lazzarini) wurde 1945 unter dem Namen G. Lazzarini & Co. AG gegründet.³⁸ Ihre heutige Bezeichnung erhielt sie im Jahr 2009. Die Lazzarini bezweckt den Betrieb einer Bauunternehmung sowie Entwicklung, Realisierung, Bewirtschaftung und Veräusserung von Bauten auf eigene und fremde Rechnung. Sie verfügt über drei Zweigniederlassungen, zwei davon im Kanton Graubünden (Chur und Scuol), eine im Kanton St. Gallen (Buchs).

A.2.11 Schlub AG, Schlub AG Nordbünden und Schlub AG Südbünden

22. Die Schlub AG (nachfolgend: Schlub) mit Sitz in Chur wurde 1964 gegründet.³⁹ Bis 2012 war sie operativ tätig und bezweckte den Betrieb einer Hoch- und Tiefbauunternehmung und die Ausführung von Strassenbau- sowie Belags- und Pflasterungsarbeiten. Im Rahmen einer Umstrukturierung in den Jahren 2011 und 2012 änderte sie ihren Zweck; neu bezweckt sie seitdem u. a. die Beteiligung an Unternehmen aller Art im In- und Ausland. Sie wurde sodann Alleinaktionärin der Ende 2011 neu gegründeten Schlub AG Nordbünden⁴⁰ mit Sitz in Chur (nachfolgend: Schlub Nord) sowie der ebenfalls Ende 2011 gegründeten Schlub AG Südbünden⁴¹ mit Sitz in Poschiavo (Kt. GR; nachfolgend: Schlub Süd).

23. Schlub Nord und Schlub Süd sind seit der Umstrukturierung 2011/2012 die operativ tätigen Strassen- und Tiefbauunternehmen der Schlub-Gruppe. Der Schlub Nord wurde dazu der Betriebsteil (Strassen- und Tiefbauunternehmen) der Schlub (siehe Rz 22) übertragen. Die Schlub Süd erhielt den Betriebsteil (Strassen- und Tiefbauunternehmen) von der 1990 gegründeten Schlub Tief- und Strassenbau AG⁴² mit Sitz in Poschiavo (Kt. GR). Die Schlub Tief- und Strassenbau AG fusionierte nach der Übertragung ihres Vermögens auf die Schlub Süd in die Schlub und wurde noch 2012 gelöscht.

³⁵ Handelsregister des Kantons Zürich, CHE-105.807.648.

³⁶ Vgl. Handelsregister des Kantons Graubünden, CHE-490.804.658, CHE-485.267.677, CHE-289.653.015, CHE-428.080.290, CHE-458.855.506, CHE-181.929.963.

³⁷ Siehe Nachweise in Fn 36.

³⁸ Vgl. Handelsregister des Kantons Graubünden, CHE-105.769.143.

³⁹ Handelsregister des Kantons Graubünden, CHE-101.348.245.

⁴⁰ Handelsregister des Kantons Graubünden, CHE-281.015.957.

⁴¹ Handelsregister des Kantons Graubünden, CHE-183.358.273.

⁴² Handelsregister des Kantons Graubünden, CHE-106.058.895.

A.2.12 Toldo Strassen- und Tiefbau AG und Toldo Strassen- und Tiefbau AG Landquart

24. Die Toldo Strassen- und Tiefbau AG Landquart (nachfolgend: Toldo) mit Sitz in Landquart (Kt. GR) wurde 1992 unter dem Namen Frey Strassen- und Tiefbau AG gegründet.⁴³ Die Umbenennung erfolgte 2012. Die Toldo bezweckt die Ausführung von Strassen- und Tiefbauarbeiten. Sie ist Teil der Toldo-Gruppe, deren Ursprünge bis auf die 1940er Jahre zurückgehen. Zur Toldo-Gruppe gehört auch die Toldo Strassen- und Tiefbau AG⁴⁴ mit Sitz in Sevelen (Kt. SG).

A.2.13 Walo Bertschinger AG Chur, Walo Bertschinger Holding AG und Walo Bertschinger Central AG

25. Die Walo Bertschinger AG Chur (nachfolgend: Walo) mit Sitz in Chur wurde 1947 gegründet.⁴⁵ Sie bezweckt die Übernahme und Ausführung von öffentlichen und privaten Hoch- und Tiefbauten jeder Art, insbesondere von Strassen-, Gleis-, Untertage- und Damm- und Deponiebauten. In Graubünden verfügt die Walo über vier Zweigniederlassungen (in Samedan, St. Moritz, Scuol und Sargans).

26. Die Walo ist Teil der Walo-Gruppe, deren Ursprünge bis auf die 1910er Jahre zurückgehen.⁴⁶ Zur Walo-Gruppe gehört auch die Walo Bertschinger Central AG⁴⁷. [...] Walo Bertschinger Holding AG⁴⁸.

A.2.14 ZINDEL GRUPPE AG, METTLER PRADER AG

27. Die METTLER PRADER AG⁴⁹ mit Sitz in Chur (nachfolgend: Prader) wurde 1959 unter dem Namen Prader & Co. AG gegründet. Im Jahr 2005 benannte sie sich in PRADER AG um. Im Jahr 2016 fusionierte die im Jahr 2000 gegründete Mettler AG⁵⁰ mit Sitz Chur (nachfolgend: Mettler) in die PRADER AG, woraufhin die PRADER AG in METTLER PRADER AG umbenannt wurde. Die Mettler AG wurde noch im Jahr 2016 aus dem Handelsregister gelöscht. Die Mettler AG und die Prader bezweck(t)en die Führung einer Bauunternehmung. Die Prader verfügt über mehrere Zweigniederlassungen im Kanton Graubünden (u. a. in Davos, Ilanz und Surses).

28. Die Prader ist Teil der Zindel-Gruppe, deren Konzernobergesellschaft die ZINDEL GRUPPE AG⁵¹ mit Sitz in Chur (nachfolgend: Zindel) ist.⁵² Die Zindel wurde 1972 im Handelsregister eingetragen und bezweckt das Halten und Verwalten von Beteiligungen an Unternehmen der Bau- und Immobilienbranche sowie des Tourismus. Die Zindel übernahm die die Prader im Jahr 1993 und die Mettler AG im Jahr 2005.⁵³

43 Handelsregister des Kantons Graubünden, CHE-107.433.168.

44 Handelsregister des Kantons St. Gallen, CHE-105.811.489.

45 Handelsregister des Kantons Graubünden, CHE-105.902.028.

46 <<https://walo.ch/ueber-uns/geschichte/>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

47 Handelsregister des Kantons Zürich, CHE-107.305.731.

48 Handelsregister des Kantons Zürich, CHE-102.673.417.

49 Handelsregister des Kantons Graubünden, CHE-105.769.806.

50 Handelsregister des Kantons Graubünden, CHE-108.854.957.

51 Handelsregister des Kantons Graubünden, CHE-102.596.024.

52 Vgl. <<https://www.zindelgruppe.ch/zindelgruppe/unternehmen/>>; zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

53 <<https://www.mettlerprader.ch/mettlerprader/portrait/>>; zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

A.3 Verfahrensverlauf

A.3.1 Untersuchungseröffnung am 30. Oktober 2012

29. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eröffnete gemäss Art. 27 ff. KG am 30. Oktober 2012 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission gegen 19 im Unterengadin tätige Bauunternehmen die Untersuchung «22-0433: Bau Unterengadin».⁵⁴

30. 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 Bauprojekte bzw. Kunden und Kundinnen aufzuteilen. Unter den 19 Bauunternehmen, gegen welche die Untersuchung eröffnet worden war, waren von den oben in den Rz 2–28 genannten Gesellschaften folgenden vier Gesellschaften:

- Implenia Schweiz AG,
- Hew AG Bauunternehmung Chur,
- Lazzarini AG sowie
- Palatini AG Untervaz.

31. Die Eröffnung der Untersuchung gab das Sekretariat am 13. November 2012 im Schweizerischen Handelsamtsblatt⁵⁵ bekannt. Auf diese Publikation beantragte niemand, dass er oder sie an der Untersuchung zu beteiligen sei.

A.3.2 Erste Hausdurchsuchungen und Einvernahmen

32. Am 30. Oktober und 1. November 2012 führte das Sekretariat bei insgesamt 13 der 19 Unternehmen (u. a. bei der Implenia und Lazzarini) Hausdurchsuchungen durch. Während der Hausdurchsuchungen wurden insgesamt elf Parteieinvernahmen und Zeugeneinvernahmen durchgeführt.⁵⁶

A.3.3 Erste Selbstanzeigen

33. Nach der Untersuchungseröffnung gingen im Verfahren «22-0433: Bau Unterengadin» mehrere Selbstanzeigen ein. Auf diese wird nachfolgend nur eingegangen, soweit sie für den Gegenstand dieses Verfahrens (siehe dazu insbesondere Rz 1 sowie unten Rz 605 ff.) von Bedeutung sind.

A.3.3.1 Implenia

34. Mit E-Mail vom 1. November 2012 (Versand: 11:00 Uhr) setzte Implenia einen Marker für eine Selbstanzeige im vorliegenden Verfahren.⁵⁷ Sie bestätigte diesen mit Fax vom

⁵⁴ Vgl. Act. I.002–I.022, I.025.

⁵⁵ Act. I.025.

⁵⁶ Vgl. Act. IV.002 ff.

⁵⁷ Act. IX.A.1.

7. November 2012 (Eingang bei den Wettbewerbsbehörden: 19:16 Uhr)⁵⁸ sowie mit insgesamt zehn mündlichen Protokollerklärungen und der Einreichung von Beweismitteln.⁵⁹

35. Folgende Personen der Implenja erteilten im Rahmen von mündlichen Ergänzungen der Selbstanzeige direkt Sachverhaltsauskünfte:

- [...] (1. November 2012)⁶⁰ und
- [...] (9. November 2012).⁶¹

36. Nachdem die ersten Eingaben der Implenja zunächst einzig mutmassliche Wettbewerbsabreden im Bereich Strassenbau im Unter- und Oberengadin betrafen, zeigte die Implenja später auch mutmassliche Wettbewerbsabreden betreffend andere Wirtschaftsbereiche und/oder andere Gebiete (für den gesamten Kanton Graubünden) an.⁶²

37. Mit Schreiben vom 23. April 2013 teilte das Sekretariat der Implenja mit, dass die Selbstanzeige der Implenja als Erste betreffend das Verfahren 22-0433 eingegangen ist und das Sekretariat im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Wettbewerbskommission die Voraussetzungen für den vollständigen Erlass der Sanktion in Bezug auf die von der Implenja bis zu diesem Zeitpunkt gemeldeten mutmasslichen unzulässigen Wettbewerbsabreden als gegeben erachtet.⁶³ In dem Schreiben forderten die Wettbewerbsbehörden die Implenja zudem dazu auf, die Aufgabe der Beteiligung am gemeldeten Wettbewerbsverstoss zu bestätigen. Die Implenja reichte eine entsprechende Bestätigung ein.⁶⁴

A.3.3.2 Lazzarini

38. Mit Fax-Bonusmeldung vom 1. November 2012 reichte die Lazzarini Selbstanzeige ein (Eingang bei den Wettbewerbsbehörden: 14:08 Uhr).⁶⁵ Sie ergänzte diese mit fünf schriftlichen Eingaben.⁶⁶

39. Sodann erteilten folgende Personen der Lazzarini im Rahmen von mündlichen Ergänzungen der Selbstanzeige Sachverhaltsauskünfte:

- [...] (1. November 2012)⁶⁷ und
- [...] (19. August 2015)⁶⁸.

40. Mit Schreiben vom 23. April 2013 teilte das Sekretariat der Lazzarini mit, dass die Selbstanzeige der Lazzarini an zweiter Stelle betreffend das Verfahren 22-0433 eingegangen ist und das Sekretariat im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Wettbewerbskommission daher die Voraussetzungen für den vollständigen Erlass der Sanktion nicht als gegeben ansieht.⁶⁹ Die Wettbewerbsbehörden verwiesen allerdings auf die Möglichkeit der Reduktion

⁵⁸ Act. IX.A.5.

⁵⁹ Act. IX.A.3, IX.A.8 f., IX.A.11, IX.A.13 ff., IX.A.16, IX.A.28 ff., IX.A.49 f., IX.A.52 f.

⁶⁰ Act. IX.A.3.

⁶¹ Act. IX.A.8.

⁶² Siehe dazu bereits das Fax vom 7.11.2012 in Act. IX.A.5.

⁶³ Act. IX.A.44.

⁶⁴ Act. IX.A.46.

⁶⁵ Act. IX.B.1.

⁶⁶ Act. IX.B.7–IX.B.10, IX.B.19, IX.B.20, IX.B.28 und Act. VII.B.2 (22-0457).

⁶⁷ Act. IX.B.4.

⁶⁸ Act. IX.B.23.

⁶⁹ Act. IX.B.15.

gemäss Art. 12 SVKG, wobei klargestellt wurde, dass die Höhe der Reduktion einer allfälligen Sanktion zum Abschluss des Verfahrens von der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) festgelegt wird. In dem Schreiben forderten die Wettbewerbsbehörden die Lazzarini zudem dazu auf, die Aufgabe der Beteiligung am gemeldeten Wettbewerbsverstoss schriftlich zu bestätigen. Die Lazzarini reichte eine entsprechende Bestätigung ein.⁷⁰

A.3.4 Ausdehnung der Untersuchung am 22. April 2013

41. U. a. aufgrund der Informationen aus der Selbstanzeige der Implenia, dehnte das Sekretariat die Untersuchung 22-0433 Bauleistungen Graubünden (vormals: Bau Unterengadin) am 22. April 2013 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.⁷¹ Bei diesen sieben Unternehmen handelt es sich um die folgenden Gesellschaften:

- A. Käppeli's Söhne AG,
- Catram AG,
- Cellere AG Graubünden, Strassen- und Tiefbau,
- Schlub AG Nordbünden,
- Toldo Strassen- und Tiefbau AG,
- Walo Bertschinger AG⁷² sowie
- ZINDEL GRUPPE AG.

42. Die Ausdehnung der Untersuchung gab das Sekretariat am 28. Mai 2013 im Schweizerischen Handelsamtsblatt⁷³ bekannt. Auf diese Publikation beantragte niemand, dass er oder sie an der Untersuchung zu beteiligen sei.

A.3.5 Erneute Hausdurchsuchungen, Einsprache gegen die Durchsuchung und das Entsiegelungsverfahren

43. Am 23. und 24. April 2013 führte das Sekretariat an sechs Orten (u. a. bei der Cellere AG Graubünden, Strassen- und Tiefbau, der Hew und der Walo) Hausdurchsuchungen durch. Die Cellere AG Graubünden, Strassen- und Tiefbau, die Hew und die Walo (nachfolgend: drei Gesellschaften) erhoben Einsprache gegen die Durchsuchung spezifischer Papierdokumente und/oder elektronischer Daten⁷⁴, weshalb die entsprechenden Papierdokumente resp. elektronischen Kopien zunächst versiegelt wurden.

44. In der Folge forderte das Sekretariat die drei Gesellschaften dazu auf, zur Aufrechterhaltung der Einsprache bzw. der Versiegelung Stellung zu beziehen. Weiter kündigte das Sekretariat den drei Gesellschaften an, die Wettbewerbsbehörden würden bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts (nachfolgend: BStrGer) ein Entsiegelungsgesuch

⁷⁰ Act. IX.B.18.

⁷¹ Act. I.080, I.059–I.067.

⁷² Gemeint war die Walo Bertschinger AG Chur (Handelsregister des Kantons Graubünden, CHE-105.902.028), welche im massgeblichen Gebiet tätig war und ist.

⁷³ Act. I.080.

⁷⁴ Vgl. Act. II.048 f., II.054.

stellen, sollten die drei Gesellschaften an ihrer Einsprache festhalten.⁷⁵ Infolgedessen zog die Cellere AG Graubünden, Strassen- und Tiefbau ihre Einsprache vorbehaltlos zurück.⁷⁶

45. Die Walo hielt an der Versiegelung einzelner Dokumente fest, welche gemäss ihren Angaben Anwaltskorrespondenz enthielten. Sie erklärte sich jedoch dazu bereit, diese im Rahmen einer «treuhänderischen Entsiegelung» durch Mitarbeitende des Sekretariats, welche nicht mit der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden befasst waren, aus den zu verwertenden Beweismitteln auszusondern.⁷⁷ Die durch das Anwaltsgeheimnis geschützten Dokumente wurden in der Folge ausgeschieden und die restlichen elektronischen Datenträger und Papiere entsiegelt und zu den zu verwertenden Beweismitteln genommen.⁷⁸

46. Die Hew hielt insgesamt an ihrer Einsprache fest, weshalb das Sekretariat beim BStrGer ein Entsiegelungsgesuch stellte.⁷⁹ Vor dem BStrGer begründete die Hew ihre Einsprache u. a. damit, dass sich unter den beschlagnahmten Dokumenten Anwaltskorrespondenz befinde.⁸⁰ Aufgrund dieser Einwände zog das Sekretariat das Entsiegelungsgesuch insoweit zurück, als die beschlagnahmten Gegenständen Anwaltskorrespondenz enthielten.⁸¹ Das BStrGer hiess das Entsiegelungsgesuch gut, soweit das Gesuch nicht zurückgezogen wurde, und ermächtigte das Sekretariat, die entsiegelten Beweismittel zu durchsuchen.⁸² Es übersandte dem Sekretariat zudem die entsiegelten und zu durchsuchenden Beweisstücke.⁸³ Die durch das Anwaltsgeheimnis geschützten Dokumente wurden in der Folge ausgeschieden und die restlichen elektronischen Datenträger und Papiere entsiegelt und zu den zu verwertenden Beweismitteln genommen.⁸⁴

A.3.6 Erneute Einvernahmen

47. Im Rahmen der erneuten Hausdurchsuchungen führte das Sekretariat neun Parteiverhöre und eine Zeugeneinvernahme durch.⁸⁵

A.3.7 Weitere Selbstanzeigen

48. Nach der Ausdehnung der Untersuchung vom 22. April 2013 gingen weitere Selbstanzeigen ein. Es handelt sich um die Selbstanzeigen der Walo und der Cellere AG Graubünden, Strassen- und Tiefbau. Hierzu ist Folgendes auszuführen.

A.3.7.1 Walo

49. Mit Fax vom 29. April 2013 setzte die Walo einen Marker für eine Selbstanzeige im vorliegenden Verfahren.⁸⁶ Sie bestätigte diese mit insgesamt acht mündlichen Protokollerklärungen.

75 Act. II.056–II. 058.

76 Act. II.059.

77 Act. II.060.

78 Act. II.067.

79 Act. II.062.

80 Act. II.066.

81 Act. II.068.

82 Act. II.073.

83 Act. II.074.

84 Act. II.075–II.78.

85 Act. IV.013 ff.

86 Act. IX.E.1.

rungen und der Einreichung von Beweismitteln.⁸⁷ Von Seiten der Walo erteilt keine Personen mit formeller oder faktischer Organfunktion Sachverhaltsauskünfte.

50. Mit Schreiben vom 1. April 2014 teilte das Sekretariat der Walo mit, dass die Selbstanzeige der Walo an fünfter Stelle betreffend das Verfahren 22-0433 eingegangen ist und das Sekretariat im Einvernehmen mit dem Präsidenten der WEKO daher die Voraussetzungen für den vollständigen Erlass der Sanktion nicht als gegeben ansieht.⁸⁸ Die Wettbewerbsbehörden verwiesen allerdings auf die Möglichkeit der Reduktion gemäss Art. 12 SVKG, wobei klargelegt wurde, dass die Höhe der Reduktion einer allfälligen Sanktion zum Abschluss des Verfahrens von der WEKO festgelegt wird. Die Wettbewerbsbehörden hielten ferner fest, dass die Walo angegeben hat, dass sie die gemeldeten mutmasslichen Wettbewerbsverstösse zum 27. Juli 2009 aufgegeben habe.

A.3.7.2 Cellere AG Graubünden, Strassen- und Tiefbau

51. Mit Fax vom 25. Oktober 2013 reichte die Cellere AG Graubünden, Strassen- und Tiefbau eine Selbstanzeige im vorliegenden Verfahren ein.⁸⁹ Sie ergänzte diese mit insgesamt drei mündlichen Protokollerklärungen, fünf schriftlichen Eingaben und der Einreichung von Beweismitteln.⁹⁰ Am 28. April 2016 erteilte [...] für die Cellere AG Graubünden, Strassen- und Tiefbau direkt Sachverhaltsauskünfte im Rahmen einer mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige.⁹¹

52. Mit Schreiben vom 26. März 2014 teilte das Sekretariat der Cellere AG Graubünden, Strassen- und Tiefbau mit, dass die Selbstanzeige der Gesellschaft an sechster betreffend das Verfahren 22-0433 eingegangen ist und das Sekretariat im Einvernehmen mit dem Präsidenten der WEKO daher die Voraussetzungen für den vollständigen Erlass der Sanktion nicht als gegeben ansieht.⁹² Die Wettbewerbsbehörden verwiesen allerdings auf die Möglichkeit der Reduktion gemäss Art. 12 SVKG, wobei klargelegt wurde, dass die Höhe der Reduktion einer allfälligen Sanktion zum Abschluss des Verfahrens von der WEKO festgelegt wird. Die Wettbewerbsbehörden hielten ferner fest, dass die Cellere AG Graubünden, Strassen- und Tiefbau angegeben hat, dass sie die gemeldeten mutmasslichen Wettbewerbsverstösse im Sommer 2010 aufgegeben habe.

A.3.8 Ausdehnung der Untersuchung und Verfahrenstrennung am 23. November 2015

53. Mit Schreiben vom 23. November 2015 dehnte das Sekretariat die Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO erneut in persönlicher Hinsicht aus.⁹³ Die Untersuchung wurde u. a. auf folgende Gesellschaften ausgedehnt:

- Aktiengesellschaft Cellere,
- Bianchi Holding AG,
- C Bauunternehmung Centorame AG,

⁸⁷ Act. IX.E.7–IX.E.19; Act. VII.C.7 (22-0457).

⁸⁸ Act. IX.E.20.

⁸⁹ Vgl. Act. IX.F.1 f.

⁹⁰ Act. IX.F.4 f., IX.F.11; Act. VII.D.2a, VII.D.6, VII.D.13–VII.D.15 (22-0457).

⁹¹ Act. VII.D.6 (22-0457).

⁹² Act. IX.F.6.

⁹³ Act. I.502–I.545.

- Foser & Hitz AG,
- Hüppi AG,
- Mettler AG,
- PRADER AG,
- Schlub AG und Schlub AG Südbünden,
- Toldo Strassen- und Tiefbau AG Landquart sowie
- Walo Bertschinger Central AG und Walo Bertschinger Holding AG.

54. Mit Zwischenverfügung vom 23. November 2015 trennte das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO die Untersuchung 22-0457: Bauleistungen Graubünden von der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden ab.⁹⁴ Das getrennte Verfahren 22-0457: Bauleistungen Graubünden wurde gegen die A. Käppeli's Söhne AG, die Aktiengesellschaft Cellere, die Bianchi Holding AG, die C Bauunternehmung Centorame AG, die Catram AG, die Cellere AG Graubünden, Strassen- und Tiefbau, die Foser & Hitz AG, die Hew AG Bauunternehmung Chur, die Hüppi AG, die Implenia Schweiz AG, die KIBAG Bauleistungen AG, die Lazzarini AG, die Mettler AG, die PRADER AG, die Schlub AG, die Schlub AG Nordbünden, die Schlub AG Südbünden, die Toldo Strassen- und Tiefbau AG, die Toldo Strassen- und Tiefbau AG Landquart, die Walo Bertschinger AG Chur, die Walo Bertschinger Central AG, die Walo Bertschinger Holding AG und die ZINDEL GRUPPE AG weitergeführt. Bezüglich des Gegenstands des vorliegenden Verfahrens 22-0457: Bauleistungen Graubünden ist auf Rz 1 zu verweisen.

A.3.9 (Weitere) Ermittlungshandlungen

55. Neben den bereits geschilderten Ermittlungsmassnahmen (Hausdurchsuchungen sowie Partei- und Zeugeneinvernahmen) ergriffen die Wettbewerbsbehörden weitere Massnahmen zur Ermittlung des Sachverhalts. So wurden weitere Einvernahmen angeordnet und durchgeführt⁹⁵ und beim Kanton Graubünden und verschiedenen Gemeinden Amtshilfege-suche betreffend die Daten bezüglich Ausschreibungen gestellt⁹⁶. Der Kanton sowie die Gemeinden reichten die verlangten Daten ein (siehe dazu auch insbesondere Rz 143 ff.), so-wweit den angefragten Stellen eine Beantwortung möglich war.⁹⁷ In den folgenden zwei Fällen waren die ergriffenen Ermittlungsmassnahmen zwischen den Wettbewerbsbehörden einer-seits und einzelnen Verfahrensparteien andererseits umstritten.

56. Mitte Dezember 2015 lud das Sekretariat [...] (bis November 2014 [...] der KIBAG-Zweigniederlassung in Chur) vor, im Verfahren 22-0457: Bauleistungen Graubünden als Zeuge auszusagen.⁹⁸ Die Verfahrensparteien wurden vorab über die Vorladung zur Zeugen-einvernahme informiert und erhielten die Möglichkeit, mitzuteilen, ob sie an der Befragung teilnehmen wollten.⁹⁹ Gegen die Zeugeneinvernahme wurden zu diesem Zeitpunkt weder vom massgeblichen Zeugen noch von den Verfahrensparteien Einwände erhoben. Das Sek-ретariat führte die Zeugeneinvernahme wie terminiert am 3. März 2016 durch. An der Zeu-geneinvernahme nahm neben anderen Verfahrensparteien auch die KIBAG teil.¹⁰⁰ U. a. die

⁹⁴ Act. I.502–I.545.

⁹⁵ Act. IV.023 ff.; Act. II.001 ff. (22-0457).

⁹⁶ Siehe Act. VI.001 ff.

⁹⁷ Vgl. Fn 96.

⁹⁸ Act. I.024 (22-0457).

⁹⁹ Act. I.025 ff. (22-0457).

¹⁰⁰ Vgl. Act. II.002 (22-0457).

KIBAG äusserte an der Zeugeneinvernahme Bedenken gegen die Befragung von [...] als Zeugen.¹⁰¹ Die Frage des Sekretariats, ob Verfahrensparteien diesbezüglich einen konkreten Antrag stellen wollten, verneinten die anwesenden Vertreter der Verfahrensparteien.¹⁰² Das Sekretariat führte die Befragung von [...] deshalb durch und stellte das entsprechende Protokoll den Verfahrensparteien zu.¹⁰³ In der Folge führte das Sekretariat vier Parteieinvernahmen durch, bei denen es die befragten Personen jeweils u. a. mit den Aussagen von [...] konfrontierte.¹⁰⁴ Über das Stattfinden der Parteieinvernahmen hatte das Sekretariat die Verfahrensparteien jeweils vorab informiert und den Verfahrensparteien die Möglichkeit zur Teilnahme an den Befragungen eingeräumt.¹⁰⁵ An drei Parteieinvernahmen nahm u. a. die KIBAG teil. Nach Durchführung der Parteieinvernahmen stellte das Sekretariat jeweils allen Verfahrensparteien die Einvernahmeprotokolle zu.¹⁰⁶ Nach der vierten Parteieinvernahme im August 2016 machte die KIBAG mit Schreiben vom 14. September 2016 sowie vom 7. Oktober 2016 geltend, die Verwendung der Aussagen von [...] als Beweismittel sei unzulässig.¹⁰⁷ Sie beantragte daher den Wettbewerbsbehörden, das entsprechende Einvernahmeprotokoll sowie sämtlich sonstigen Protokollstellen mit Bezug zur Aussage von [...] aus den Akten zu weisen und künftig auf die Verwendung der Aussagen von [...] zu verzichten. Das Sekretariat erliess am 24. Oktober 2016 zusammen mit dem Präsidenten der WEKO eine Zwischenverfügung, wonach auf die Anträge der KIBAG nicht einzutreten ist und welche der KIBAG mit Schreiben vom selben Tag eröffnet wurde.¹⁰⁸ Hiergegen beschrift die KIBAG den Rechtsweg, auf dem sie u. a. vorsorgliche Massnahmen im Sinne ihrer Anträge vom 14. September 2016 sowie vom 7. Oktober 2016 beantragte.¹⁰⁹ Mit Zwischenverfügung vom 23. Mai 2017 wies das Bundesverwaltungsgericht (nachfolgend: BVGer) den Antrag auf den Erlass vorsorglicher Massnahmen ab.¹¹⁰ Das Bundesgericht (nachfolgend: BGer) trat mit Urteil vom 8. August 2017 auf die hiergegen eingelegte Beschwerde der KIBAG nicht ein.¹¹¹ Die KIBAG zog sodann mit Schreiben vom 24. August 2017 ihre Beschwerde vor BVGer zurück, weshalb das BVGer im Dezember 2017 einen Abschreibungsentscheid erliess.¹¹² Im Dezember 2017 informierte das Sekretariat die Verfahrensparteien darüber, dass es die Aussagen von [...] sowie allfällige Stellungnahmen der Verfahrensparteien zu diesen Aussagen als Beweismittel verwenden werde.¹¹³ Hierauf reagierten die Parteien nicht.

57. Mitte April 2016 lud das Sekretariat [...] vor, im Verfahren 22-0457: Bauleistungen Graubünden als Zeuge auszusagen.¹¹⁴ Die Zeugeneinvernahme wurde auf den 27. Mai 2016 in Scuol angesetzt. Die Verfahrensparteien wurden vorab über die Vorladung informiert und erhielten die Möglichkeit, mitzuteilen, ob sie an der Befragung teilnehmen wollten.¹¹⁵ Anfang Mai 2016 stellte die [...] den Antrag, die Zeugenbefragung von [...] zu unterlassen und diesen allenfalls als Parteivertreter im Rahmen einer Parteieinvernahme zu befragen. Für den Fall, dass die Wettbewerbsbehörden eine gegenteilige Verfügung erlassen würden, bean-

101 Act. II.002 (22-0457), Rz 37–65.

102 Siehe Nachweise in Fn 101.

103 Act. I.092 (22-0457).

104 Act. II.003–II.006 (22-0457).

105 Act. I.022 ff., I.101 ff. (22-0457).

106 Act. I.097, I.132, I.211 (22-0457).

107 Act. I.213, I.252 (22-0457).

108 Act. IV.2.001 (22-0457).

109 Vgl. Act. IV.2.003 (22-0457).

110 Act. IV.2.005 (22-0457).

111 Act. IV.2.014 (22-0457).

112 Act. IV.2.015 (22-0457).

113 Act. I.423 f. (22-0457).

114 Act. I.098 (22-0457).

115 Act. I.101 ff. (22-0457).

tragte die [...], einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht zu entziehen. Das Sekretariat erliess am 13. Mai 2016 zusammen mit dem Präsidenten der WEKO eine Zwischenverfügung, mit welcher der Antrag der [...] abgewiesen und die aufschiebende Wirkung einer allfälligen Beschwerde entzogen wurde. Die Zwischenverfügung wurde der [...] mit Schreiben vom selben Tag eröffnet.¹¹⁶ Hiergegen beschriftet die [...] den Rechtsweg. Mit Verfügung vom 19. Mai 2016 hiess das BVGer den Antrag der [...] auf superprovisorische Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gut.¹¹⁷ Es bestätigte diesen Entscheid auch nach der Anhörung der WEKO mit Zwischenverfügung vom 25. August 2016.¹¹⁸ Das BVGer führte sodann zwei Schriftenwechsel durch, in denen die Wettbewerbskommission jeweils Stellungnahmen einreichte und welche bis Ende November 2016 abgeschlossen waren.¹¹⁹ Im Juni 2018 forderte das BVGer die [...] sodann dazu auf, ihre Vorbringen hinsichtlich des aktuellen Verhältnisses zwischen [...] und der [...] zu substantiieren.¹²⁰ Die [...] reichte daraufhin wiederum eine Stellungnahme ein,¹²¹ welche die Wettbewerbsbehörden kommentierten.¹²² Ein Urteil des BVGer blieb gleichwohl zunächst aus. Da das Sekretariat die vorliegende Untersuchung erst nach dem Erlass eines BVGer-Urteils in Sachen Zeugenbefragung von [...] beenden wollte, wandten sich die Wettbewerbsbehörden mit Schreiben vom 21. August 2018 an das BVGer und baten um einen zeitnahen Entscheid.¹²³ Dieser erging mit Urteil vom 17. September 2018. Darin wies das BVGer die Beschwerde der [...] ab.¹²⁴ Das Sekretariat informierte die Verfahrensparteien über dieses Urteil.¹²⁵ Aus den Erwägungen des Urteils ergaben sich für die Einvernahme von [...] als Zeugen unklare Rechtsfolgen (siehe dazu unten Rz 113 f.).¹²⁶ Die Durchführung der Zeugeneinvernahme wäre aus Sicht des Sekretariats deshalb möglicherweise mit weiteren Zwischenverfügungen und damit einer weiteren Verfahrensverlängerung verbunden gewesen. Mit Blick auf das Beschleunigungsgebot entschloss sich das Sekretariat daher, [...] nicht mehr mündlich zu befragen,¹²⁷ sondern ihm einen Fragebogen zu übersenden.¹²⁸ Innert Frist teilte [...] mit, dass er sich gegenüber dem Fragebogen auf ein Aussageverweigerungsrecht berufe und den Fragebogen daher nicht beantwortete.¹²⁹ Obwohl das Sekretariat der Auffassung ist, dass [...] den Fragebogen beantworten müsste, verzichtete es aus verfahrensökonomischen Gründen darauf, den Erlass einer Auskunftsverfügung gegen [...] anzustreben. Dies teilte es [...] mit.¹³⁰

A.3.10 Weitere Selbstanzeige

58. Mit E-Mail vom 13. Oktober 2016 reichte die Centorame einen Marker für eine Selbstanzeige im vorliegenden Verfahren ein.¹³¹ Sie bestätigte diesen in der Folge mit zwei schrift-

¹¹⁶ Act. IV.1.001 (22-0457).

¹¹⁷ Act. IV.1.003 f. (22-0457).

¹¹⁸ Act. IV.1.007 (22-0457).

¹¹⁹ Act. IV.1.008, IV.1.013 (22-0457).

¹²⁰ Act. IV.1.015 (22-0457).

¹²¹ Act. IV.1.016 (22-0457).

¹²² Act. IV.1.017 (22-0457).

¹²³ Act. IV.1.019 (22-0457).

¹²⁴ Urteil des BVGer B-3099/2016, B-3702/2016 vom 17.9.2018; Act. IV.1.021 (22-0457).

¹²⁵ Act. I.553 (22-0457).

¹²⁶ Vgl. insbesondere Urteil des BVGer B-3099/2016, 3702/2016 vom 17.9.2018, E. 4.5.4, E. 4.5.5.

¹²⁷ Vgl. auch Act. I.557 ff. (22-0457).

¹²⁸ Act. III.023 (22-0457).

¹²⁹ Act. I.560 (22-0457).

¹³⁰ Act. I.561 (22-0457).

¹³¹ Vgl. Act. VII.E.1 (22-0457).

lichen Eingaben.¹³² Von Seiten der Centorame erteilt im Rahmen der Selbstanzeige keine Personen mit formeller oder faktischer Organfunktion Sachverhaltsauskünfte.¹³³

59. Mit Schreiben vom 12. April 2017 teilte das Sekretariat der Centorame mit, dass bereits andere Gesellschaften Selbstanzeigen in derselben Angelegenheit eingereicht haben und das Sekretariat im Einvernehmen mit dem Präsidenten der WEKO daher die Voraussetzungen für den vollständigen Erlass der Sanktion nicht als gegeben ansieht.¹³⁴ Die Wettbewerbsbehörden verwiesen allerdings auf die Möglichkeit der Reduktion gemäss Art. 12 SVKG, wobei klargestellt wurde, dass die Höhe der Reduktion einer allfälligen Sanktion zum Abschluss des Verfahrens von der WEKO festgelegt wird.

A.3.11 Versand von Fragebögen und Einstellungsantrag der Hüppi AG Wallisellen

60. Mit Fragebogen vom 17. September 2017 verlangte das Sekretariat von den Verfahrensparteien insbesondere Angaben zu Umsätzen im Bereich Strassenbau im Kanton Graubünden.¹³⁵ Die Verfahrensparteien reichten innert (erstreckter) Fristen Antworten ein (zu den Ausnahmen siehe sogleich Rz 61 ff.).¹³⁶

61. Die Käppeli's Söhne AG, die Bianchi Holding AG und die Hüppi AG Wallisellen befragte das Sekretariat auch zu den Umsätzen der Casty Bau AG im Bereich Strassenbau im Kanton Graubünden.¹³⁷ Die drei Gesellschaften machten hierzu jedoch keine Angaben. Die Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG führten zur Begründung aus, das Unternehmen Casty Bau AG sei aufgelöst worden und sie verfügten nicht über diese Zahlen; sie ergänzten, dass es rechtlich nicht zulässig sei, sie für allfällige Verstösse der Casty Bau AG zu sanktionieren.¹³⁸ Die Hüppi AG Wallisellen erklärte, sie gehe ohnehin davon aus, dass das Verfahren gegenüber der Hüppi AG Wallisellen einzustellen sei (siehe dazu auch unten Rz 62), weshalb sie keine Angaben zu den Umsätzen machen wolle bzw. nicht den Aufwand betreiben wolle, die eingeforderten Zahlen aufzuarbeiten.¹³⁹ Aus verfahrensökonomischen Gründen verzichtete das Sekretariat darauf, den Erlass von Auskunftsverfügungen gegen die drei Gesellschaften anzustreben. Es kündigte den drei Gesellschaften an, dass es versuchen werde, die Umsatzzahlen der Casty Bau AG aus anderen Beweismitteln zu eruieren.¹⁴⁰

62. Die Hüppi AG Wallisellen beantragte in diesem Zusammenhang den Erlass einer sie betreffenden Teilverfügung, mit welcher das Verfahren «22-0457: Bauleistungen Graubünden» ihr gegenüber einzustellen sei.¹⁴¹ Sie begründete dies im Wesentlichen damit, dass die Hüppi AG Wallisellen weder selbst an einem KG-Verstoss beteiligt gewesen sei noch zur Zahlung einer allfälligen Sanktion der Casty Bau AG herangezogen werden könne. Letzteres gelte, da die Hüppi-Gruppe im mutmasslichen Kartellzeitraum von 2004 bis und mit 2010 keinen kontrollierenden Einfluss auf die Casty Bau AG gehabt habe. Zudem sei die Untersuchung ihr gegenüber nicht rechtzeitig im Sinne von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG eröffnet worden.

¹³² Act. VII.E.4, VII.E.11 (22-0457).

¹³³ Vor der Einreichung der Selbstanzeige befragte das Sekretariat [...], Inhaber und Geschäftsführer der Centorame, zum Sachverhalt; siehe dazu Act. II.006 (22-0457).

¹³⁴ Act. VII.E.12 (22-0457).

¹³⁵ Act. I.386 ff. (22-0457).

¹³⁶ Act. III.001 (22-0457).

¹³⁷ Siehe Act. I.386; I.391 (22-0457).

¹³⁸ Act. III.011, III.022, III.024 (22-0457).

¹³⁹ Act. III.016, III.0.18 (22-0457).

¹⁴⁰ Act. III.017, III.019 f. (22-0457).

¹⁴¹ Act. III.016, III.018 (22-0457).

63. Das Sekretariat teilte der Hüppi AG Wallisellen mit, dass es beabsichtigte, der WEKO den Erlass einer sämtliche Verfahrensparteien betreffenden Endverfügung zu beantragen.¹⁴² Die Einstellungsantrag der Hüppi AG Wallisellen werde dementsprechend im Antrag des Sekretariats gemäss Art. 30 Abs. 1 KG behandelt und sodann von der WEKO in ihrer verfahrensabschliessenden Endverfügung beurteilt (siehe dazu insbesondere unten Rz 546, 553 ff., 559 ff.).

64. Mit Schreiben vom 19. Dezember 2018 verlangte das Sekretariat von Verfahrensparteien, welche ein Strassenbauunternehmen in Graubünden betreiben, letzte Informationen zu ihren Umsätzen.¹⁴³ Die Verfahrensparteien beantworteten die Auskunftsbegehren innert (erstreckter) Frist.¹⁴⁴

A.3.12 Gewährung der Akteneinsicht

65. Am 7. Juni 2016 stellte das Sekretariat den Verfahrensparteien elektronische Kopien der bislang angefallenen Verfahrensakten auf einem gesicherten Server der Bundesbehörden zur Einsicht bereit.¹⁴⁵

66. Mit Schreiben vom 11. August 2016 informierte das Sekretariat die Verfahrensparteien u. a. darüber, welche Unternehmen bis zu diesem Zeitpunkt Selbstanzeigen betreffend das Ursprungsverfahren 22-0433 sowie das Verfahren 22-0457 eingereicht haben. Weiter informierte es, wie in die entsprechenden Selbstanzeigedossiers eingesehen werden kann.¹⁴⁶

67. Zum Schutz des Instituts der Selbstanzeige ordnete das Sekretariat zusammen mit dem Präsidenten der WEKO Auflagen betreffend die elektronische Einsicht in die Beilagen zu den Selbstanzeigen (Zwischenverfügungen vom 21. November 2016)¹⁴⁷ sowie bezüglich der Einsicht in die eigentlichen Selbstanzeigen in den Räumlichkeiten des Sekretariats (Zwischenverfügung vom 12. Dezember 2016)¹⁴⁸ an.

68. Die Einsicht in die Beilagen zu den Selbstanzeigen erfolgte – unter Geltung der Auflagen der Zwischenverfügung vom 21. November 2016 – am 30. März 2017 durch Versand von elektronischen Kopien der Beilagen an die Parteien.¹⁴⁹ In die eigentlichen Selbstanzeigen konnten die Verfahrensparteien – unter Geltung der Auflagen der Zwischenverfügung vom 12. Dezember 2016 – ab Mai 2017 in den Räumlichkeiten des Sekretariats einsehen.

69. Mit Schreiben vom 11. Januar 2018 informierte das Sekretariat die Verfahrensparteien darüber, dass zwischenzeitlich auch die Centorame eine Selbstanzeige eingereicht hat.¹⁵⁰ Weiter informierte es, wie in das entsprechende Selbstanzeigedossier in den Räumlichkeiten des Sekretariats eingesehen werden kann. Eine entsprechende Einsichtsmöglichkeit bestand – unter Geltung der Auflagen der Zwischenverfügung vom 12. Dezember 2016 – ab Mitte Februar 2018.

70. Einzelne Verfahrensparteien nahmen in den Räumlichkeiten des Sekretariats wiederholt Einsicht in die Selbstanzeigen.

¹⁴² Siehe dazu sowie zum Folgenden Act. III.017 (22-0457).

¹⁴³ Act. I.564 ff. (22-0457).

¹⁴⁴ Act. III.025 ff. (22-0457).

¹⁴⁵ Act. I.134 f., I.137 f. (22-0457).

¹⁴⁶ Act. I.167 ff. (22-0457).

¹⁴⁷ Act. IV.3.001 ff. (22-0457).

¹⁴⁸ Act. IV.4.001 ff. (22-0457).

¹⁴⁹ Act. I.273 ff. (22-0457).

¹⁵⁰ Act. I.427 ff. (22-0457).

A.3.13 Antrag des Sekretariats an die WEKO (Art. 30 Abs. 1 KG) und erneute Gewährung von Akteneinsicht

71. Mit Schreiben vom 21. Februar 2019 stellt das Sekretariat den Parteien seinen Antrag vom 12. Februar 2019 zur Stellungnahme zu.¹⁵¹ Danach beabsichtigte das Sekretariat der WEKO den Erlass des folgenden Dispositivs zu beantragen:

1. Der A. Käppeli's Söhne AG, Bianchi Holding AG, Cellere Bau AG, Aktiengesellschaft Cellere, C Bauunternehmung Centorame AG, Foser AG, Hew AG Bauunternehmung Chur, Implenia Schweiz AG, KIBAG Bauleistungen AG, Schlub AG, Schlub AG Nordbünden, Schlub AG Südbünden, Toldo Strassen- und Tiefbau AG, Toldo Strassen- und Tiefbau AG Landquart, Walo Bertschinger AG Chur, Walo Bertschinger AG, Walo Bertschinger Holding AG, Walo Bertschinger Central AG, ZINDEL GRUPPE AG und METTLER PRADER AG wird untersagt,
 - 1.1. Konkurrenten und Konkurrentinnen im Zusammenhang mit der Erbringung von Strassenbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;
 - 1.2. sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Strassenbauleistungen 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. Der Hew AG Bauunternehmung Chur, Implenia Schweiz AG, Lazzarini AG, ZINDEL GRUPPE AG und METTLER PRADER AG wird untersagt,

Konkurrenten und Konkurrentinnen im Zusammenhang mit der Erbringung von Hochbauleistungen um Informationen über die Interessenslage der Konkurrenten und Konkurrentinnen an noch nicht vergebenen Hochbauprojekten anzufragen sowie Konkurrenten und Konkurrentinnen Auskünfte über die eigene Interessenslage an noch nicht vergebenen Hochbauprojekten anzubieten oder zu geben. 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.
3. Wegen Beteiligung an gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabreden mit folgenden Beträgen nach Art. 49a Abs. 1 KG belastet werden:
 - 3.1 Die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG solidarisch mit einem Betrag von CHF [1–1,5 Mio.].
 - 3.2 Die Cellere Bau AG und die Aktiengesellschaft Cellere solidarisch mit einem Betrag von CHF [1–1,5 Mio.].
 - 3.3 Die C Bauunternehmung Centorame AG mit einem Betrag von CHF [1–1,5 Mio.].
 - 3.4 Die Foser AG mit einem Betrag von CHF [1,5–2 Mio.].

¹⁵¹ Act. V.16 ff. (22-0457).

- 3.5 Die Hew AG Bauunternehmung Chur mit einem Betrag von CHF [1–1,5 Mio.].
- 3.6 Die Hüppi AG, die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG solidarisch mit einem Betrag von CHF [1–1,5 Mio.].
- 3.7 Die Implenia Schweiz AG mit einem Betrag von CHF 0.
- 3.8 Die KIBAG Bauleistungen AG mit einem Betrag von CHF [1,5–2 Mio.].
- 3.9 Die Schlub AG, die Schlub AG Nordbünden und die Schlub AG Südbünden solidarisch mit einem Betrag von CHF [1,5–2 Mio.].
- 3.10 Die Toldo Strassen- und Tiefbau AG und die Toldo Strassen- und Tiefbau AG Landquart solidarisch mit einem Betrag von CHF [0,5–1 Mio.].
- 3.11 Die Walo Bertschinger AG Chur, die Walo Bertschinger AG, die Walo Bertschinger Holding AG und die Walo Bertschinger Central AG solidarisch mit einem Betrag von CHF [1,5–2 Mio.].
- 3.12 Die ZINDEL GRUPPE AG und die METTLER PRADER AG solidarisch mit einem Betrag von CHF [2–2,5 Mio.].
4. Im Übrigen, insbesondere gegenüber der Catram AG, wird die Untersuchung eingestellt.
5. Die Verfahrenskosten betragen CHF 753 130 und werden folgendermassen auferlegt (Stand: 12. Februar 2019):
 - 5.1 Die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG tragen solidarisch CHF 50 208.70.
 - 5.2 Die Cellere Bau AG und die Aktiengesellschaft Cellere tragen solidarisch CHF 50 208.70.
 - 5.3 Die C Bauunternehmung Centorame AG trägt CHF 50 208.70.
 - 5.4 Die Foser AG trägt CHF 50 208.70.
 - 5.5 Die Hew AG Bauunternehmung Chur trägt CHF 69 036.95.
 - 5.6 Die Hüppi AG, die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG tragen solidarisch CHF 50 208.70.
 - 5.7 Die Implenia Schweiz AG trägt CHF 69 036.95.
 - 5.8 Die KIBAG Bauleistungen AG trägt CHF 50 208.70.
 - 5.9 Die Lazzarini AG trägt CHF 18 828.25.
 - 5.10 Die Schlub AG, die Schlub AG Nordbünden und die Schlub AG Südbünden tragen solidarisch CHF 50 208.70.
 - 5.11 Die Toldo Strassen- und Tiefbau AG und die Toldo Strassen- und Tiefbau AG Landquart tragen solidarisch CHF 50 208.70.
 - 5.12 Die Walo Bertschinger AG Chur, die Walo Bertschinger AG, die Walo Bertschinger Holding AG und die Walo Bertschinger Central AG tragen solidarisch CHF 50 208.70.
 - 5.13 Die ZINDEL GRUPPE AG und die METTLER PRADER AG tragen solidarisch CHF 69 036.95.
 - 5.14 Die übrigen Verfahrenskosten gehen zulasten der Staatskasse.

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.

72. Mit dem Antragsversandschreiben wies das Sekretariat darauf hin, dass eine Anerkennung des Sachverhalts gemäss Antrag sanktionsmindernd berücksichtigt werden könne.¹⁵² Das Sekretariat sei daher bereit, sich bei der WEKO für eine entsprechende Sanktionsreduktion einzusetzen, sofern ein Unternehmen den Sachverhalt gemäss Antrag vorbehaltlos anerkenne und das Sekretariat nicht bereits gemäss Art. 8 bzw. 12 SVKG eine Reduktion in Höhe von 100 % bzw. 50 % beantrage.¹⁵³

73. Das Sekretariat gewährte mit Antragsversand und anschliessend wiederholt (zuletzt am 18. Juli 2019) Einsicht in die Akten der Verfahren 22-0433 und 22-0457 sowie in die dazugehörigen Selbstanzeigedossiers.¹⁵⁴

A.3.14 Vergleichsverhandlungen und -abschlüsse

74. Nachdem das Sekretariat seinen Antrag den Verfahrensparteien zur Stellungnahme übersandt hatte, kam die Frage auf, ob Vergleichszahlungen an Opfer des Kartellrechtsverstosses zu einer Sanktionsreduktion führen könnten. Das Sekretariat prüfte diese Frage und teilte mit Schreiben vom 29. März 2019 denjenigen Verfahrensparteien, welche gemäss Antrag am sanktionierbaren Kartellrechtsverstoss beteiligt waren, mit, dass es sich im Falle von Kompensationszahlungen an Kartellopfer gemäss Antrag bei der WEKO für eine Sanktionsreduktion in Höhe von ca. einem Drittel bis zwei Dritteln der geleisteten Kompensationszahlung einsetzen werde.¹⁵⁵ Mit gleichem Schreiben bezifferte es die Sanktionsreduktion für eine Sachverhaltsanerkennung auf 10 bis 15 %, wobei es sich nur dann für 15 % einsetzen werde, sofern zusätzlich zur Sachverhaltsanerkennung die Zusicherung abgegeben werde, dass das Unternehmen sich künftig nicht mehr an Verhaltensweisen wie im Antrag beschrieben beteiligen werde. Den zuständigen Regierungsrat des Kantons Graubünden informierte das Sekretariat über seine Sichtweise betreffend die Möglichkeit der Sanktionsreduktion infolge Kompensationszahlungen.

75. In der Folge kam es zu Vergleichsverhandlungen zwischen dem Kanton Graubünden und einem Teil der Untersuchungsadressatinnen. Anfang Juni 2019 schlossen neun Untersuchungsadressatinnen (Cellere, Centorame, Foser, Hew, Käppeli, Schlub, Toldo, Walo, Zindel/Mettler Prader) mit dem Kanton Graubünden Vergleichsverträge betreffend den vom Sekretariat festgestellten Kartellrechtsverstoss. Die Vergleiche zwischen dem Kanton Graubünden und den neun Strassenbauunternehmen sahen insbesondere Kompensationszahlungen zugunsten des Kantons Graubünden und der Graubündner Gemeinden in Höhe von insgesamt knapp über CHF [5–7] Mio. vor. Im Gegenzug verpflichtete sich der Kanton dazu, keine beschaffungsrechtlichen Massnahmen zu ergreifen und keine Zivilklagen betreffend den im «Strassenbau»-Teil des Antrags des Sekretariats beschriebenen Sachverhalt einzureichen.

76. In ihren Stellungnahmen zum Antrag beantragten die neun Unternehmen, dass die Kompensationszahlungen sanktionsmindernd berücksichtigt werden sollen (vgl. unten Rz 79 ff.).

¹⁵² Vgl. Jahresbericht 2017 der Wettbewerbskommission (WEKO), RPW 2018/1, 1 Abschnitt 5.2.

¹⁵³ Act. V.1 ff. (22-0457).

¹⁵⁴ Act. V.1 ff., V.293 ff., V.323, VI.2 (22-0457).

¹⁵⁵ Act. V.99 ff. (22-0457).

A.3.15 Beweisanträge der Foser

77. Mit Schreiben vom 17. Mai 2019¹⁵⁶ machte die Foser geltend, sie sei nur bis Anfang 2007 an allfälligen Kartellabsprachen beteiligt gewesen. Diesbezüglich stellte die Foser die folgenden Beweisanträge:

1. Es seien die in der Beilage eingereichten Urkunden (Beilagen 26–40) als Beweismittel zu den Akten zu nehmen.
2. Es sei eine Parteieinvernahme mit der Foser AG durchzuführen. Namentlich seien [...] und [...] zu einer Beweisaussage vorzuladen.
3. Es sei eine Befragung von [...] als Zeuge durch das Sekretariat anzuberaumen und der Foser AG zu gestatten, [...] zur Selbstanzeige der Walo Bertschinger AG Chur, namentlich zu den Protokollerklärungen und den eingereichten Beweismitteln, zu befragen.
4. Es sei eine Befragung von [...] als Partei durch das Sekretariat anzuberaumen und der Foser AG zu gestatten, [...] zur Selbstanzeige der C Bauunternehmung Centorame AG, namentlich zu den schriftlichen Eingaben zu befragen.
5. Falls das Sekretariat seinen Antrag vor Unterbreitung an die Wettbewerbskommission in sachverhaltsrelevanten Punkten überarbeiten sollte, sei der Foser AG die Gelegenheit zu geben, weitere Beweisanträge zum überarbeiteten Antrag zu stellen.

78. Das Sekretariat nahm das Schreiben der Foser sowie die Beilage zu den Akten.¹⁵⁷ Es ergriff das Sekretariat keine weiteren Beweismassnahmen, da es dies nicht für notwendig hielt. Dies teilte das Sekretariat der Foser mit.¹⁵⁸

A.3.16 Stellungnahmen zum Antrag (Art. 30 Abs. 2 KG)

79. Innert der (teilweise erstreckten) Stellungnahmefristen nahmen 13 der 14 Untersuchungsadressatinnen gemäss Art. 30 Abs. 2 KG schriftlich Stellung zum Antrag. Einzig die Lazzarini AG reichte keine Stellungnahme ein.

80. Von neun der 13 stellungnehmenden Untersuchungsadressatinnen wurde weder der vom Sekretariat festgestellte kartellrechtsrelevante Sachverhalt noch der Kartellrechtsverstoss gemäss Antrag in Frage gestellt. Wenn überhaupt, erhoben diese Unternehmen in ihren Stellungnahmen Einwände in Bezug auf die Rechtsfolgen des Kartellrechtsverstosses gemäss Antrag (d. h. bezüglich Anordnung von Verhaltens- und Unterlassungspflichten, Sanktionierung und Sanktionsbemessung und/oder Gebührenauflegung). Sechs der 13 stellungnehmenden Untersuchungsadressatinnen erklärten, den Sachverhalt betreffend Strassenbau gemäss Antrag anzuerkennen. Von diesen sechs Untersuchungsadressatinnen erklärten vier Unternehmen zusätzlich, Verhaltensweisen wie die im Antrag beschriebenen künftig zu unterlassen. Einzig die Käppeli, die Foser, die Hüppi und die KIBAG bestritten den kartellrechtsrelevanten Sachverhalt insgesamt bzw. ihre Beteiligung an kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen.

81. Im Folgenden werden die Rechtsbegehren der Verfahrensparteien gemäss ihren Stellungnahmen wiedergegeben. Auf die einzelnen Vorbringen der Parteien wird – soweit geboten¹⁵⁹ – an entsprechender Stelle in der Verfügung näher eingegangen.

¹⁵⁶ Act. V.199 (22-0457).

¹⁵⁷ Vgl. Act. V.199 (22-0457).

¹⁵⁸ Act. V.261 (22-0457).

¹⁵⁹ Vgl. dazu etwa BGE 132 II 485 E. 3.2; BGE 127 I 54, 56, E. 2b; BGE 114 Ia 97, 99 E. 2. a); Urteil des BGer 4A_532/2011 vom 31.1.2012, E. 3.1 m.w.H.; Urteil des BVer B-8404/2010 vom

A.3.16.1 Käppeli

82. Die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG machten in ihrer Stellungnahme¹⁶⁰ geltend, es habe nach 2004 zwar vereinzelt Einzelsubmissionsabreden gegeben. Welche Projekte davon betroffen seien, habe das Sekretariat nicht nachgewiesen. Jedenfalls sei keine Gesamtabrede im vom Sekretariat behaupteten Ausmass ersichtlich und bewiesen. Sollte die WEKO dies anders beurteilen, so sei jedenfalls die vom Sekretariat beantragte Sanktion für die beiden Gesellschaften herabzusetzen, insbesondere da die der Sanktionsbemessung gemäss Sekretariatsantrag zugrundeliegenden Umsatzzahlen zu hoch seien und die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG mit dem Kanton Graubünden nach Antragsversand eine Vergleichszahlung in Höhe von CHF [...] vereinbart hätten, welche sanktionsmindernd zu berücksichtigen sei. Konkret stellen die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG die folgenden Anträge:

In der Sache

1. Die Untersuchung gegen die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG sei entgegen den Ziffern 1, 3.1, 3.6, 5.1 und 5.6 des uns als Antrag zugestellten Dispositivs ohne Kostenfolge einzustellen.
2. Eventualiter zu 1.: Von einer Sanktion gegen die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG bzw. deren solidarische Haftung für eine allfällige Sanktion gegen die Hüppi AG sei entgegen Ziff. 3.1 und 3.6 des uns als Antrag zugestellten Dispositivs abzusehen.
3. Eventualiter zu 2.: Die Sanktion gegen die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG gemäss Ziff. 3.1 des uns als Antrag zugestellten Dispositivs sei insbesondere unter Berücksichtigung (i) der berichtigten Umsätze, (ii) des mit dem Kanton Graubünden geschlossenen Vergleichs und (iii) der Erklärung der A. Käppeli's Söhne AG und der Bianchi Holding AG, zukünftig keine unzulässigen Wettbewerbsabreden zu treffen und sich an die kartellrechtlichen Vorgaben zu halten, angemessen zu reduzieren.

Prozessuale Anträge

1. Es sei Akteneinsicht in sämtliche Beilagen des Schreibens des Bau-, Verkehrs- und Forst-Departement Graubünden an das Sekretariat der Wettbewerbskommission vom 23. Mai 2013 (act. 22-0433; VI.002) zu gewähren (insbesondere in die darin erwähnte CD).
2. Das Protokoll der Zeugenaussage von [...] (act. 22-0457: II.002) sei aus den Akten zu weisen und sämtliche Informationen daraus, welche sich für die involvierten Unternehmen negativ auswirken können, seien nicht zu verwerten.
3. Sofern es überhaupt zu Projektzuteilungen gekommen wäre, sei zu untersuchen, bei welchen Projekten keine Einigung erzielt werden konnte bzw. explizit eine «Freigabe» beschlossen wurde.
4. Es sei zu untersuchen, ob und wenn ja Projekte von welchen Gemeinden abgesprochen wurden.

23.9.2014, RPW 2014/3, 592 f. E. 3.1, *SFS unimarket AG/WEKO*; BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2. Aufl. 2016, Art. 30 N 19; PATRICK SUTTER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Auer/Müller/Schindler, 2008, Art. 29 N 12; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2013, 187 (zit. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren), N 530.

¹⁶⁰ Act. V.238 (22-0457).

5. Es sei die Entwicklung der Marktanteile der involvierten Unternehmen zwischen 2004 und 2013 zu untersuchen.

A.3.16.2 Cellere

83. Die Cellere Bau AG und die Aktiengesellschaft Cellere erklärten in ihrer Stellungnahme¹⁶¹, dass sie den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats vorbehaltlos anerkennen und künftig keine Abreden mehr treffen werden, wie sie im Antrag als unzulässig erachtet wurden. Sie machten nicht geltend, dass kein Verstoss gegen das Kartellrecht vorliege. Allerdings sei die vom Sekretariat beantragte Sanktion zu hoch, insbesondere da der vom Sekretariat beantragte Basisbetrag zu hoch ausfalle und die Cellere Bau AG und die die Aktiengesellschaft Cellere mit dem Kanton Graubünden nach Antragsversand eine Vergleichszahlung in Höhe von CHF [...] vereinbart hätten, welche sanktionsmindernd zu berücksichtigen sei. Konkret stellen die Cellere Bau AG und die Aktiengesellschaft Cellere den folgenden Antrag:

Es sei der unter Anwendung des Basisbetrags von 7 % nach Art. 3 und 4 SVKG gebildete Sanktionsbetrag aufgrund des Vergleichsabschlusses mit dem Kanton Graubünden unter Berücksichtigung der vereinbarten Kompensationszahlung zusätzlich um zwei Drittel zu reduzieren.

A.3.16.3 Centorame

84. Die Centorame erklärte in ihrer Stellungnahme¹⁶², dass sie den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats ausdrücklich anerkenne und die kartell- und submissionsrechtlichen Bestimmungen künftig einhalten werde. Sie übernehme die diesbezüglichen Compliance-Vorgaben des Bündner Baumeisterverbandes. Die Centorame machte nicht geltend, dass kein Verstoss gegen das Kartellrecht vorliege. Allerdings sei die Centorame nicht zu sanktionieren, da eine Sanktionierung gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. b KG wegen Zeitablaufs ausgeschlossen sei. Sollte die WEKO zum Ergebnis kommen, dass die Vorschrift nicht greife, so sei bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen, dass die vom Sekretariat beantragte Sanktion zu hoch sei, insbesondere da der vom Sekretariat beantragte Basisbetrag zu hoch ausfalle und die Centorame mit dem Kanton Graubünden nach Antragsversand eine Vergleichszahlung in Höhe von CHF [...] vereinbart habe, welche sanktionsmindernd zu berücksichtigen sei. Konkret stellt die Centorame die folgenden Anträge:

1. Das kartellrechtliche Verfahren gegen die C Bauunternehmung Centorame AG sei unter Kostenfolge zu Lasten des Staates einzustellen.
2. Eventualiter
 - a. sei der Sanktion ein Basisbetrag (Umsatz 2008, 2009, 2010 im relevanten Markt) von CHF 8 174 443 zugrunde zu legen;
 - b. sei der Sanktion eine Reduktion im Sinne von Art. 6 Abs. 1 SVKG von 25 % infolge Anerkennung des Sachverhalts und Erklärung, sich künftig keine Verfehlungen gegen die kartell- und submissionsrechtlichen Bestimmungen vorwerfen lassen zu müssen bzw. diese Bestimmungen einzuhalten;
 - c. sei der Sanktion ein Bonus im Sinne von Art. 12 SVKG von 40 % (Selbstanzeige) zugrunde zu legen;

¹⁶¹ Act. V.240 (22-0457).

¹⁶² Act. V.156, V.233 (22-0457).

- d. seien vom gemäss Antrag des Sekretariats in Nachachtung der Anträge Ziff. 2 lit. a–c ermittelten Sanktionsbetrages zwei Drittel des mit dem Kanton / den Gemeinden einvernehmlich vereinbarten Kompensationsbetrags abzuziehen.
3. Subeventualiter sei die Sanktion in Beachtung der Anträge Ziff. 2 lit. a–d angemessen zu reduzieren.

85. Die Centorame teilte zudem mit, dass sie von der WEKO angehört werden wolle.

A.3.16.4 Catram

86. Die Catram beschränkt sich in ihrer Stellungnahme¹⁶³ auf einige wenige Richtigstellungen in Bezug auf die Beschreibung der Catram im Abschnitt Untersuchungsadressatinnen (vgl. oben Rz 2 ff., 10 ff.). Sie begehrt in Bezug auf sie selbst einen WEKO-Entscheid gemäss Antrag des Sekretariats (Einstellung des Verfahrens).

A.3.16.5 Foser

87. Die Foser führte in ihrer Stellungnahme¹⁶⁴ aus, zu keinem Zeitpunkt nach dem 1. April 2004 habe es eine Gesamtabrede im vom Sekretariat behaupteten Ausmass gegeben. Sie selbst habe zwischen dem 1. April 2004 bis und mit Frühjahr 2007 vereinzelt an Treffen teilgenommen, die einzelne Abreden in Bezug auf die Zuteilung sowie Preisfestsetzung von öffentlich ausgeschriebenen Bauprojekten zum Gegenstand hatten. Welche Projekte davon betroffen seien, habe das Sekretariat nicht nachgewiesen. Ab dem 16. März 2007 habe sich die Foser gar nicht mehr beteiligt, weil sie festgestellt habe, dass sie ohne ihre Teilnahme erfolgreicher akquirieren könne. Die Foser sei zudem ohnehin nicht zu sanktionieren, da eine Sanktionierung gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. b KG wegen Zeitablaufs ausgeschlossen sei. Sollte die WEKO zum Ergebnis kommen, dass die Vorschrift nicht greife, so sei bei der allfälligen Sanktionsbemessung zu berücksichtigen, dass die vom Sekretariat beantragte Sanktion zu hoch sei, insbesondere da der vom Sekretariat beantragte Basisbetrag zu hoch ausfalle und die Foser mit dem Kanton Graubünden nach Antragsversand eine Vergleichszahlung in Höhe von CHF [...] vereinbart habe, welche sanktionsmindernd zu berücksichtigen sei. [...]. Die Foser stellt die folgenden Anträge:

1. Es sei davon abzusehen, der Foser AG eine Sanktion aufzuerlegen.
2. Eventualiter, sei für den Fall, dass der Foser AG nach Abschlagszahlungen an den Kanton Graubünden und/oder die Gemeinden des Kantons Graubünden [...], die beantragte Sanktion auf einen noch zu beziffernden Betrag herabzusetzen, welcher [...] entspricht.
3. Subeventualiter, sei die beantragte Sanktion in Höhe von CHF [1,5–2 Mio.] auf einen von der Wettbewerbskommission festzusetzenden, angemessenen Betrag herabzusetzen.
4. Es sei der der Foser AG im Antrag auferlegte Anteil an den Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 50 208.70 auf einen von der Wettbewerbskommission festzusetzenden, angemessenen Betrag herabzusetzen.

A.3.16.6 Hew

88. Die Hew erklärte in ihrer Stellungnahme¹⁶⁵, dass sie den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats vorbehaltlos anerkenne und künftig keine Abreden mehr treffen werde, wie

¹⁶³ Act. V.56 (22-0457).

¹⁶⁴ Act. V.221 (22-0457).

¹⁶⁵ Act. V.232 (22-0457).

sie im Antrag als unzulässig erachtet wurden. Sie machte nicht geltend, dass kein Verstoß gegen das Kartellrecht vorliege. Allerdings sei die vom Sekretariat beantragte Sanktion zu hoch, insbesondere da der vom Sekretariat beantragte Basisbetrag zu hoch ausfalle und die Hew mit dem Kanton Graubünden nach Antragsversand eine Vergleichszahlung in Höhe von CHF [...] vereinbart habe, welche sanktionsmindernd zu berücksichtigen sei. Konkret stellt die Hew die folgenden Anträge:

1. Es sei der Basisprozentsatz für die Berechnung der Sanktion gegen die Hew AG Bauleistungen Chur gemäss Ziff. 3.5. des (beantragten) Dispositivs auf maximal 7 % statt 10 % festzulegen.
2. Es sei der Abzug für die Aufgabe der Wettbewerbsbeschränkung (Art. 6 Abs. 1 SVKG) auf mindestens 20 % zu erhöhen.
3. Es sei die Sanktion infolge Anerkennung des Sachverhalts und der gleichzeitigen Absichtserklärung, zukünftig keine Abreden mehr zu treffen, wie sie im Antrag als unzulässig erachtet werden (Art. 6 Abs. 1 SVKG), um 25 % zu reduzieren.
4. Es sei die Sanktion um die gesamten gemäss Vergleich mit dem Kanton Graubünden von der Hew AG an den Kanton Graubünden und Gemeinden des Kantons Graubünden zu leistenden Vergleichszahlungen zu reduzieren.
5. Eventualantrag zu Antrag 4: Es sei die Sanktion um zwei Drittel der gemäss Vergleich mit dem Kanton Graubünden von der Hew AG an den Kanton Graubünden und Gemeinden des Kantons Graubünden zu leistenden Vergleichszahlungen zu reduzieren.

A.3.16.7 Hüppi

89. Die Hüppi AG Wallisellen führte in ihrer Stellungnahme¹⁶⁶ aus, eine Sanktion gegen die Hüppi AG Wallisellen sei aufgrund fehlender Zurechenbarkeit und wegen eingetretener Verjährung nicht möglich. Im Übrigen müsste – wenn eine Sanktion gegen die Hüppi AG Wallisellen auszusprechen wäre – diese massiv tiefer ausfallen als im Antrag vorgesehen. Konkret stellt die Hüppi AG Wallisellen die folgenden Anträge:

1. Das Verfahren gegen die Hüppi AG sei einzustellen und es sei insbesondere keine Sanktion gegen die Hüppi AG zu verfügen.
2. Der Hüppi AG sei eine Verfahrensentschädigung in der Höhe von CHF 85 000 zuzusprechen.

90. Die Hüppi AG Wallisellen teilte zudem mit, dass sie von der WEKO angehört werden wolle.

A.3.16.8 Implenia

91. Die Implenia führte in ihrer Stellungnahme¹⁶⁷ aus, sie verzichte auf Ausführungen zu den Sachverhaltsfeststellungen und zur rechtlichen Würdigung des Sachverhalts. Sie wendete sich indes gegen die Anordnung von Handlungs- und Unterlassungspflichten. Die vom Sekretariat beantragten Massnahmen gemäss Ziff. 1 und 2 des beantragten Dispositivs seien unzulässig. Sie bemängelt auch die beantragte Festsetzung der Verfahrenskosten, bei der die Begründungspflicht verletzt werde und welche zu hoch ausfiele. Konkret stellt die Implenia folgende Anträge:

¹⁶⁶ Act. V.190 (22-0457).

¹⁶⁷ Act. V.189 (22-0457).

1. Die vom Sekretariat beantragten Dispositiv Ziff. 1 und 2 seien nicht anzuordnen.
2. Die vom Sekretariat beantragte Dispositiv Ziff 5.7 sei dahingehend abzuändern, dass die Implenia Schweiz AG Verfahrenskosten von maximal CHF 55 678.35 trägt.

A.3.16.9 KIBAG

92. Die KIBAG führte in ihrer Stellungnahme¹⁶⁸ aus, dass dem Antrag des Sekretariats keine rechtsgenügenden Beweise für eine Kartellbeteiligung der KIBAG entnommen werden könnten. Insbesondere fehle es am grundlegenden Beweis, dass konkret die KIBAG an einer angeblichen Gesamtabrede beteiligt war, falls dieses Konstrukt im Schweiz Recht überhaupt angewendet werden dürfte. Sollte die WEKO dies anders beurteilen, so sei jedenfalls die vom Sekretariat beantragte Sanktion herabzusetzen, insbesondere da der vom Sekretariat beantragte Basisbetrag zu hoch sei und bei der Sanktionsbemessung berücksichtigt werden müsse, dass die KIBAG massive Verluste erlitten habe. Konkret stellt die KIBAG den folgenden Antrag:

Das Untersuchungsverfahren sei gegenüber der KIBAG Bauleistungen AG vorbehaltlos und ohne Kostenfolgen einzustellen.

93. Die KIBAG teilte zudem mit, dass sie von der WEKO angehört werden wolle.

A.3.16.10 Schlub

94. Die Schlub AG, die Schlub AG Nordbünden und die Schlub AG Südbünden erklärten in ihrer Stellungnahme¹⁶⁹, dass sie den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkennen und künftig keine Abreden mehr treffen werde, wie sie im Antrag als unzulässig erachtet wurden. Sie machte nicht geltend, dass kein Verstoss gegen das Kartellrecht vorliege. Allerdings seien die Schlub AG und die Schlub AG Südbünden nicht zu sanktionieren, da eine Sanktionierung gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. b KG wegen Zeitablaufs ausgeschlossen sei. In Bezug auf die Schlub AG Nordbünden sei die vom Sekretariat beantragte Sanktion zu hoch. Dies insbesondere deshalb, da die vom Sekretariat zugrunde gelegten Umsatzzahlen zu hoch ausfallen würden und die Schlub mit dem Kanton Graubünden nach Antragsversand eine Vergleichszahlung in Höhe von CHF [...] vereinbart habe, welche sanktionsmindernd zu berücksichtigen sei. [...]. Konkret stellen die Schlub AG, die Schlub AG Nordbünden und die Schlub AG Südbünden die folgenden Anträge:

1. Es sei die vom Sekretariat gemäss Ziff. 3.9 des Dispositivs beantragte Belastung der Schlub AG, der Schlub AG Nordbünden und der Schlub AG Südbünden zurückzuweisen und es sei das Verfahren gegen die Schlub AG, die Schlub AG Nordbünden und die Schlub AG Südbünden einzustellen.
2. Eventualiter sei die vom Sekretariat gemäss Ziff. 3.9 des Dispositivs beantragte Belastung der Schlub AG, der Schlub AG Nordbünden und der Schlub AG Südbünden herabzusetzen, und zwar
 - a. entsprechend der korrigierten Umsatzmeldung von CHF [5–10 Mio.] für die Jahre 2008–2010;
 - b. entsprechend der zusätzlichen Reduktion von 15 % infolge Anerkennung des Sachverhalts und gleichzeitiger Absichtserklärung;

¹⁶⁸ Act. V.192 (22-0457).

¹⁶⁹ Act. V.237 (22-0457).

- c. sowie unter Abzug von 2/3 von der mit dem Kanton Graubünden vereinbarten Kompensationszahlung von gesamthaft CHF [0,6–0,8 Mio.]

sowie zusätzlich unter Beachtung der übrigen Erwägungen und des Schreibens vom 24. April 2019 auf ein angemessenes Mass zu reduzieren.

3. Es sei die vom Sekretariat gemäss Ziff. 5.10 des Dispositivs beantragte Auferlegung der Kosten gegenüber der Schlub AG, der Schlub AG Nordbünden und der Schlub AG Südbünden auf ein angemessenes Mass herabzusetzen.
4. Verfahrens Antrag: Im vorliegenden Verfahren sei durch die WEKO vor ihrem Entscheid eine mündliche Anhörung der Schlub AG, der Schlub AG Nordbünden und der Schlub AG Südbünden durchzuführen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge gemäss Gesetz.

A.3.16.11 Toldo

95. Die Toldo Strassen- und Tiefbau AG und die Toldo Strassen- und Tiefbau AG Landquart erklärten in ihren Stellungnahmen¹⁷⁰, dass sie den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkennen und künftig keine Abreden mehr treffen werden, wie sie im Antrag als unzulässig erachtet wurden. Sie machten nicht geltend, dass kein Verstoss gegen das Kartellrecht vorliege, betonten aber, dass die Toldo Strassen- und Tiefbau AG nicht direkt an den beschriebenen Verhaltensweisen beteiligt gewesen sei. Sie ersuchen die Wettbewerbsbehörden zudem, die Sanktion gemäss Antrag infolge der abgegebenen Erklärungen zum Sachverhalt und zum künftigen Verhalten zusätzlich um 15 % zu reduzieren sowie sanktionsmindernd zu berücksichtigen, dass die Toldo mit dem Kanton Graubünden nach Antragsversand eine Vergleichszahlung in Höhe von CHF [...] vereinbart habe.

A.3.16.12 Walo

96. Die Walo Bertschinger AG Chur, die Walo Bertschinger AG, die Walo Bertschinger Central AG und die Walo Bertschinger Holding AG erheben in ihrer Stellungnahme weder Einwände gegen die Sachverhaltsfeststellungen des Sekretariats noch machen sie geltend, dass kein Verstoss gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Bst. a und c KG vorliege. Sie wenden sich einzig gegen die Qualifikation der Walo Bertschinger AG als Verfügungsadressatin sowie die Sanktionshöhe gemäss Antrag. Bezüglich Letzterer wenden die Gesellschaften ein, dass der vom Sekretariat beantragte Basisbetrag zu hoch ausfalle und die vier genannten Walo-Gesellschaften mit dem Kanton Graubünden nach Antragsversand eine Vergleichszahlung in Höhe von CHF [...] vereinbart hätten, welche sanktionsmindernd zu berücksichtigen sei. Konkret beantragten die genannten Walo-Gesellschaften:

- 1.1. Walo Bertschinger AG sei im Dispositiv der Verfügung als Partei der Untersuchung, Untersuchungsadressatin und Verfügungsadressatin zu streichen.
- 1.2. Eventualiter, falls Antrag 1.1 abgelehnt wird: Gegen Walo Bertschinger AG sei die Untersuchung ohne Folgen einzustellen.
- 2.1.1. Die Sanktion gegen die Walo-Gesellschaften (soweit diesen eine Sanktion auferlegt wird) sei zu reduzieren, indem die mit dem Kanton Graubünden vereinbarte Vergleichszahlung vom nach Art. 3 und 4 SVKG berechneten Sanktionsbetrag vollständig abgezogen wird.

¹⁷⁰ Act. V.134, V.155, V.243 (22-0457).

- 2.1.2. Soweit der Umstand der Wohlverhaltenserklärung und der Verpflichtung auf ein Compliance-Programm gemäss Ziff. 8 und 9 des Vergleichs mit dem Kanton Graubünden nicht im Wege eines vollständigen Abzugs der mit dem Kanton Graubünden vereinbarten Vergleichszahlung vom nach Art. 3 und 4 SVKG berechneten Sanktionsbetrag berücksichtigt wird, sei der nach Art. 3 und 4 SVKG berechnete Sanktionsbetrag zusätzlich um 10 % zu reduzieren.
- 2.2.1. Die Sanktion gegen die Walo-Gesellschaften (soweit diesen eine Sanktion auferlegt wird) sei zu reduzieren, indem (i) Umsätze, die nicht auf Belagsarbeiten herrühren, sowie (ii) mit privaten Auftraggebern erzielte Umsätze gemäss der Aufstellung in Beilage 5 bei der Berechnung des Basisbetrags nach Art. 3 SVKG nicht berücksichtigt werden.
- 2.2.2. In dem Ausmass, in dem die Wettbewerbskommission dem Antrag 2.2.1. nicht folgt und/oder die Revisionsgesellschaft in ihrem Bericht nach Ziff. 5 des Vergleichs mit dem Kanton Graubünden auf höhere Umsätze erkennt, sei die hieraus folgende höhere Vergleichszahlung an den Kanton vom nach Art. 3 und 4 SVKG berechneten Sanktionsbetrag abzuziehen.
- 2.3. die Sanktion gegen die Walo-Gesellschaften (soweit diesen eine Sanktion auferlegt wird) sei zu reduzieren, indem der Basissatz nach Art. 3 SVKG auf höchstens 7 % festgesetzt wird.

A.3.16.13 Zindel und Prader

97. Die Zindel und die Prader erklärten in ihrer Stellungnahme¹⁷¹, dass sie den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkennen und künftig keine Abreden mehr treffen werden, wie sie im Antrag als unzulässig erachtet wurden. Die beiden Gesellschaften machten nicht geltend, dass kein Verstoss gegen das Kartellrecht vorliege. Allerdings seien sie nicht zu sanktionieren, da eine Sanktionierung gemäss Art. 49a Abs. 3 lit. b KG wegen Zeitablaufs ausgeschlossen sei. Sollte die WEKO zum Ergebnis kommen, dass die Vorschrift nicht greife, so sei bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen, dass die vom Sekretariat beantragte Sanktion zu hoch sei, insbesondere da der vom Sekretariat beantragte Basisbetrag zu hoch ausfalle und die Zindel und die Prader mit dem Kanton Graubünden nach Antragsversand eine Vergleichszahlung in Höhe von CHF [...] vereinbart hätten, welche sanktionsmindernd zu berücksichtigen sei. Konkret stellen die Zindel und die Prader die folgenden Anträge:

1. Auf eine Belastung der METTLER PRADER AG und der ZINDEL GRUPPE AG mit einer Sanktion sei zu verzichten.
2. Eventualiter: Für den Fall der Abweisung von Antrag 1 seien die METTLER PRADER AG und die ZINDEL GRUPPE AG solidarisch mit einer Sanktion von maximal CHF 266 352.05 zu belasten.

A.3.17 Überweisung an WEKO, Anhörungen von Parteien und Entscheid der WEKO

98. Nach Prüfung der vorgenannten Stellungnahmen der Parteien (siehe Rz 79 ff.) überwies das Sekretariat der WEKO seinen (unveränderten) Antrag gemäss Rz 71, die vorgenannten Stellungnahmen sowie die Beweisanträge der Foser vom 17. Mai 2019 (siehe Rz 77) zur Entscheidung.

¹⁷¹ Act. V.246 (22-0457).

99. Die WEKO trat am 17. Juni 2019 auf das Geschäft ein. Am selben Tag lehnte sie die Beweisanträge der Foser ab (zur Begründung siehe Rz 241, letzter Spiegelstrich).¹⁷²

100. Am 1. Juli 2019 führte die WEKO Anhörungen der Parteien nach Art. 30 Abs. 2 zweiter Satz KG durch, in deren Rahmen sie den angehörten Parteien die Möglichkeit gab, Plädoyers zu halten.¹⁷³ Angehört wurden die Centorame, die Foser, die Hüppi, die KIBAG und die Schlub-Gesellschaften. Sämtliche angehörten Parteien bestätigten ihre in den schriftlichen Stellungnahmen gestellten Rechtsbegehren.¹⁷⁴

101. Nach Beratung fällte die WEKO am 19. August 2019 in der im Rubrum genannten Besetzung den vorliegenden Entscheid. Die WEKO-Mitglieder Andreas Kellerhals und Nicolas Diebold beteiligten sich aus Ausstandsgründen gemäss Art. 22 Abs. 1 KG nicht an der Entscheidung.

¹⁷² Vgl. Act. V.274 ff. (22-0457).

¹⁷³ Vgl. Act. VI.1 (22-0457).

¹⁷⁴ Vgl. Act. VI.1 (22-0457).

B Sachverhalt

B.1 Übersicht

102. Die nachfolgenden Ausführungen zum Sachverhalt sind wie folgt aufgebaut. Zunächst werden in den Vorbemerkungen die Grundlagen der Beweisführung dargelegt (siehe Rz 104 ff.). Sodann wird – und hier liegt der Schwerpunkt der Ausführungen zum Sachverhalt – der für die kartellrechtliche Bewertung relevante Sachverhalt im Einzelnen erörtert. Dabei werden folgende Sachverhaltskomplexe dargestellt:

- Die Zusammenarbeit von Strassenbauunternehmen im Kanton Graubünden (siehe Rz 118 ff.). Dabei wird vor allem auf die Zusammenarbeit betreffend die gemeinsame Zuteilung von Strassenbauprojekten und Festlegung von Eingabesummen im Kanton Graubünden zwischen 2004 bis und mit 2010 eingegangen (siehe dazu Rz 163 ff.). Ebenfalls behandelt werden sonstige Formen der Zusammenarbeit (Erarbeitung von Kalkulationsgrundlagen, Zusammenarbeit im Rahmen der Beteiligung an der Catram, Zusammenarbeit im Rahmen von sog. «Dauer-Arbeitsgemeinschaften»; siehe Rz 348 ff.).
- Die Zusammenarbeit von Hochbauunternehmen aus dem Raum Chur im Rahmen des sogenannten «Club Quattro» im Zeitraum zwischen 2006 und 2012 (siehe dazu Rz 365 ff.).

103. Sowohl bezüglich der vorgenannten Zusammenarbeit von Strassenbauunternehmen als auch hinsichtlich derjenigen der Hochbauunternehmen im Rahmen des «Club Quattro» wird jeweils vorab die jeweilige Baubranche beschrieben, d. h. insbesondere die dort tätigen Unternehmen, ihre Tätigkeitsgebiete, ihre Kundinnen und Kunden, der Wert der Nachfrage sowie die Umsatzanteile von in der jeweiligen Baubranche tätigen Unternehmen (siehe unten Rz 119 ff. und 366 ff.).

B.2 Beweisführung und -verwertung

104. Bevor der zu beurteilende Sachverhalt dargestellt wird, werden nachfolgend zunächst die bei der Beweisführung und -verwertung zu berücksichtigenden Regeln erläutert. Eingegangen wird dabei auf den Grundsatz der freien Beweisführung (siehe Rz 105), das Beweismass (Rz 106) sowie auf die Verwertbarkeit der vorliegenden Beweismittel (Rz 107 ff.).

B.2.1 Zum Grundsatz der freien Beweiswürdigung

105. Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)¹⁷⁵ anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Auch im Kartellverwaltungsverfahren gilt damit der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i. V. m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP¹⁷⁶). Diesbezüglich ist hervorzuheben, dass im schweizerischen Recht keine strikte Beweisregel existiert, die es per se verbieten würde, gestützt auf die Aussagen einer einzigen Partei, etwa einer Selbstanzeigerin, einen Beweis als erbracht zu erachten, selbst wenn diese Aussage von (allen) anderen Parteien bestritten wird.¹⁷⁷ Massgeblich ist vielmehr immer die freie Beweiswürdigung im Einzelfall. So

¹⁷⁵ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

¹⁷⁶ Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

¹⁷⁷ In diesem Sinne noch das Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, RPW 2014/3, 618 ff. E. 5.4, *Baubeschläge/Koch AG*; Urteil aufgehoben durch Urteil des BGer 2C_1017/2014 vom 7.10.2017.

hat auch das BVGer zuletzt klargestellt, dass es sich auch bei Aussagen einer Selbstanzeigerin um Parteiauskünfte im Sinne von Art. 12 Bst. b VwVG handelt, die frei auf ihre Glaubhaftigkeit hin zu würdigen sind.¹⁷⁸ In diesem Zusammenhang hat es verdeutlicht, dass der Umstand, dass übereinstimmende Aussagen bzw. Selbstanzeigen dann besonders glaubhaft sind, wenn die eine Aussage ohne Kenntnis des Inhalts der anderen Aussage getätigt wird; dies gilt erst recht, wenn diese unabhängigen Aussagen zusätzlich durch objektive Beweismittel bestätigt werden.¹⁷⁹

B.2.2 Zum Beweismass

106. 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.¹⁸⁰ 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.¹⁸¹ 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.¹⁸²

B.2.3 Zur Beweisverwertung

107. Bevor bei der Darstellung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts die der WEKO vorliegenden Beweismittel gewürdigt werden, muss vorab entschieden werden, ob hinsichtlich dieser Beweismittel Beweisverwertungsverbote bestehen.

B.2.3.1 Allgemeines

108. Im Rahmen der freien Beweiswürdigung können nur Beweismittel gewürdigt werden, für die kein Beweisverwertungsverbot besteht. Dabei gilt Folgendes: Die Wettbewerbsbehörden müssen Beweise im Rahmen ihrer gesetzlichen Ermittlungsbefugnisse erheben. Ein Beweisverwertungsverbot kann überhaupt nur dann bestehen, wenn der Beweis rechtswidrig erlangt worden ist.¹⁸³ Allerdings ist selbst dann die Beweisverwertung nicht ausgeschlossen, wenn das Beweismittel in der konkreten Situation auch rechtmässig hätte beschafft werden können oder wenn das öffentliche Interesse an der Erforschung der Wahrheit und der

¹⁷⁸ Siehe etwa Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25.6.2018, E. 6.5.5.8, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Cellere gegen WEKO*.

¹⁷⁹ Vgl. etwa Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25.6.2018, E. 6.5.5.4, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Cellere gegen WEKO*.

¹⁸⁰ Vgl. etwa Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25.6.2018, E. 6.4.4.1, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Cellere gegen WEKO*; siehe auch 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)*.

¹⁸¹ Vgl. z.B. BGE 124 IV 86, E. 2a.

¹⁸² 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-771/2012 vom 25.6.2018, E. 6.4.4.3, E. 6.4.4.4, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Cellere gegen 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.

¹⁸³ Vgl. BGE 139 II 95 E. 3.1; 120 V 435, 439 E. 3b).

Durchsetzung des Rechts das durch eine rechtswidrige Beweiserhebung beeinträchtigte private Rechtsgut überwiegt.¹⁸⁴

109. In Bezug auf Beweisverwertungsverbote gilt es zudem zu beachten, dass diese rechtzeitig und in angemessener Weise geltend gemacht werden müssen. Insbesondere das BStrGer und das BGer haben dies wiederholt festgehalten.¹⁸⁵ Das BGer hat etwa konkret ausgeführt:

«Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem Verbot des Rechtsmissbrauchs ist es nicht zulässig, formelle Rügen, die in einem früheren Prozessstadium hätten geltend gemacht werden können, bei ungünstigem Ausgang später noch vorzubringen (BGE 135 III 334 E. 2.2; 134 I 20 E. 4.3.1 S. 21; Urteil 4A_516/2012 vom 8. Februar 2013 E. 5.1; je mit Hinweisen). Sowohl die Praxis des Bundesgerichts als auch diejenige der Strassburger Rechtsprechungsorgane verlangen grundsätzlich, dass der Beschuldigte oder sein Anwalt zur Wahrnehmung der Verteidigungsrechte rechtzeitig und in angemessener Weise aktiv werden. Wenn eine entsprechend zumutbare Intervention unterbleibt, kann nach Treu und Glauben sowie von Grundrechts wegen kein Tätigwerden der Strafjustizbehörden erwartet werden (Urteil 6B_22/2010 vom 8. Juni 2010 E. 2.2 mit Hinweis auf BGE 120 Ia 48 E. 2e/bb S. 55 mit Hinweisen).»¹⁸⁶

B.2.3.2 Zur Verwertbarkeit des Protokolls der Einvernahme des Zeugen [...]

110. Einzelne Verfahrensparteien, insbesondere die KIBAG, hatten im Laufe des Verfahrens zunächst angezweifelt, dass [...] als Zeuge befragt werden dürfe bzw. dass das Protokoll der Einvernahme des Zeugen [...] verwertbar sei.¹⁸⁷ Einzig die KIBAG stellte daraufhin – indes erst sechs Monate nach Durchführung der Zeugeneinvernahme und weiteren Einvernahmen – den konkreten Antrag, das Protokoll der Zeugeneinvernahme sowie weitere Einvernahmeprotokolle, in denen auf die Zeugeneinvernahme Bezug genommen wird, aus den Akten zu weisen, und rekurrierte gegen die Nichteintretensentscheidung der Wettbewerbsbehörden vor BVGer; im Laufe des Verfahrens vor dem BVGer nahm die KIBAG ihre Beschwerde wieder zurück (siehe vertieft dazu Rz 56). Die übrigen Parteien habe ihre Zweifel weder substantiiert noch konkrete Anträge gestellt. Nach Rücknahme der KIBAG-Beschwerde und dem Erlass eines entsprechenden Abschreibungsurteils des BVGer informierte das Sekretariat sodann im Dezember 2017 die Verfahrensparteien darüber, dass es die Aussagen von [...] sowie allfällige Stellungnahmen der Verfahrensparteien zu diesen Aussagen als Beweismittel verwenden werde.¹⁸⁸ Hierauf reagierten die Verfahrensparteien nicht. Auch nachdem das Sekretariat die Verfahrensparteien über das Urteil des BVGer i.S. Befragung von [...] als Zeuge informiert hatten,¹⁸⁹ machten die Verfahrensparteien zunächst nicht die Unverwertbarkeit der Angaben von [...] geltend. In den Stellungnahmen zum Antrag erhoben zwei Untersuchungsadressatinnen den Unverwertbarkeitseinwand: Einerseits erneuerte die KIBAG

¹⁸⁴ Vgl. BGE 120 V 435, 439 f. E. 3b).

¹⁸⁵ Vgl. Beschluss des BStrG BV.2011.23 vom 3.2.2012, E. 1.3., *A SA./Eidgenössische Steuerverwaltung*; Urteil des BGer 6B_678/2013 vom 3.2.2014, E. 2.2., *X/Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich*.

¹⁸⁶ Urteil des BGer 6B_678/2013 vom 3.2.2014, E. 2.2., *X/Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich*.

¹⁸⁷ Siehe insbesondere Act. II.002, Rz 38 ff. (22-0457) sowie Act. IV.2.001 ff. (22-0457).

¹⁸⁸ Act. I.423 f. (22-0457).

¹⁸⁹ Siehe Act. I.553 (22-0457).

ihren Unverwertbarkeitseinwand, andererseits erhoben die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG ihn erstmals.¹⁹⁰

111. In Bezug auf die Verwertung der Zeugenaussagen von [...] liegen keine rechtzeitigen und angemessenen formellen Rügen betreffend die angebliche Unverwertbarkeit des Protokolls der Zeugeneinvernahme von [...] vor: Denn die KIBAG erhob ihre Rüge erst über sechs Monate nach Durchführung der Zeugeneinvernahme und weiteren Einvernahmen und die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG machte die Unverwertbarkeit über drei Jahre nach der Einvernahme (mit ihrer Stellungnahme zum Antrag) geltend. Die übrigen Verfahrensparteien haben gar keine formellen Rügen eingelegt.

112. Selbst wenn rechtzeitige und angemessene Rügen betreffend die Verwertbarkeit des Protokolls der Zeugeneinvernahme von [...] vorlägen, so wäre Folgendes zu beachten. Damit ein Beweisverwertungsverbot zur Diskussion stehen kann, ist vorausgesetzt, dass die Behörde das betreffende Beweismittel rechtswidrig erlangt hat. Vorliegend wurden die Antworten von [...] aus den folgenden Gründen nicht rechtswidrig erlangt:

- Die Befragung von [...] als Zeuge könnte allenfalls dann rechtswidrig gewesen sein, wenn die Person im Zeitpunkt der Zeugenbefragung als Organ einer Verfahrenspartei zu qualifizieren wäre oder zumindest über eine faktische Organstellung verfügt hätte. In diesem Fall hätte eine Parteieinvernahme durchgeführt werden müssen, da [...] dann für eine Verfahrenspartei gehandelt bzw. gesprochen hätte.¹⁹¹ Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall. Unstreitig war [...] im Zeitpunkt der Befragung nicht mehr Organ der KIBAG und hatte auch keine faktische Organstellung (bei der KIBAG schied er bereits im November 2014 aus). Er verfügte auch bei keiner anderen Verfahrenspartei über eine Organstellung. Insbesondere war er im Zeitpunkt der Befragung nicht (faktisches) Organ der Implenia. [...]. Da [...] folglich nicht als Organ von Verfahrensparteien aussagen konnte, war er im Zeitpunkt der Befragung als Drittperson zu betrachten. Als Drittperson war [...] als Zeuge einzuvernehmen (Art. 42 Abs. 1 KG). Wer als Partei gilt und nicht als Zeuge befragt werden darf, bestimmt sich vor diesem Hintergrund nach rein formalen Kriterien. Nicht zu berücksichtigen ist, welche Nähe die betreffende Person zum Streitgegenstand hat und ob sie ein Interesse am Verfahrensausgang hat.¹⁹² Diesen Aspekten ist allenfalls im Rahmen der Beweiswürdigung Rechnung zu tragen.¹⁹³
- Nicht tangiert durch die Befragung von [...] als Zeuge war das Verbot zum Selbstbelastungszwang (nemo-tenetur-Grundsatz). Der nemo-tenetur-Grundsatz fliesst aus den Persönlichkeitsrechten und dem Anspruch auf ein faires Verfahren. Er soll verhindern, dass die Behörde Beweismittel durch unzulässige Zwangsmittel gegenüber beschuldigten Personen erlangen.¹⁹⁴ Der KIBAG oder anderen Verfahrensparteien wurde durch die Befragung von [...] jedoch in keiner Weise Pflichten auferlegt. Auch wurde den Verfahrensparteien gegenüber kein Zwang ausgeübt, namentlich wurden die Verfahrensparteien nicht zur Aussage gezwungen. Die Aussage- und Wahrheitspflicht, die mit der Zeugenstellung einherging, beschränkte sich auf [...], der nicht (mehr) für Verfahrensparteien handeln konnte. Seine eigenen Interessen konnte [...] im Rahmen der Zeugnisverweigerungsrechte geltend machen. Der nemo-tenetur-Grundsatz ist hingegen

¹⁹⁰ Act. V.192, Rz 18 ff.; V.238, Rz 156 ff. (22-0457).

¹⁹¹ Siehe nur Urteil des BVGer B-3099/2016, B-3702/2016 vom 17.9.2018, E. 3.2.3 sowie Merkblatt des Sekretariats der WEKO vom 6.6.2016 zu ausgewählten Ermittlungsinstrumenten, Rz 55 ff.

¹⁹² THOMAS WEIBEL/SABINA NAEGELI, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2013, Art. 169 ZPO N 6.

¹⁹³ Urteil des OGer LU vom 12.11.1986, in: LGVE 1986 Nr. 21, 35; WEIBEL/NAEGELI, in: ZPO-Kommentar (Fn 192), Art. 169 ZPO N 6.

¹⁹⁴ Vgl. eingehend dazu Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 98 m.w.H.

nicht dazu bestimmt, die Aufdeckung der Wahrheit zu verhindern oder Verfahrensparteien vor belastenden Aussagen Dritter zu schützen. Er dient damit nicht dazu, beschuldigte Verfahrensparteien vor belastenden Beweisen zu schützen, welche ausserhalb der Willens- bzw. der Einflussosphäre der beschuldigten Verfahrensparteien gewonnen werden. Wäre es anders, so müssten sämtliche belastenden Beweise, welche gegen den Willen von Verfahrensparteien erhoben wurden, d. h. z. B. auch an Hausdurchsuchungen beschlagnahmte Gegenstände, Auskünfte von Whistleblowern oder Angaben von Selbstanzeigerinnen, nur deshalb als unverwertbar angesehen werden, weil diese Beweismittel zu einer Sanktionsbedrohung führen könnten bzw. zu einer Sanktion führen würden. Eine derartige Ausweitung der Bedeutung des nemo-tenetur-Grundsatzes würde folglich dazu führen, dass ausschliesslich Unternehmen sanktioniert werden könnten, welche mit ihrer Sanktionierung einverstanden sind. Es ist nicht ersichtlich, weshalb ausgerechnet in kartellrechtlichen Sanktionsverfahren eine derartige singuläre Konsequenz des nemo-tenetur-Grundsatzes geltend soll.

- Es ist vorliegend wertend zu berücksichtigen, dass selbst in strafprozessualen Verfahren *ehemalige* Organe einer juristischen Person als Zeugen gemäss Art. 162 StPO befragt werden dürfen, sofern das ehemalige Organ nicht nach Art. 178 StPO als Auskunftsperson zu qualifizieren ist. In der vorliegenden Konstellation wäre – würde man Art. 178 StPO im kartellrechtlichen Sanktionsverfahren entsprechend anwenden – jedoch kein Fall von Art. 178 StPO einschlägig. Insbesondere wären Art. 178 Bst. d StPO (Gefahr der Sanktionierung der aussagenden Person) und Art. 178 Bst. f StPO (aktuelles Organ und dessen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter) nicht gegeben. Denn vorliegend bestand keine Gefahr, dass [...] durch eine wahrheitsgemässe Aussage selbst kartellrechtlich sanktioniert werden könnte, da gemäss Kartellrecht nur Unternehmen für bestimmte Kartellrechtsverstösse direkt zu sanktionieren sind (Art. 49a KG). Auch war [...] im Zeitpunkt seiner Aussage weder aktuelles Organ der KIBAG oder einer anderen Verfahrenspartei noch Mitarbeiter eines aktuellen Organs der KIBAG oder einer anderen Verfahrenspartei. Selbst wenn Art. 178 StPO in kartellrechtlichen Sanktionsverfahren analog anzuwenden, wäre [...] mithin als Zeuge gemäss Art. 162 StPO zu befragen.

113. Ob das Urteil des BVGer i.S. *Zeugenbefragung von [...]*,¹⁹⁵ welches ebenfalls eine Konstellation betrifft, in der ein ehemaliger Mitarbeiter bzw. ein ehemaliges Organ als Zeuge befragt werden soll, den Ausführungen in Rz 112 entgegensteht, ist unklar. Zwar scheint das BVGer gemäss Urteilsbegründung von der Geltung bestimmter Restriktionen für die Befragung eines ehemaligen Organs als Zeugen auszugehen (siehe auch Rz 114).¹⁹⁶ Allerdings hat das BVGer mit dem Urteil die Beschwerde der [...] gegen die Befragung von [...] als Zeugen vollumfänglich abgewiesen und den Wettbewerbsbehörden im Dispositiv keine Restriktionen für die konkrete Befragung von [...] auferlegt.¹⁹⁷ Damit hat es den Wettbewerbsbehörden die Möglichkeit genommen, die Restriktionen gemäss Urteilsbegründung für die Befragung eines ehemaligen Mitarbeiters/Organs als Zeugen beim BGer anzufechten. Die Wettbewerbsbehörden haben deshalb das vorgenannte Urteil nicht zum BGer weitergezogen.

114. Würde gleichwohl angenommen, dass die *Begründung* des BVGer-Urteils für die vorliegend zu beurteilende Konstellation grundsätzlich konkrete Rechtsfolgen tätigen könnte, so wäre zu prüfen, ob die Ausführungen des BVGer zu angeblichen Restriktionen bei der Befragung eines ehemaligen Organs als Zeugen überzeugen. Das BVGer nimmt in dem Urteil

¹⁹⁵ Urteil des BVGer B-3099/2016, B-3702/2016 vom 17.9.2018

¹⁹⁶ Vgl. insbesondere E. 4.5.4 und E. 4.5.5 des Urteils des BVGer B-3099/2016, B-3702/2016 vom 17.9.2018.

¹⁹⁷ Vgl. Dispositiv des Urteils des BVGer B-3099/2016, B-3702/2016 vom 17.9.2018.

an,¹⁹⁸ dass eine Befragung eines ehemaligen Organs als Zeugen nur dann zulässig sei, solange es um Angaben rein tatsächlicher Art gehe. Eine Aussage als Zeuge unter Straffolge komme indes nicht in Betracht im Hinblick auf Fragen, welche letztlich zu einer impliziten Schuldanerkennung derjenigen Verfahrenspartei führen könnten, für die die befragte Person früher in Organfunktion handelte. Hier biete sich – a majore ad minus – lediglich eine Befragung als Auskunftsperson an, d. h. eine Befragung ohne Hinweis auf die Wahrheitspflicht und ohne Strafandrohung bei Falschaussage sowie mit dem Recht, die Aussage zu verweigern. Das BVGer begründet dies damit, dass im Unternehmensstrafrecht die involvierten Personen regelmässig als Auskunftsperson befragt würden,¹⁹⁹ sowie damit, dass mit einer unbeschränkten Aussage eines ehemaligen Organs, welches in einem «besonderen Näheverhältnis» zur beschuldigten Verfahrenspartei stehe, das Schweigerecht einer beschuldigten Person «letztlich unterlaufen» würde. Letzteres würde Sinn und Zweck der EMRK, praktische und effektive Rechte zu gewährleisten («effet utile»), widersprechen.²⁰⁰ Aus Sicht der Wettbewerbsbehörden überzeugen diese Ausführungen aus den folgenden Gründen nicht:

- Die Restriktionen sind systemfremd. In keiner der anderen durch das BVGer analysierten Prozessrechte, namentlich auch nicht im Strafprozess, existiert die Figur eines nur eingeschränkt aussagepflichtigen Zeugen. Das System aller schweizerischen Prozessrechte ist bezüglich Einvernahmen dual: entweder eine natürliche Person ist Zeugin, und untersteht vollumfänglich der Aussage- und Wahrheitspflicht; oder sie ist es nicht und kann als Partei (oder im Strafrecht als Auskunftsperson) die Aussage generell verweigern. Das BVGer hat mit dem Zeugen, der nur eingeschränkt befragt werden kann, eine bisher unbekannte, einmalige und systemfremde Figur geschaffen. Die Konsequenz davon ist – dies geht auch aus den folgenden Absätzen hervor – dass mangels Vorbilder für diese neue Figur weder eine Praxis anderer Behörden noch eine dazugehörige Rechtsprechung noch Literatur vorliegt und damit eine voraussichtlich viele Jahre dauernde Situation der Rechtsunsicherheit geschaffen wird, die beinahe bezüglich jeder Zeugeneinvernahme zu einem Rechtsmittelverfahren führen wird.
- Anders als es das BVGer darstellt, werden *ehemalige* Organe im Strafrecht nur dann als Auskunftsperson befragt, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass die natürliche Person selbst (Mit-)Täterin oder Teilnehmerin der abzuklärenden Straftat ist (vgl. Art. 178 Bst. d StPO sowie oben Rz 112 letzter Spiegelstrich).²⁰¹ Diese Regelung dient dem Schutz des nemo-tenetur-Grundsatzes *in Bezug auf die befragte natürliche Person* (das ehemalige Organ).²⁰² Diese natürliche Person soll durch die Auskunfts- und Wahrheitspflicht eines Zeugen nicht unter Druck gesetzt werden, durch ihre Angaben zur *eigenen* Strafbarkeit beizutragen.²⁰³ Eine derartige Konstellation und Drucksituation besteht in kartellrechtlichen Sanktionsverfahren jedoch nicht, da gemäss Schweizer Kartellrecht natürliche Personen kartellrechtlich nicht sanktioniert werden können (vgl. Art. 49a KG) und damit per se ausgeschlossen ist, dass die aussagende natürliche Person Gefahr laufen könnte, durch ihre Aussage zu ihrer eigenen kartellrechtlichen Sanktionierung beizutragen. Soweit die Gefahr im Raum steht, dass die aussagende Person wegen einer Aussage *strafrechtlich* belangt wird, ist sie überdies auch nicht schutzlos gestellt, da sie gemäss Art. 39 KG i.V.m. Art. 16 VwVG i.V.m. Art. 42 BZP ein

¹⁹⁸ Siehe dazu und zum Folgenden Urteil des BVGer B-3099/2016, B-3702/2016 vom 17.9.2018, E. 4.5.4 und E. 4.5.5.

¹⁹⁹ Urteil des BVGer B-3099/2016, B-3702/2016 vom 17.9.2018, E. 4.5.4.

²⁰⁰ Urteil des BVGer B-3099/2016, B-3702/2016 vom 17.9.2018, E. 4.5.5.

²⁰¹ Bei *ehemaligen* Organen ist Art. 178 Bst. f StPO nicht einschlägig, da diese Vorschrift gemäss Wortlaut nur auf *aktuelle* Vertreter anwendbar ist.

²⁰² Vgl. ROLAND KERNER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), 2. Aufl. 2014, Art. 178 N 1, 8 f.

²⁰³ Vgl. Nachweise in Fn 202.

Zeugnisverweigerungsrecht betreffend ihre Strafbarkeit begründende Tatsachen hat. Auch Art. 178 Bst. g StPO spricht nicht für die vom BVGer aufgestellten Restriktionen. Denn diese Norm ist eng auszulegen und gilt nur für *aktuelle formelle* Vertreter.²⁰⁴ Gemäss Strafprozessrecht sind also einzig formelle Organe sowie deren engste Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter als Auskunftsperson zu vernehmen. Alle übrigen Personen wären in strafrechtlichen Verfahren – sofern keine eigene Strafbarkeit der Person im Raum steht – als Zeugen – ohne die vom BVGer aufgestellten Restriktionen – zu befragen. Der Hinweis des BVGer auf die strafprozessualen Regelungen betreffend die Auskunftsperson spricht keinesfalls für die vom BVGer aufgestellten Restriktionen.

- Der nemo-tenetur-Grundsatz gilt für juristische Personen nicht absolut.²⁰⁵ Gemäss BGE ist über seine Tragweite bei der Anwendung in kartellrechtlichen Sanktionsverfahren im Einzelfall zu entscheiden. Dabei sind in einer «*procedure administrative*» Abweichungen von einer «*procédure pénale au sens strict du terme*» zulässig.²⁰⁶ Das BVGer hat diese Relativierungen im hier diskutierten Entscheid ebenfalls anerkannt.²⁰⁷ Entsprechend diesen Relativierungen und Wertungen wäre nun eigentlich zu erwarten, dass der Umfang des Aussageverweigerungsrechts für juristische Personen im Kartellrecht geringer (oder maximal gleich) ausfallen sollte als im Kernstrafrecht bzw. wertungsmässig auch geringer als in einem Strafverfahren gegen eine natürliche Person. Wie bereits ausgeführt, hätte die Geltung der Restriktionen gemäss BVGer jedoch genau das Gegenteil zur Folge. So könnten danach Personen, welche gemäss strafprozessualen Regelungen kein Aussageverweigerungsrecht hätten (z. B. ehemalige Organe oder aktuelle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter; vgl. vorangehenden Spiegelstrich), in kartellrechtlichen Sanktionsverfahren die Aussage verweigern. Würden die vom BVGer aufgestellten Regelungen gelten, so bestünde folglich ein Wertungswiderspruch zwischen dem Kernstrafrecht und dem Kartellrecht, indem im erstgenannten nur ein enger Kreis von Personen die Aussage verweigern kann, während im zweitgenannten grundsätzlich jeder, welcher verfahrensrelevante Informationen liefern könnte, die Aussage verweigern darf.
- Es ist unstrittig, dass die «unbeschränkte» Befragung eines ehemaligen Organs als Zeugen den Interessen der beschuldigten Gesellschaft, deren Organ der Zeuge war, zuwiderlaufen kann. Dass alleine deshalb die Befragung eines ehemaligen Organs als Zeugen gegen den *effet utile* der EMRK i.V.m. Art. 6 EMRK i.V.m. dem nemo-tenetur-Grundsatz verstösst, überzeugt hingegen nicht. Dies gilt schon deshalb, da der *effet utile* kein Recht an sich ist, sondern den EMRK-Rechten – als eine Art prozessrechtliche Garantie – zur Durchsetzung verhilft. So verlangt der *effet utile* nur, aber immerhin, dass die Rechtsordnungen, in denen die EMRK gilt, so ausgestaltet werden, dass die in der EMRK verbrieften Rechte auch zur Geltung gelangen.²⁰⁸ Damit könnte der *effet utile* der EMRK überhaupt nur dann für die Restriktionen gemäss BVGer sprechen, wenn aus Art. 6 EMRK i.V.m. dem nemo-tenetur-Grundsatz das Recht einer beschuldigten Person folgen würde, eine Aussage eines ehemaligen Organs zu verhindern. Ein solches EMRK-Recht ist jedoch nicht ersichtlich und wird auch vom BVGer nicht belegt. Wie bereits erläutert, liegt der Schutzzweck des nemo-tenetur-Grundsatzes denn auch nur, aber immerhin darin, zu verhindern, dass die beschuldigte Person selbst in einer Drucksituation durch ihre Angaben zu ihrer eigenen Verurteilung beitragen muss. Das Recht schützt damit den freien Willen einer beschuldigten Person, sich nicht durch eigene Angaben selbst belasten zu müssen. Die vom BVGer behauptete

²⁰⁴ Vgl. BSK StPO-KERNER (Fn 202), Art. 178 N 13.

²⁰⁵ BGE 142 IV 207.

²⁰⁶ Vgl. BGE 139 I 72, E. 2.2.2 und E. 4.4., *Publigroupe*

²⁰⁷ Urteil des BVGer B-3099/2016, B-3702/2016 vom 17.9.2018, E. 4.

²⁰⁸ Vgl. Nachweise im Urteil des BVGer B-3099/2016, B-3702/2016 vom 17.9.2018, E. 4.5.5.

«Unterlaufung» des Gehalts von Art. 6 EMRK i.V.m. dem nemo-tenetur-Grundsatz wäre folglich einzig denkbar, wenn eine beschuldigte Person durch die Aussage- und Wahrheitspflicht des als Zeugen befragten ehemaligen Organs zu einer sich selbst belastenden Aussage gezwungen würde. Derartiges ist bei einer Befragung eines ehemaligen Organs einer beschuldigten Verfahrenspartei jedoch nicht der Fall. Denn ein ehemaliges Organ kann nicht für «seine» ehemalige Gesellschaft aussagen und die beschuldigte Gesellschaft ist gar nicht Adressatin der – den Zeugen treffenden – Auskunfts- und Wahrheitspflicht. Diese Umstände anerkennt das BVGer im Übrigen selbst.²⁰⁹ Eine «Unterlaufung» des durch Art. 6 EMRK i.V.m. dem nemo-tenetur-Grundsatz geschützten freien Willens einer beschuldigten Person, sich nicht selbst belasten zu müssen, ist damit in der vorliegenden Konstellation (Befragung eines ehemaligen Organs als Zeugen) ausgeschlossen.

- Wäre die bundesverwaltungsgerichtliche Argumentation richtig, dass eine Zeugenaussage einzig deshalb nicht erhoben werden darf, weil sie das Schweigerecht gemäss Art. 6 EMRK «unterläuft», so würde ein solches Verständnis von Art. 6 EMRK i.V.m. dem nemo-tenetur-Grundsatz die Durchsetzung des Kartellrechts bzw. der kartellrechtlichen Sanktionsbestimmungen verunmöglichen. Denn der Verweis auf die «Unterlaufung» des Schweigerechts könnte entsprechend gegenüber sämtlichen belastenden Beweisen, welche ausserhalb der Willens- und Einflussphäre der beschuldigten Person erhoben werden (d. h. z. B. an Hausdurchsuchungen beschlagnahmte Gegenstände, Auskünfte von Whistleblowern oder Angaben von Selbstanzeigerinnen), geltend gemacht werden. Schliesslich ist den entsprechenden Beweiserhebungen immanent, dass sie das Schweigerecht «unterlaufen», sofern sie für die beschuldigte Person im Hinblick auf eine mögliche Sanktionierung belastend wirken. Eine kartellrechtliche Sanktionierung wäre folglich inskünftig ausschliesslich dann möglich, wenn eine beschuldigte Person mit der Sanktionierung einverstanden wäre. Dies würde nicht nur die Durchsetzung der kartellrechtlichen Sanktionsbestimmungen verunmöglichen, sondern wäre wohl auch eine Singularität in der Schweizer Rechtsordnung sowie im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen.
- Die Restriktionen gemäss BVGer verletzen zudem Art. 190 BV. Wie erläutert, ist das «Schweige- und Lügerecht» eines Zeugen der EMRK nicht zu entnehmen. Bezeichnenderweise hat auch das BVGer in dem fraglichen Entscheid kein EGMR-Urteil genannt, welches seine Argumentation konkret stützen könnte. Als Rechtsgrundlage für die Beschränkung der gesetzlichen Regelungen insbesondere in Art. 15 VwVG und Art. 16 VwVG i.V.m. Art. 42 BZP könnte daher höchstens ein (ungeschriebenes) verfassungsmässiges Recht bemüht werden. Ein solches – die Regelungen des VwVG aushebelndes – Verfassungsrecht ist jedoch ebenfalls nicht ersichtlich. Selbst wenn ein solches verfassungsmässiges Schweige- und Lügenrecht des Zeugen bestünde, dürfte es vom BVGer nicht angewendet werden, wie folgende Ausführungen zeigen: Für Zeugen gilt die Zeugnispflicht gemäss Art. 15 VwVG. Eingeschränkt wird die Zeugnispflicht einzig durch die Zeugnisverweigerungsrechte gemäss Art. 16 VwVG i.V.m. Art. 42 BZP. Die Auflistung der Zeugnisverweigerungsrechte ist abschliessend. Ein verfassungsmässiges Schweige- und Lügenrecht des Zeugen stünde daher im Widerspruch zur Zeugnispflicht gemäss Art. 15 VwVG sowie den Regelungen gemäss Art. 16 VwVG i.V.m. Art. 42 BZP. Für Kollisionen zwischen Verfassung und Bundesgesetzen besagt Art. 190 BV jedoch, dass für die rechtsanwendenden Instanzen Bundesgesetze massgebend sind.²¹⁰ Im Ergebnis dürfte ein verfassungsmässiges Schweige- und Lügenrecht des Zeugen – wenn es denn ein solches gäbe – vom BVGer also nicht angewendet werden.

²⁰⁹ Urteil des BVGer B-3099/2016, B-3702/2016 vom 17.9.2018, E. 3.4–E. 3.6.

²¹⁰ Statt vieler BGE 138 II 440 E. 4; BVGer, A-590/2018 vom 23.10.2018, E. 10.3.2.

115. Nach dem Gesagten ist die Berücksichtigung des Protokolls der Zeugeneinvernahme von [...] sowie weiterer Einvernahmeprotokolle, soweit darin auf die Zeugeneinvernahme von [...] Bezug genommen wird, bei der Beweiswürdigung mithin zulässig. Dies schon deshalb, da keine rechtzeitigen und angemessenen Rügen betreffend die Unverwertbarkeit vorliegen. Selbst wenn solche vorlägen, wäre zu berücksichtigen, dass die Einvernahme von [...] als Zeuge jedenfalls rechtskonform war, da [...] im Zeitpunkt der Befragung bei keiner Verfahrenspartei eine rechtliche oder faktische Organstellung innehatte und die Zeugenbefragung nicht gegen den nemo-tenetur-Grundsatz oder andere Rechte verstösst. Rechtskonform erlangte Beweismittel können von Vorneherein nicht mit einem Beweisverwertungsverbot belegt sein. Das Begehren der KIBAG sowie der A. Käppeli's Söhne AG und der Bianchi Holding AG, das Einvernahmeprotokoll sowie sämtliche aus der Einvernahme gewonnene Erkenntnisse aus den Akten zu weisen bzw. nicht zu berücksichtigen, ist daher abzuweisen.

B.2.3.3 Verwertbarkeit der übrigen Beweismittel

116. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, dass hinsichtlich der übrigen Beweismittel Beweisverwertungsverbote bestehen könnten. Derartiges wurde von den Verfahrensparteien auch nicht geltend gemacht.

B.2.4 Zwischenergebnis

117. Alle der WEKO vorliegenden Beweismittel sind mithin verwertbar. Bei der Würdigung dieser Beweise muss die WEKO nachfolgend den Grundsatz der freien Beweiswürdigung sowie die Grundsätze zum Beweismass beachten.

B.3 Zusammenarbeit von Strassenbauunternehmen im Kanton Graubünden

118. Nachfolgend werden die in Bezug auf den Untersuchungsgegenstand und die Erwägungen der WEKO massgeblichen Umstände der Zusammenarbeit von Strassenbauunternehmen im Kanton Graubünden dargestellt. Zu beschreiben ist damit zunächst die Strassenbaubranche im Kanton Graubünden (vor allem in der Zeit ab 2004), d. h. insbesondere die dort tätigen Unternehmen, ihre Tätigkeitsgebiete, ihre Kundinnen und Kunden, der Wert der Nachfrage sowie die Umsatzanteile von in der Baubranche tätigen Unternehmen (siehe Rz 119 ff.). Anschliessend werden die Zusammenarbeit betreffend die gemeinsame Zuteilung von Strassenbauprojekten und Festlegung von Angebotssummen im Kanton Graubünden (siehe Rz 163 ff.) sowie sonstige Formen der Zusammenarbeit von Strassenbauunternehmen etwa zur Erarbeitung von Kalkulationsgrundlagen oder im Rahmen der Beteiligungen an der Catram AG und von «Dauer-Arbeitsgemeinschaften» genauer beschrieben (siehe Rz 348 ff.).

B.3.1 Strassenbaubranche im Kanton Graubünden

119. Im Folgenden werden die Struktur und Verhältnisse der Strassenbaubranche im Kanton Graubünden dargelegt. Im Einzelnen wird dazu konkretisiert, was zum Zwecke der Untersuchung als Strassenbau verstanden wird (siehe Rz 120 ff.) und inwiefern die Untersuchungsadressatinnen derartige Strassenbauleistungen angeboten haben (siehe Rz 123 f.). Anschliessend wird das Gebiet im Kanton Graubünden skizziert, in welchem die Unternehmen Strassenbauleistungen angeboten haben (siehe Rz 125 ff.), und die Kundschaft der Unternehmen beschrieben (siehe Rz 133). Abschliessend ist auf besondere Charakteristika der Strassenbaubranche im Kanton Graubünden sowie den Umsatz bzw. Umsatzanteile in Bezug auf die Erbringung von Strassenbauleistungen im Kanton Graubünden einzugehen (siehe Rz 134 ff., 142 ff.). Soweit nachfolgend nichts Spezifisches ausgeführt ist, gelten die nachfolgenden Darstellungen für den Zeitraum von 2004 bis heute.

B.3.1.1 Strassenbau bzw. Belagsbau

120. Nachfolgend geht es um die Zusammenarbeit von Unternehmen der Strassenbaubranche im Kanton Graubünden. In sachlicher Hinsicht bezieht sich die folgende Beschreibung folglich auf jenen Wirtschaftsbereich, in dem von den Wirtschaftsteilnehmern «Strassenbauleistungen» erbracht und nachgefragt werden.

121. Was genau als Strassenbauleistung zu qualifizieren ist, ergibt sich zum Zweck der vorliegenden Untersuchung mit Blick auf die Parteiangaben²¹¹ sowie den Normkompositionen-Katalog der Schweizerischen Zentralstelle für Baurationalisierung (NPK). Daraus ist zu folgern, dass der Strassenbau die Herstellung und den Erhalt von Strassen und Wegen für den Fahrzeug- und Fussgängerverkehr umfasst; dazu gehören insbesondere Belagsarbeiten (Asphalтарbeiten, Pflästerungen und Abschlüsse beim Verkehrswegebau) sowie der Bau und Unterhalt der oberen Fundationsschicht (vgl. NPK 221–223). Diese Arbeitsgattung des Baugewerbes kann zum Zwecke der vorliegenden Untersuchung als eigenständiger Bereich betrachtet werden. Denn es bedarf für derartige Arbeiten insbesondere besondere Baumaschinen (z. B. Walzen und Fertiger) und besondere fachliche Kenntnisse (es gibt dementsprechend auch den Lehrberuf des «Strassenbauers»²¹²).²¹³ Diese Arbeiten werden vom Kanton Graubünden und den Graubündner Gemeinden auch als «Belagsarbeiten» bezeichnet.²¹⁴

122. Abzugrenzen ist der Strassenbau in dem oben genannten Sinne insbesondere zum Tiefbau oder sonstigen Baumeisterarbeiten. Nicht erfasst sind damit etwa Arbeiten unterhalb des Belags bzw. dessen oberen Fundaments (z. B. Bau von Werkleitungen, Kanalisationen, Erdarbeiten), Ingenieurtiefbau (z. B. Bau von Brücken, Unterführungen, Stützmauern) und Spezialtiefbau (z. B. Grundwasserabsenkungen, Baugrubensicherungen, Einbau von Ankern). Ebenfalls nicht erfasst ist der Bau und Unterhalt von Gebäuden (z. B. von Wohn- und Geschäftshäusern), was dem Hochbau zuzuordnen ist.

B.3.1.2 Tätigkeiten der Untersuchungsadressatinnen

123. Ausser der Catram und der Lazzarini sind bzw. waren von den in Rz 3–28 genannten Verfahrensparteien alle operativen Gesellschaften im Bereich Strassenbau im oben genannten Sinne tätig.²¹⁵ Namentlich sind dies die Casty Bau AG, die Cellere, die Centorame, die Foser, die Hew, die Implenja, die KIBAG, die Schlub-Gesellschaften, die Toldo, die Walo sowie die Mettler AG und die Prader AG bzw. die METTLER PRADER AG. Diese Gesellschaften verfüg(t)en über die entsprechenden Baumaschinen und die erforderlichen fachlichen Kenntnisse betreffend die Erbringung von Strassenbauleistungen.²¹⁶

124. Daneben sind bzw. waren diese Gesellschaften weitgehend auch in anderen Bereichen des Baugewerbes (z. B. im Bereich Hoch- und Tiefbau) tätig.²¹⁷ Dies erlaubt(e) es ihnen, auch als Anbieter aufzutreten, wenn der Auftraggeber Projekte realisieren wollte, bei denen neben Strassenbauarbeiten auch andere Arbeiten des Baugewerbes anfielen (z. B. Werkleitungs- und Kanalisationsbau).

²¹¹ Vgl. Act. III.001 ff. (22-0457).

²¹² Nach Abschluss der Berufslehre wird ein Eidgenössisches Fähigkeitszeugnis mit dem Titel «Strassenbauer/in EFZ» verliehen; vgl. <<http://www.verkehrswegbauer.ch/>>; zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

²¹³ Siehe etwa Act. III.009, Rz 7, III.011, S. 4, III.015, S. 5 f. (22-0457).

²¹⁴ Vgl. DOPGR in Act. 594 (siehe dazu Rz 142 ff.).

²¹⁵ Vgl. Act. III.001 ff. (22-0457).

²¹⁶ Vgl. auch die Internethomepages der Unternehmen.

²¹⁷ Vgl. nur Internethomepages der Gesellschaften.

B.3.1.3 Tätigkeitsgebiet der Untersuchungsadressatinnen

125. Im Bereich Strassenbau besteht wie in anderen Bereichen des Baugewerbes ein nicht unerheblicher Distanzschutz.²¹⁸ Denn die Erbringung von Strassenbauleistungen erfordert vom Strassenbauunternehmen stets die Verschiebung von Personal, Material und Baumaschinen vom eigenen Standort (Werkhof, Lagerplatz oder ggf. von einer anderen Baustelle) an denjenigen Ort, wo das Projekt, der konkrete Strassenbau, realisiert werden soll. Diese Verschiebung verursacht den Strassenbauunternehmen Transport- und Koordinationskosten, welche mit der «Verschiebedistanz» ansteigen. Je weiter ein Projektort von einem Standort des Unternehmens entfernt ist, desto höher werden also die Kosten des Unternehmens. Ein Unternehmen, welches im Vergleich zu einem Konkurrenzunternehmen eine grössere «Verschiebedistanz» zu bewältigen hat, hat gegenüber dem näher gelegenen Konkurrenzunternehmen einen Kostennachteil. Dieser Kostennachteil manifestiert sich in der Regel in einer höheren Angebotssumme. Die Chance, einen Auftrag zu erhalten, sinkt mithin mit steigender «Verschiebedistanz», sofern Konkurrenzunternehmen eine geringere Distanz zum Projektort zu überbrücken haben. Anders herum betrachtet hat jedes Strassenbauunternehmen in «seinem» Gebiet einen Kostenvorteil gegenüber solchen Strassenbauunternehmen, welche erst Personal, Material und Baumaschinen in dieses Gebiet verschieben müssen; es geniesst insoweit Distanzschutz.²¹⁹ Diese Wirkung wird durch die Tendenz von Vergabestellen verstärkt, Aufträge – zumindest bei freihändigen und Einladungsverfahren – an ihnen bekannte Strassenbauunternehmen aus der eigenen Region zu vergeben.

126. Von grosser Bedeutung für das Tätigkeitsgebiet der hier interessierenden Strassenbauunternehmen ist mithin der Ort des Unternehmenssitzes bzw. die Lage der Werkhöfe und Lagerplätze der Strassenbauunternehmen im Gelände sowie die Erschliessung dieses Geländes durch Verkehrswege (vor allem Strassen). Zunächst wird daher nachfolgend die Topografie des Kantons Graubünden sowie dessen Erschliessung durch Verkehrswege näher beschrieben (siehe Rz 127). Anschliessend kann das Tätigkeitsgebiet der Strassenbauunternehmen ausgehend von deren Standorten bzw. Werkhöfen und Lagerplätzen dargestellt werden; dabei wird auch darauf eingegangen, ob bzw. inwiefern andere als die hier interessierenden Strassenbauunternehmen Standorte bzw. Werkhöfe und Lagerplätze im Kanton Graubünden haben bzw. hatten (siehe Rz 128 ff.).

127. Das kantonale Strassennetz in Graubünden umfasst rund 1430 km; zusätzlich verlaufen 163 km der Schweizer Nationalstrassen durch Graubünden (siehe auch die untenstehende Abbildung 1).²²⁰ Auch die Graubündner Gemeinden verfügen über eigene Strassennetze, deren Gesamtlänge indes nicht bekannt ist. Das Gelände, in welchem diese Strassen verlaufen, kann in Bezug auf die drei Teilgebiete «Nordbünden», «Südbünden» (Regionen Maloja, Unterengadin/Münstertal und Region Bernina) sowie «Misox» folgendermassen beschrieben werden:

- Das Gebiet Nordbündens erstreckt sich auf die sieben Regionen Surselva, Viama-la/Hinterrhein, Imboden, Albula, Plessur, Landquart und Prättigau-Davos (von Westen nach Osten). Gemeinsam ist diesen sieben Regionen, dass sie als Bergregionen jeweils aus einem Haupttal und den dieses Haupttal begrenzenden Bergen (Höhe oft über 3000 m ü. M.) bestehen. Auf dem Gebiet des Kantons Graubünden münden die

²¹⁸ Vgl. auch RPW 2017/3, 421 Rz 224 f., *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; siehe auch Verfügung der WEKO vom 26.3.2018 i.S. *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 66, 609 f., 678 f., 594 und Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1046 ff., beide publiziert im Internet unter < <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

²¹⁹ Diese Zusammenhänge ergeben sich insbesondere aus den Antworten der Verfassungskommission auf den Fragebogen des Sekretariats vom 27.9.2017 in Act. III.001 ff. (22-0457).

²²⁰ <<https://www.gr.ch/DE/institutionen/verwaltung/bvfd/tba/projekte/strassennetz/Seiten/default.aspx>>; zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

Haupttäler der sieben Regionen jeweils in die Häupttäler der übrigen sechs Regionen oder aber sie enden bergseitig. Untereinander sind die sieben Regionen mittels in den Haupttälern verlaufender Verkehrswege (National-, Kantons- und Gemeindestrassen und Eisenbahnen) gut vernetzt und erreichbar. Nach Aussen wird das Gebiet Nordbündens hingegen fast überall durch Berge als natürliche Hindernisse begrenzt; lediglich an wenigen Stellen können diese Hindernisse mit Kraftfahrzeugen überwunden werden (über den Oberalp-, den Lukmanier-, den San Bernadino, den Splügen-, den Julier-, den Albula- und den Flüelapass sowie den Vereina-Tunnel), sofern die Witterung dies zulässt. Einzig die in der Region Landquart nach Norden führenden Verkehrswege entlang des Rheins bieten einen talseitigen «Ausgang» aus dem Gebiet Nordbündens. Nach Süden grenzt das Gebiet Nordbündens an die Gebiete Misox und das Gebiet Südbünden.

- Das Gebiet Südbünden umfasst die Regionen Maloja, Unterengadin/Münstertal und Bernina. Den grössten Teil macht das Engadin aus. Das Engadin erstreckt sich in nordöstlicher Richtung entlang des Inntals. Es besteht aus einem rund 90 km langen Haupttal, welches zwischen dem westlichsten Punkt (Malojapass; Höhe: 1812 m ü. M.) und dem östlichsten Ort (Martina; Höhe: ca. 1030 m ü.M.) ein Gefälle von rund 800 Höhenmetern aufweist. Durch das Haupttal hindurch führen Verkehrswege (Strassen und Eisenbahn), so dass das Haupttal – bei normal befahrbaren Strassen – mit einem Kraftfahrzeug in rund eineinhalb Stunden durchfahren werden kann. Die Bergketten entlang des Engadiner Haupttals bilden hingegen grosse natürliche Hindernisse (Höhe bis zu 4049 m ü. M.). Sie können lediglich an wenigen Stellen mit Kraftfahrzeugen überwunden werden (über den Maloja-, den Julier-, den Bernina-, den Albula-, den Flüela- und den Ofenpass sowie den Vereina-Tunnel), sofern die Witterung dies zulässt. In nordöstlicher Richtung mündet das Engadiner Haupttal in den Vinschgau (Österreich). Für die vorliegende Untersuchung werden die Graubündner Gebiete westlich des Malojapasses (Bergell), südöstlich des Berninapasses (Puschlav) sowie östlich des Ofenpasses (Münstertal) zum Gebiet Südbünden gerechnet. Diese Gebiete sind relativ klein und innerkantonal einzig über das Engadin zu erreichen.
- Die Region Misox grenzt ebenfalls südlich an das Gebiet Nordbündens an. Das Gebiet ist innerhalb Graubündens lediglich über den San Bernadino-Pass bzw. –Tunnel (Höhe: 2067 m ü. M. bzw. rund 1600 m ü. M.) mit Kraftfahrzeugen erreichbar. Das Gebiet besteht aus dem in Nord-Süd-Richtung entlang der Moesa verlaufenden Haupttal sowie den das Tal begrenzenden Bergen bzw. Bergketten westlich und östlich des Haupttals. Durch das Haupttal des Misox verläuft sowohl die Nationalstrasse A13 als auch eine kantonale Hauptstrasse. Im Süden mündet das Misox-Haupttal in das Haupttal des Kantons Tessin (Gefälle von der San Bernadino-Passhöhe bis zum Kanton Tessin rund 1800 Höhenmeter), welches entlang des Ticino verläuft.

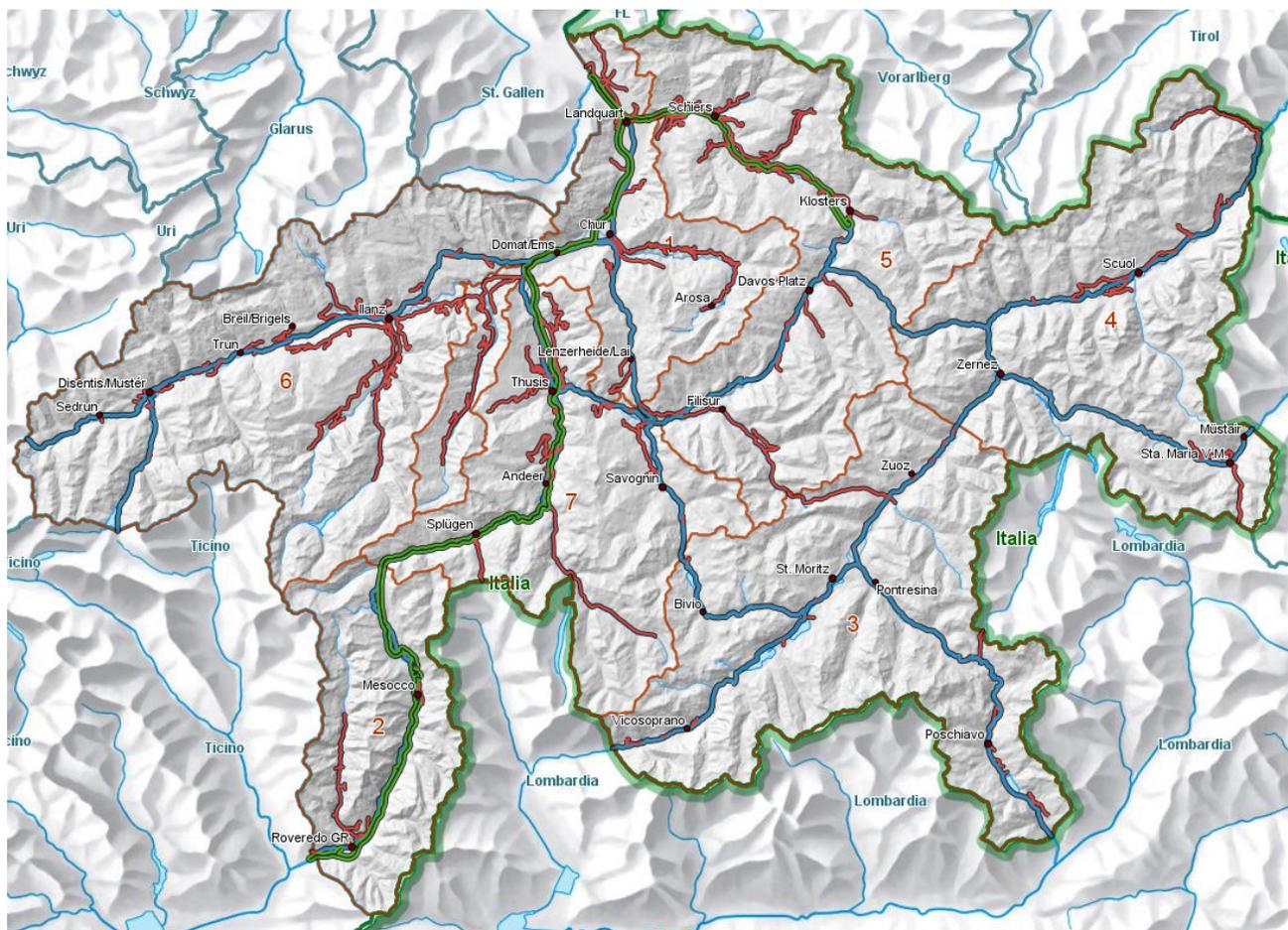


Abbildung 1: Karte des Strassenbaunetzes im Graubünden²²¹

128. In Nordbünden verfüg(t)en sämtliche der in Rz 123 genannten Strassenbauunternehmen jeweils über mindestens einen Werkhof bzw. Lagerplatz.²²² Diese Werkhöfe und Lagerplätze konzentrieren sich ab Reichenau rheinabwärts in den Regionen Imboden, Plessur (Raum Chur) und Landquart. Die Cellere, die Centorame, die Hew, die Implenia sowie die Prader AG bzw. die METTLER PRADER AG betreiben und betrieben in Nordbünden zusätzliche Werkhöfe in Davos (Hew, Implenia, Prader AG bzw. METTLER PRADER AG), in Schmitten (Centorame) und in Thusis (Cellere).²²³ Entsprechend den Ausführungen zum Distanzschutz sowie mit Blick auf die geografischen Gegebenheiten des Gebiets Nordbündens erstreckt(e) sich das Tätigkeitsgebiet dieser Strassenbauunternehmen von diesen Standorten aus im Wesentlichen auf die sieben Regionen Nordbündens bzw. sogar einzig auf die «Heimatregion» der jeweiligen Unternehmen sowie die unmittelbar angrenzenden Regionen.²²⁴ Die durchschnittliche Distanz zwischen den Werkhöfen dieser Strassenbauunternehmen und den Baustellen betrug in der Zeit zwischen 2004 bis und mit 2010 rund 30 km

²²¹ Verfügbar auf folgende Internetseite:

<http://map.geo.gr.ch/gr_webmaps/wsgi/theme/Kantonales%20Strassennetz>; zuletzt aufgerufen am 19.8.2019. Die grünen Linien bezeichnen die Nationalstrassen, die blauen die Hauptstrassen und die roten die Verbindungstrassen. Die orangenen Linien stehen für die Bezirksgrenzen gemäss Tiefbauamt Graubünden.

²²² Vgl. die Antworten der Verfassensparteien auf die Fragen 13 und 14 des Fragebogens des Sekretariats vom 27.9.2017 in Act. III.001 ff. (22-0457).

²²³ Vgl. die Antworten der Verfassensparteien auf die Fragen 13 und 14 des Fragebogens des Sekretariats vom 27.9.2017 in Act. III.001 ff. (22-0457).

²²⁴ Vgl. die Antworten der Verfassensparteien auf die Frage 15 des Fragebogens des Sekretariats vom 27.9.2017 in Act. III.001 ff. (22-0457).

bzw. etwa 30–40 Fahrminuten.²²⁵ Diejenigen Untersuchungsadressatinnen, welche im Kanton Graubünden einzig in Nordbünden über Werkhöfe verfüg(t)en (dies sind bzw. waren Casty Bau AG, die Centorame, die Foser, die Toldo, sowie die Mettler AG und die Prader AG bzw. die METTLER PRADER AG), waren bzw. sind weder in Südbünden noch in der Region Misox als Strassenbauunternehmen tätig.²²⁶

129. In Südbünden verfüg(t)en sechs der in Rz 123 genannten Strassenbauunternehmen jeweils über mindestens einen Werkhof bzw. Lagerplatz: Die Cellere, die Hew und die Implemia über jeweils einen im Unterengadin, die Implemia, die KIBAG, die Schlub und die Walo über jeweils einen im Oberengadin bzw. in der Region Maloja.²²⁷ Die Schlub verfüg(t)e zusätzlich über einen Werkhof bzw. Lagerplatz in der Region Bernina²²⁸. Das Tätigkeitsgebiet dieser sechs Strassenbauunternehmen erstreckte sich von diesen Standorten aus auf das gesamte Südbünden bzw. auf Teile davon (im Umkreis von durchschnittlich 30 km bzw. 30–40 Fahrminuten ausgehend vom Standort).

130. Im Gebiet Misox verfüg(t)en keine der in Rz 123 genannten Strassenbauunternehmen über Standorte. Dementsprechend gaben einzig die Implemia und die Walo an, dass sie bisweilen im Misox Offerten für Strassenbauprojekte einreichten bzw. den Zuschlag erhalten hätten.²²⁹ Die übrigen Unternehmen waren im Misox hingegen nicht als Strassenbauunternehmung tätig.²³⁰

131. Innerhalb der drei vorgenannten (Tätigkeits-)Gebiete verfüg(t)en nur vereinzelt andere als die in Rz 123 genannten Strassenbauunternehmen über Standorte. In Nordbünden waren bzw. sind dies die Baustrag AG (bis 2004, danach Geschäftsaufgabe; Sitz und Werkhof bzw. Lagerplatz in Chur), die Gebr. Mainetti AG (bis 2006, danach Geschäftsaufgabe; Sitz und Werkhof bzw. Lagerplatz in Thusis), die Krämer AG St. Gallen (bis 2006 mit einer Zweigniederlassung in Thusis, danach Rückzug aus Graubünden) sowie die Stradun SA (Sitz und Werkhof bzw. Lagerplatz in Ilanz). In Südbünden gab und gibt es über die in Rz 129 erwähnten Werkhöfe bzw. Lagerplätze der sechs Strassenbauunternehmen hinaus keine weiteren Werkhöfe oder Lagerplätze von anderen Strassenbauunternehmen. Im Misox betrieb die Giudicetti SA einen Werkhof bzw. Lagerplatz in Cama.

132. Entsprechend den Ausführungen zum Distanzschutz sowie mit Blick auf die geografischen Gegebenheiten des Kantons Graubünden stammte bei rund 95 % aller kantonalen und kommunalen Vergaben von Strassenbauprojekten in Nordbünden und in Südbünden gemäss DOPGR²³¹ die tiefste Angebotssumme von einem Unternehmen, welche innerhalb der Gebiete Nordbünden und Südbünden einen Standort oder Werkhof bzw. Lagerplatz betrieben.²³² Da der Preis bei Vergaben des Kantons Graubünden und von Gemeinden das

²²⁵ Vgl. die Antworten der Verfahrensparteien auf die Fragen 19 und 20 des Fragebogens des Sekretariats vom 27.9.2017 in Act. III.001 ff. (22-0457).

²²⁶ Das heisst sie reichten dort keine Angebote ein; vgl. Antworten der Verfahrensparteien auf die Frage 15 des Fragebogens des Sekretariats vom 27.9.2017 in Act. III.002, III.006, III.008, III.009, III.011 (22-0457).

²²⁷ Vgl. die Antworten der Verfahrensparteien auf die Fragen 13 und 14 des Fragebogens des Sekretariats vom 27.9.2017 in Act. III.001 ff. (22-0457).

²²⁸ Antwort der Schlub auf die Fragen 13 und 14 des Fragebogens des Sekretariats vom 27.9.2017 in Act. III.001 (22-0457).

²²⁹ Vgl. die Antworten der Implemia und der Walo auf die Frage 15 des Fragebogens des Sekretariats vom 27.9.2017 in Act. III.012 und III.005 (22-0457) sowie Act. IX.E.7, IX.E., IX.E.15, Rz 15.

²³⁰ Vgl. Antworten der Verfahrensparteien auf die Frage 15 des Fragebogens des Sekretariats vom 27.9.2017 in Act. III.001 ff. (22-0457) und DOPGR in Act. I.594 (22-0457; siehe dazu auch Rz 143 ff.).

²³¹ Siehe Act. I.594 (22-0457; siehe dazu auch Rz 143 ff.).

²³² Vgl. DOPGR in Act. I.594 (22-0457; siehe dazu auch Rz 143 ff.). In Nordbünden stammten nahezu alle Offerten betreffend Belagsprojekte gemäss DOPGR aus diesem Gebiet von Unternehmen

wichtigste Zuschlagskriterium war (siehe unten Rz 135 ff.), ist damit zugleich bewiesen, dass kantonale und kommunale Strassenbauprojekte im Kanton Graubünden in rund 95 % aller Vergaben an im Kanton Graubünden ansässige Strassenbauunternehmen vergeben wurden.

B.3.1.4 Kundinnen und Kunden der Strassenbauunternehmen

133. Strassenbauleistungen werden sowohl von Privaten als auch von öffentlichen Stellen nachgefragt. Soweit Private Strassenbauleistungen nachfragen, geht es etwa um den Bau von Vor- und Parkplätzen und Garageneinfahrten. Öffentliche Stellen (Gemeinden, Kanton Graubünden und Bund) fragen Strassenbauleistungen in Bezug auf den Bau und den Unterhalt ihrer jeweiligen Strassennetze an. Die in Rz 123 genannten Strassenbauunternehmen erzielten bis zu rund 90 % ihres jährlichen Umsatzes im Bereich Strassenbau im Kanton Graubünden mit öffentlichen Auftraggebern.²³³

B.3.1.5 Charakteristik der Strassenbaubranche im Kanton Graubünden

134. Nachfolgend werden zwei für die vorliegende Untersuchung bedeutsame Charakteristika der Strassenbaubranche im Kanton Graubünden näher beschrieben. Zum einen wird auf die Bedeutsamkeit des Preises der angebotenen Strassenbauleistungen in Bezug auf die Zuschlagschancen bei kantonalen und kommunalen Projekten eingegangen (siehe Rz 135 ff.). Zum anderen ist die «Saisonalität» der Vergabe von kantonalen und kommunalen Strassenbauaufträgen zu thematisieren (siehe Rz 138 ff.).

B.3.1.5.1 Bedeutung des Preises als Zuschlagskriterium

135. Wie in anderen Baubereichen oder Gebieten²³⁴ war und ist der offerierte Preis für die Erbringung einer bestimmten Strassenbauleistung das Hauptkriterium für die Zuschlagsentscheidung der Vergabestelle. So haben die Verfahrensparteien angegeben, dass zumindest bei kantonalen oder kommunalen Vergaben von Strassenbauprojekten der Preis das Hauptkriterium gewesen sei, so dass häufig bzw. in der Regel dasjenige Unternehmen den Zuschlag erhalten habe, welches die tiefste Angebotssumme eingereicht habe.²³⁵ Gemäss Angaben von Verfahrensparteien wurde der Preis bei kantonalen oder kommunalen Vergaben von Strassenbauprojekten mit über 50 % gewichtet. Als «Erfolgsquote» der niedrigsten Angebotssummen nennen die meisten Verfahrensparteien Quoten zwischen 85 % und 100 %.²³⁶

136. Soweit die KIBAG als einzige Verfahrenspartei ausführt, nur bei 50 % aller Strassenbauprojekte habe die günstigste Angebotssumme gewonnen,²³⁷ überzeugt dies nicht. Denn es ist nicht ersichtlich, weshalb die im Wesentlichen übereinstimmenden Angaben der übr-

mit Sitz und/oder Werkhof bzw. Lagerplatz in Nordbünden. In Südbünden stammten über 90 % aller Offerten betreffend Belagsprojekte gemäss DOPGR aus diesem Gebiet von Unternehmen mit Sitz und/er Werkhof bzw. Lagerplatz in Südbünden.

²³³ Angaben für den Zeitraum 2007 bis und mit 2010; vgl. die Antworten der Verfahrensparteien auf die Nachfrage des Sekretariats vom 19.12.2018 in Act. III.025 ff. (22-0457).

²³⁴ Vgl. nur Verfügung der WEKO vom 26.3.2018 i.S. *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 74 f. und Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1052 ff., beide publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letztenentscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

²³⁵ Act. III.001 ff., Antworten auf Frage 11 (22-0457).

²³⁶ Act. III.001 ff., Antworten auf Frage 11 (22-0457). Die Käppeli und die Schlub geben an, keine Schätzung abgegeben zu können.

²³⁷ Siehe Act. III.001, III.010 f. (22-0457), Antworten auf Frage 11. Siehe auch Rz 51 ff. der Stellungnahme der KIBAG zum Antrag in Act. V.192 (22-0457).

gen Verfahrensparteien alle falsch sein sollten. Zudem gibt auch der Kanton Graubünden selbst an, dass bei von ihm vergebenen Strassen- und Tiefbauarbeiten das preislich günstigste Angebot in der Regel den Zuschlag erhielt, da sich die Offerten für «Standardaufträge» wie Strassen- und Tiefbauarbeiten in qualitativer Hinsicht kaum unterschieden hätten.²³⁸ Es sind zudem Unterlagen über die kommunalen Auftragsvergaben zu berücksichtigen; danach wurde bei Strassenbauprojekten stets der Zuschlag an die Offerte mit der niedrigste Angebotssumme erteilt.²³⁹

137. Es ist damit bewiesen, dass der Preis jedenfalls bei Vergaben von Strassen- und/oder Tiefbauprojekten des Kantons Graubünden und der Graubündner Gemeinden als wichtigstes Zuschlagskriterium zu werten ist. Diese herausragende Bedeutung des Preises bei kantonalen und kommunalen Vergaben führte dazu, dass sich in der weit überwiegenden Zahl der Fälle (mindestens 90 %) dasjenige Unternehmen mit dem tiefsten Angebot durchsetzen konnte.

B.3.1.5.2 Saisonalität der Vergabe von Strassenbauarbeiten

138. Bau und Unterhalt von Strassen ist nach derzeitigem Stand der Technik wetterabhängig. Sie erfordern eine ausreichende Bodentemperatur sowie trockene Witterung. Aufgrund der Lage des Kantons Graubünden in den Zentralalpen und der Topografie des Kantons können daher in Graubünden Strassenbauleistungen nur in bestimmten Zeiträumen eines Kalenderjahrs erbracht werden. In den Haupttälern etwa zwischen Ende März und Anfang November. Je höher der Projektort in den Bergen liegt, desto kürzer ist der Zeitraum, in dem das Projekt durchgeführt werden kann. In höheren Lagen oder wenn der Sommer in einem Kalenderjahr eher kurz ausfällt kann sich die Bausaison damit auf wenige Monate verkürzen. Innerhalb der Bausaison ist die Nachfrage nach Unterhalt und Sanierung von Strassenbauten aufgrund des extremeren Wetters in den Bergen vergleichsweise hoch und ausserdem vorhersehbar wiederkehrend.²⁴⁰

139. Diese Besonderheiten betreffend die Bausaison führen dazu, dass der Kanton Graubünden und die Graubündner Gemeinden Strassenbauarbeiten häufig zu Beginn eines Kalenderjahrs ausschrieben (siehe dazu auch sogleich Rz 140 f. und Tabelle 1). Die Strassenbauarbeiten wurden zudem häufig «in Paketen» vergeben, d. h. die Eingabefristen für die anfallenden Strassenbauarbeiten fielen alle auf denselben Tag oder ihre Ablaufdaten lagen zumindest nur wenige Tage auseinander.²⁴¹ Die meisten Strassenbauarbeiten waren ausserdem «Jahresarbeiten». Das bedeutet, sie wurden Anfang der Bausaison vergeben und sollten innerhalb einer Bausaison abgeschlossen werden.²⁴² Die Strassenbauunternehmen mussten mithin zu Beginn der Kalenderjahre jeweils von Neuem ihre Auftragsbücher bzw. vorhandenen Kapazitäten im Bereich Strassenbau füllen.²⁴³

140. In Graubünden erstreckte sich die Strassenbausaison also nur auf bestimmte Monate eines Kalenderjahrs und der Kanton und die Gemeinden vergaben die meisten ihrer Strassenbauaufträge als «Jahresarbeiten» eher zu Beginn der jeweiligen Bausaison. Die nachfol-

²³⁸ Act. VI.002, S. 1 f.

²³⁹ Vgl. die Antworten der Gemeinden auf die Amtshilfesuche des Sekretariats in Act. VI.020–VI.129.

²⁴⁰ Vgl. zu alledem etwa Act. III.J.086; III.J089; III.K.167; III.M.041; III.M.046; III.M.064; III.M.070; III.O.079 ff., III.O.102 ff.; III.P.003; III.P.021; III.P.060 ff.; IV.016, Rz 196 ff.

²⁴¹ Vgl. DOPGR in Act. I.594 (22-0457; siehe dazu auch Rz 143 ff.).

²⁴² Vgl. DOPGR in Act. I.594 (22-0457).

²⁴³ Act. IX.E.18 (22-0457; Antwort auf Frage 23).

gende Tabelle 1 illustriert, in welchem Ausmass sich die Vergabetätigkeit der Vergabestellen auf den Beginn der Bausaison konzentrierte.²⁴⁴

²⁴⁴ Lesebeispiel: Im Jahr 2005 wurden 136 Strassenbauprojekte in der ersten Hälfte des Jahres vergeben, was rund 90 % aller vergebenen Strassenbauprojekte im Jahr 2005 ausmacht. Im Volumen wurden in der ersten Jahreshälfte des Jahres 2005 Strassenbauprojekte im Wert von CHF 34,7 Mio. vergeben, was 93,3 % des gesamten Volumens der im Jahr 2005 vergebenen Strassenbauprojekte ausmacht.

Bausaison für Strassenbauarbeiten bis 2010								
Jahr	Erste Hälfte des Jahres				Zweite Hälfte des Jahres		Total des Jahres	
	Anzahl	Anteil an Jahr (anzahlmässig)	Volumen	Anteil an Jahr (volumenmässig)	Anzahl	Volumen	Anzahl	Volumen
2004	31	83,8 %	3 219 213.70	80,0 %	6	805 757.79	37	4 024 971.49
2005	136	89,5 %	34 675 637.20	93,3 %	16	2 497 488.35	152	37 173 125.55
2006	141	89,8 %	48 944 244.15	94,6 %	16	2 818 120.66	157	51 762 364.81
2007	120	86,3 %	31 894 502.86	93,4 %	19	2 248 088.50	139	34 142 591.36
2008	140	95,9 %	49 825 211.77	96,5 %	6	1 825 381.95	146	51 650 593.72
2009	113	86,3 %	37 267 847.17	87,3 %	18	5 415 428.20	131	42 683 275.37
2010	110	82,1 %	30 755 151.63	81,9 %	24	6 783 291.88	134	37 538 443.51
Mittelwert		87,7 %		89,6 %				

Tabelle 1: Bausaison für Strassenbauarbeiten bis 2010

141. Aus der Tabelle 1 geht hervor, dass in den Kalenderjahren 2004 bis und mit 2010 die Eingabefristen betreffend rund 90 % aller jährlichen Vergaben von kantonalen oder kommunalen Strassenbauprojekten (bzw. des jährlichen Vergabevolumens) in der ersten Hälfte der Kalenderjahre 2004 bis und mit 2010 abliefen.²⁴⁵ Damit konzentrierte sich die Vergabeprozesse in der weit überwiegenden Mehrzahl der Vergaben auf den Anfang der Bausaison. Dieses Ergebnis wird von der Cellere, der Centorame, der Hew, der Schlub, der Toldo sowie der Zindel/Prader ausdrücklich bestätigt, da diese Gesellschaften den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannt haben (siehe Rz 83 f., 88, 94 f., 97). Gemäss Antrag war das Sekretariat davon ausgegangen, dass sich die Vergabeprozesse in der weit überwiegenden Mehrzahl der Vergaben (ca. 90 %) auf den Anfang der Bausaison konzentrierten.²⁴⁶ Aus den übrigen Stellungnahmen der Verfahrensparteien zum Antrag ergibt sich ebenfalls nichts Gegenteiliges.

B.3.1.6 Auswertung DOPGR (Anzahl, Wert und Kategorie der enthaltenen Vergaben sowie Umsätze und Umsatzanteile von Strassenbauunternehmen)

142. Um detaillierte Informationen zur Strassenbaubranche im Kanton Graubünden zu erhalten, namentlich in Bezug auf Ausschreibungen der öffentlichen Hand, analysierte die Behörde die Offertöffnungsprotokolle bzw. die Vergabeentscheide des Kantons Graubünden und der Graubündner Gemeinden in Bezug auf kantonale oder kommunale Strassen- und/oder Tiefbauprojekte (in den Jahren 2004 bis und mit 2013). Im Aktenstück I.594 (22-0457) ist die Gesamtheit dieser Offertöffnungsprotokolle in einem Datensatz zusammengefasst («Datensatz der Offertöffnungsprotokolle Graubünden»; nachfolgend: «DOPGR»). Die Wettbewerbsbehörden gehen davon aus, dass in diesem Datensatz der überwiegende Anteil aller vom Kanton Graubünden sowie den Graubündner Gemeinden vergebenen Strassenbauprojekte der Jahre 2004 bis und mit 2013 enthalten sind.²⁴⁷ Die im Folgenden aufgezeigten Ergebnisse beruhen auf der Auswertung dieses Datensatzes.

B.3.1.6.1 Eckwerte des Datensatzes der Offertöffnungsprotokolle (DOPGR)

143. Die nachfolgende Übersicht gibt die Eckwerte des DOPGR wieder. Konkret hat die Behörde die Offertöffnungsprotokolle bzw. Vergabeentscheidungen von 3252 Bauprojekten im Kanton Graubünden, die in den Jahren 2004 bis und mit 2013 vergeben wurden, ausgewertet. Bei den betreffenden Vergaben reichten 319 Unternehmen insgesamt 16 084 Angebote ein. Das Bauvolumen der vergebenen Bauprojekte beläuft sich auf rund CHF 1729 Mio.²⁴⁸

²⁴⁵ Vgl. DOPGR in Act. I.594 (22-0457; siehe dazu auch Rz 143 ff.).

²⁴⁶ Vgl. Act. V.16–V.29 (22-0457); insbesondere Rz 108 ff. des Antrags.

²⁴⁷ Für den Kanton gilt das für die Jahre 2005 bis und mit 2013 (siehe dazu Rz 146 und die Angaben des Kantons in Act. VI.002). Zu den Angaben der Graubündner Gemeinden siehe Act. VI.020–VI.129. Einige Gemeinden haben die Auskunftsbegleichen nicht beantwortet (siehe dazu auch unten Tabelle 4). Dass der Datensatz den überwiegenden Anteil enthält, kann auch aus dem Vergleich der Umsatzzahlen betreffend Strassenbau gemäss DOPGR mit den Angaben der Verfahrensparteien zu ihren in Graubünden erzielten Umsätzen betreffend Strassenbauprojekte (siehe dazu Act. III.025 ff. [22-0457]) gefolgert werden. Danach betragen die Ausgaben von Kanton und Gemeinden im Bereich Strassenbau in Nord- und Südbünden rund CHF 70 Mio. pro Jahr.

²⁴⁸ Dies ist die Summe aller tiefsten Angebotssumme. Es ist davon auszugehen, dass in der Regel (mindestens bei 90 % der Fälle) an das Unternehmen mit der tiefsten Angebotssumme vergeben wurde (vgl. Rz 135 ff.). Nämme man an, dass in 10 % der Fälle die zweitiefste Offerte den Zuschlag erhalten hat, läge der Gesamtauftragswert etwa CHF 13 Mio. höher, da die zweitiefste Angebotssumme im Durchschnitt etwa 7,7 % über der tiefsten Angebotssumme lag.

144. Von 3252 Bauprojekten erhielten in 2992 Fällen allein offerierende Unternehmen den Zuschlag.²⁴⁹ Das Volumen dieser 2992 Projekte beträgt insgesamt ca. CHF 1257 Mio. In 260 Fällen obsiegte eine Arbeitsgemeinschaft (nachfolgend: ARGE). Die betreffenden Bauprojekte weisen ein Volumen von insgesamt CHF 472 Mio. auf. Daraus folgt, dass ARGE in der Tendenz bei grösseren Bauprojekten gebildet worden sind.²⁵⁰ Das durchschnittliche Volumen der Bauprojekte, die ARGE erhielten, beläuft sich auf CHF 1,8 Mio.²⁵¹, während die Bauprojekte, bei denen ein allein offerierendes Unternehmen obsiegte, ein durchschnittliches Volumen von rund CHF 0,42 Mio. aufwiesen.²⁵²

Information	DOPGR
Anzahl Ausschreibungen	3252
Anzahl Offerten	16 084
Anzahl offerierende Unternehmen	319
Total Submissionswert (in CHF Mio.)	1729
Anzahl Zuschlüsse an allein offerierende Unternehmen	2992
Volumen der Zuschlüsse an allein offerierende Unternehmen (in CHF Mio.)	1257
Anzahl der Zuschlüsse an ARGE	260
Volumen der Zuschlüsse an ARGE (in CHF Mio.)	472

Tabelle 2: Allgemeine deskriptive Angaben gemäss DOPGR (2004–2013)

B.3.1.6.2 Anzahl und Wert der Vergaben pro Jahr und öffentliche Vergabestelle

145. Nachfolgend werden die jährliche Anzahl und der jährliche Wert der im DOPGR enthaltenen Vergaben genannt (siehe Rz 146). Danach wird aufgezeigt, wie sich die einzelnen Vergaben auf die einzelnen Vergabestellen (Kanton und Gemeinden) verteilen (siehe Rz 147).

146. Die nachfolgende Tabelle 3 gibt die Anzahl der Submissionen und deren Volumen²⁵³ pro Jahr wieder, die im DOPGR enthalten sind. Im Jahr 2005 wurden beispielhaft insgesamt 338 Projekte vergeben, was einem Anteil von 10,4 % an allen DOPGR-Projekten zwischen 2004 und 2013 entspricht. Das Submissionsvolumen betrug im Jahr 2005 ca. CHF 121,5 Mio. Dies entspricht einem Anteil von 7,0 % am Gesamtvolumen des DOPGR (2004–2013).

²⁴⁹ Wenn angenommen wird, dass die Offerte mit der tiefsten Angebotssumme den Zuschlag erhält. Dies ist nach Überzeugung der WEKO in der weit überwiegenden Zahl der Vergabeentscheide der Fall gewesen (vgl. Rz 135 ff.).

²⁵⁰ Vgl. auch die Antworten der Verfahrensparteien in Act. III.001 ff. (22-0457) auf die Frage 21 des Fragebogens des Sekretariats vom 27.9.2017.

²⁵¹ Das Volumen erhaltener Zuschlüsse (CHF 472 Mio.) dividiert durch Anzahl der in Arbeitsgemeinschaften erhaltenen Zuschlüsse (260) entspricht einem Durchschnitt von CHF 1,8 Mio.

²⁵² Das Volumen erhaltener Zuschlüsse (CHF 1257 Mio.) dividiert durch Anzahl der Zuschlüsse an allein offerierende Unternehmen (2992) entspricht einem Durchschnitt von CHF 0,42 Mio.

²⁵³ Wenn angenommen wird, dass die Offerte mit der tiefsten Angebotssumme den Zuschlag erhält. Dies ist nach Überzeugung der WEKO in der weit überwiegenden Zahl der Vergabeentscheide der Fall gewesen (vgl. Rz 135 ff.).

Jahr	Anzahl	Anteil an Gesamtanzahl	Volumen in CHF Mio.	Anteil am Gesamtvolumen
2004	144	4,4 %	164 314 655.80	9,5 %
2005	338	10,4 %	121 485 852.93	7,0 %
2006	323	9,9 %	115 741 544.99	6,7 %
2007	309	9,5 %	145 709 241.43	8,4 %
2008	353	10,9 %	171 639 698.72	9,9 %
2009	346	10,6 %	163 732 277.93	9,5 %
2010	357	11,0 %	271 060 031.83	15,7 %
2011	345	10,6 %	182 388 000.20	10,5 %
2012	377	11,6 %	222 293 194.20	12,9 %
2013	360	11,1 %	171 240 644.96	9,9 %
Total	3252		1 729 605 142.99	

Tabelle 3: Anzahl Submissionen und Submissionsvolumen pro Jahr (DOPGR; 2004–2013)

147. Aus der vorangehenden Tabelle 3 ist ersichtlich, dass die Anzahl vergebener Bauprojekte pro Jahr zwischen 309 und 377 variiert (Zeitraum 2005 bis und mit 2013), während das Gesamtvolumen der jeweils in einem Jahr vergebenen Bauprojekte ein Spektrum von CHF 115 Mio. bis CHF 271 Mio. aufweist (Zeitraum 2004 bis und mit 2013). Die Anzahl im Jahr 2004 gemäss DOPGR vergebenen Projekte ist relativ tief, da für das Jahr 2004 nur die Offertöffnungsprotokolle bzw. Vergabeentscheidungen der Gemeinden (und nicht des Kantons) vorhanden sind.²⁵⁴ Abgesehen davon, gehen die Wettbewerbsbehörden davon aus, dass im DOPGR der überwiegende Anteil aller vom Kanton Graubünden und den Graubündner Gemeinden vergebenen Strassenbauprojekte enthalten sind (Zeitraum 2004 bis und mit 2013; siehe Rz 142).

148. Die nachfolgende Tabelle 4 zeigt auf, wie viele Aufträge im Bereich Strassen- und Tiefbau die verschiedenen öffentlichen Beschaffungsstellen vergeben haben. Die Gemeinde Ardez hat beispielhaft gemäss dem DOPGR im Zeitraum von 2004 bis 2013 insgesamt 18 Projekte in einem Gesamtwert von rund CHF 3,47 Mio. nachgefragt. Das ergibt einen anzahlmässigen Anteil von rund 0,6 % und einen volumenmässigen Anteil von rund 0,2 % der anzahl- bzw. wertmässigen Gesamtnachfrage sämtlicher öffentlichen Beschaffungsstellen des Untersuchungsgebiets, welche im DOPGR (2004–2013) enthalten ist.

Bauherr	Anzahl Submissionen	Anteil an Gesamtanzahl	Submissionsvolumen	Anteil am Gesamtvolumen
Ardez	18	0,6 %	3 469 577.20	0,2 %
Arosa	42	1,3 %	19 812 158.55	1,1 %
Cazis	19	0,6 %	8 954 883.70	0,5 %
Chur	72	2,2 %	54 478 134.57	3,1 %
Davos	128	3,9 %	31 072 195.50	1,8 %
Disentis	16	0,5 %	2 229 151.98	0,1 %
Domat/Ems	47	1,4 %	15 989 205.93	0,9 %
Ftan	16	0,5 %	2 304 552.95	0,1 %

²⁵⁴ Vgl. Act. VI.002.

Bauherr	Anzahl	Anteil an Gesamtan-	Submissionsvolumen	Anteil am Gesamtvolumen
Guarda	10	0,3 %	1 203 117.45	0,1 %
Igis	111	3,4 %	14 935 283.15	0,9 %
Kanton	1768	54,4 %	1 363 819 748.57	78,9 %
Klosters	150	4,6 %	37 714 411.90	2,2 %
Laax	34	1,0 %	6 212 626.89	0,4 %
Landquart	4	0,1 %	260 300.10	0,0 %
Lavin	4	0,1 %	562 116.80	0,0 %
Lumnezia	2	0,1 %	181 832.30	0,0 %
Luzern	5	0,2 %	287 093.85	0,0 %
Madulain	3	0,1 %	732 157.55	0,0 %
Malans	25	0,8 %	7 296 482.22	0,4 %
Nufenen	9	0,3 %	3 455 303.10	0,2 %
Pontresina	13	0,4 %	1 816 041.00	0,1 %
Ramosch	35	1,1 %	6 946 473.60	0,4 %
Samnaun	30	0,9 %	5 370 193.40	0,3 %
S-charf	25	0,8 %	6 351 778.10	0,4 %
Scharans	3	0,1 %	1 970 906.35	0,1 %
Schiers	8	0,2 %	1 189 453.50	0,1 %
Scuol	42	1,3 %	11 995 989.04	0,7 %
Sent	18	0,6 %	2 855 987.95	0,2 %
Sils	7	0,2 %	3 049 379.90	0,2 %
Silvaplana	25	0,8 %	9 876 262.00	0,6 %
St. Antönien	47	1,4 %	16 330 604.95	0,9 %
St. Moritz	244	7,5 %	33 200 490.45	1,9 %
Susch	5	0,2 %	909 773.20	0,1 %
Tarasp	17	0,5 %	4 017 003.15	0,2 %
Thusis	11	0,3 %	2 937 126.85	0,2 %
Trimmis	41	1,3 %	9 273 876.07	0,5 %
Trun	24	0,7 %	3 222 888.75	0,2 %
Tschlin	26	0,8 %	6 275 235.00	0,4 %
Untervaz	39	1,2 %	5 006 003.25	0,3 %
Val Müstair	25	0,8 %	3 905 184.35	0,2 %
Vaz/Obervaz	26	0,8 %	6 716 916.05	0,4 %
Vschinauncha	11	0,3 %	2 442 874.90	0,1 %
Zernez	27	0,8 %	4 736 456.40	0,3 %
Zizers	20	0,6 %	4 237 910.52	0,2 %
Total	3252		1 729 605 142.99	

Tabelle 4: Anzahl und Volumen ausgeschriebener Submissionen der öffentlichen Beschaffungsstellen (DOPGR; 2004–2013)

149. Aus der vorgenannten Tabelle 4 ist ersichtlich, dass der Kanton Graubünden die mit Abstand bedeutendste Vergabestelle im DOPGR war. In den Jahren 2005 bis 2013 vergab er 1768 Projekte (54,4 %), die einen Gesamtwert von über CHF 1363 Mio. aufwiesen. Gemessen am Gesamtbauvolumen aller DOPGR-Projekte entspricht dies einem Anteil von

78,9 %. Das durchschnittliche Bauvolumen der vom Kanton Graubünden vergebenen Projekte beträgt CHF 0,77 Mio.²⁵⁵ Die wichtigsten Gemeinden bildeten Chur, Davos, Klosters und St. Moritz. Diese haben in den Jahren 2004 bis 2013 594 Projekte des DOPGR mit einem Gesamtwert von insgesamt rund CHF 156 Mio. nachgefragt. Das ergibt einen anzahlmässigen Anteil von ca. 18 % und einen volumenmässigen Anteil von etwa 9 % der anzahl- bzw. wertmässigen Gesamtnachfrage gemäss DOPGR.

B.3.1.6.3 Verteilung der Vergaben pro Arbeitstyp (Strassen- und/oder Tiefbau)

150. Da sich die Zusammenarbeit der Untersuchungsadressatinnen auf vom Kanton und den Gemeinden vergebene *Strassenbauprojekte* bezog (siehe unten Rz 163 ff., 251 ff., 342 ff.), ist hinsichtlich der im DOPGR enthaltenen Projekte zwischen Strassenbauprojekten (Belagsarbeit) einerseits sowie Tiefbauprojekten (keine Belagsarbeit) und Strassen- und Tiefbauprojekten (Belagsarbeit und Tiefbauarbeit) andererseits zu differenzieren. Bei dieser Differenzierung orientierten sich die Wettbewerbsbehörden an der Einordnung durch die Vergabestellen, welche Strassenbauprojekte im Sinne der Rz 120 ff. als «Belagsprojekte» qualifizierte; Tiefbauprojekte wurden vom Kanton hingegen regelmässig als «Baumeisterarbeiten» bezeichnet.²⁵⁶ Plausibilisiert wurde die Einordnung in die Kategorie «Strassenbau» sodann mit Blick darauf, ob sich mehrheitlich Unternehmen um den Zuschlag bewarben, welche Strassenbauleistungen im Sinne der Rz 120 ff anboten bzw. anbieten. Bei der so vorgenommenen Differenzierung konnten 90 Projekte nicht eindeutig zugeordnet werden, weshalb sie keiner der drei Kategorien zugeordnet wurden.²⁵⁷

151. Die nachfolgende Tabelle 5 zeigt die Verteilung der im DOPGR enthaltenen Vergaben differenziert nach den Kategorien «Strassenbau», «Strassen- und Tiefbau» und «Tiefbau».

Arbeitstyp	Anzahl Submissionen	Anteil an Gesamtanzahl	Submissionsvolumen	Anteil am Gesamtvolumen
Strassenbau	1364	43,1 %	414 373 266.52	24,2 %
Strassen- und Tiefbau	252	8,0 %	207 258 880.92	12,1 %
Tiefbau	1546	48,9 %	1 090 901 057.20	63,7 %
Total	3162		1 712 533 204.64	

Tabelle 5: Anzahl und Volumen der Arbeitstypen (DOPGR; 2004–2013)

152. Die vorangehende Tabelle 5 zeigt, dass die im DOPGR enthaltenen Projekte mehrheitlich Tiefbau- (48,9 % aller Vergaben) oder Strassenbauarbeiten (43,1 % aller Vergaben) betreffen. Gemischte Projekte finden sich nur zu 8% im DOPGR. Die im DOPGR enthaltenen 1364 Strassenbauprojekte haben einen Gesamtwert von rund CHF 414 Mio.²⁵⁸ D. h. im Zeitraum 2004 bis und mit 2013 haben der Kanton Graubünden und die Graubündner Gemeinden mindestens 1364 Strassenbauprojekte im Wert von CHF 414 Mio. vergeben.²⁵⁹

²⁵⁵ Der Durchschnitt ergibt sich aus der Teilung von CHF 1368 Mio. durch 1768 (vgl. Tabelle 4, Zeile betreffend den Kanton).

²⁵⁶ Siehe auch Angaben der Verfahrensparteien in Act. III.001 ff. (22-0457).

²⁵⁷ Diese 90 nicht-klassifizierten Projekte haben einen Gesamtwert von rund CHF 17,1 Mio. Dies entspricht ca. 1 % des Gesamtvolumens des DOPGR.

²⁵⁸ Wenn angenommen wird, dass die Offerte mit der tiefsten Angebotssumme den Zuschlag erhielt. Dies ist nach Überzeugung der WEKO in der weit überwiegenden Zahl der Vergabeentscheide der Fall gewesen (vgl. Rz 135 ff.).

²⁵⁹ Es fehlen die Vergaben des Kantons im Jahr 2004; siehe Act. VI.002 und oben Rz 142.

B.3.1.6.4 Umsätze und Umsatzanteile

153. Anhand des DOPGR lassen sich auch Aussagen zu den Umsätzen bzw. Umsatzanteilen von Strassenbauunternehmen mit kantonalen und kommunalen Strassenbauprojekten treffen.

Umsätze und Umsatzanteile je nach Arbeitstyp

154. Da sich die Zusammenarbeit der in Rz 123 genannten operativen Strassenbaugesellschaften auf vom Kanton und den Gemeinden *in Nord- und in Südbünden* vergebene Strassenbauprojekte bezog (im Zeitraum 2004 bis und Mitte 2010; siehe unten Rz 163 ff., 251 ff., 342 ff.), werden für die nachfolgende Darstellung von Umsätzen und Umsatzanteilen nur Strassenbauprojekte (bzw. zum Vergleich auch Strassen- und Tiefbau- sowie reine Tiefbauprojekte) aus diesen beiden Gebieten berücksichtigt (Zeitraum 2004 bis Mitte 2010): Dies sind 869 Strassenbauprojekte (Gesamtwert CHF 251 Mio.), 157 Strassen- und Tiefbauprojekte (Gesamtwert CHF 103 Mio.) sowie 987 Tiefbauprojekte (Gesamtwert CHF 723 Mio.).²⁶⁰

155. In den nachfolgenden drei Tabellen ist bezüglich dieser Projekte aus Nordbünden und Südbünden aufgeführt, in welchem Masse (Anzahl und Wert) die Gesamtheit der in Rz 123 genannten operativen Strassenbaugesellschaften (in der Tabelle: «Gesamtheit UA²⁶¹») den Zuschlag erhalten haben (Zeitraum 2004 bis Mitte 2010).

Umsatzstatistik für Strassenbauarbeiten				
Unternehmen	Anzahl Submissionen	Anteil an Gesamtanzahl	Submissionsvolumen	Anteil am Gesamtvolumen
Gesamtheit UA	767	88,3 %	211 311 175.25	84,0 %
Andere	102	11,7 %	40 180 607.43	16,0 %
Total	869		251 491 782.68	

Tabelle 6: Umsatzstatistik für Strassenbauarbeiten (Zeitraum 2004 bis Mitte 2010)

Umsatzstatistik für Strassen- und Tiefbauarbeiten				
Unternehmen	Anzahl Submissionen	Anteil an Gesamtanzahl	Submissionsvolumen	Anteil am Gesamtvolumen
Gesamtheit UA	93	59,2 %	36 600 951.30	35,4 %
Andere	64	40,8 %	66 815 113.06	64,6 %
Total	157		103 416 064.36	

Tabelle 7: Umsatzstatistik für Strassen- und Tiefbauarbeiten (Zeitraum 2004 bis Mitte 2010)

²⁶⁰ Wenn angenommen wird, dass die Offerte mit der tiefsten Angebotssumme den Zuschlag erhielt. Dies ist nach Überzeugung der WEKO in der weit überwiegenden Zahl der Vergabeentscheidungen der Fall gewesen (vgl. Rz 135 ff.).

²⁶¹ UA steht für Untersuchungsadressatinnen.

Umsatzstatistik für Tiefbauarbeiten				
Unternehmen	Anzahl Sub-missionen	Anteil an Gesamtanzahl	Submissionsvolumen	Anteil am Gesamtvolumen
Gesamtheit UA	185	18,7 %	263 766 916.47	36,5 %
Andere	802	81,3 %	459 595 038.08	63,5 %
Total	987		723 361 954.55	

Tabelle 8: Umsatzstatistik für Tiefbauarbeiten (Zeitraum 2004 bis Mitte 2010)

156. Die vorangehenden Tabellen zeigen, dass die in Rz 123 genannten operativen Strassenbaugesellschaften im Bereich Strassenbau einen Umsatzanteil von rund 85 % auf sich vereinten bzw. bei etwa 88 % aller Vergaben den Zuschlag erhielten. In den Bereichen der anderen Arbeitstypen war dies bedeutend weniger (ca. 35 % des Gesamtvolumens im Bereich Strassen- und Tiefbauarbeiten; ca. 37 % des Gesamtvolumens im Bereich reine Tiefbauarbeiten). Dieses Ergebnis entspricht auch den sichergestellten Dokumentenbeweisen und Parteiangaben, wonach der Marktanteil der in Rz 123 genannten operativen Strassenbaugesellschaften im Bereich Strassenbau im Kanton Graubünden im Bereich von 85–95 % gelegen haben muss.²⁶² Es ist daher für diese Verfügung zugrunde zu legen, dass die in Rz 123 genannten operativen Strassenbaugesellschaften im Bereich kantonale und kommunale Strassenbauprojekte in Nordbünden und in Südbünden einen Umsatzanteil von etwa 85 % auf sich vereinten (in der Zeit 2004 bis Mitte 2010). Dieses Ergebnis wird von der Cellere, der Centorame, der Hew, der Schlub, der Toldo sowie der Zindel/Prader ausdrücklich bestätigt, da diese Gesellschaften den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannt haben (siehe Rz 83 f., 88, 94 f., 97). Gemäss Antrag vereinten die in Rz 123 genannten operativen Strassenbaugesellschaften im Bereich kantonale und kommunale Strassenbauprojekte in Nordbünden und in Südbünden einen Umsatzanteil von etwa 85 % auf sich (in der Zeit 2004 bis Mitte 2010).²⁶³ Aus den übrigen Stellungnahmen der Verfahrensparteien zum Antrag ergibt sich ebenfalls nichts Gegenteiliges.

Umsätze und Umsatzanteile je nach Gebiet (Nord- und Südbünden)

157. Da sich die Zusammensetzung der ansässigen Strassenbauunternehmen in Nordbünden von derjenigen in Südbünden unterscheidet (vgl. Rz 128 f.), prüften die Wettbewerbsbehörden ausserdem, ob sich die gemeinsamen Umsatzanteile der in Rz 123 bzw. Rz 128 f. genannten operativen Strassenbaugesellschaften je nach Gebiet (Nordbünden oder Südbünden) wesentlich unterschieden. Dazu überprüfte es anhand der DOPGR die Umsatzanteile betreffend kantonale oder kommunale Strassenbauprojekte der Jahr 2004 bis Mitte 2010 aus Nordbünden (561 Projekte mit einem Gesamtwert von rund CHF 178 Mio.) und aus Südbünden (308 Projekte mit einem Gesamtwert von rund CHF 73 Mio.). Die Ergebnisse finden sich in den nachfolgenden Tabellen.²⁶⁴

²⁶² Vgl. etwa die Belagsbezugsmengen in Act. III.J.070, III.K.159, III.K.114 sowie Act. III.L.028, S. 5. Dies geht auch aus den Antworten der Verfahrensparteien in Act. III.001 ff. (22-0457) auf die Frage 10 des Fragebogens vom 27.9.2017 hervor. Darin bezeichnen die Strassenbauunternehmen im Wesentlichen die jeweils anderen in Rz 123 genannten operativen Strassenbaugesellschaften als ihre Konkurrentinnen.

²⁶³ Vgl. Act. V.16–V.29 (22-0457); insbesondere Rz 126 des Antrags.

²⁶⁴ Lesebeispiel: Die Tabelle «Strassenbauarbeiten in Nordbünden» zeigt in der Zeile «Gesamtheit UA», dass die Unternehmen gemäss Rz 123 bzw. Rz 128 f. in der Zeit zwischen 2004 und Mitte 2010 bei 485 Strassenbauprojekten aus Nordbünden gemäss DOPGR (Gesamtwert rund CHF 149 Mio.) den Zuschlag erhalten haben. Wenn angenommen wird, dass die Offerte mit der tiefsten Angebotssumme den Zuschlag erhielt. Dies ist nach Überzeugung der WEKO in der weit überwiegenden Zahl der Vergabeentscheide der Fall gewesen (vgl. Rz 135 ff.). Damit waren die Unternehmen gemäss Rz 123 bzw. Rz 128 f. bei 86,5 % aller Vergaben erfolgreich und sie haben 84,4 % des Ge-

Strassenbauarbeiten in Nordbünden				
Unternehmen	Anzahl Sub-missionen	Anteil an Gesamtanzahl	Submissionsvolumen	Anteil am Gesamtvolumen
Gesamtheit UA ²⁶⁵	485	86,5 %	148 830 135.35	83,4 %
Andere	76	13,5 %	29 606 148.75	16,6 %
Total	561		178 436 284.10	

Tabelle 9: Anzahl und Volumen Strassenbauarbeiten im Nordbünden (Zeitraum 2004 bis Mitte 2010)

Strassenbauarbeiten in Südbünden				
Unternehmen	Anzahl Sub-missionen	Anteil an Gesamtanzahl	Submissionsvolumen	Anteil am Gesamtvolumen
Gesamtheit UA ²⁶⁶	282	91,6 %	62 481 039.90	85,5 %
Andere	26	8,4 %	10 574 458.68	14,5 %
Total	308		73 055 498.58	

Tabelle 10: Anzahl und Volumen Strassenbauarbeiten in Südbünden (Zeitraum 2004 bis Mitte 2010)

158. Die beiden vorangehenden Tabellen zeigen, dass sich die Umsatzanteile zwischen den beiden Gebieten nicht grundlegend unterscheiden: In beiden Gebieten vereinten die Untersuchungsadressatinnen – soweit sie in den jeweiligen Gebieten ansässig waren (vgl. dazu Rz 128 f.) – rund 85 % des Ausschreibungsvolumens auf sich. Dieses Ergebnis wird von der Cellere, der Centorame, der Hew, der Schlub, der Toldo sowie der Zindel/Prader ausdrücklich bestätigt, da diese Gesellschaften den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannt haben (siehe Rz 83 f., 88, 94 f., 97). Gemäss Antrag vereinten die Untersuchungsadressatinnen – soweit sie in den jeweiligen Gebieten ansässig waren (vgl. dazu Rz 128 f.) – im Bereich kantonale und kommunale Strassenbauprojekte in Nordbünden und in Südbünden je einen Umsatzanteil von etwa 85 % auf sich (in der Zeit 2004 bis Mitte 2010).²⁶⁷ Aus den übrigen Stellungnahmen der Verfahrensparteien zum Antrag ergibt sich ebenfalls nichts Gegenteiliges.

Einzelne Umsatzanteile von Konkurrentinnen der Untersuchungsadressatinnen (im Bereich Strassenbau)

159. Zuletzt ist auf anhand des DOPGR auf die Umsatzanteile von Konkurrentinnen der in Rz 123 genannten operativen Strassenbaugesellschaften (für den Bereich Strassenbau) einzugehen. Dazu wurde u. a. untersucht, wer abgesehen von den in Rz 123 genannten operativen Strassenbaugesellschaften die drei Unternehmen mit den grössten Umsatzanteilen sind. Das Ergebnis dieser Untersuchung findet sich in der nachfolgenden Tabelle.²⁶⁸

samtwerts aller kantonalen und kommunalen Vergaben von Strassenbauprojekten in Nordbünden gemäss DOPGR gewonnen.

²⁶⁵ Gesamtheit der Untersuchungsadressatinnen gemäss Rz 128.

²⁶⁶ Gemäss Rz 129.

²⁶⁷ Vgl. Act. V.16–V.29 (22-0457); insbesondere Rz 127 f. des Antrags.

²⁶⁸ Lesebeispiel: Die Zeile «Stradun» zeigt, dass das Unternehmen Stradun SA von den 869 Strassenbauprojekten aus Nord- und Südbünden gemäss DOPGR 41 ausführen durfte. Damit hat es 4,7 % aller 869 Strassenbauprojekte gewonnen. Sein Umsatzanteil beträgt 6,4 % (ca. CHF 16,2 Mio. von CHF 251 Mio.).

Externen Firmen im Bereich Strassenbau				
Externen Firmen	Anzahl Sub-missionen	Anteil an Gesamtanzahl	Submissions-volumen	Anteil am Gesamtvolumen
Stradun	41	4,7 %	16 204 995.45	6,4 %
Giudicetti	4	0,5 %	6 118 089.65	2,4 %
Strabag	7	0,8 %	3 236 299.03	1,3 %
Andere Firmen	50	5,8 %	14 621 223.30	5,8 %
Total externer Firmen	102	11,7 %	40 180 607.43	16 %
Total aller Firmen im Strassenbau	869		251 491 782.68	

Tabelle 11: Externen Firmen im Bereich Belgasarbeit (Zeitraum 2004 bis Mitte 2010)

160. Die vorangehende Tabelle 11 zeigt, dass einzig die die Stradun SA (mit Sitz in Ilanz; vgl. Rz 131) im Zeitraum zwischen 2004 und Mitte 2010 mehr als 10 Mal den Zuschlag erhalten hat. Sie erzielte damit im Bereich Strassenbau einen Umsatzanteil von rund 6 %. Die Giudicetti und die Strabag erhielten als Nummer 2 und 3 der «externen» Unternehmen lediglich in 4 bzw. 7 Fällen den Zuschlag (Umsatzanteil ca. 2 % bzw. 1 %). Insgesamt 37 weitere Firmen erhielten 50 Zuschlüsse (Umsatzanteil zusammen rund 6 %). Die Bedeutung der «externen» Unternehmen bleibt damit marginal im Vergleich zu den Untersuchungsadressatinnen. Im Gebiet der Stradun SA (vor allem Region Surselva) dürfte immerhin diese Strassenbauunternehmen für die in Rz 123 genannten operativen Strassenbaugesellschaften eine gewisse Konkurrenz gebildet haben.²⁶⁹

161. Dieses Ergebnis wird von der Centorame, der Hew, der Schlub, der Toldo sowie der Zindel/Prader ausdrücklich bestätigt, da diese Gesellschaften den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannt haben (siehe Rz 84, 88, 94 f., 97). Gemäss Antrag habe die Stradun SA vor allem in ihrer Region für die in Rz 123 genannten operativen Strassenbaugesellschaften eine gewisse Konkurrenz gebildet.²⁷⁰ Einzig die Cellere führte trotz grundsätzlicher Sachverhaltsanerkennung aus, die Stradun SA habe im gesamten Nordbünden Konkurrenzdruck ausgeübt,²⁷¹ Dies überzeugt indes nicht: Dies wurde weder von anderen Verfahrensparteien geltend gemacht, noch ist das mit anderen Beweismitteln vereinbar. Denn gemäss der vorliegenden Offertöffnungsprotokolle²⁷² reichte die Stradun SA im Zeitraum 2004 bis und mit 2010 rund 69 % ihrer 117 Offerten in der Region Surselva ein. Rund 15 % reichte sie in den beiden unmittelbar angrenzenden Regionen Imboden und Viamala ein. In den übrigen Nordbündner Regionen reichte sie im gesamten Zeitraum insgesamt 15 Offerten ein. Von den 41 Projekten, bei welchen die Stradun SA den Zuschlag erhielt (siehe oben Tabelle 11), lagen 65 % in der Region Surselva und 12,5 % in den beiden unmittelbar angrenzenden Regionen Imboden und Viamala. Damit ist einzig anzunehmen, dass die Stradun SA vor allem in ihrer Region für die in Rz 123 genannten operativen Strassenbaugesellschaften eine gewisse Konkurrenz gebildet hat. Aus den übrigen Stellungnahmen der Verfahrensparteien zum Antrag ergibt sich nichts Gegenteiliges.

²⁶⁹ Vgl. auch die Angabe der Cellere zu «Outsidern» gemäss Rz 305.

²⁷⁰ Vgl. Act. V.16–V.29 (22-0457); insbesondere Rz 129 f. des Antrags.

²⁷¹ Act. V.240, S. 2 f. (22-0457).

²⁷² Act. VI.001 ff. sowie DOPGR gemäss Act. I.594 (22-0457).

B.3.1.7 Zwischenfazit

162. Zusammenfassend sind folgende Schlüsse zu betonen:

- In diesem Abschnitt geht es um die Zusammenarbeit im Bereich Strassenbau. Der Strassenbau umfasst die Herstellung und den Erhalt von Strassen und Wegen für den Fahrzeug- und Fussgängerverkehr dazu gehören insbesondere Belagsarbeiten (Asphaltarbeiten, Pflästerungen und Abschlüsse beim Verkehrswegebau) sowie der Bau und Unterhalt der oberen Fundationsschicht.
- Ausser der Catram und der Lazzarini sind bzw. waren von den in Rz 3–28 genannten Verfahrensparteien alle operativen Gesellschaften im Bereich Strassenbau im oben genannten Sinne tätig. Namentlich sind dies die Casty Bau AG, die Cellere, die Centorame, die Foser, die Hew, die Implenja, die KIBAG, die Schlub-Gesellschaften, die Toldo, die Walo sowie die Mettler AG und die Prader AG bzw. die METTLER PRADER AG.
- In der Strassenbaubranche besteht für die Strassenbauunternehmen ein gewisser Distanzschutz. Dieser wird im Bergkanton Graubünden durch die Topografie verstärkt. Im Kanton Graubünden in den Gebieten Nordbünden, Südbünden und Misox ansässige Strassenbauunternehmen, d. h. solche, welche in diesen Gebieten jeweils mindestens einen Werkhof und/oder Lagerplatz betreiben, haben damit eine grössere Zuschlagschance als Strassenbauunternehmen von ausserhalb der drei Gebiete.
- Strassenbauleistungen werden sowohl von Privaten als auch von öffentlichen Stellen nachgefragt. Öffentliche Stellen (Gemeinden, Kanton Graubünden und Bund) fragen Strassenbauleistungen in Bezug auf den Bau und den Unterhalt ihrer jeweiligen Strassennetze an. Verfahrensparteien erzielten bis zu rund 95 % ihres jährlichen Umsatzes im Bereich Strassenbau im Kanton Graubünden mit öffentlichen Auftraggebern.
- Der Angebotspreis war im Untersuchungszeitraum in der Regel das entscheidende Kriterium, um den Zuschlag für vom Kanton Graubünden und den Graubündner Gemeinden vergebene Strassenbauprojekte zu erhalten.
- In Graubünden erstreckte sich die Strassenbausaison nur auf bestimmte Monate eines Kalenderjahrs und der Kanton und die Gemeinden vergaben die meisten ihrer Strassenbaufträge als «Jahresarbeiten» eher zu Beginn der jeweiligen Bausaison («Saisonalität»).
- Der Kanton Graubünden und die Graubündner Gemeinden vergaben im Zeitraum zwischen 2004 bis und mit 2013 mindestens 3252 Strassen- und/oder Tiefbauprojekte (Gesamtwert rund CHF 1729 Mio.). Darunter waren 1364 Strassenbauprojekte im Wert von CHF 414 Mio. In der Zeit zwischen 2004 bis Mitte 2010 vergaben der Kanton Graubünden und die Graubündner Gemeinden in Nordbünden und in Südbünden mindestens 869 Strassenbauprojekte (Gesamtwert CHF 251 Mio.), 157 Strassen- und Tiefbauprojekte (Gesamtwert CHF 103 Mio.) sowie 987 Tiefbauprojekte (Gesamtwert CHF 723 Mio.).
- Es ist davon auszugehen, dass die Casty Bau AG, die Cellere, die Centorame, die Foser, die Hew, die Implenja, die KIBAG, die Schlub-Gesellschaften, die Toldo, die Walo sowie die Mettler AG und die Prader AG bzw. die METTLER PRADER AG im Bereich kantonale und kommunale Strassenbauprojekte in Nordbünden und in Südbünden einen Umsatzanteil von rund 85 % auf sich vereinten (in der Zeit 2004 bis Mitte 2010).
- Die Bedeutung von «externen» Unternehmen blieb in den Gebieten Nordbünden und Südbünden marginal. Im Gebiet der Stradun SA (Region Surselva) dürfte immerhin diese Strassenbauunternehmen für die vorgenannten operativen Strassenbaugesell-

schaften eine gewisse Konkurrenz in Bezug auf kantonale oder kommunale Strassenbauprojekte gebildet haben.

B.3.2 Gemeinsame Zuteilung von Strassenbauprojekten und Festlegung der Höhen der Angebotssummen

163. Im Folgenden wird die Zusammenarbeit von (u. a.) im Kanton Graubünden ansässigen Strassenbauunternehmen betreffend die gemeinsame Zuteilung von Strassenbauprojekten und Festlegung der Höhen der Angebotssummen näher beschrieben. Dazu wird in sachverhältnismässiger Hinsicht geprüft, ob bzw. inwiefern die Zusammenarbeit zwischen im Kanton Graubünden ansässigen Strassenbauunternehmen dazu diene, Strassenbauprojekte mittels gemeinsamen Preisfestsetzungen untereinander aufzuteilen.

164. Im Einzelnen ist damit auf die folgenden Beweisthemen einzugehen. Es wird gezeigt, dass sich Vertreter von 13 bzw. zwölf Strassenbauunternehmen aus dem Kanton Graubünden zwischen 2004 und Mai 2010 regelmässig an «Zuteilungssitzungen» bzw. «Berechnungssitzungen» trafen bzw. im Rahmen dieser Sitzungen zusammenarbeiteten (siehe Rz 165 ff. und 198 ff.). In einem separaten Abschnitt wird sodann auf Ziel und Zweck dieser Zusammenarbeit im Rahmen von «Zuteilungssitzungen» bzw. «Berechnungssitzungen» eingegangen (Konsens und Zwecksetzung; siehe Rz 251 ff.). In diesem Abschnitt wird bewiesen, dass zwischen den beteiligten Strassenbauunternehmen der Konsens bestand, dass vom Kanton Graubünden und von Gemeinden in Nordbünden und in Südbünden vergebene Strassenbauprojekte anhand von Anteilsquoten und mittels gemeinsamer Festlegungen der Angebotssummen im Rahmen der «Mittelwertmethode» aufgeteilt werden sollten; dies diene der Verringerung des Konkurrenzdrucks zwischen den beteiligten Unternehmen sowie der Stabilisierung der Preise für Strassenbau bzw. der Erzielung besserer Preise. Als Letztes werden die Umsetzung sowie die Auswirkungen des Konsenses und der entsprechenden Zusammenarbeit beschrieben (siehe Rz 301 ff.).

B.3.2.1 Regelmässige Treffen bis Mai 2010

165. Nachfolgend wird dargelegt, dass und in welchem Ausmass zwischen 2004 bis und mit Mai 2010 regelmässig Treffen von Vertretern der (u. a.) im Kanton Graubünden ansässigen Strassenbauunternehmen stattfanden. Unter diesem Beweisthema ist insbesondere darauf einzugehen, ob Sitzungen stattgefunden haben und wenn ja, in welchen Zeiträumen und in welcher Frequenz, sowie darauf, wer die Treffen organisiert hat und wo sie stattfanden. Über die individuelle Beteiligung an Treffen sowie Ziel und Zweck der Sitzungen bzw. der Zusammenarbeit wird an anderer Stelle Beweis geführt (siehe dazu Rz 198 ff., 251 ff.).

B.3.2.1.1 Massgebliche Beweismittel

166. Betreffend das Stattfinden von regelmässigen Treffen zwischen Vertretern von (u. a.) im Kanton Graubünden ansässigen Strassenbauunternehmen sind insbesondere die folgenden Beweismittel zu beachten:

Parteiauskünfte

167. Die Implenia gibt in ihrer Selbstanzeige an, die Mitgliedsunternehmen des Verbands «Verkehrswegebauer Graubünden» (nachfolgend: VGR) hätten sich jedenfalls im Zeitraum von 2004 bis ins Frühjahr 2010 in der Regel einmal im Monat getroffen, u. a. um gemeinsam und in Untergruppen über die Zuteilung der in Nordbünden ausgeschriebenen Strassenbauprojekte zu entscheiden. Die Sitzungen hätten jeweils rund eine Woche vor Ablauf von Eingabefristen stattgefunden. Oft seien Sitzungen gegen Ende eines Kalenderjahres ausgefallen, da dann die Unternehmen bereits genügend Aufträge erhalten hätten und ausgelastet gewesen seien. Die Sitzungen habe der Präsident des VGR, [...] (Vertreter der Hew), orga-

nisiert (insbesondere Terminierung und Festlegung der Örtlichkeit, Einladung, Durchführung der Sitzung bzw. ggf. Absage einer Sitzung). In Südbünden habe es vergleichbare regelmässig stattfindende «Berechnungssitzungen» unter Beteiligung der dort ansässigen Strassenbauunternehmen gegeben. Die Berechnungssitzungen habe [...] von der KIBAG organisiert (insbesondere Terminierung und Festlegung der Örtlichkeit, Einladung und Durchführung der Sitzung). Die Implenia habe ihre Teilnahme an den Sitzungen im Laufe des Jahres 2010 aufgrund kartellrechtlicher Bedenken eingestellt; ihres Wissens hätten danach keine regelmässigen Zuteilungssitzungen mehr stattgefunden.²⁷³

168. Die Walo gibt in ihrer Selbstanzeige an, Mitgliedsunternehmen des VGR hätten sich bis und mit 2009 vor allem zu Beginn eines Kalenderjahrs regelmässig – bisweilen wöchentlich – getroffen, u. a. um gemeinsam und in Untergruppen über die Zuteilung der in Nordbünden ausgeschrieben Strassenbauprojekte zu entscheiden. Die Sitzungen hätten jeweils rund anderthalb Wochen vor Ablauf von Eingabefristen an unterschiedlichen Orten (z. B. in einem grossen Sitzungszimmer bei der Catram) stattgefunden. Oft seien Sitzungen gegen Ende eines Kalenderjahres ausgefallen, da dann die Unternehmen bereits genügend Aufträge erhalten hätten und ausgelastet gewesen seien. Die Sitzungen habe gelegentlich der Präsident des VGR einberufen, welcher diese auch geleitet habe. In Südbünden habe es bis und mit 2009 vergleichbare regelmässig stattfindende Sitzungen unter Beteiligung von dort ansässigen Strassenbauunternehmen gegeben. Aufgrund kartellrechtlicher Bedenken habe die Walo die stattfindenden Sitzungen ab 2006 (in Südbünden) bzw. ab Anfang 2009 (in Nordbünden) nicht mehr selbst besucht, sondern eine Art «Meldeläufersystem» über [...] von der KIBAG (Südbünden) bzw. [...] von der Implenia (Nordbünden) betrieben; ob im Jahr 2010 noch Zuteilungssitzungen stattfanden, sei ihr nicht bekannt.²⁷⁴

169. Die Cellere gibt in ihrer Selbstanzeige an, die Mitgliedsunternehmen des VGR und seines Vorgängervereins, der «Vereinigung Bündnerischer Unternehmen für Strassenbeläge» (nachfolgend: VBU), hätten sich schon seit den 1980er Jahren bis in den Sommer 2010 regelmässig an Sitzungen getroffen, u. a. um gemeinsam und in Untergruppen über die Zuteilung der in Nordbünden ausgeschrieben Strassenbauprojekte zu entscheiden. Die Sitzungen hätten vor allem jeweils in der ersten Jahreshälfte eines Kalenderjahres stattgefunden (3–6 Mal pro Monat; in der zweiten Jahreshälfte: 1–2 Mal pro Monat), da der Grossteil der kantonalen und kommunalen Ausschreibungen jeweils zu dieser Zeit erfolgt sei. In Südbünden habe es vergleichbare regelmässig stattfindende Sitzungen unter Beteiligung der dort ansässigen Strassenbauunternehmen gegeben. Die Cellere habe ihre Teilnahme an den Sitzungen im Laufe des Jahres 2010 aufgrund kartellrechtlicher Bedenken eingestellt; ihres Wissens hätten danach keine regelmässigen Zuteilungssitzungen mehr stattgefunden.²⁷⁵

170. Die Centorame gibt in ihrer Selbstanzeige an, in Nordbünden hätten sich die u. a. dort ansässigen Strassenbauunternehmen jedenfalls zwischen 2000 und bis Anfangs 2010 regelmässig an Sitzungen getroffen, um alle gemeinsam oder in Untergruppen über die Zuteilung der in Nordbünden ausgeschrieben Strassenbauprojekte (Kantone und Gemeinden) zu entscheiden. Die Sitzungen hätten gerade Anfangs der jeweiligen Kalenderjahre, als besonders viele Strassenbauprojekte ausgeschrieben worden seien, nahezu wöchentlich stattgefunden. Die Durchführung solcher Sitzungen sei 2010 aufgegeben worden, da man praktisch keinen Konsens mehr über die Zuteilung gefunden habe.²⁷⁶

²⁷³ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. IX.A.3, Rz 17 ff.; IX.A.8; IX.A.11, S. 2 f.; IX.A.28, S. 2 ff.; IX.A.36, IX.A.39.

²⁷⁴ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. IX.E.7; IX.E.8; IX.E.11; IX.E.14; Act. VII.C.7 (22-0457).

²⁷⁵ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. IX.F.1; IX.F.4; IX.F.5; IX.F.11; Act. VII.D.2a; VII.D.6 (22-0457).

²⁷⁶ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. VII.E.1; VII.E.4; VII.E.11 (22-0457).

171. Während der Untersuchung verweigerten die Hew, die Käppeli, die KIBAG, die Toldo und die Schlub betreffend das angebliche Stattfinden von regelmässigen Zuteilungssitzungen die Aussage oder führten aus, es habe höchstens zwei VBU-/VGR-Sitzungen pro Kalenderjahr gegeben (Generalversammlung und Herbstversammlung), anlässlich derer die anwesenden Unternehmensvertreter über das Lehrlingswesen oder Berufsmessen gesprochen hätten. Auch hätten im Einzelfall Sitzungen zwischen einzelnen ansässigen Strassenbauunternehmen zur Bildung von ARGE stattgefunden.²⁷⁷ Abgesehen von diesen fünf Unternehmen und den Selbstanzeigerinnen äusserten haben sich die Verfahrensparteien vor Antragsversand zunächst nicht zum Beweisthema «Stattfinden von Sitzungen».

172. Mit ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats anerkannten die Cellere, die Centorame, die Hew, die Schlub, die Toldo und die Zindel/Prader den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats (siehe oben Rz 83 f.88, 94 f., 97).²⁷⁸ Gemäss Antrag²⁷⁹ sollen sich die VBU- bzw. VGR-Mitgliedsunternehmen jedenfalls in den Jahren 2004 bis und mit 2010 regelmässig an Sitzungen getroffen haben, um u. a. gemeinsam und in Untergruppen über die Zuteilung der in Nordbünden vom Kanton und den Gemeinden ausgeschriebenen Strassenbauprojekte zu entscheiden. Diese Treffen hätten vor allem in den ersten Jahreshälften eines Kalenderjahres stattgefunden, da der Grossteil der kantonalen und kommunalen Ausschreibungen jeweils zu dieser Zeit erfolgt sei. In der ersten Jahreshälfte hätten diese Sitzungen bis zu einmal pro Woche stattgefunden. Die Sitzungen seien teilweise vom VBU-/VGR-Präsidenten organisiert worden (insbesondere Terminierung und Festlegung der Örtlichkeit, Einladung und Durchführung der Sitzung), häufig hätten die beteiligten Unternehmen an stattfindenden Zuteilungssitzungen gleich die folgenden Termine für Zuteilungssitzungen festgelegt. Die Sitzungen hätten an unterschiedlichen Orten stattgefunden (bis 2006 in der Regel bei der Catram in Chur; später eher bei einzelnen VGR-Mitgliedsunternehmen, insbesondere bei der Implenia). In Südbünden habe es im selben Zeitraum vergleichbare regelmässig stattfindende «Berechnungssitzungen» zur gemeinsamen Zuteilung der in Südbünden vom Kanton und Gemeinden ausgeschriebenen Strassenbauprojekte gegeben. Die Berechnungssitzungen habe vornehmlich [...] von der KIBAG organisiert (insbesondere Terminierung und Festlegung der Örtlichkeit, Einladung und Durchführung der Sitzung). Die Sitzungen hätten wechselweise bei den beteiligten Strassenbauunternehmen stattgefunden. Ab Sommer 2010 seien keine vergleichbar systematischen Sitzungen zwischen den VGR-Mitgliedsunternehmen mehr durchgeführt worden. Die Beendigung der regelmässigen Zuteilungstreffen im Mai 2010 sei u. a. darauf zurückzuführen, dass Unternehmen wie die Implenia, die Walo und die Cellere die Zusammenarbeit wegen kartellrechtlicher Bedenken beendet hätten und die Zusammenarbeit daher nicht mehr funktionierte.

173. Darüber hinaus sind die Stellungnahmen der Untersuchungsadressatinnen in Bezug auf das Beweisthema «Stattfinden von Sitzungen» folgendermassen zusammenzufassen. Die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG, die Foser, die Hüppi AG Wallisellen und die KIBAG halten in ihren Stellungnahmen zum Antrag fest, dass sie sich selbst kaum – bzw. ab bestimmten Zeitpunkten gar nicht mehr – an Zuteilungssitzungen beteiligt hätten oder dass die Zusammenarbeit früher endete.²⁸⁰ Ob daraus folgt, dass sie das regelmässige Stattfinden der Zuteilungssitzungen unter Beteiligung anderer Unternehmen in Frage stellen, bleibt unklar, wird im Folgenden zugunsten dieser Parteien aber angenommen. Die Frage der individuellen Beteiligung ist ein anderes Beweisthema, auf das im nachfolgenden Abschnitt einzugehen ist (Rz 198 ff.). In den übrigen drei Stellungnahmen (der Catram, der Im-

²⁷⁷ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. IV.013 f., IV.016–IV.020; IV.022; Act. II.001, II.003–II.006 (22-0457).

²⁷⁸ Act. V.134; V.155; V.156; V.232; V.233; V.237; V.240; V.243; V.246 (22-0457).

²⁷⁹ Vgl. Act. V.16–V.29 (22-0457); Rz 135–164 des Antrags.

²⁸⁰ Vgl. Act. V.190, Rz 98; V.192, Rz 9 ff.; V.221, Rz 108; V.238, Rz 77 ff., 161 f. (22-0457).

plenia und der Walo) finden sich keinerlei Angaben zum Beweisthema «Zuteilungssitzungen» (vgl. Stellungnahmen der Rz 86, 91, 96).

Angaben von Dritten

174. Der Zeuge [...] (u. a. ehemaliger [...] der KIBAG) gab an, die jeweiligen VBU-/VGR-Mitgliedsunternehmen hätten sich bis und mit 2009 an Sitzungen getroffen, um gemeinsam oder in Untergruppen über die Zuteilung der in Nordbünden ausgeschriebenen Strassenbauprojekte zu entscheiden. Die Sitzungen hätten vor allem jeweils im Frühjahr eines Kalenderjahres abhängig vom Ausschreibungsvolumen stattgefunden. In Südbünden habe es vergleichbare «Berechnungssitzungen» der dort ansässigen Strassenbauunternehmen gegeben. Diese seien teilweise von [...], der ihm bei der KIBAG in der Hierarchie unterstellt gewesen sei, organisiert und geleitet worden. In Südbünden sei die Zusammenarbeit später als 2009 eingestellt worden (2011 oder 2012).²⁸¹

Dokumentenbeweise

175. Bei den Hausdurchsuchungen wurden Dokumente und elektronische Daten sichergestellt, welche das regelmässige Stattfinden von Treffen zwischen den VBU-/VGR-Mitgliedsunternehmen bis ca. Sommer 2010 indizieren (z. B. Kalendereinträge, Erwähnung der Sitzungen in Protokollen, E-Mails und Notizen).²⁸² Zu nennen sind insbesondere die folgenden Dokumente:

- Die Implenia hat eine Liste mit konkreten Daten von Zuteilungssitzungen zwischen 2007 und 2009 eingereicht.²⁸³ Auf dieser Liste befinden sich 32 Sitzungstermine, an denen es gemäss Implenia zu Zuteilungen von Projekten und Festlegungen der Angebotssummen gekommen sei. Diese Liste wurden auf Grundlage der Angaben von involvierten Personen und elektronischen Outlook-Daten der Implenia (Betreff der Termine z. B. «VGR», «VGR ST», «VGR A», «VGR A+B») erstellt.²⁸⁴
- Bei der Käppeli wurde ein elektronischer Outlook-Kalendereintrag aus dem Jahr 2005 sichergestellt.²⁸⁵ Zweck des auf den [...] 2005 terminierten Treffens ist danach: «Vbu Gruppe B». Organisator des Treffens war [...] von der Casty Bau AG.
- Bei der Toldo wurden elektronische Outlook-Kalendereinträge mit Titeln wie «VGR Untervaz Eingabe [...]» (Termin am [...] 2009), «VGR Sitzung Eingaben» (Termin am [...] 2009), «VGR Eingabe bis [...] 2009» (Termin am [...] 2009) sichergestellt.²⁸⁶
- Bei der Cellere wurde eine interne Notiz von Ende [...] 2009 betreffend aktuelle Preissituation sichergestellt. Darin heisst es: «Es gibt fast keine Kontakte mehr mit Konkurrenten, ausser bei ARGE's. Ich bin nun gespannt auf die kommenden Sitzungen innerhalb des VGR».²⁸⁷
- Bei der Hew wurde eine E-Mail vom 9. Mai 2011 von [...] ([Vertreter] der Hew) an [...] ([...] AG) sichergestellt.²⁸⁸ Dieser E-Mail war der von [...] korrigierte Entwurf des Proto-

²⁸¹ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. II.002 (22-0457), insbesondere Rz 249 ff., 429 ff., 462 ff. Das Protokoll der Zeugeneinvernahme ist verwertbar; siehe oben Rz 107 ff.

²⁸² Vgl. etwa Act. III.J.101; III.K.163–III.166; III.K.168; III.L.028; III.L.053–III.L.055; III.M.047; III.O.078; III.O.080; III.O.131–III.O.133; III.O.137; III.O.141; III.O.143; III.Q.061.

²⁸³ Act. IX.A.28, S. 2–5, 13 f.; IX.A.39.

²⁸⁴ Act. IX.A.39. Diese Liste enthält noch mehr Outlook-Termine.

²⁸⁵ Act. III.J.101.

²⁸⁶ Act. III.L.053–III.L.055.

²⁸⁷ Act. III.M.047.

²⁸⁸ Act. III.O.078.

kolls der Verwaltungsratssitzung vom 15. April 2011 (nachfolgend: Entwurf VR-Protokoll 2011) angefügt. Diesen Entwurf hatte zuvor [...] als Protokollführer der Verwaltungsratssitzung erstellt. In dem Entwurf VR-Protokoll 2011 ist folgende Passage enthalten: «Im Belagsbau hat ein Preissturz von 5 % stattgefunden. Dies hat stark damit zu tun, dass man unter den Beläglern völlig verkracht ist. Lediglich 5 Offerten habe man dieses Jahr unter einander besprochen. Strabag funkt immer drein. Walo sitzt nicht mehr an den runden Tisch. Implenla hat sich auch abgemeldet. Die Folge ist, dass man heute auf einem miserablen Preisniveau ist.». In der E-Mail verlangte [...] von [...] die Streichung der Textpassage «Lediglich 5 Offerten habe man dieses Jahr unter einander besprochen. Strabag funkt immer drein. Walo sitzt nicht mehr an den runden Tisch. Implenla hat sich auch abgemeldet. Die Folge ist, dass man heute auf einem miserablen Preisniveau ist.». Dieses Streichungsverlangen begründete [...] in der E-Mail spezifisch so: «Trakt. 2 TB: Keine Erwähnung des Gesagten im Protokoll (WEKO)».

- [...], welcher gemäss Angaben der Implenla und des Zeugen [...] für die Organisation und Durchführung von «Berechnungssitzungen» in Südbünden zuständig war, hat der VBU die Rückzahlung von Aufwendung für die «Administration Engadin und Südtäler» in Rechnung gestellt (Rechnungen aus den Jahren 2004, 2005, 2006 und 2008).²⁸⁹

176. Vertieft wird auf die vorgenannten Beweismittel im Rahmen der nachfolgenden Beweiswürdigung eingegangen, soweit dies für die kartellrechtsrelevanten Beweisergebnisse von Bedeutung ist.

B.3.2.1.2 Beweiswürdigung

177. Nachfolgend wird zunächst darüber Beweis geführt, ob zwischen 2004 bis und mit 2009 in Nordbünden regelmässige «Zuteilungssitzungen» bzw. «Berechnungssitzungen» stattfanden (siehe Rz 178 ff.). Danach wird auf das Stattfinden solcher «Zuteilungssitzungen» bzw. «Berechnungssitzungen» in Südbünden eingegangen (für den Zeitraum zwischen 2004 bis und mit 2009; siehe Rz 186 ff.). Anschliessend wird darüber Beweis geführt, ob solche Sitzungen auch noch im Jahr 2010 stattfanden und bis wann die Zusammenarbeit im Rahmen der «Zuteilungssitzungen» bzw. «Berechnungssitzungen» andauerte (siehe Rz 189 ff.). Zuletzt ist auf Organisation und Orte der «Zuteilungssitzungen» bzw. «Berechnungssitzungen» einzugehen (siehe Rz 192 ff.).

Regelmässige Treffen in Nordbünden (2004–2009)

178. Die vier Selbstanzeigerinnen Implenla, Walo, Cellere und Centorame sowie der befragte Zeuge geben übereinstimmend an, dass sich VBU- bzw. VGR-Mitgliedsunternehmen jedenfalls in den Jahren 2004 bis 2009 regelmässig an Sitzungen getroffen hätten, u. a. um gemeinsam und in Untergruppen über die Zuteilung der in Nordbünden ausgeschriebenen Strassenbauprojekte zu entscheiden. Weiter wird übereinstimmend angegeben, dass diese Treffen vor allem in der ersten Jahreshälfte eines Kalenderjahres stattgefunden hätten, da der Grossteil der kantonalen und kommunalen Ausschreibungen jeweils zu dieser Zeit erfolgt sei. In der ersten Jahreshälfte hätten diese Treffen bis zu einmal pro Woche stattgefunden. Die Implenla und die Walo geben an, dass der Präsident des VGR, [...], eine Rolle bei der Organisation der Sitzungen gespielt habe. Diese Angaben der Selbstanzeigerinnen sowie des Zeugen werden von der Hew, der Schlub, der Toldo sowie der Zindel/Prader ausdrücklich bestätigt, da diese Gesellschaften den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannt haben (siehe Rz 172).

²⁸⁹ Act. III.K.165 f.

179. Da anzunehmen ist, dass diese Angaben von der A. Käppeli's Söhne AG, der Bianchi Holding AG, der Foser, der Hüppi AG Wallisellen und der KIBAG bestritten werden (vgl. Rz 173), ist zu prüfen, ob die Angaben der vier Selbstanzeigerinnen und des Zeugen [...] in beweismässiger Hinsicht überzeugen. Sie müssen mithin im Rahmen einer umfassenden Beweiswürdigung auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin geprüft werden. Dabei gilt: Eine Aussage oder eine Stellungnahme ist insbesondere glaubhaft, wenn sie frei von inneren Widersprüchen und Logikbrüchen ist, einen hohen Detaillierungsgrad unter Beachtung von überprüfbaren Realkennzeichen aufweist und im Einklang mit anderen (objektiven) Beweismitteln (insbesondere Urkundenbeweisen) steht.²⁹⁰

180. Vorliegend ist zu beachten, dass die Angaben der Selbstanzeigerinnen sowie des Zeugen betreffend das Stattfinden der Sitzungen frei von Widersprüchen sind und keinerlei Logikbrüche aufweisen. So erscheint es insbesondere nachvollziehbar, dass die Zuteilungssitzungen insbesondere dann stattfanden, wenn der Kanton Graubünden und die Gemeinden Strassenbauprojekte ausschrieben und die Auftragsbücher der beteiligten Unternehmen noch nicht voll waren. In einer solchen Konstellation ist es nachvollziehbar, dass sich die Unternehmen zusammentun, um im Rahmen des eingeübten *modus operandi* bestmöglich «einen Teil des Kuchens abzubekommen». Allerdings ist zu beachten, dass auch die Aussagen einiger Parteien, wonach höchst selten Sitzungen stattfanden, welche zudem nur der Besprechung der Lehrlingsausbildung, Berufsmessen und allfälligen ARGE gedient hätten, in sich schlüssig und frei von Widersprüchen sind.

181. Gegenüber diesen Aussagen weisen indes die Angaben der Selbstanzeigerinnen sowie des Zeugen einen höheren Detaillierungsgrad, insbesondere in Bezug auf Realkennzeichen, auf. So sind etwa das Stattfinden von Treffen, die Identität des Sitzungsorganitors (soweit er benannt wird) und der teilnehmenden Personen, die konkrete Ausschreibungspraxis des Kantons und der Gemeinden betreffend Strassenbauprojekte und die Auftragslage bei den beteiligten Strassenbauunternehmen zu Beginn des Jahres allesamt schlüssige Details, welche jeweils durch andere Quellen verifiziert werden können. Vorliegend ist denn auch z. B. bewiesen, dass der Kanton und die Gemeinden in Graubünden Strassenbauarbeiten jedenfalls in der Zeit von 2004 bis 2010 überwiegend im Paket und als Jahresarbeiten ausschrieben und vergaben sowie dass dies vor allem zu Beginn des Jahres geschah («Saisonalität der Vergabepaxis»; siehe oben Rz 138 ff.).²⁹¹ Auch ist aus den objektiven Beweismitteln ersichtlich, dass die Auftragsbücher von Strassenbauunternehmen im Winter oft eher leer waren und die Unternehmen zu Beginn eines Jahres besorgt waren, ob sie ihre Kapazitäten ausreichend würden ausfüllen können.²⁹² Soweit sich die übrigen Verfahrensparteien zum Stattfinden von gemeinsamen Treffen äussern und angeben, es hätten allenfalls Besprechungen zur Lehrlingsausbildung, zu Berufsmessen und zu allfälligen ARGE stattgefunden, so wird dies von diesen Unternehmen hingegen nicht weiter substantiiert (z. B. konkreter Ort und Zeitpunkt solcher Treffen, Teilnehmer der Treffen, Ergebnis der Treffen betreffend ARGE, konkrete ARGE-Projekte etc.).²⁹³ Auch würde der Umstand, dass Besprechungen zur Lehrlingsausbildung, zu Berufsmessen und zu allfälligen ARGE stattfanden, ohnehin nicht gegen das Stattfinden der von den Selbstanzeigerinnen und vom Zeugen erwähnten Zuteilungssitzungen sprechen. Denn beides kann auch parallel stattgefunden haben.

²⁹⁰ Vgl. etwa Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 127 m.w.N.; abrufbar auf der Homepage der Wettbewerbsbehörden unter <www.weko.admin.ch> Aktuell; zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

²⁹¹ Vgl. etwa Act. III.J.086; III.J089; III.K.167; III.M.041; III.M.046; III.M.064; III.M.070; III.O.079 ff., III.O.102 ff.; III.P.003; III.P.021; III.P.060 ff.; IV.016, Rz 196 ff. sowie DOPGR.

²⁹² Vgl. z. B. Act. III.M.046; III.O.079 ff., III.O.143.

²⁹³ Vgl. etwa Act. II.001, Rz 93 ff., 151 ff.; II.003 ff. (22-0457).

182. Für die Glaubhaftigkeit der Angaben des Zeugen [...] spricht zudem, dass der Zeuge angibt, dass er als Unternehmensvertreter selbst an den Zuteilungstreffen anwesend gewesen sei und an der Zuteilung mitgewirkt habe und er im fraglichen Zeitraum tatsächlich Vertreter von beteiligten Unternehmen bzw. dort angestellt war (ab 2003: Casty Bau AG, ab 2006: [eine Verfügungsadressatin], ab 2008: [eine Verfügungsadresatin])²⁹⁴ sowie von Seiten der Selbstanzeigerinnen als beteiligte Person bezeichnet wird.²⁹⁵ Für die Glaubhaftigkeit der Angaben der vier Selbstanzeigerinnen sowie des Zeugen [...] spricht des Weiteren, dass diese Angaben jeweils im Einklang mit übrigen vorliegenden Beweismitteln (Aussagen und Dokumentenbeweise) stehen. So stimmen die Angaben der Selbstanzeigerinnen sowie des Zeugen betreffend den in Rz 178 genannten Inhalt überein – und dies ohne dass ersichtlich wäre, dass die Aussagen jeweils in Kenntnis der übrigen Aussagen getätigt worden wären. Wären die Aussagen nur erfunden, so wäre nicht zu erwarten, dass die Aussagen der vier Selbstanzeigerinnen und des Zeugen [...] (zumal bezüglich der Details; siehe oben Rz 181) gleich ausgefallen wären. Kommt hinzu, dass die Angaben der Selbstanzeigerinnen sowie des Zeugen mit den genannten Dokumentenbeweisen (Kalendereinträge, Erwähnung der Sitzungen in Protokollen, E-Mails und Notizen) im Einklang stehen.²⁹⁶ Folgende Beweismittel seien hier ausdrücklich genannt:

- Die Implemia hat eine Liste mit konkreten Daten von Zuteilungssitzungen zwischen 2007 und 2009 eingereicht.²⁹⁷ Diese wurden auf Grundlage der Angaben von involvierten Personen und elektronischen Outlook-Daten erstellt.²⁹⁸ Dies indiziert, dass die Angaben der Implemia zum Stattfinden von Zuteilungstreffen zutreffend sind.
- Bei der Käppeli, welche genauso wie das von ihr übernommene Strassenbauunternehmen Casty Bau AG VBU-/VGR-Mitglied war (siehe unten Rz 212), wurde ein elektronischer Outlook-Kalendereintrag aus dem Jahr 2005 sichergestellt.²⁹⁹ Zweck des auf den [...] 2005 terminierten Treffens ist danach: «Vbu Gruppe B». Organisator des Treffens war [...] von der Casty Bau AG. Daraus folgt unmittelbar, dass ein VBU-Treffen anberaumt wurde betreffend Zusammenkunft der Gruppe B. Zusammen mit den übrigen Beweismitteln indizieren diese Beweismittel das Stattfinden von Treffen zwischen VBU-Mitgliedsunternehmen, um in Untergruppen über die Zuteilung von ausgeschriebenen Strassenbauprojekten zu entscheiden.
- Bei der Toldo, welche VBU-/VGR-Mitglied war (siehe unten Rz 212) wurden elektronische Outlook-Kalendereinträge mit Titeln wie «VGR Untervaz Eingabe [...]» (Termin am [...] 2009), «VGR Sitzung Eingaben» (Termin am [...] 2009), «VGR Eingabe bis [...] 2009» (Termin am [...] 2009) sichergestellt.³⁰⁰ Daraus folgt unmittelbar, dass VGR-Termine anberaumt wurden betreffend Eingaben bei bestimmten Projekten. Zusammen mit den übrigen Beweismitteln indizieren diese Beweismittel das Stattfinden von

²⁹⁴ Vgl. Handelsregisterauszüge der Gesellschaften.

²⁹⁵ Siehe nur Act. IX.A.11, S. 3; IX.E.7, Rz 10; IX.F.4, S. 7; Act. VII.E.11 (22-0457), S. 9.

²⁹⁶ Act. III.J.101; III.K.163–III.166; III.K.168; III.L.028; III.L.053–III.L.055; III.M.047; III.O.078; III.O.080; III.O.131–III.O.133; III.O.137; III.O.141; III.O.143; III.Q.061. Gegen das Stattfinden von Treffen im Jahr 2004 spricht auch nicht die Marktanalyse der Toldo von Januar 2004, wonach es zu diesem Zeitpunkt keine Marktaufteilungen gegeben habe (vgl. Act. III.L.028, S. 5, 7). Denn das Beweismittel zeigt einzig, dass Toldo Anfang 2004 erwartete, dass es keine VBU-Aktivitäten geben werde. Mit Blick auf die übrigen Beweismittel (insbesondere die Selbstanzeigen, die Zeugenaussage von [...] und objektive Beweismittel) ist die Wettbewerbsbehörde aber davon überzeugt, dass sich VBU-Unternehmen nach den ersten Ausschreibungen des Jahres 2004 gleichwohl trafen, um Strassenbauprojekte gemeinsam und in Untergruppen zuzuteilen.

²⁹⁷ Act. IX.A.28, S. 2–5, 13 f.; IX.A.39.

²⁹⁸ Act. IX.A.39.

²⁹⁹ Act. III.J.101.

³⁰⁰ Act. III.L.053–III.L.055.

Treffen zwischen VGR-Mitgliedsunternehmen, um gemeinsam und in Untergruppen über die Zuteilung von ausgeschriebenen Strassenbauprojekten zu entscheiden.

- Bei der Cellere, welche VBU-/VGR-Mitglied war, wurde eine Notiz von Ende [...] 2009 betreffend aktuelle Preissituation sichergestellt. Darin heisst es: «Es gibt fast keine Kontakte mehr mit Konkurrenten, ausser bei ARGE's. Ich bin nun gespannt auf die kommenden Sitzungen innerhalb des VGR».³⁰¹ Daraus folgt unmittelbar, dass es in der zweiten Jahreshälfte des Jahres 2009 kaum mehr VGR-Sitzungen gab, wohl aber, dass neue Sitzungen in Aussicht standen, an denen über die aktuelle Preissituation gesprochen werden könnte. Zusammen mit den übrigen Beweismitteln indiziert das Beweismittel das Stattfinden von Treffen zwischen VGR-Mitgliedsunternehmen vor allem zu Beginn von Kalenderjahren, um gemeinsam und in Untergruppen über die Zuteilung von ausgeschriebenen Strassenbauprojekten zu entscheiden.
- Weiter ist auf die erwähnte E-Mail vom 9. Mai 2011 von [...] ([Vertreter] der Hew) an [...] ([...] AG) zu verweisen.³⁰² Dieser E-Mail war der von [...] korrigierte Entwurf des Protokolls der Verwaltungsratssitzung vom 15. April 2011 (nachfolgend: Entwurf VR-Protokoll 2011) angefügt. Diesen Entwurf hatte zuvor [...] als Protokollführer der Verwaltungsratssitzung erstellt. In dem Entwurf VR-Protokoll 2011 ist folgende Passage enthalten: «Im Belagsbau hat ein Preissturz von 5 % stattgefunden. Dies hat stark damit zu tun, dass man unter den Beläglern völlig verkracht ist. Lediglich 5 Offerten habe man dieses Jahr unter einander besprochen. Strabag funkt immer drein. Walo sitzt nicht mehr an den runden Tisch. Implenia hat sich auch abgemeldet. Die Folge ist, dass man heute auf einem miserablen Preisniveau ist.». In der E-Mail verlangte [...] von [...] die Streichung der Textpassage «Lediglich 5 Offerten habe man dieses Jahr unter einander besprochen. Strabag funkt immer drein. Walo sitzt nicht mehr an den runden Tisch. Implenia hat sich auch abgemeldet. Die Folge ist, dass man heute auf einem miserablen Preisniveau ist.». Dieses Streichungsverlangen begründete [...] in der E-Mail spezifisch so: «Trakt. 2 TB: Keine Erwähnung des Gesagten im Protokoll (WEKO)». Aus diesem Beweismittel folgt u. a. direkt, dass gemäss der Wahrnehmung von Vertretern der Hew noch im Jahr 2011 fünf Offerten zwischen ihr und anderen Belagsunternehmen «untereinander besprochen» wurden. Ausserdem zeigt es direkt, dass es ein Vertreter der Hew bedauert, dass es im Jahr 2011 bis Mai dieses Jahrs «nur» fünf Offerten waren, welche untereinander besprochen wurden, denn dieser Umstand führe zu einem Preissturz. Des Weiteren zeigt das Beweismittel direkt, dass Hew-Vertreter davon ausgingen, dass der Rückzug von Implenia und Walo dazu führte, dass die Zusammenarbeit schlechter funktionierte und den «Preissturz» bewirkte. Zusammen mit den übrigen Beweismitteln indiziert die E-Mail und der Entwurf VR-Protokoll 2011 u. a. das Stattfinden von Treffen zwischen VGR-Mitgliedsunternehmen, um gemeinsam und in Untergruppen über die Zuteilung von ausgeschriebenen Strassenbauprojekten zu entscheiden, vor dem Preissturz und dem Rückzug von Implenia und Walo.
- Es ist bewiesen, dass sich VBU-/VGR-Mitgliedsunternehmen in den Jahren 2004 bis und mit 2010 betreffend konkrete Strassenbauprojekte in Graubünden gemeinsam und in Untergruppen über die Zuteilung dieser Projekte sowie über die entsprechende Höhe der Angebotssummen einigten. Dies folgt indirekt auch aus Dokumentenbeweisen (siehe Rz 315 ff.). Dies indiziert, dass entsprechende Zuteilungstreffen zwischen 2004 und 2009 stattfanden.
- Es ist bewiesen, dass sich das Bieterverhalten betreffend in Graubünden ausgeschriebene öffentliche Strassenbauprojekte in der Zeit zwischen 2004 und Mai 2010 vom

301 Act. III.M.047.

302 Act. III.O.078.

Bieterverhalten betreffend vergleichbare Projekte in der Zeit danach unterscheidet. Dies folgt direkt aus Dokumentenbeweisen (Offertöffnungsprotokolle und Vergabeentscheidungen; siehe Rz 325 ff., 331 f., 335 f.). Dies indiziert das Stattfinden von Zuteilungstreffen zur Zuteilung von in Graubünden ausgeschriebenen öffentlichen Strassenbauprojekten in der Zeit zwischen 2004 bis und mit 2009.

183. Die vorgenannten Dokumente und Beweisergebnisse sind hingegen nicht mit den Aussagen von anderen Verfahrensparteien vereinbar, wonach es einzig Besprechungen zur Lehrlingsausbildung, zu Berufsmessen und zu allfälligen ARGE gegeben habe. Wie erwähnt, würde der Umstand, dass Besprechungen zur Lehrlingsausbildung, zu Berufsmessen und zu allfälligen ARGE stattfanden, zudem ohnehin nicht gegen das Stattfinden der von den Selbstanzeigerinnen und vom Zeugen erwähnten Zuteilungssitzungen sprechen (siehe oben Rz 181).

184. Zuletzt ist zu beachten, dass nicht ersichtlich ist, weshalb sich die Implenia, Walo, Cellere und Centorame durch falsche Behauptungen selbst belasten und sich damit dem Risiko einer Sanktion, einer zivilrechtlichen Haftung und/oder der Gebührenpflichtigkeit aussetzen sollten. In Bezug auf die Aussage von [...] ist zudem zu würdigen, dass [...] als Zeuge einer gesetzlichen und strafbewehrten Wahrheitspflicht unterliegt und kein Grund ersichtlich ist, weshalb er das Risiko eingehen sollte, wegen falscher Aussagen zu Lasten der VBU-/VGR-Mitgliedsgesellschaften strafrechtlich verfolgt zu werden.

185. Zusammenfassend ist mithin erwiesen, dass die Angaben der Implenia, der Walo, der Cellere und der Centorame sowie des Zeugen [...] betreffend den in Rz 178 genannten Inhalt zutreffen. Die VBU- bzw. VGR-Mitgliedsunternehmen haben sich also jedenfalls in den Jahren 2004 bis 2009 regelmässig an Sitzungen getroffen, u. a. um gemeinsam und in Untergruppen über die Zuteilung der in Nordbünden (siehe dazu Rz 127 f.) ausgeschriebenen Strassenbauprojekte zu entscheiden. In der ersten Jahreshälfte der Jahre 2004 bis 2009 haben diese Treffen bis zu einmal pro Woche (kurz vor Ablauf von Eingabefristen) stattgefunden. Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die Stellungnahmen der Cellere, der Centorame, der Hew, der Schlub, der Toldo und der Zindel/Prader zum Antrag des Sekretariats, mit denen diese Untersuchungsadressatinnen den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannten (vgl. Rz 172).

Regelmässige Treffen in Südbünden (2004–2009)

186. Die Implenia, die Walo, die Cellere sowie der befragte Zeuge geben übereinstimmend an, dass es in Südbünden vergleichbare regelmässig stattfindende «Berechnungssitzungen» unter Beteiligung der dort ansässigen Strassenbauunternehmen gegeben habe (jedenfalls in den Jahren 2004 bis 2009), um gemeinsam über die Zuteilung der in Südbünden ausgeschriebenen Strassenbauprojekte zu entscheiden. Auch diese hätten vor allem dann stattgefunden, wenn die Ausschreibungen für Jahresarbeiten Anfang eines Kalenderjahres erfolgt seien. Die Implenia und der Zeuge [...] geben zusätzlich an, die Berechnungssitzungen habe [...] von der KIBAG organisiert (insbesondere Terminierung und Festlegung der Örtlichkeit, Einladung und Durchführung der Sitzung). Diese Angaben der Selbstanzeigerinnen und des befragten Zeugen werden von der Hew, der Schlub, der Toldo sowie der Zindel/Prader ausdrücklich bestätigt, da diese Gesellschaften den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannt haben (siehe Rz 172). Die Selbstanzeige der Centorame enthält zu Südbünden keine Ausführungen. Die übrigen Verfahrensparteien machen zu diesem Thema keine Ausführungen, bestreiten das Stattfinden solcher Sitzungen oder verweigern diesbezüglich die Aussage.

187. Die unterschiedlichen Angaben müssen mithin wiederum im Rahmen einer umfassenden Beweismässigkeit auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin geprüft werden. Diesbezüglich gelten die Ausführungen in Rz 179–184 entsprechend, weshalb auf eine erneute detaillierte Wiedergabe der Beweismässigkeit verzichtet werden kann. Folgendes ist spezifisch für die Zuteilungssitzungen betreffend Strassenbauprojekte in Südbünden zu ergänzen:

- Soweit die Angaben der Selbstanzeigerinnen Implenia, Walo und Cellere sowie des Zeugen betreffend den in Rz 186 genannten Inhalt übereinstimmen, ist nicht ersichtlich, dass die Aussagen jeweils in Kenntnis der jeweils anderen Aussagen getätigt worden wären. Ohne Kenntnis der jeweils anderen Aussagen wurden also dieselben Angaben zum Sachverhalt gemacht. Dies wäre nicht zu erwarten gewesen, wenn die Angaben bloss erfunden wären. Der identische Inhalt spricht mithin für die Glaubhaftigkeit der Selbstanzeigen und der Zeugenaussage. Der Umstand, dass die Centorame keine Ausführungen zu Südbünden macht, stellt die Angaben der übrigen Selbstanzeigerinnen und des Zeugen nicht in Frage. Denn die Centorame war im massgeblichen Zeitraum in Südbünden nicht tätig und hat damit einen anderen Erkenntnisstand als die übrigen Selbstanzeigerinnen, welche eine eigene Beteiligung an den «Berechnungssitzungen» in Südbünden anzeigen.

- Die Angaben der Selbstanzeigerinnen Implenia, Walo und Cellere sowie des Zeugen stimmen auch überein mit objektiven Beweismitteln (Kalendereinträge, Erwähnung von Sitzungen in Protokollen, Rechnungen).³⁰³ Zu erwähnen sind insbesondere die Rechnungslegungen von [...], welcher gemäss Angaben der Implenia und des Zeugen [...] für die Organisation und Durchführung von «Berechnungssitzungen» in Südbünden zuständig war und der der VBU die Rückzahlung von Aufwendung für die «Administration Engadin und Südtäler» in Rechnung gestellt hat.³⁰⁴ Aus den Rechnungen folgt direkt, dass [...] in den Jahren 2004, 2005, 2006 und 2008 für die VBU in Südbünden tätig war und Aufwendungen getätigt hat. Zusammen mit den übrigen Beweismitteln indizieren die Rechnungen das Stattfinden von Treffen zwischen VBU-/VGR-Mitgliedsunternehmen in Südbünden, um gemeinsam über die Zuteilung von ausgeschriebenem Strassenbauprojekten zu entscheiden. Die vorgenannten Dokumente sind hingegen nicht mit den Aussagen von anderen Verfahrensparteien vereinbar, wonach es zwischen VBU-/VGR-Mitgliedsunternehmen einzig Besprechungen zur Lehrlingsausbildung, zu Berufsmessen und zu allfälligen ARGE gegeben habe. Wie erwähnt, würde der Umstand, dass Besprechungen zur Lehrlingsausbildung, zu Berufsmessen und zu allfälligen ARGE stattfanden, jedoch ohnehin nicht gegen das Stattfinden der von den Selbstanzeigerinnen Implenia, Walo und Cellere und vom Zeugen erwähnten Zuteilungssitzungen sprechen (siehe oben Rz 181).

- In ihrer Stellungnahme zum Antrag macht die KIBAG geltend, die vorgenannten Rechnungen würden keinen Beweis für die Organisation von Berechnungssitzungen durch [...] darstellen; Derartiges lasse sich aus dem Text der Beweismittel «beim besten Willen nicht erschliessen».³⁰⁵ Bei diesem Einwand übersieht die KIBAG jedoch, dass die Wettbewerbsbehörden die Rechnungen nicht als direkten, sondern als indirekten Beweis (Indiz) qualifizieren: Diese Rechnungen beweisen nicht für sich allein, wohl aber in der Zusammenschau mit anderen Beweismitteln (insbesondere Angaben der Implenia und des Zeugen), dass [...] die Berechnungssitzungen in Südbünden organisierte (siehe vorangehende Spiegelstrich). Denn die Implenia und der Zeuge geben übereinstimmend an, dass [...] Berechnungssitzungen in Südbünden organisierte und leitete. Dies, ohne dass ersichtlich ist, dass die Angaben abgestimmt wurden. Gerade die Angaben des Zeugen sind zudem besonders detailliert und nachvollziehbar. So ordnet der Zeuge seine Angaben zur Rolle von [...] anhand von überprüfbareren Realkennzeichen korrekt in den zeitlichen Rahmen ein. Er erläutert dabei insbesondere, dass er die Rolle von [...] deshalb so gut beschreiben könne, weil er im massgeblichen Zeitraum bei der KIBAG der Vorgesetzte von [...] gewesen sei (was korrekt ist) und [...] direkt an

³⁰³ Vgl. Act. III.K.163–166; III.K.168; III.O.140 f.; III.Q.061.

³⁰⁴ Act. III.K.165 f.

³⁰⁵ Act. V.192, Rz 37 (22-0457).

ihn, den Zeugen, habe berichten müssen.³⁰⁶ Kommt hinzu, dass aus der Gesamtheit aller Beweismittel nicht ersichtlich ist, was sonst mit «Administration Engadin und Südtäler» gemeint sein könnte. So hatte [...] nach eigenen Angaben gerade keine offizielle Funktion bei der VBU (z. B. Präsident o. ä.),³⁰⁷ welche eine Rechnungslegung für andere Aufwendungen als für die Organisation und Leitung von Berechnungssitzungen plausibilisieren würden. Auch die KIBAG erläutert in ihrer Stellungnahme nicht, welche anderen Aufwendungen konkret der Grund für die Rechnungslegung durch [...] gewesen sein sollen. Der Einwand der KIBAG, die genannten Rechnungen wären im Zusammenhang mit dem hier geprüften Beweisthema kein Beweis, überzeugt folglich nicht.

188. Zusammenfassend ist erwiesen, dass die Angaben der Implenia, der Walo, der Cellere und des Zeugen [...] betreffend das Stattfinden von «Berechnungssitzungen» in Südbünden in den Jahren 2004 bis und mit 2009 (siehe Rz 186) zutreffen. VBU- bzw. VGR-Mitgliedsunternehmen haben sich also jedenfalls in den Jahren 2004 bis 2009 regelmässig an Sitzungen getroffen, u. a. um gemeinsam und in Untergruppen über die Zuteilung der in Südbünden (siehe dazu Rz 127 f.) ausgeschriebenen Strassenbauprojekte zu entscheiden. In der ersten Jahreshälfte der Jahre 2004 bis 2009 haben diese Treffen bis zu einmal pro Woche (kurz vor Ablauf von Eingabefristen) stattgefunden. Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die Stellungnahmen der Cellere, der Centorame, der Hew, der Schlub, der Toldo und der Zindel/Prader zum Antrag des Sekretariats, mit denen diese Untersuchungsadressatinnen den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannten (vgl. Rz 172).

Beendigung der regelmässigen Treffen im Mai 2010

189. Die Cellere und die Centorame geben an, dass die regelmässigen Treffen im oben beschriebenen Sinne bis Mitte 2010 stattgefunden hätten. Man habe die Zusammenarbeit dann wegen kartellrechtlicher Bedenken bzw., da die Zusammenarbeit nicht mehr funktioniert habe, beendet. Die Implenia führt dazu aus, ab Juli 2009 seien die Unternehmen in Nordbünden «weniger systematisch vorgegangen» und man habe sich danach vor allem noch für «spezifische Sachen» getroffen. Für Südbünden gibt sie an, dass sich die Unternehmen Anfang 2010 versucht hätten, sich «wieder zusammenzureissen». Gänzlich aufgegeben habe die Implenia ihre Beteiligung an Treffen sowohl in Nordbünden als auch in Südbünden etwa im Frühjahr 2010 wegen kartellrechtlicher Bedenken. Ob danach noch Treffen stattgefunden hätten, wisse sie nicht. Die Walo gibt an, sie habe ihre Beteiligung im Jahr 2009 wegen kartellrechtlicher Bedenken aufgegeben (betreffend Nordbünden Anfang 2009; bezüglich Südbündens Mitte 2009) und sie wisse daher nicht, ob 2010 noch Treffen stattgefunden hätten. Der Zeuge [...] sagte aus, die Zuteilungstreffen hätten in Nordbünden zuletzt Mitte 2009 stattgefunden; in Südbünden sei die Zusammenarbeit später eingestellt worden (2011 oder 2012). Die Cellere, die Centorame, die Hew, die Schlub, die Toldo sowie die Zindel/Prader haben den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannt; danach endeten die regelmässigen Treffen Mitte Mai 2010 (siehe Rz 172). Einzig die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG sowie die KIBAG bestreiten, dass im Jahr 2010 noch Zuteilungstreffen stattfanden.³⁰⁸

190. Die vorgenannten Angaben müssen im Rahmen einer Beweismässigkeit auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin geprüft werden. Diesbezüglich gelten die Ausführungen in Rz 179–184 und Rz 187 f. entsprechend, weshalb auf eine erneute detaillierte Wiedergabe der Beweismässigkeit verzichtet werden kann. Spezifisch betreffend die Frage, wann die regelmässigen Treffen zur Zuteilung von öffentlichen Strassenbauprojekten endeten, ist Folgendes zu ergänzen:

³⁰⁶ Siehe Act. II.002, Rz 445 ff., 528 ff. (22-0457).

³⁰⁷ Act. IV.021, Rz 80 ff. (22-0457).

³⁰⁸ Act. V.238, Rz 77 ff., V.192, Rz 43 (22-0457).

- Soweit die Angaben der Selbstanzeigerinnen Implenia, Cellere und Centorame übereinstimmen, wonach Zuteilungstreffen bis ins Frühjahr 2010 stattfanden, wurden sie unabhängig voneinander und – soweit ersichtlich – ohne Kenntnis der jeweils anderen Angaben gemacht. Dies spricht für die Glaubhaftigkeit der Angaben. Die Angabe der Implenia, dass die Intensität der Zusammenarbeit ab Mitte 2009 abnahm, steht dem nicht entgegen. Denn die Implenia bestreitet nicht, dass auch 2010 noch einmal Zuteilungssitzungen durchgeführt wurden. Auch die Ausführungen der Walo sprechen nicht gegen das Stattfinden von Zuteilungstreffen bis Mitte 2010. Denn aus ihren Einlassungen folgt einzig, dass die Walo aufgrund ihres angeblichen Austritts im Jahr 2009 nicht wisse, ob sich die übrigen Unternehmen im Jahr 2010 noch an Zuteilungstreffen zusammengekommen sein könnten.
- Die Angaben der Selbstanzeigerinnen Implenia, Cellere und Centorame sowie des Zeugen (betreffend Südbünden) stimmen auch überein mit objektiven Beweismitteln. Zu verweisen ist erneut auf die bei der Hew sichergestellte E-Mail vom 9. Mai 2011 von [...] ([Vertreter] der Hew) an [...] ([...] AG) betreffend den Entwurf des Protokolls der Verwaltungsratssitzung der Hew Bauunternehmung AG vom 15. April 2011 (siehe bereits oben Rz 182).³⁰⁹ Die in diesem Entwurf enthaltene Passage («Im Belagsbau hat ein Preissturz von 5 % stattgefunden. Dies hat stark damit zu tun, dass man unter den Beläglern völlig verkracht ist. Lediglich 5 Offerten habe man dieses Jahr unter einander besprochen. Strabag funkt immer drein. Walo sitzt nicht mehr an den runden Tisch. Implenia hat sich auch abgemeldet. Die Folge ist, dass man heute auf einem miserablen Preisniveau ist.») zeigt direkt, dass die Unternehmen nach Wahrnehmung von Hew-Vertretern im Jahr 2011 nicht mehr so vorgingen wie noch in den Jahren zuvor und dass dies einen Preissturz bewirkte. Zurückzuführen sei dies vor allem auf den «Krach» zwischen den «Beläglern» und dem Rückzug von Implenia und Walo. Da das Beweismittel den Kenntnisstand von Hew-Vertretern Anfang 2011 widerspiegelt, indiziert die E-Mail und der Entwurf VR-Protokoll 2011 u. a., dass regelmässige Zuteilungstreffen bis zum Rückzug von Walo und Implenia, d. h. bis Mitte 2010, stattfanden.
- Es ist bewiesen, dass sich VBU-/VGR-Mitgliedsunternehmen auch im Jahr 2010 betreffend konkrete Strassenbauprojekte in Graubünden gemeinsam und in Untergruppen über die Zuteilung dieser Projekte sowie über die entsprechende Höhe der Angebotssummen einigten. Das letzte betroffene Projekt datiert aus dem Mai 2010. Dafür liegen Dokumentenbeweise vor (siehe Rz 315 ff.). Dies indiziert, dass entsprechende Zuteilungstreffen auch im Jahr 2010 stattfanden.
- Es ist bewiesen, dass sich das Bieterverhalten betreffend in Graubünden ausgeschriebene öffentliche Strassenbauprojekte in der Zeit zwischen 2004 und Mai 2010 vom Bieterverhalten betreffend vergleichbare Projekte in der Zeit danach unterscheidet und dies auf regelmässige Zuteilungen durch die Strassenbauunternehmen zurückzuführen ist. Dies folgt direkt aus Dokumentenbeweisen (Offertöffnungsprotokolle und Vergabeentscheidungen; siehe Rz 325 ff., 331 f., 335 f.). Dies indiziert das Stattfinden von Treffen zur Zuteilung von in Graubünden ausgeschriebenen öffentlichen Strassenbauprojekten auch in der ersten Hälfte des Jahres 2010.
- Die Angaben des Zeugen [...] stehen hinsichtlich des Beendigungszeitpunkts der regelmässigen Treffen in Nordbünden zwar nicht im Einklang mit den Angaben der Selbstanzeigerinnen und dem vorgenannten Beweismittel. Es ist aber u. a. zu berücksichtigen, dass der Zeuge seine Angaben ad-hoc in einer Gesprächssituation machte, während die Selbstanzeigerinnen Implenia, Cellere und Centorame, welche sich mit ihren Angaben zum Endzeitpunkt zudem dem Risiko einer höheren Sanktion, einer grösseren zivilrechtlichen Haftung und/oder der Gebührenpflichtigkeit aussetzen, das Ende

³⁰⁹ Act. III.O.078.

der Zusammenarbeit übereinstimmend und nach entsprechenden internen Befragungen und Dokumentenrecherchen auf das Frühjahr 2010 datierten. Zudem werden die Angaben der Selbstanzeigerinnen – anders als die Zeugenaussage – gestützt durch die erwähnte sichergestellte E-Mail betreffend den Entwurf VR-Protokoll 2011. Damit ist anzunehmen, dass die Aussage des Zeugen, wonach die Zusammenarbeit in Nordbünden bereits Mitte 2009 endete, auf eine falsche Erinnerung zurückzuführen ist.

- Mit den Stellungnahmen zum Antrag machen einzig die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG sowie die KIBAG geltend, dass die Zuteilungstreffen nicht bis Mai 2010 stattfanden, sondern früher aufgehört hätten. Sie begründen dies im Wesentlichen damit, dass die Angaben der Selbstanzeigerinnen sowie des Zeugen nicht kohärent seien bzw. das Sekretariat die Beweise einseitig gewürdigt habe.³¹⁰ Dies trifft indes nicht zu. Anders als die beiden Untersuchungsadressatinnen es darstellen, sind die Selbstanzeigen hinsichtlich des Beendigungszeitpunkts kohärent und dies, ohne dass Hinweise darauf bestehen, dass die Selbstanzeigen aufeinander abgestimmt wurden (siehe oben): So datieren die Selbstanzeigerinnen Implenja, Cellere und Centorame das Ende der Zusammenarbeit einheitlich auf Mai 2010 bzw. Mitte 2010. Die Walo nennt keinen anderen Endzeitpunkt, sondern behauptet lediglich – was nicht zutrifft (siehe unten Rz 226 ff.) –, dass sie ihre Zusammenarbeit bereits im Sommer 2009 aufgekündigt habe. Weshalb die Angaben des Zeugen der Beendigung im Jahr 2010 nicht entgegenstehen, wurde ebenfalls bereits dargelegt (siehe vorangehender Spiegelstrich). Zudem übersehen die beiden Untersuchungsadressatinnen, dass weitere (objektive) Beweismittel bzw. Beweisergebnisse vorliegen, welche die Angaben der Implenja, der Cellere, der Centorame und des Zeugen (betreffend Südbünden) zur Beendigung im Jahr 2010 stützen (siehe oben). Diese Beweismittel bzw. Beweisergebnisse sind hingegen nicht mit den Angaben der Käppeli und der KIBAG in Einklang zu bringen, wonach die Zusammenarbeit vor Mai 2010 geendet habe – dies gilt insbesondere für die bei der Hew sichergestellte E-Mail vom 9. Mai 2011 betreffend den Preissturz im Bereich Strassenbau Anfang 2011,³¹¹ zu welcher die beiden genannten Untersuchungsadressatinnen im Übrigen keinerlei Ausführungen machen. Die WEKO ist daher überzeugt, dass die Zusammenarbeit frühestens im Mai 2010 endete.

191. Zusammenfassend ist erwiesen, dass sowohl in Nordbünden als auch in Südbünden jedenfalls bis Mai 2010 regelmässige Treffen zur Zuteilung von in Graubünden ausgeschriebenen Strassenbauprojekten stattfanden. Diese Form der Zusammenarbeit beendeten die Unternehmen etwa Ende Mai, da grössere Unternehmen wegen kartellrechtlicher Bedenken ihre Teilnahme aufgaben und damit eine Zusammenarbeit nicht mehr sinnvoll war. Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die Stellungnahmen der Cellere, der Centorame, der Hew, der Schlub, der Toldo und der Zindel/Prader zum Antrag des Sekretariats, mit denen diese Untersuchungsadressatinnen den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannten (vgl. Rz 172).

Organisation und Orte der Treffen

192. Aus den Angaben der Selbstanzeigerinnen sowie des Zeugen [...] geht übereinstimmend hervor, dass die Zuteilungstreffen in Nordbünden bei der Catram in Chur (vor allem bis 2006) sowie teilweise bei beteiligten Strassenbauunternehmen, insbesondere bei der Implenja, stattfanden. Die Sitzungen seien teilweise vom VBU-Präsidenten organisiert worden (z. B. Terminierung und Festlegung der Örtlichkeit, Einladung und Durchführung der Sitzung). Nach der Umbenennung der VBU in die VGR im Jahr 2006 habe der VGR-Präsident eine gewisse Rolle bei der Organisation gespielt. Häufig hätten die beteiligten Unternehmen an stattfindenden Zuteilungssitzungen aber auch gleich die folgenden Termine für Zutei-

³¹⁰ Act. V.238, Rz 77 ff., V.192, 40 ff. (22-0457).

³¹¹ Act. III.O.078.

lungssitzungen selbst beschlossen. In Südbünden habe die Berechnungssitzungen vornehmlich [...] von der KIBAG organisiert (insbesondere Terminierung und Festlegung der Örtlichkeit, Einladung und Durchführung der Sitzung). Mit Blick auf die Selbstanzeigen kann aber auch nicht ausgeschlossen werden, dass auch in Südbünden die beteiligten Unternehmen an stattfindenden Zuteilungssitzungen über die folgenden Termine für Zuteilungssitzungen entschieden. Die Sitzungen hätten wechselweise bei den beteiligten Strassenbauunternehmen stattgefunden. Die Cellere, die Centorame, die Hew, die Schlub, die Toldo sowie die Zindel/Prader haben den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannt und damit die vorgenannten Angaben der Selbstanzeigerinnen und des Zeugen bestätigt (siehe Rz 172). Die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG, die Foser und die Hüppi AG Wallisellen äusserten sich nicht zum Beweisthema «Organisation und Orte der Treffen». Einzugehen ist in der nachfolgenden Beweiswürdigung indes auf den Einwand der KIBAG, die von [...] der VBU gestellten Rechnungen für die «Administration Engadin und Südtäler» würden keinen massgeblichen Beweis für die Organisation und Leitung von Berechnungssitzungen durch [...] darstellen.³¹²

193. Die vorgenannten Angaben werden nachfolgend im Rahmen einer Beweiswürdigung auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin geprüft. Diesbezüglich gelten die Ausführungen in Rz 179–184, Rz 187 f. und Rz 190 entsprechend, weshalb auf eine erneute detaillierte Wiedergabe der Beweiswürdigung verzichtet werden kann. Spezifisch betreffend die Organisation und die Orte der Zuteilungstreffen, ist zusätzlich Folgendes zu erwähnen:

- Unstreitig ist, dass die Anfang der 1980er Jahren gegründete VBU bis April 2006 unter dem Namen «Vereinigung Bündnerischer Unternehmen für Strassenbeläge» bestand.³¹³ In diesem Verein schlossen sich alle wesentlichen in Graubünden ansässigen Strassenbauunternehmen zusammen (siehe dazu auch unten Rz 212³¹⁴ sein Präsident war zwischen 2005 und 2008 [...] von der Palatini/Cellere.³¹⁵ Des Weiteren ist unzweifelhaft, dass im April 2006 die Umbenennung des Vereins in «Verkehrswegebauer Graubünden» erfolgte³¹⁶ sowie dass im Jahr 2009 [...] von der Hew zum Präsident der VGR gewählt wurde (Amtszeit 2009–2013).³¹⁷
- Es wurden E-Mails, Notizen und Protokolle sichergestellt, aus denen hervorgeht, dass diese beiden Personen im massgeblichen Zeitraum (2004 bis und mit 2010) um die Preisentwicklung und die (angeblich mangelnde) Zusammenarbeit der Mitgliedsunternehmen besorgt waren sowie dass sie bisweilen aktiv die stärkere Zusammenarbeit zwischen den VBU-/VGR-Mitgliedsunternehmen anregten.³¹⁸ So appellierte [...] anlässlich der 25. VBU-Mitgliederversammlung Anfang 2006 gegenüber den Mitgliedsunternehmen an die «Fairness unter den Mitgliedern».³¹⁹ Anfang 2010 beklagte [...] gegenüber den VGR-Mitgliedsunternehmen eine «Angst an der Preisfront», welche trotz gleichbleibender Nachfrage dazu geführt habe, dass sich die VGR-Mitgliedsunternehmen im Jahr 2009 – auch wegen der «Vorkommnisse im Tessin» und der «Angelegenheit im Kanton Aargau» im Jahr 2008 – nicht mehr «das Weisse im Auge gegönnt» und sich gegenseitig «vor der Sonne gestanden» hätten.³²⁰ Er wünsch-

³¹² Vgl. Act. V.192, Rz 37 (22-0457).

³¹³ Act. IX.F.4, S. 3; vgl. auch die Statuten der VBU und des VGR in Act. III.J.099; III.P.115; III.Q.064.

³¹⁴ Vgl. auch Statuten der VBU und der VGR in Act. III.J.099; III.P.115; III.Q.064.

³¹⁵ Act. IX.F.4, S. 5.

³¹⁶ Act. III.Q.064.

³¹⁷ Act. II.001.

³¹⁸ Vgl. etwa Act. III.J.096; III.K.168; III.O.142 f.; III.Q.050; III.Q.061.

³¹⁹ Act. III.Q.061, S. 3.

³²⁰ Act. III.O.142, S. 1.

te sich daher von den VGR-Unternehmen, dass wieder «Vernunft an der Kalkulationsfront» einkehren solle.³²¹ Dies indiziert zusammen mit den übrigen Beweismitteln, dass der jeweilige VBU-/VGR-Präsident bei der Organisation der Zuteilungssitzungen zumindest mitgewirkt hat.

- Die VGR veranstaltete wiederholt sog. «Monatsversammlungen», an denen in regelmässigen Abständen alle Mitgliedsunternehmen zusammenkommen und Vertrauen bilden sollten.³²² Gerade gegen Ende der jeweiligen Kalenderjahre, wenn die VGR-Mitgliedsunternehmen jeweils entsprechend ihrer Kapazitäten Aufträge erhalten hatten, wurden diese Monatsversammlungen häufig weniger stark besucht.³²³ Dies indiziert zusammen mit den übrigen Beweismitteln, dass der jeweilige VGR-Präsident auch bei der Organisation der Zuteilungssitzungen zumindest mitgewirkt hat.
- Auch die bei der Käppeli und der Toldo, welche beide VBU-/VGR-Mitglieder waren (siehe unten Rz 212), sichergestellten elektronischen Outlook-Kalendereinträge zeigen, dass die Zuteilungstreffen jedenfalls teilweise im Zusammenhang mit der VBU und dem Nachfolgeverband VGR standen. So lauteten die Titel von Terminen z. B. «Vbu Gruppe B» (Treffen am [...] 2005),³²⁴ «VGR Untervaz Eingabe [...]» (Treffen am [...] 2009),³²⁵ «VGR Sitzung Eingaben» (Treffen am [...] 2009)³²⁶ und «VGR Eingabe bis [...] 2009» (Treffen am [...] 2009)³²⁷. Dies indiziert zusammen mit den übrigen Beweismitteln, dass die Zuteilungssitzungen im Zusammenhang mit dem VGR standen und der VBU-/VGR-Präsident eine Rolle bei der Organisation der Treffen spielte.
- Vergleichbares gilt in Bezug auf die bei der Cellere, welche VBU-/VGR-Mitglied war (siehe unten Rz 212), sichergestellte Notiz von Ende [...] 2009 betreffend die aktuelle Preissituation. Darin heisst es: «Es gibt fast keine Kontakte mehr mit Konkurrenten, ausser bei ARGE's. Ich bin nun gespannt auf die kommenden Sitzungen innerhalb des VGR».³²⁸
- Die Implenia hat eine Liste mit konkreten Daten von Zuteilungssitzungen zwischen 2007 und 2009 eingereicht.³²⁹ Diese wurden auf Grundlage der Angaben von involvierten Personen und elektronischen Outlook-Daten erstellt.³³⁰ Gemäss dieser elektronischen Outlook-Daten enthielt der Betreff der Termineintragungen zumeist die Eintragung «VGR». Dies indiziert zusammen mit den übrigen Beweismitteln, dass die Zuteilungssitzungen im Zusammenhang mit dem VGR standen und der jeweilige VGR-Präsident eine Rolle bei der Organisation der Treffen spielte.
- Erneut zu erwähnen sind an dieser Stelle die Rechnungslegungen von [...], welcher gemäss Angaben der Implenia und des Zeugen [...] für die Organisation und Durchführung von «Berechnungssitzungen» in Südbünden zuständig war und der der VBU die Rückzahlung von Aufwendung für die «Administration Engadin und Südtäler» in Rechnung stellte.³³¹ Hieraus folgt direkt, dass [...] in den Jahren 2004, 2005, 2006 und 2008

321 Act. III.O.142, S. 2.

322 Vgl. Act. III.K.111 ff.; III.Q.050; IX A.36; IX.A.39.

323 Vgl. etwa Act. III.K.111 ff.; III.O.142 f.; III.Q.050.

324 Act. III.J.101.

325 Act. III.L.053.

326 Act. III.L.054.

327 Act. III.L.055.

328 Act. III.M.047.

329 Act. IX.A.28, S. 2–5, 13 f.; IX.A.39.

330 Act. IX.A.39.

331 Act. III.K.165 f.

für die VBU in Südbünden tätig war und Aufwendungen getätigt hat. Zusammen mit den übrigen Beweismitteln indizieren die Rechnungen, dass [...] jedenfalls teilweise die Organisation der «Berechnungssitzungen» in Südbünden übernommen hatte. Soweit die KIBAG in ihrer Stellungnahme zum Antrag geltend macht, die Rechnungen von [...] an die VBU würden keinen Beweis für die Organisation und Leitung von Berechnungssitzungen durch [...] darstellen,³³² überzeugt dieser Einwand nicht. Diesbezüglich kann auf die oben stehenden Ausführungen verwiesen werden (Rz 187, 3. Spiegelstrich).

194. Zusammenfassend ist erwiesen, dass die Zuteilungstreffen in Nordbünden bei der Catram in Chur (vor allem bis 2006) sowie teilweise bei beteiligten Strassenbauunternehmen, insbesondere bei der Implenia, stattfanden. Sie wurden teilweise vom VBU-/VGR-Präsidenten organisiert (z. B. Terminierung und Festlegung der Örtlichkeit, Einladung und Durchführung der Sitzung), häufig beschlossen die beteiligten Unternehmen an stattfindenden Zuteilungssitzungen aber auch gleich selbst die folgenden Termine für Zuteilungssitzungen. Bezüglich Südbünden geht die WEKO davon aus, dass die Zuteilungs-/Berechnungssitzungen wechselweise bei den beteiligten Strassenbauunternehmen stattfanden und vornehmlich von [...] von der KIBAG organisiert wurden (insbesondere Terminierung und Festlegung der Örtlichkeit, Einladung und Durchführung der Sitzung). Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch in Südbünden die beteiligten Unternehmen an stattfindenden Zuteilungssitzungen über die folgenden Termine für Zuteilungssitzungen entschieden. Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die Stellungnahmen der Cellere, der Centorame, der Hew, der Schlub, der Toldo und der Zindel/Prader zum Antrag des Sekretariats, mit denen diese Untersuchungsadressatinnen den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannten (vgl. Rz 172).

B.3.2.1.3 Zwischenergebnis

195. Es ist damit bewiesen, dass sich VBU- bzw. VGR-Mitgliedsunternehmen jedenfalls in den Jahren ab 2004 bis und mit 2010 regelmässig an Sitzungen getroffen haben, um u. a. gemeinsam und in Untergruppen über die Zuteilung der in Nordbünden vom Kanton und den Gemeinden ausgeschriebenen Strassenbauprojekte zu entscheiden. Diese Treffen haben vor allem in den ersten Jahreshälften eines Kalenderjahres stattgefunden, da der Grossteil der kantonalen und kommunalen Ausschreibungen jeweils zu dieser Zeit erfolgt ist. In der ersten Jahreshälfte haben diese Sitzungen bis zu einmal pro Woche stattgefunden. Die Sitzungen wurden teilweise vom VBU-/VGR-Präsidenten organisiert (insbesondere Terminierung und Festlegung der Örtlichkeit, Einladung und Durchführung der Sitzung), häufig beschlossen die beteiligten Unternehmen an stattfindenden Zuteilungssitzungen gleich die folgenden Termine für Zuteilungssitzungen. Die Sitzungen fanden an unterschiedlichen Orten statt (bis 2006 in der Regel bei der Catram in Chur; später eher bei einzelnen VGR-Mitgliedsunternehmen, insbesondere bei der Implenia).

196. In Südbünden hat es im selben Zeitraum vergleichbare regelmässig stattfindende «Berechnungssitzungen» zur gemeinsamen Zuteilung der in Südbünden vom Kanton und Gemeinden ausgeschriebenen Strassenbauprojekte gegeben. Die Berechnungssitzungen hat vornehmlich [...] von der KIBAG organisiert (insbesondere Terminierung und Festlegung der Örtlichkeit, Einladung und Durchführung der Sitzung). Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass auch in Südbünden die beteiligten Unternehmen an stattfindenden Zuteilungssitzungen die folgenden Termine für Zuteilungssitzungen beschlossen. Die Sitzungen fanden wechselweise bei den beteiligten Strassenbauunternehmen statt.

197. Ab Sommer 2010 wurden keine vergleichbar systematischen Sitzungen zwischen den VGR-Mitgliedsunternehmen mehr durchgeführt, wenn auch Indizien dafür vorliegen, dass es

³³² Vgl. Act. V.192, Rz 37 (22-0457).

vereinzelt weiter zu Zuteilungstreffen oder Versuchen der Zuteilung kam.³³³ Die Beendigung der regelmässigen Zuteilungstreffen im Mai 2010 ist u. a. darauf zurückzuführen, dass Unternehmen wie die Implenia, die Walo und die Cellere die Zusammenarbeit wegen kartellrechtlicher Bedenken beendeten und die Zusammenarbeit daher nicht mehr funktionierte.

B.3.2.2 Beteiligte Personen und Strassenbauunternehmen

198. Nachfolgend wird ausgeführt, welche Personen und Gesellschaften konkret an den oben beschriebenen Zuteilungstreffen anwesend waren bzw. in ihrem Rahmen zusammenarbeitenden. Unter diesem Beweisthema wird auch auf Art, Ausmass und Dauer der Beteiligung involvierter Personen und Gesellschaften eingegangen. Über Ziel und Zweck der Sitzungen bzw. der Zusammenarbeit wird an anderer Stelle Beweis geführt (Konsens und Zwecksetzung; siehe dazu Rz 251 ff.).

B.3.2.2.1 Massgebliche Beweismittel

199. Bezüglich der Frage, welche Personen und welche Gesellschaften an den oben genannten Treffen beteiligt waren, sind insbesondere die folgenden Beweismittel von Bedeutung:

Parteiauskünfte

200. Die Implenia führt in ihrer Selbstanzeige aus, an den oben beschriebenen Zuteilungstreffen seien Vertreter aller VBU-/VGR-Mitgliedsunternehmen anwesend gewesen. Im hier interessierenden Zeitraum (2004 bis Mai 2010) zählten hierzu die folgenden 13 Gesellschaften: Käppeli, Casty, Cellere (unter dem Namen Palatini), Centorame, Foser & Hitz, Hew, Implenia, KIBAG (unter dem Namen: Vago), Mettler, Prader, Schlub (Nord und Süd), Toldo und Walo. Bezüglich der konkreten Anwesenheit sei zu unterscheiden zwischen den Treffen in Nordbünden und denjenigen in Südbünden. In Nordbünden seien an den Zuteilungstreffen bis ca. 2006 grundsätzlich immer Vertreter aller VBU-Mitglieder anwesend gewesen ([...] für A. Käppeli; [...] für Casty; [...] für Cellere; [...] für Centorame; [...], ab 2009 [...] für Foser & Hitz; [...] für Hew; [...] für Implenia; [...], ab 2010 [...] für KIBAG; [...] für Mettler; [...] für Prader; [...] für Schlub Nord; [...] für Toldo; [...] für Walo). Es sei vorgekommen, dass an einzelnen Zuteilungstreffen einzelne Personen fernblieben, etwa diejenigen, welche kein Interesse an den zugeteilten Projekten gehabt hätten (z. B. weil ihnen bereits genügend Aufträge zugeteilt worden seien und sie den Zuschlag erhalten hätten). Ab ca. 2006 hätten sich die VGR-Mitglieder in Nordbünden sodann anders organisiert und sich auf zwei Untergruppen verteilt. Die Besetzung dieser Untergruppen habe variiert. Zusätzlich sei eine «Obergruppe» gebildet worden, in welcher endgültig über die Zuteilung entschieden worden sei. In der «Obergruppe» hätten in der Regel die gleichen Vertreter Einsitz gehabt, namentlich die Vertreter von Implenia, Cellere/Palatini, KIBAG (Vago) und Walo. Wie auch zuvor, sei es aus den genannten Gründen vorgekommen, dass nicht an jeder Untergruppensitzung jeweils alle Gruppenmitglieder anwesend waren. In Südbünden habe es keine Untergruppen gegeben. Vorbehaltlich der vereinzelt vorkommenden Abwesenheit von Unternehmensvertretern aus Desinteresse hätten an den Südbündner Zuteilungstreffen Vertreter der sechs folgenden in Südbünden ansässigen Strassenbauunternehmen teilgenommen: Hew (vertreten durch [...] und/oder [...]), Implenia (vertreten durch [...] oder [...]), Palatini (vertreten durch [...], später

³³³ Vgl. etwa Act. IX.A.50 und der Entwurf VR-Protokoll 2011 in Act. III.O.078. Darin heisst es für das Jahr 2011: «Lediglich 5 Offerten habe man dieses Jahr unter einander besprochen. Strabag funkt immer drein. Walo sitzt nicht mehr an den runden Tisch. Implenia hat sich auch abgemeldet. Die Folge ist, dass man heute auf einem miserablen Preisniveau ist.» (siehe oben Rz 182).

durch [...] oder [...]), Schlub (vertreten durch [...] und/oder [...]), Vago (vertreten durch [...], später [...]) und Walo (vertreten durch [...], später).³³⁴

201. Die Walo führt in ihrer Selbstanzeige betreffend die teilnehmenden Personen und Gesellschaften weitgehend dasselbe aus wie Implenia. Insbesondere benennt sie dieselben Personen und Gesellschaften als Teilnehmer der Treffen in Nordbünden und in Südbünden wie die Implenia, wobei sie bei einzelnen Unternehmen zusätzliche Personen identifiziert und zudem ausführt, dass ab 2005 Prader und Mettler als ein Unternehmen aufgetreten seien. Sie bestätigt, dass eine Aufteilung in zwei Untergruppen erfolgt sei. In der Obergruppe sei die Implenia und wahrscheinlich die Walo, die Cellere und die Vago vertreten gewesen. Kartellrechtliche Bedenken hätten dazu geführt, dass die Walo bzw. ihre Vertreter in Südbünden ab ca. 2006 und in Nordbünden im Jahr 2009 nicht mehr persönlich an Treffen gegangen, sondern eine Art «Meldeläufersystem» betrieben habe. Dieses System habe so funktioniert, dass die Walo in Nordbünden über [...] von der Implenia mit den übrigen 11 Gesellschaften darüber kommunizierte, welche Projekte sie erhalten wolle. Ihr sei dann von [...] nach den Treffen mitgeteilt worden, bei welchen Projekten sie zu welchem Preis Stützofferten von den übrigen Gesellschaften erhalten könne und für welche Projekte die Walo zu welchem Preis Stützofferten abzugeben habe. Genauso habe das «Meldeläufersystem» in Südbünden funktioniert, wobei dort [...] von der KIBAG der «Meldeläufer» für die Walo gewesen sei. Im Jahr 2009 habe die Walo ihre Beteiligung wegen kartellrechtlicher Bedenken ganz aufgegeben (betreffend Nordbünden Anfang 2009; bezüglich Südbündens Mitte 2009).³³⁵

202. Die Cellere führt in ihrer Selbstanzeige betreffend die teilnehmenden Personen und Gesellschaften weitgehend dasselbe wie Implenia und Walo aus. Insbesondere benennt sie dieselben Personen und Gesellschaften als Teilnehmer der Treffen in Nordbünden und in Südbünden wie die Implenia und die Walo. Sie bestätigt auch, dass Prader und Mettler ab 2005 gemeinsam aufgetreten seien sowie dass eine Aufteilung in zwei Untergruppen erfolgt sei, wobei jeweils ein bis zwei sich abwechselnde Vertreter der Untergruppen die zuzuteilenden Submissionen auf die beiden Untergruppen verteilten. Anschliessend seien die Vergaben in den Untergruppen weiter abgesprochen worden. Die Cellere gibt ebenfalls an, dass die Walo ab 2006 (in Südbünden) bzw. ab 2009 (in Nordbünden) über das «Meldeläufersystem» an der Zusammenarbeit beteiligt gewesen sei. Im Unterschied zur Walo gibt die Cellere indes an, dass die Walo auch 2010 noch an gemeinsamen Zuteilungen von Einzelprojekten und Festlegungen der Eingabesummen beteiligt gewesen sei.³³⁶

203. Die Centorame führt in ihrer Selbstanzeige betreffend die teilnehmenden Personen und Gesellschaften (in Bezug auf Nordbünden) weitgehend dasselbe wie Implenia, Walo und Cellere aus. Insbesondere benennt sie dieselben Personen und Gesellschaften als Teilnehmer der Treffen in Nordbünden wie die übrigen Selbstanzeigerinnen. Eine Aufteilung in zwei Untergruppen und eine Obergruppe könne die Centorame so nicht bestätigen. Sie gibt indes an, dass der Teilnehmerkreis bei den Zuteilungssitzungen abhängig von der Interessenslage und der Region variierte und dass pro Gruppe (Region) die Koordination je nach Objekt jeweils einer Person ad hoc übertragen worden sei. In Bezug auf die Walo beschreibt die Centorame kein «Meldeläufersystem». Sie gibt an, dass die Walo bis und mit 2010 an den Zuteilungen beteiligt gewesen sei.³³⁷

204. Während der Untersuchung verweigerten die Hew, die Käppeli, die KIBAG, die Toldo und die Schlub betreffend die Beteiligten an den Zuteilungssitzungen zunächst die Aussage

³³⁴ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. IX.A.3, Rz 93 ff.; IX.A.5, IX.A.8, Rz 15 ff.; IX.A.11, S. 3 f.; IX.A.13, S. 2 ff., IX.A.36, IX.A.39.

³³⁵ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. IX.E.7; IX.E.8; IX.E.11; IX.E.14; Act. VII.C.7 (22-0457).

³³⁶ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. IX.F.1; IX.F.4; IX.F.5; IX.F.11; Act. VII.D.2a; VII.D.6 (22-0457).

³³⁷ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. VII.E.1; VII.E.4; VII.E.11 (22-0457).

oder führten aus, es habe keine Zuteilungssitzungen gegeben (siehe auch oben Rz 166).³³⁸ Abgesehen von diesen Gesellschaften und den Selbstanzeigerinnen äusserten sich Verfahrensparteien bis zum Antragsversand nicht zum Beweisthema «Beteiligte Personen und Strassenbauunternehmen».

205. Mit ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats anerkannten die Cellere, die Centorame, die Hew, die Schlub, die Toldo und die Zindel/Prader den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats (siehe oben Rz 83 f.88, 94 f., 97).³³⁹ Gemäss Antrag³⁴⁰ hätten die folgenden 13 bzw. zwölf Gesellschaften zwischen 2004 bis Mai 2010 im Rahmen der Zuteilungstreffen betreffend in Nordbünden ausgeschriebene Strassenbauprojekte zusammengearbeitet (Gruppe Nord): Casty Bau AG, Palatini/Cellere, Centorame, Foser, Frey/Toldo, Hew, Implenla, Käppeli, KIBAG, Prader, Mettler AG (bis 2005), Schlub und Walo. In Südbünden hätten im selben Zeitraum die folgenden sechs Gesellschaften im Rahmen der Zuteilungstreffen betreffend in Südbünden ausgeschriebene Strassenbauprojekte zusammengearbeitet (Gruppe Süd): Palatini/Cellere, Hew, Implenla, KIBAG, Schlub Tief- und Strassenbau AG und Walo. Es sei bewiesen, dass die genannten Unternehmen bei den Zuteilungstreffen der Gruppe Nord und der Gruppe Süd grundsätzlich tatsächlich anwesend gewesen seien und dort gemeinsam über die Zuteilung der Belagsprojekte mittels gemeinsamer Festlegungen der Angebotssummen an die Gruppenmitglieder entschieden hätten. Nicht ausgeschlossen sei gemäss Antrag, dass bezüglich einzelner Belagsprojekte Besprechungen und gemeinsame Festlegungen im Vorfeld der Zuteilungstreffen oder im Nachgang (ggf. bilateral und allenfalls per Telefon, E-Mail oder Fax) erfolgt seien. Soweit Interessen, Kapazitäten und Zuteilungsquoten der teilnehmenden Unternehmen im Laufe eines Kalenderjahres erfüllt gewesen seien, so habe die individuelle «Teilnahmedisziplin» der Unternehmen für den Rest des Kalenderjahres abgenommen. Zu Beginn des nächsten Kalenderjahrs, wenn die Belagsunternehmen neue Aufträge akquirieren mussten, hätten die 13 bzw. zwölf Unternehmen die Zusammenarbeit im Rahmen der Zuteilungstreffen wiederaufgenommen. Die Walo habe sich in Südbünden ab 2006 und in Nordbünden ab 2009 nur im Rahmen eines «Meldeläufersystems» an den Zuteilungstreffen bzw. Zuteilungen beteiligt.

206. Darüber hinaus sind die Stellungnahmen der Untersuchungsadressatinnen in Bezug auf das Beweisthema «Beteiligte Personen und Strassenbauunternehmen» folgendermassen zusammenzufassen.

- Die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG erklärten, es habe nach 2004 zwar Abreden bei den Zuteilungstreffen gegeben. Der A. Käppeli's Söhne AG seien solche aber nicht nachgewiesen. Vertreter der beiden Gesellschaften könnten sich jedoch nicht daran erinnern, regelmässig an den Zuteilungssitzungen teilgenommen zu haben, dies gelte insbesondere für das Jahr 2010.³⁴¹
- Die Foser behauptet, sie habe spätestens am 16. März 2007 nicht mehr an den Zuteilungssitzungen teilgenommen. Zur Begründung verweist sie darauf, dass sie ihre Markttätigkeit habe ausweiten wollen und ihr «ihre» Quote von 1,5 % bis 2,5 % zu gering gewesen sei. Ihr Austritt im Jahr 2007 habe dann auch dazu geführt, dass sie ihren Umsatz habe steigern können.³⁴² Bezüglich des Beweisthemas «Teilnahme der Foser» stellte die Foser Beweisangebote, wonach sie selbst sowie bestimmte andere Personen einzuvernehmen seien (vgl. Rz 77).

³³⁸ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. IV.013 f., IV.016–IV.020; IV.022; Act. II.001, II.003–II.006 (22-0457).

³³⁹ Act. V.134; V.155; V.156; V.232; V.233; V.237; V.240; V.243; V.246 (22-0457).

³⁴⁰ Vgl. Act. V.16–V.29 (22-0457); Rz 165–200 des Antrags.

³⁴¹ Act. V.238, Rz 161 ff. (22-0457).

³⁴² Act. V.221, Rz 22 ff. (22.0457).

- Die Hüppi AG Wallisellen macht geltend, die Casty Bau AG habe sich höchstens bis Frühjahr 2009 an Absprachen beteiligt. Sie begründet dies damit, dass die Casty Bau AG nach Frühjahr 2009 keine Offerten mehr eingereicht habe, da vorgesehen gewesen sei, die Casty Bau AG zu liquidieren. Dies zeige sich auch im Kaufvertrag zwischen der Hüppi-Gruppe und der A. Käppeli's Söhne AG, wonach die Aktiven und Passiven am «1. April 2010» praktisch ohne laufende Verträge auf den Erwerber übergingen.³⁴³
- Ohne auf die Teilnahme an den Zuteilungssitzungen einzugehen, macht die KIBAG pauschal geltend, dass der Beweis einer Kartellgesetzverletzung gegenüber der KIBAG nicht erbracht sei. Sie begründet dies damit, dass das Protokoll der Zeugeneinvernahme von [...] nicht verwertbar sei, dass die Selbstanzeigen widersprüchlich seien und die Dokumentenbeweise keinen Beweiswert hätten.³⁴⁴
- In den übrigen drei Stellungnahmen (der Catram, der Implenia und der Walo) finden sich keinerlei Angaben zum Beweisthema «Beteiligte Personen und Strassenbauunternehmen» (vgl. Rz 86, 91, 96).

Angaben von Dritten

207. Der Zeuge [...] (u. a. ehemaliger [...] der KIBAG) gab in seiner Aussage betreffend die teilnehmenden Personen und Gesellschaften weitgehend dasselbe wie die Selbstanzeigerinnen an. Insbesondere benannte er dieselben Personen und Gesellschaften als Teilnehmer der Treffen in Nordbünden und in Südbünden. Er bestätigte, dass eine Aufteilung in zwei Untergruppen erfolgt sei. Hinsichtlich der Zusammensetzung der Obergruppe sei er sich nicht mehr ganz sicher. Mutmasslich hätten dort Implenia, Prader, Cellere und Walo Einsitz gehabt, wobei das Gremium nicht immer in der gleichen Zusammensetzung getagt habe. In Bezug auf die Walo beschrieb der Zeuge kein «Meldeläufersystem». Einen verfrühten Austritt der Walo beschrieb der Zeuge ebenfalls nicht, wobei er – wie bereits ausgeführt (siehe insbesondere oben Rz 166, 189 ff.) – annahm, dass die Zusammenarbeit in Nordbünden bis und mit 2009 und in Südbünden «länger als 2009» angedauert habe.³⁴⁵

Dokumentenbeweise

208. Bei den Hausdurchsuchungen wurden Dokumente und elektronische Daten sichergestellt, welche indizieren, dass die von den Selbstanzeigerinnen und vom Zeugen genannten Personen und Gesellschaften an den regelmässig stattfindenden Treffen anwesend waren (z. B. Nennung der genannten Unternehmen im Zusammenhang mit den Zuteilungstreffen, Statuten und Mitglieder von VBU und VGR).³⁴⁶ Neben den bereits in Rz 175 genannten Dokumentenbeweisen sind folgende Dokumente relevant:

- Es liegen die Statuten und Mitgliederlisten von VBU und VGR vor. Darin sind die von Selbstanzeigerinnen und dem Zeugen als beteiligte Gesellschaften identifizierten Unternehmen als Mitgliedsunternehmen benannt.³⁴⁷
- Aus den öffentlich zugänglichen Quellen (z. B. Handelsregister und Internet) ist ersichtlich, dass die von den Selbstanzeigerinnen und dem Zeugen als beteiligte Personen identifizierten Unternehmensvertreter tatsächlich für die identifizierten Unternehmen im Bereich Strassenbau tätig waren.

³⁴³ Act. V.190, Rz 98 f. (22.0457).

³⁴⁴ Act. V.192, Rz 9 ff. (22-0457).

³⁴⁵ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. II.002 (22-0457), insbesondere Rz 392 ff., 477 ff., 543 ff. Das Protokoll der Zeugeneinvernahme ist verwertbar; siehe oben Rz 107 ff.

³⁴⁶ Act. III.J.101; III.K.163–III.166; III.K.168; III.L.028; III.L.053–III.L.055; III.M.047; III.O.078; III.O.080; III.O.131–III.O.133; III.O.137; III.O.141; III.O.143; III.Q.061.

³⁴⁷ Act. III.J.099; III.P.115; III.Q.064–III.Q.069; IX.A.57.

209. Vertieft wird auf die vorgenannten Beweismittel im Rahmen der nachfolgenden Beweiswürdigung eingegangen, soweit dies für die kartellrechtsrelevanten Beweisergebnisse von Bedeutung ist.

B.3.2.2.2 Beweiswürdigung

210. Nachfolgend wird zunächst darüber Beweis geführt, wer an den Zuteilungssitzungen gemäss Rz 195 ff. in Nordbünden (siehe Rz 211 ff.) und in Südbünden (siehe Rz 214 ff.) – ggf. zeitweise – anwesend war bzw. in ihrem Rahmen zusammenarbeitete. Danach werden Art und Ausmass der Beteiligung der einzelnen Beteiligten skizziert (siehe Rz 217 ff.). Abschliessend wird gezeigt, dass alle Anfangs beteiligten Unternehmen bis Mai 2010 an den Zuteilungssitzungen bzw. in deren Rahmen zusammenarbeiteten (siehe Rz 223 ff.).

Nordbünden

211. Die vier Selbstanzeigerinnen und der Zeuge identifizieren für Nordbünden dieselben 13 Gesellschaften – bzw. (nach dem Zusammengehen von Mettler und Prader) zwölf Unternehmen –, welche an den Zuteilungstreffen in Nordbünden anwesend gewesen sein bzw. mitgewirkt haben sollen. Diese Angaben der Selbstanzeigerinnen sowie des Zeugen werden von der Hew, der Schlub, der Toldo sowie der Zindel/Prader ausdrücklich bestätigt, da diese Gesellschaften den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannt haben (vgl. Rz 205). Aus den Stellungnahmen der Catram, der Implenja und der Walo zum Antrag ergibt sich ebenfalls nichts Gegenteiliges. Die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG, die Foser und die Hüppi AG Wallisellen bestreiten ebenfalls nicht, dass sie bzw. die Casty Bau AG an Zuteilungstreffen anwesend waren; sie bringen einzig vor, ab bestimmten Zeitpunkten nicht mehr und/oder – im Fall der A. Käppeli's Söhne AG – nicht «regelmässig» teilgenommen zu haben (vgl. oben Rz 206). Auf diese Einwände wird eingegangen, wenn geprüft wird, in welchem Zeitraum einzelne Unternehmen an Zuteilungssitzungen anwesend waren (siehe dazu Rz 217 ff., Rz 223 ff.). Einzig aus der Stellungnahme der KIBAG kann gefolgert werden, dass sie ganz generell abstreitet, an Zuteilungssitzungen teilgenommen zu haben (vgl. oben Rz 206).

212. Die vorliegenden Beweismittel sind im Rahmen einer umfassenden Beweiswürdigung auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin zu prüfen. Diesbezüglich gelten die Ausführungen in Rz 179–184, 190, 193 entsprechend, weshalb auf eine erneute detaillierte Wiedergabe der Beweiswürdigung verzichtet werden kann. Folgendes ist spezifisch für die Anwesenheit bzw. Mitwirkung der 13 bzw. zwölf Unternehmen an Zuteilungssitzungen betreffend Strassenbauprojekte in Nordbünden zu ergänzen.

- Für die Glaubhaftigkeit der Angaben der vier Selbstanzeigerinnen sowie des Zeugen [...] spricht insbesondere, dass die Angaben betreffend den in Rz 211 genannten Inhalt übereinstimmen – dies, ohne dass ersichtlich wäre, dass die Aussagen aufeinander abgestimmt worden wären – sowie einen hohen Detaillierungsgrad mit Bezug auf Realkennzeichen aufweisen (z. B. konkret beteiligte natürliche Personen, Zusammenschluss von Prader und Mettler im Jahr 2005). Soweit die KIBAG einwendet, die Selbstanzeigerinnen würden sich hinsichtlich der Teilnehmer widersprechen, trifft dies folglich nicht zu. Soweit die KIBAG einwendet, das Protokoll der Zeugeneinvernahme sei nicht verwertbar, überzeugt dies ebenfalls nicht (siehe oben Rz 110 ff.).
- Die von den Selbstanzeigerinnen sowie vom Zeugen konkret benannten natürlichen Personen waren im hier interessierenden Zeitraum tatsächlich Vertreter der identifizierten Unternehmen und sind in den objektiven Beweismitteln (Kalendereinträge, Erwähnung der Sitzungen in Protokollen, E-Mails und Notizen) auch wiederholt im Zusammenhang mit Zuteilungssitzungen namentlich genannt (siehe dazu insbesondere auch

oben Rz 178 ff., 192 ff.).³⁴⁸ Auch übernahm die Zindel-Gruppe, zu der seit 1993 bereits die Prader gehörte, im Jahr 2005 die Mettler AG (siehe oben Rz 28), was nachvollziehbar macht, dass sich Teilnehmerstruktur 2005 insoweit veränderte.

- In der Anfang der 1980er Jahren gegründeten «Vereinigung Bündnerischer Unternehmen für Strassenbeläge» (VBU) schlossen sich alle in Graubünden ansässigen Strassenbauunternehmen zusammen.³⁴⁹ Im April 2006 erfolgte die Umbenennung des Vereins in «Verkehrswegebauer Graubünden».³⁵⁰ Die Mitglieder der VBU/des VGR waren im hier interessierenden Zeitraum von 2004 bis und mit 2010 die Casty, die Palatini AG Untervaz/Cellere, die Centorame, die Foser, die Frey Strassen- und Tiefbau AG/Toldo, die Giudicetti SA (nachfolgend: Giudicetti), die Hew, die Implenia, die Käppeli, die KIBAG, die Prader/Mettler AG, Schlub/Schlub Strassen- und Tiefbau AG und die Walo.³⁵¹ Die Giudicetti war ausschliesslich im Misox südlich des San Bernadino tätig und gemäss Angaben der Implenia und der Walo im massgeblichen Zeitraum nicht an den Zuteilungstreffen beteiligt.³⁵² Zusammen mit den übrigen Beweismitteln indizieren die vorgenannten Umstände, dass die Mitglieder der VBU/des VGR – ohne die Giudicetti SA – tatsächlich an den bewiesenen Zuteilungssitzungen zusammenkamen bzw. im Rahmen dieser Sitzungen zusammenarbeiteten.
- Es ist bewiesen, dass sich die genannten 13 bzw. zwölf Gesellschaften VBU-/VGR-Mitgliedsunternehmen in den Jahren 2004 bis und mit 2010 betreffend konkrete Strassenbauprojekte in Graubünden gemeinsam und in Untergruppen über die Zuteilung dieser Projekte sowie über die entsprechende Höhe der Angebotssummen einigten. Dies folgt indirekt auch aus Dokumentenbeweisen (siehe Rz 315 ff.). Dies indiziert, dass die genannten 13 bzw. zwölf Gesellschaften ab 2004 jedenfalls zwischenzeitlich wiederholt an entsprechenden Zuteilungstreffen anwesend waren.
- Der Umstand, dass die Centorame die Existenz bzw. Besetzung der «Untergruppen» so nicht bestätigte, steht nicht im Widerspruch zum in Rz 211 genannten Inhalt. Denn alle Selbstanzeigerinnen und der Zeuge gaben übereinstimmend an, dass die 13 bzw. zwölf Unternehmen jedenfalls in unterschiedlichen Konstellationen an den Zuteilungssitzungen bzw. in ihrem Rahmen zusammenarbeiteten. Ob dies in institutionalisierten «Untergruppen» (so die Implenia, die Walo und die Cellere sowie der Zeuge) oder in bezüglich Region und Interessenslage zusammengesetzten Gruppen unter Leitung eines ad hoc bestimmten Koordinators erfolgte (so die Centorame), ist nicht relevant. Denn so oder so waren die 13 bzw. zwölf Unternehmen an den Zuteilungssitzungen bzw. den Zuteilungen beteiligt.

213. Damit ist bewiesen, dass die folgenden 13 bzw. zwölf Unternehmen ab 2004 jedenfalls zeitweise in Nordbünden an den Zuteilungssitzungen bzw. in ihrem Rahmen zusammenarbeiteten (der Vertreter/die Vertreter wird/werden in Klammern genannt):

- Casty Bau AG (vertreten durch [...]),
- Palatini AG Untervaz/Cellere (vertreten durch [...]),
- Centorame (vertreten durch [...]),

³⁴⁸ Vgl. etwa Act. III.J.101; III.K.163–III.166; III.K.168; III.L.028; III.L.053–III.L.055; III.M.047; III.O.078; III.O.080; III.O.131–III.O.133; III.O.137; III.O.141; III.O.143; III.Q.061.

³⁴⁹ Act. IX.F.4, S. 3; vgl. auch Statuten der VBU und der VGR in Act. III.J.099; III.P.115; III.Q.064.

³⁵⁰ Act. III.Q.064.

³⁵¹ Act. III.Q.065–III.Q.069.

³⁵² Siehe etwa IX.A.11, S. 2 f., IX.E.7, Rz 23 ff. Die übrigen Selbstanzeigerinnen sowie der Zeuge äussern sich nicht ausdrücklich zur Beteiligung der Giudicetti.

- Foser (vertreten durch [...] und [...]),
- Toldo (vertreten durch [...]),
- Hew (vertreten durch [...]),
- Implenla (vertreten durch [...]),
- Käppeli (vertreten durch [...] und später [...]),
- KIBAG (vertreten durch [...] und später [...]),
- Prader (vertreten durch [...]) und Mettler AG (bis 2005; vertreten durch [...]),
- Schlub (vertreten durch [...]) und
- Walo (vertreten durch [...]).

Das vorgenannte Ergebnis wird bestätigt durch die Stellungnahmen der Cellere, der Centorame, der Hew, der Schlub, der Toldo und der Zindel/Prader zum Antrag des Sekretariats, mit denen diese Untersuchungsadressatinnen den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannten (vgl. Rz 205). Die vorgenannten 13 bzw. zwölf Gesellschaften werden nachfolgend zusammen als Gruppe Nord bezeichnet. Auf die Frage, in welchem Ausmass und bis zu welchem Zeitpunkt die 13 bzw. zwölf Unternehmen an den Zuteilungssitzungen teilnahmen, wird an anderer Stelle eingegangen (siehe dazu Rz 223 ff., 223 ff.).

Südbünden

214. Die Selbstanzeigerinnen Implenla, Cellere und Walo und der Zeuge identifizierten für Südbünden dieselben sechs Gesellschaften, welche an den Zuteilungstreffen in Südbünden anwesend gewesen sein bzw. mitgewirkt haben sollen. Die Centorame macht hierzu keine Angaben, da sie nicht in Südbünden tätig war. Die Angaben der Selbstanzeigerinnen sowie des Zeugen werden von der Hew, der Schlub, der Toldo sowie der Zindel/Prader ausdrücklich bestätigt, da diese Gesellschaften den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannt haben (vgl. Rz 205). Aus den Stellungnahmen der Catram, der Implenla und der Walo zum Antrag ergibt sich ebenfalls nichts Gegenteiliges. Einzig aus der Stellungnahme der KIBAG kann gefolgert werden, dass sie ganz generell abstreitet, an Zuteilungssitzungen in Südbünden teilgenommen zu haben (vgl. oben Rz 206).

215. Die unterschiedlichen Angaben müssen mithin wiederum im Rahmen einer umfassenden Beweiswürdigung auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin geprüft werden. Diesbezüglich gelten die Ausführungen in Rz 179–184, Rz 186 ff. und Rz 212 entsprechend, weshalb auf eine erneute detaillierte Wiedergabe der Beweiswürdigung verzichtet werden kann. Folgendes ist spezifisch für die Anwesenheit bzw. Mitwirkung der sechs Unternehmen an Zuteilungssitzungen betreffend Strassenbauprojekte in Südbünden zu ergänzen bzw. zu betonen:

- Für die Glaubhaftigkeit der Angaben der Selbstanzeigerinnen sowie des Zeugen spricht insbesondere, dass die Angaben betreffend den in Rz 214 genannten Inhalt übereinstimmen – dies, ohne dass ersichtlich wäre, dass die Aussagen aufeinander abgestimmt worden wären – sowie einen hohen Detaillierungsgrad mit Bezug auf Realkennzeichen aufweisen (z. B. konkret beteiligte natürliche Personen). Soweit die KIBAG einwendet, die Selbstanzeigerinnen würden sich hinsichtlich der Teilnehmer widersprechen, trifft dies folglich nicht zu. Soweit die KIBAG einwendet, das Protokoll der Zeugeneinvernahme sei nicht verwertbar, überzeugt dies ebenfalls nicht (siehe oben Rz 110 ff.).
- Die von den Selbstanzeigerinnen sowie vom Zeugen konkret benannten natürlichen Personen waren im hier interessierenden Zeitraum tatsächlich Vertreter der identifizier-

ten Unternehmen und sind in den objektiven Beweismitteln (Kalendereinträge, Erwähnung der Sitzungen in Protokollen, E-Mails und Notizen) auch wiederholt im Zusammenhang mit Zuteilungssitzungen namentlich genannt (siehe dazu insbesondere auch Rz 186 ff., 192 ff.).³⁵³ Soweit die KIBAG in ihrer Stellungnahme zum Antrag geltend macht, die Rechnungen von [...] an die VBU würden keinen Beweis für die Organisation und Leitung von Berechnungssitzungen durch [...] darstellen,³⁵⁴ überzeugt dieser Einwand nicht. Diesbezüglich kann auf die oben stehenden Ausführungen verwiesen werden (Rz 187, 3. Spiegelstrich).

- Es ist bewiesen, dass sich die genannten sechs Gesellschaften in den Jahren 2004 bis und mit 2010 betreffend konkrete Strassenbauprojekte in Südbünden gemeinsam über die Zuteilung dieser Projekte sowie über die entsprechende Höhe der Angebotssummen einigten. Dies folgt indirekt auch aus Dokumentenbeweisen (siehe unten Rz 315 ff.). Dies indiziert, dass die genannten sechs Gesellschaften in den Jahren 2004 bis und mit 2010 wiederholt an entsprechenden Zuteilungstreffen betreffend Strassenbauprojekte in Südbünden anwesend waren.

216. Damit ist bewiesen, dass die folgenden sechs Unternehmen ab 2004 jedenfalls zeitweise in Südbünden an den Zuteilungssitzungen bzw. in ihrem Rahmen zusammenarbeiteten (der Vertreter/die Vertreter wird/werden in Klammern genannt):

- Palatini/Cellere (vertreten durch [...], später durch [...] oder [...]),
- Hew (vertreten durch [...] und/oder [...]),
- Implenia (vertreten durch [...] oder [...]),
- KIBAG (vertreten durch [...], später [...]),
- Schlub Tief- und Strassenbau AG ([...] und/oder [...]) und
- Walo (vertreten durch [...], später [...]).

Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die Stellungnahmen der Cellere, der Centorame, der Hew, der Schlub, der Toldo und der Zindel/Prader zum Antrag des Sekretariats, mit denen diese Untersuchungsadressatinnen den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkennen (vgl. Rz 205). Die vorgenannten sechs Unternehmen werden zusammen nachfolgend als Gruppe Süd bezeichnet. Auf die Frage, in welchem Ausmass und bis zu welchem Zeitpunkt die sechs Unternehmen an den Zuteilungssitzungen teilnahmen, wird an anderer Stelle eingegangen (siehe dazu Rz 223 ff., 223 ff.).

Art und Ausmass der Beteiligung einzelner Gesellschaften

217. Nach Würdigung der vorgenannten Beweismittel ist zudem erwiesen, dass die genannten Unternehmen bei den Zuteilungstreffen der Gruppe Nord und der Gruppe Süd grundsätzlich – im Zeitraum der Beteiligung an der Zusammenarbeit (siehe dazu unten Rz 223 ff.) – tatsächlich anwesend waren und dort gemeinsam über die Zuteilung der Belagsprojekte an die Gruppenmitglieder entschieden. Dies war mit Blick auf das Ziel der Treffen, kantonale und kommunale Strassenbauprojekte untereinander aufzuteilen und dementsprechend die Angebotssummen aufeinander abzustimmen (siehe dazu insbesondere unten Rz 266 ff.), auch notwendig. Denn andernfalls hätte immer die Gefahr bestanden, dass einzelne Unternehmen nicht entsprechend der individuellen Zuteilungsquoten (siehe dazu insbesondere unten Rz 272) Zuschläge erhalten bzw. dass Unternehmen nicht hätten wissen können, zu welchem Preis eine höhere Offerte (nachfolgend auch: Stützofferte) einzureichen wäre. Nicht

³⁵³ Vgl. Act. III.K.163–166; III.K.168; III.O.140 f.; III.Q.061.

³⁵⁴ Vgl. Act. V.192, Rz 37 (22-0457).

ausgeschlossen ist, dass bezüglich einzelner Belagsprojekte bisweilen Besprechungen und gemeinsame Festlegungen im Vorfeld der Zuteilungstreffen oder im Nachgang (ggf. bilateral und allenfalls per Telefon, E-Mail oder Fax) erfolgten. Dies ändert jedoch nichts am Vorliegen eines Konsenses bzw. der Beteiligung daran (siehe dazu unten Rz 273).

218. Hinsichtlich der Anwesenheit bei den Treffen ist in Bezug auf die Walo Folgendes anzunehmen: Die WEKO ist mit Blick auf die Selbstanzeigen der Walo sowie der Cellere davon überzeugt, dass sich die Walo in Südbünden ab 2006 und in Nordbünden ab 2009 nur im Rahmen eines «Meldeläufersystems» an den Zuteilungstreffen beteiligte. Dieses System funktionierte so, dass die Walo in Nordbünden ab 2009 über [...] von der Implanzia mit den übrigen 11 Gesellschaften der Gruppe Nord darüber kommunizierte, welche Projekte sie erhalten wollte. Ihr wurde dann von [...] nach den Zuteilungstreffen mitgeteilt, bei welchen Projekten sie zu welchem Preis Stützofferten von den übrigen Gesellschaften erhalten konnte und für welche Projekte die Walo zu welchem Preis Stützofferten abzugeben hatte. Genauso funktionierte das «Meldeläufersystem» in Südbünden, wobei dort [...] von der KIBAG der «Meldeläufer» für die Walo war. Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die Stellungnahmen der Cellere, der Centorame, der Hew, der Schlub, der Toldo und der Zindel/Prader zum Antrag des Sekretariats, mit denen diese Untersuchungsadressatinnen den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannten (vgl. Rz 205). Die Stellungnahme der Walo zum Antrag des Sekretariats enthält nichts Gegenteiliges.

219. Abgesehen von der vorgenannten Besonderheit geht weder aus den Selbstanzeigen und der Zeugenaussage noch aus sonstigen Beweismitteln hervor, dass sich das Verhalten der einzelnen Unternehmen bzw. Unternehmensvertreter – im Zeitraum der Beteiligung an der Zusammenarbeit (siehe dazu unten Rz 223 ff.) – von demjenigen der jeweils anderen Unternehmen bzw. Unternehmensvertreter grundlegend unterschied.

220. Die vorliegenden Beweismittel zeigen, dass sich die Unternehmen der beiden Gruppen jeweils so bei den Zuteilungstreffen engagierten, dass sie Aufträge entsprechend ihrer Interessenslage, ihrer Kapazitäten und der individuellen Zuteilungsquoten (siehe dazu insbesondere unten Rz 272) erhielten (vgl. Beweismittel in Rz 211 ff., 214 ff., Rz 301 ff.). Waren Interessen, Kapazitäten und Zuteilungsquoten im Laufe eines Kalenderjahres erfüllt, so nahm die individuelle «Teilnahmedisziplin» der Unternehmen für den Rest des Kalenderjahres ab. Zu Beginn des nächsten Kalenderjahrs, wenn die Belagsunternehmen neue Aufträge akquirieren mussten, nahmen die 13 bzw. zwölf Unternehmen die Zusammenarbeit im Rahmen der Zuteilungstreffen wieder auf.³⁵⁵ Gewisse Unterschiede in der Rollenverteilung ergaben sich einzig daraus, dass der VBU-/VGR-Präsident [...] von der Palatini/Cellere und der VGR-Präsident [...] von der Hew (Gruppe Nord) sowie [...] von der VAGO/KIBAG (Gruppe Süd) in den jeweiligen Gruppen gewisse Organisationsaufgaben (insbesondere Einladung zu Zuteilungstreffen; siehe auch Rz 192 ff.) übernahmen. Auch ist für die Gruppe Nord anzunehmen, dass sich dort bestimmte Unternehmen in einer Art Obergruppe (siehe dazu Rz 178 ff., 195) engagierten, damit die Zuteilung funktionierte.

221. Dieses Ergebnis gilt insbesondere auch für die vier Unternehmen, welche eine individuelle Beteiligung bestreiten (vgl. Rz 206). Denn auch diese vier Unternehmen teilten den festgestellten Konsens und waren an konkreten Zuteilungen von Projekten mittels gemeinsamer Festlegungen von Eingabesummen beteiligt (siehe dazu unten Rz 251 ff., 301 ff.). Ob die Beteiligung der A. Käppeli's Söhne AG mit Blick auf die Stellungnahme dieser Gesellschaft als «regelmässig» oder eher «unregelmässig» bezeichnet werden kann, ist irrelevant. Jedenfalls erfolgte die individuelle Beteiligung auch dieser Unternehmung im in Rz 220 beschriebenen Ausmass. Eine Teilnahme der A. Käppeli's Söhne AG, der Casty Bau AG und der Foser an den Zuteilungssitzungen folgt für diese Unternehmungen im Übrigen auch aus

³⁵⁵ Vgl. insbesondere Act. IX.E.9, Rz 25, 34, 38, 42, 47, 54; IX.F.4, Ziff. 2.2.6; VII.E.4, S. 2 (22-0457); VII.E.11, S. 6 (22-0457).

den eigenen Ausführungen dieser drei Unternehmen in ihren Stellungnahmen zum Antrag. Sie führen dort selbst aus, es habe an Zuteilungstreffen, an denen sie selbst anwesend gewesen seien, Zuteilungs- und Preisabreden gegeben.³⁵⁶ Die Foser und die Casty Bau AG erklären sogar, sie hätten sich an gemeinsamen Zuteilungsentscheidungen sowie der entsprechenden Festlegung der Angebotssummen – bis zu ihrem jeweiligen «Austritt» - selbst beteiligt.³⁵⁷

222. Es ist damit bewiesen, dass die beteiligten Gesellschaften bzw. Personen an den Zuteilungstreffen grundsätzlich auch anwesend waren. Es sind keine grundlegenden Unterschiede im Ausmass der Beteiligung der einzelnen Unternehmen bzw. Unternehmensvertreter ersichtlich. Einige Unternehmen bzw. Unternehmensvertreter stellten sich für die Erfüllung von organisatorischen Aufgaben zur Verfügung, damit die Zuteilung auch tatsächlich funktionierte. Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die Stellungnahmen der Cellere, der Centorame, der Hew, der Schlub, der Toldo und der Zindel/Prader zum Antrag des Sekretariats, mit denen diese Untersuchungsadressatinnen den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannten (vgl. Rz 205).

Beteiligung aller Unternehmen bis Mai 2010

223. Zuletzt ist darauf einzugehen, ob einzelne Unternehmen schon vor der Beendigung der Zuteilungstreffen im Mai 2010 (siehe dazu oben Rz 189 ff.) die Zusammenarbeit eingestellt hatten und den Zuteilungssitzungen generell fernblieben.

224. Ein solcher vorzeitiger «Austritt» ist gemäss den vorliegenden Beweismitteln nicht anzunehmen für die Palatini AG Untervaz/Cellere, die Centorame, die Frey/Toldo, die Hew, die Implenia, die Prader und die Mettler AG (bis 2005) und die Schlub und die Schlub Tief- und Strassenbau AG, welche bis zum Ende der Zusammenarbeit im Mai 2010 an den Zuteilungstreffen teilnahmen (vgl. Rz 211 ff., 214 ff., 217 ff.). Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die Stellungnahmen der Cellere, der Centorame, der Hew, der Schlub, der Toldo und der Zindel/Prader zum Antrag des Sekretariats, mit denen diese Untersuchungsadressatinnen den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannten (vgl. Rz 205). Aus den Stellungnahmen der Catram, der Implenia und der Walo zum Antrag ergibt sich ebenfalls nichts Gegenteiliges.

225. Von vier Untersuchungsadressatin (Walo sowie Hüppi AG Wallisellen/Casty Bau AG, Foser und Käppeli; Vgl. Rz 201 und Rz 206) wird indes behauptet, sie – bzw. im Fall der Hüppi AG Wallisellen, die Casty Bau AG – hätten schon vor Ende der Zuteilungssitzungen im Mai 2010 die Zusammenarbeit eingestellt. Diese Vorbringen werden nachfolgend geprüft. Die KIBAG hatte hingegen eingewendet, dass ihr keinerlei Beteiligung nachzuweisen sei (vgl. Rz 206). Dieses Vorbringen ist unzutreffend (vgl. oben Rz 211 ff., 214 ff., 217 ff. und unten Rz 315 ff.), weshalb an dieser Stelle nicht erneut auf die Einwände der KIBAG einzugehen ist.

(i) Walo

226. Die Walo führt im Rahmen ihrer Selbstanzeige aus, sie habe ihre Beteiligung an den Zuteilungen bereits 2009 aufgegeben (siehe auch Rz 201).³⁵⁸ Sie begründet dies betreffend die Zusammenarbeit in der Gruppe Nord damit, dass sich die kartellrechtlichen Bedenken von [...] (damaliger [...] der Walo) nach einer unternehmensinternen Compliance-Schulung am 13. Juli 2009 weiter vergrössert hätten und er deshalb auch das «Meldeläufersystem» aufgegeben habe. Soweit die Walo im Jahr 2010 Offerten für Strassenbauprojekte aus Nordbünden eingereicht habe, seien diese nicht zur Umsetzung von gemeinsamen Zutei-

³⁵⁶ Vgl. Act. V.190, Rz 98 f., 111; V.221, Rz 26 ff.; V.238, Rz 6; (22-0457).

³⁵⁷ Vgl. Act. V.190, Rz 98 f., 111; V.221, Rz 26 ff.

³⁵⁸ Siehe Nachweise in Fn 335.

lungentscheidungen eingereicht, sondern autonom gerechnet worden. Einzig bezüglich des von der Implenia als betroffen gemeldeten Projekts «[...]» (Eingabefrist [...] 2010)³⁵⁹ könne [...] nicht ausschliessen, dass [...] ihn angerufen und gebeten habe, bei diesem Projekt «nicht aggressiv reinzugehen» bzw. «nicht unter CHF [...] zu gehen». [...] Soweit die Walo im Jahr 2010 Offerten für Strassenbauprojekte aus Südbünden eingereicht habe, seien diese nicht zur Umsetzung von gemeinsamen Zuteilungsentscheidungen eingereicht worden.³⁶⁰

227. Die Selbstanzeigerinnen Implenia und Centorame haben angegeben, dass die Walo auch im Jahr 2010 an den mit der Selbstanzeige angezeigten Verhaltensweisen beteiligt gewesen sei.³⁶¹ Die Implenia hat insbesondere in ihrer ersten mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige durch [...] (am 1. November 2012)³⁶² ausgeführt, dass [...], der unstreitig erst nach Februar 2010 Offerten im Namen der Walo erstellte, an den angezeigten Verhaltensweisen beteiligt gewesen sei.³⁶³ Auch die Cellere hat angegeben, dass die Walo bzw. [...] auch im Jahr 2010 an den mit der Selbstanzeige angezeigten Verhaltensweisen beteiligt gewesen sei.³⁶⁴ Die Cellere und die Implenia haben ausserdem für das Jahr 2010 jeweils zwei Belagsprojekte aus Nordbünden benannt, bei denen sie jeweils Stützofferten von einigen der in Rz 213 genannten Unternehmen erhalten hätten und bei denen auch die Walo jeweils Offerten eingereicht habe.³⁶⁵ Für Südbünden benannte die Implenia über zwanzig im Jahr 2010 ausgeschriebene Belagsprojekte, bezüglich derer es zu gemeinsamen Festlegungen des Zuschlagempfinders und der Höhe des Offertpreises gekommen sei und hinsichtlich derer auch die Walo Offerten eingereicht habe.³⁶⁶ Auf Nachfrage des Sekretariats konnte die Cellere jedoch letztlich nicht ausschliessen, dass die Walo in Südbünden bereits 2009 aus der Gruppe Süd ausgetreten sei.³⁶⁷ Der Zeuge [...] hat nicht angegeben, dass die Walo die Zusammenarbeit vor den übrigen Unternehmen aufgegeben habe. Er führte aus, die Zuteilungstreffen hätten in Nordbünden ohnehin nur bis und mit 2009 stattgefunden, in Südbünden habe man die «Berechnungssitzungen» jedoch erst später aufgegeben (siehe oben Rz 189 ff.).³⁶⁸

228. Da sich die Angaben der Walo einerseits und die Ausführungen der übrigen Selbstanzeigerinnen und des Zeugen andererseits betreffend die Beteiligung der Walo im Jahr 2010 widersprechen, sind die Beweismittel sorgfältig auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin zu prüfen. Dabei gilt: Eine Aussage oder eine Stellungnahme ist insbesondere glaubhaft, wenn sie frei von inneren Widersprüchen und Logikbrüchen ist, einen hohen Detaillierungsgrad unter Beachtung von überprüfbaren Realkennzeichen aufweist und im Einklang mit anderen (objektiven) Beweismitteln (insbesondere Urkundenbeweisen) steht.

229. Die Angaben der Implenia, der Cellere, der Centorame sowie des genannten Zeugen sind frei von inneren Widersprüchen und Logikbrüchen. Dies gilt nicht für die Angaben der Walo. Diese gibt einerseits kategorisch an, sie habe sich im Jahr 2010 nicht mehr an Zuteilungen beteiligt. Auf der anderen Seite führt sie aus, sie könne nicht ausschliessen, dass [...]

³⁵⁹ Act. IX.A.13, S. 5; IX.A.14, S. 20; IX.A.15, S. 24, IX.A.41; sowie DOPGR; Eingabefrist [...] 2010.

³⁶⁰ Siehe zu diesen Ausführungen insbesondere Act. VII.C.7, Rz 24 ff., 29 ff., 45 ff., 63 ff. (22-0457).

³⁶¹ Vgl. Act. IX.A.3, Rz 93 ff.; IX.A.5, IX.A.8, Rz 15 ff.; IX.A.11, S. 3 f.; IX.A.13, S. 2 ff., IX.A.36, IX.A.39; Act VII.E.1; VII.E.4; VII.E.11 (22-0457).

³⁶² Act. IX.A.3.

³⁶³ Act. IX.A.3, Rz 159.

³⁶⁴ Siehe insbesondere Act. IX.F.4, S. 7; Act. VII.D.6, Rz 138 ff. (22-0457).

³⁶⁵ Es handelt sich um die Projekte [...].

³⁶⁶ Vgl. Act. IX.A.41a, S. 3 und vgl. DOPGR.

³⁶⁷ Act. VII.D.6, Rz 163 ff. (22-0457).

³⁶⁸ Vgl. Act. II.002 (22-0457).

im Jahr 2010 mit [...] besprochen habe, dass die Walo bei diesem Projekt «nicht aggressiv reingehe» bzw. «nicht unter CHF [...]» offerieren würde. Es ist auch nicht ersichtlich, wie eine solche detaillierte Angabe einer involvierten Person («nicht aggressiv reingehen», «nicht unter CHF [...] gehen») gemacht werden könnte, wenn ein solches Gespräch gerade nicht stattgefunden hätte.

230. Insbesondere die Angaben der Implenia und der Cellere zur Beteiligung von Walo in Südbünden weisen zudem einen hohen Detaillierungsgrad unter Beachtung von überprüfba- ren Realkennzeichen auf. Denn die beiden Gesellschaften haben beide angegeben, dass für die Walo in Südbünden im Jahr 2010 eine andere Person als zuvor, nämlich neu [...] an den Zuteilungstreffen beteiligt gewesen sei.³⁶⁹ Dieses Detail spricht – mit Blick darauf, dass [...] tatsächlich erst nach Februar 2010 Offerten für die Walo gerechnet hat – für das Vorhanden- sein konkreter Erinnerungen der Vertreter der Implenia und der Cellere an das Auftreten und die Beteiligung von [...].

231. Kommt hinzu, dass die Aussage der Implenia, [...] sei in Südbünden an den Zuteilungstreffen beteiligt gewesen, zwei Tage nach der Untersuchungseröffnung (siehe Rz 29 ff.) und einen Tag nach Beginn der ersten Hausdurchsuchungen (vgl. Rz 32) von [...] persönlich ([...] Südbünden der Implenia) gemacht wurde (vgl. oben Rz 34 ff.). Es handelt sich damit um spontane «Aussagen der ersten Stunde» von einer direkt beteiligten Person. Solche spontanen «Aussagen der ersten Stunde» von direkt beteiligten Personen sind in der Regel unbefangener und zuverlässiger als spätere Schilderungen der Ereignisse, die bewusst oder unbewusst von Überlegungen kartellrechtlicher oder anderer Art beeinflusst sein können.³⁷⁰ «Aussagen der ersten Stunde» haben damit in der Regel einen hohen Beweiswert. Vorlie- gend ist kein Grund ersichtlich, an der Richtigkeit der «Aussage der ersten Stunden» von [...] zu zweifeln. Insbesondere steht der Überzeugungskraft nicht entgegen, dass die Walo aus- geführt hat, [...] und [...] hätten ein «sehr schlechtes persönliches Verhältnis» gehabt. Denn diese Angabe machte die Walo erst am Ende des Verfahrens nach Einsicht in die Selbstan- zeige der Implenia.³⁷¹ Damit ist diese Aussage auf das Aussageverhalten der Implenia abge- stimmt und – im Vergleich zu den mündlichen «Ausführungen der ersten Stunde» von [...] – weniger überzeugend. Dies gilt auch mit Blick darauf, dass andere Unternehmen Derartiges nicht berichtet haben.

232. Zudem ist zu beachten, dass die Angaben der Implenia, der Cellere und der Centora- me sowie des Zeugen hinsichtlich der Beteiligung der Walo bis zur endgültigen Aufgabe der Zusammenarbeit übereinstimmen. Es ist dabei nicht ersichtlich, dass die Aussagen jeweils in Kenntnis der jeweils anderen Aussagen getätigt worden wären. Ohne Kenntnis der jeweils anderen Aussagen haben die drei Gesellschaften sowie der Zeuge also dieselben Angaben zum Sachverhalt gemacht. Dies wäre nicht zu erwarten gewesen, wenn die Angaben bloss erfunden wären. Der identische Inhalt spricht mithin für die Glaubhaftigkeit der Selbstanzei- gen und der Zeugenaussage.

233. Die Angaben der Selbstanzeigerinnen Implenia, Cellere und Centorame sowie des Zeugen stimmen auch überein mit objektiven Beweismitteln. Zu verweisen ist wiederum auch auf die bei der Hew sichergestellte E-Mail vom 9. Mai 2011 von [...] ([Vertreter] der Hew) an [...] ([...] AG) betreffend den Entwurf des Protokolls der Verwaltungsratssitzung der Hew Bauunternehmung AG vom 15. April 2011 (siehe bereits oben Rz 182 und 190).³⁷² In diesem Entwurf heisst es betreffend das Frühjahr 2011 u. a.: «Im Belagsbau hat ein Preissturz von 5 % stattgefunden. Dies hat stark damit zu tun, dass man unter den Beläglern völlig ver- kracht ist. Lediglich 5 Offerten habe man dieses Jahr unter einander besprochen. Strabag

³⁶⁹ Siehe Act. IX.A.3, Rz 93 ff. und Act. Act. IX.F.4, S. 7.

³⁷⁰ Vgl. dazu auch Urteil des BGer 8C_482/2015 vom 19.8.2015, E. 2.2.

³⁷¹ Vgl. Act. VII.C.7, Rz 77, 79 (22-0457).

³⁷² Act. III.O.078.

funkt immer drein. Walo sitzt nicht mehr an den runden Tisch. Implenla hat sich auch abgemeldet. Die Folge ist, dass man heute auf einem miserablen Preisniveau ist.». Dieses Beweismittel zeigt direkt, dass die Walo jedenfalls im Jahr 2011 nicht mehr «am runden Tisch gesessen hat». Zusammen mit den übrigen Beweismitteln indiziert die E-Mail und der Entwurf VR-Protokoll 2011 u. a., dass sich Walo nicht schon zwei Jahre zuvor, sondern in etwa gleichzeitig mit Implenla (d. h. im Mai 2010) von der Zusammenarbeit zurückzog.

234. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass die Walo in der ersten Hälfte des Jahres 2010 bei über 25 Strassenbauprojekten Offerten eingereicht hat, bei denen die Implenla und die Cellere gemäss eigener Angaben Stützofferten von VGR-Mitgliedsgesellschaften erhalten haben. Aus den Ausführungen der Selbstanzeigerinnen hierzu ist zu folgern, dass auch die Walo teilweise Stützofferten eingereicht hat. Dies folgt teilweise schon aus der Einlassung der Walo selbst, [...] könnte nicht ausschliessen, dass [...] ihn betreffend das Projekt «[...]» (Eingabefrist [...] 2010)³⁷³ angerufen und ihn gebeten habe, bei diesem Projekt «nicht aggressiv reinzugehen» bzw. «nicht unter CHF [...] zu gehen». Soweit die Walo gegen ihre Beteiligung an gemeinsamen Zuteilungen konkreter Strassenbauprojekte in Südbünden vorbringt, [...] und [...] hätten ein «sehr schwieriges persönliches Verhältnis» gehabt, überzeugt dies aus den in Rz 231 dargelegten Gründen nicht. Soweit die Walo ausführt, es sei nicht ersichtlich, welches Projekt die Walo im Gegenzug für Stützofferten erhalten habe, überzeugt dies aus mehreren Gründen nicht. Erstens schliesst das Fehlen eines konkreten «Gegengeschäfts» nicht per se aus, dass die Walo an Zuteilungsentscheidungen beteiligt war und Stützofferten eingereicht hat. Denn Stützofferten können auch einzig in der Erwartung abgegeben werden, dass das schutzgebende Unternehmen künftig bei noch nicht näher konkretisierten Projekten Stützofferten erhalten wird. Ob es dann dazu kommt, ist nicht zwingend. Zweitens hat die Walo ohnehin Zuschläge betreffend Strassenbauprojekte erhalten, bei welchen einzig andere VGR-Mitgliedsgesellschaften Offerten einreichten und deren Eingabefristen nur knapp vor oder nach Ablauf der Eingabefristen der gemäss Implenla und Cellere zuteilten Strassenbauprojekte abliefen.³⁷⁴ Mit Blick auf die Angaben aller Selbstanzeigerinnen (inkl. der Walo selbst) und des Zeugen, wonach häufig Projekte «im Paket» besprochen wurden, deren Eingabefristen zeitlich nah beieinander lagen (um zu gewährleisten, dass alle beteiligten VBU-/VGR-Mitgliedsunternehmen etwas zuteilt werden konnte), ist damit der Einwand der Walo, es sei kein «Gegengeschäft» ersichtlich, nicht zutreffend. Damit ist davon auszugehen, dass die Walo an den über 25 von den Selbstanzeigerinnen gemeldeten Zuteilungen beteiligt war.

235. Zuletzt ist zu berücksichtigen, dass – anders als für das generelle Ende der Zusammenarbeit im Jahr 2010³⁷⁵ – aus den Akten keinerlei «Austrittserklärung» oder ein vergleichbarer Hinweis darauf, dass die Walo die anderen Unternehmen über eine Beendigung der Zusammenarbeit informiert hat, ersichtlich ist. Aus den Akten geht darüber hinaus nicht hervor, dass sich andere Unternehmen über das Ausbleiben der Walo ab Anfang 2010 beklagt hätten. Ein deutliches Anzeichen für den Austritt wäre aber zu erwarten gewesen, wenn die Walo tatsächlich vor Mai 2010 nicht mehr an den Treffen beteiligt gewesen wäre. Dies insbesondere auch mit Blick darauf, dass die Walo als langjähriges VBU-/VGR-Mitgliedsunternehmen schon lange an der Zusammenarbeit beteiligt war. Wenn ein langjähriges Mitglied regelmässig stattfindenden Sitzungen plötzlich fernbleibt, schlägt das normalerweise hohe Wellen.

236. Ein vorzeitiger «Austritt» der Walo ist folglich nicht ersichtlich. Die Walo war mithin bis Mai 2010 an Zuteilungssitzungen anwesend bzw. beteiligte sich bis Mai 2010 an den Zuteilungssitzungen im Rahmen des «Meldeläufersystems».

³⁷³ Act. IX.A.13, S. 5; IX.A.14, S. 20; IX.A.15, S. 24, IX.A.41; vgl. DOPGR; Eingabefrist [...] 2010.

³⁷⁴ Es handelt sich um die Projekte [...].

³⁷⁵ Act. III.O.078. S.a. Rz 182.

(ii) Casty Bau AG

237. Die Hüppi AG Wallisellen macht geltend, die Casty Bau AG habe sich höchstens bis Frühjahr 2009 an Absprachen beteiligt. Sie begründet dies einzig damit, dass die Casty Bau AG nach Frühjahr 2009 keine Offerten mehr eingereicht habe, da vorgesehen gewesen sei, die Casty Bau AG alsbald zu liquidieren. Dies zeige sich auch im Kaufvertrag zwischen der Hüppi-Gruppe und der A. Käppeli's Söhne AG, wonach die Aktiven und Passiven am «1. April 2010» praktisch ohne laufende Verträge auf den Erwerber übergegangen seien.³⁷⁶

238. Die vier Selbstanzeigerinnen und der Zeuge geben hingegen an, dass die Casty Bau AG bis zum Ende der Zusammenarbeit an Zuteilungssitzungen teilgenommen habe (vgl. Rz 200 ff., 207). Damit sind die vorliegenden Beweismittel sorgfältig auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin zu prüfen. Diesbezüglich gelten die Ausführungen in Rz 179–184, 190, 193, 211 ff. entsprechend, weshalb auf eine erneute detaillierte Wiedergabe der Beweiswürdigung im Hinblick auf die Beteiligung der Casty Bau AG verzichtet werden kann. Folgendes ist spezifisch für dieses Beweisthema zu ergänzen.

- Die Angaben der Implemia, der Cellere, der Centorame sowie des genannten Zeugen sind frei von inneren Widersprüchen und Logikbrüchen. Dies gilt nicht für die Angaben der Casty Bau AG. Diese begründet ihr Vorbringen einzig mit der anstehenden Liquidation der Casty Bau AG bzw. damit, dass bei der Unternehmensübertragung auf den «1. April 2010» kaum laufende Verträge übergangen; ab Frühjahr 2009 habe die Casty Bau AG daher keine Offerten mehr eingereicht. Diese Argumentation überzeugt keineswegs. Denn die Hüppi AG Wallisellen verlegt mit dieser Argumentation den Unternehmensverkauf an die Käppeli fälschlicherweise um ein Jahr nach vorne. Denn tatsächlich erfolgte die Übertragung der Aktiven und Passiven erst auf den 1. April 2011 (siehe oben Rz 5, 16 mit Verweisen auf die Beweismittel), d. h. erst rund ein Jahr nach dem Ende der Zusammenarbeit im Mai 2010. Die Liquidation wurde im Jahr 2013 eingeleitet (Rz 5). Dies führt die Hüppi AG Wallisellen im Übrigen an anderer Stelle ihrer Stellungnahme auch selbst aus.³⁷⁷ Die anstehende Liquidation der Casty Bau AG begründet also allenfalls ein Ende der Zusammenarbeit auf Mitte 2010, nicht aber schon einen Austritt der Casty Bau AG auf Mitte 2009.
- Aus dem DOPGR bzw. aus von den Vergabestellen eingereichten Projektunterlagen geht dementsprechend hervor, dass die Casty Bau AG auch im Jahr 2010 Offerten bei Strassenbausubmissionen in Nordbünden eingereicht hat.³⁷⁸
- Die Angaben der Selbstanzeigerinnen sowie des Zeugen stimmen hinsichtlich der Beteiligung der Casty Bau AG bis zur endgültigen Aufgabe der Zusammenarbeit überein. Es ist dabei nicht ersichtlich, dass die Aussagen jeweils in Kenntnis der jeweils anderen Aussagen getätigt worden wären. Ohne Kenntnis der jeweils anderen Aussagen haben die Selbstanzeigerinnen sowie der Zeuge also dieselben Angaben zum Sachverhalt gemacht. Dies wäre nicht zu erwarten gewesen, wenn die Angaben bloss erfunden wären. Der identische Inhalt spricht mithin die Glaubhaftigkeit der Selbstanzeigen und der Zeugenaussage.
- Es ist nachgewiesen, dass die Casty Bau AG auch im Jahr 2010 an konkreten Zuteilungen mittels gemeinsamer Festlegungen der Angebotssummen beteiligt war (siehe auch unten Rz 315 ff.). So reichte die Casty Bau AG in der ersten Hälfte des Jahres 2010 bei Strassenbauprojekten Offerten ein, bei denen die Implemia und die Cellere gemäss eigenen Angaben Stützofferten von VGR-Mitgliedsgesellschaften erhalten ha-

³⁷⁶ Act. V.190, Rz 98 f. (22.0457).

³⁷⁷ Vgl. Act. V.190, Rz 33 ff. (22-0457).

³⁷⁸ Vgl. DOPGR in Act. I.594 (22-0457) sowie Act. V.001 ff.

ben. Aus den Ausführungen der Selbstanzeigerinnen hierzu ist zu folgern, dass auch die Casty Bau AG teilweise Stützofferten eingereicht hat.³⁷⁹

- Anders als für das generelle Ende der Zusammenarbeit im Mai 2010³⁸⁰ ist aus den Akten keinerlei «Austrittserklärung» oder ein vergleichbarer Hinweis darauf, dass die Casty Bau AG die anderen Unternehmen über eine Beendigung der Zusammenarbeit informiert hätte, ersichtlich. Aus den Akten geht darüber hinaus nicht hervor, dass sich andere Unternehmen über das Ausbleiben der Casty Bau AG ab Anfang 2010 beklagt hätten. Ein deutliches Anzeichen für den Austritt wäre aber zu erwarten gewesen, wenn die Casty Bau AG tatsächlich vor Mai 2010 nicht mehr an den Treffen beteiligt gewesen wäre. Dies insbesondere auch mit Blick darauf, dass die Casty Bau AG als langjähriges VBU-/VGR-Mitgliedsunternehmen schon lange an der Zusammenarbeit beteiligt war. Wenn ein langjähriges Mitglied regelmässig stattfindenden Sitzungen plötzlich fernbleibt, schlägt das normalerweise hohe Wellen.

239. Ein vorzeitiger «Austritt» der Casty Bau AG ist folglich nicht ersichtlich. Die Casty Bau AG war mithin bis Mai 2010 an Zuteilungssitzungen anwesend.

(iii) Foser

240. Die Foser behauptet, sie habe spätestens am 16. März 2007 nicht mehr an den Zuteilungssitzungen teilgenommen. Zur Begründung verweist sie darauf, dass sie ihre Marktaktivität habe ausweiten wollen und ihr «ihre» Quote von 1,5 % bis 2,5 % zu gering gewesen sei. Ihr Austritt im Jahr 2007 habe dann auch dazu geführt, dass sie ihren Umsatz habe steigern können.³⁸¹ Bezüglich des Beweisthemas «Teilnahme der Foser» stellte die Foser Beweisanträge, wonach sie selbst sowie bestimmte Dritte ([...] und [...]) einzuvernehmen seien (vgl. Rz 77).

241. Die vier Selbstanzeigerinnen und der Zeuge geben an, dass die Foser bis zum Ende der Zusammenarbeit an Zuteilungssitzungen teilgenommen habe (vgl. Rz 200 ff., 207). Damit sind die vorliegenden Beweismittel sorgfältig auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin zu prüfen. Diesbezüglich gelten die Ausführungen in Rz 179–184, 190, 193, 211 ff. entsprechend, weshalb auf eine erneute detaillierte Wiedergabe der Beweiswürdigung im Hinblick auf die Beteiligung der Foser verzichtet werden kann. Folgendes ist spezifisch für dieses Beweisthema zu ergänzen.

- Die Angaben der Implemia, der Cellere, der Centorame sowie des genannten Zeugen sind frei von inneren Widersprüchen und Logikbrüchen. Dies gilt nicht für die Angaben der Foser. Diese begründet ihr Vorbringen vor allem mit zwei Argumenten: 1. sei die der Foser zugewiesene Anteilsquote von 1,5 %–bis 2,5 % der Foser zu gering gewesen. 2. habe sich ihr Gesamtumsatz ab 2008 gesteigert. Dies zeige, dass sie ihre Marktposition infolge des Austritts habe verbessern können. Diese Argumente überzeugen keineswegs. Denn die Foser hatte gemäss Angaben der Selbstanzeigerinnen und der Überzeugung der WEKO nicht die von der Foser angegebene Anteilsquote von 1,5–2,5 %, sondern eine höhere Anteilsquote von 3,5–4,5 % (siehe unten Rz 297). Tatsächlich war die der Foser zugewiesene Anteilsquote also schon gar nicht so gering wie behauptet. Bis und mit 2009 lagen die tatsächlichen Umsatzanteile der Foser im Bereich Strassen- und Tiefbau in Nord- und Südbünden sodann auch stets unter 4,5 % (siehe auch sogleich). Auch der Verweis auf die Gesamtumsatzsteigerung überzeugt nicht. Diese Gesamtumsatzsteigerung wäre nur dann ein Argument, wenn diese Steigerung mit einer Steigerung des *Marktanteils* der Foser *im Bereich Strassenbau in Nord- und Südbünden* ab 2008 einhergegangen wäre. Derartiges wird von der Foser

³⁷⁹ Vgl. Act. IX.A.29, S. 70, IX.A.41, IX.F.4, S. 11 sowie DOPGR in Act. I.594 (22-0457).

³⁸⁰ Act. III.O.078. S.a. Rz 182.

³⁸¹ Act. V.221, Rz 22 ff, (22.0457).

aber nicht behauptet und geht auch nicht aus den eingereichten Umsatznachweisen der Foser hervor. Der DOPGR zeigt zudem im Gegenteil, dass die Umsatzanteile der Foser für den Bereich Strassenbau in Nord- und Südbünden in den Jahren 2004 bis und mit 2009 nie über 3.6 % lagen und es keinen «Marktanteilssprung» von 2007 auf 2008 oder 2009 gab. Erst ab 2010, d. h. im Jahr des generellen Endes der Zusammenarbeit, stieg der Umsatzanteil bisweilen über 4,5 %. Dies ist wiederum kongruent mit den Angaben der Selbstanzeigerinnen und des Zeugen, dass die Foser bis zum Ende der Zusammenarbeit an den Zuteilungssitzungen beteiligt war.

- Die Angaben der Selbstanzeigerinnen sowie des Zeugen stimmen hinsichtlich der Beteiligung der Foser bis zur endgültigen Aufgabe der Zusammenarbeit überein. Es ist dabei nicht ersichtlich, dass die Aussagen jeweils in Kenntnis der jeweils anderen Aussagen getätigt worden wären. Ohne Kenntnis der jeweils anderen Aussagen haben die Selbstanzeigerinnen sowie der Zeuge also dieselben Angaben zum Sachverhalt gemacht. Dies wäre nicht zu erwarten gewesen, wenn die Angaben bloss erfunden wären. Der identische Inhalt spricht mithin die Glaubhaftigkeit der Selbstanzeigen und der Zeugenaussage.
- Es ist nachgewiesen, dass die Foser auch in den Jahren 2008, 2009 und 2010 an konkreten Zuteilungen mittels gemeinsamer Festlegungen der Angebotssummen beteiligt war (siehe auch unten Rz 315 ff.). So benennt die Walo (auch) für die Jahre 2008 und 2009 Projekte, bei denen die Foser von VGR-Mitgliedsgesellschaften Stützofferten erhalten habe.³⁸² Die Foser reichte zudem auch in den Jahren 2008, 2009 und 2010 bei solchen Strassenbauprojekten Offerten ein, bei denen die Cellere, die Implenia und die Walo gemäss eigenen Angaben Stützofferten von VGR-Mitgliedsgesellschaften erhalten haben. Aus den Ausführungen der Selbstanzeigerinnen hierzu ist zu folgern, dass auch die Foser teilweise Stützofferten eingereicht hat.³⁸³
- Anders als für das generelle Ende der Zusammenarbeit im Jahr 2010³⁸⁴ ist aus den Akten dementsprechend auch keinerlei «Austrittserklärung» oder ein vergleichbarer Hinweis darauf, dass die Foser die anderen Unternehmen über eine Beendigung der Zusammenarbeit informiert hätte, ersichtlich. Aus den Akten geht darüber hinaus nicht hervor, dass sich andere Unternehmen über das Ausbleiben der Foser ab Anfang April 2007 beklagt hätten. Ein deutliches Anzeichen für den Austritt wäre aber zu erwarten gewesen, wenn die Foser tatsächlich ab März 2007 nicht mehr an den Treffen beteiligt gewesen wäre. Dies insbesondere auch mit Blick darauf, dass die Foser als langjähriges VBU-/VGR-Mitgliedsunternehmen schon lange an der Zusammenarbeit beteiligt war. Wenn ein langjähriges Mitglied regelmässig stattfindenden Sitzungen plötzlich fernbleibt, schlägt das normalerweise hohe Wellen.
- Angesichts der eindeutigen Beweislage im Hinblick auf die Beteiligung der Foser konnte auf die von der Foser beantragten Beweismassnahmen (Anträge 2 bis 4 gemäss Schreiben der Foser vom 17. Mai 2019, siehe Rz 77) verzichtet werden. Nach Art. 33 Abs. 1 VwVG nimmt die Behörde die ihr angebotenen Beweise nur ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen. Im Einzelfall kann die Behörde im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs von der Beweisabnahme absehen, wenn der rechtserhebliche Sachverhalt bereits hinreichend geklärt ist. Insofern kommt der Instruktionsbehörde bei der Auswahl der ab-

382 Act. IX.E.10.

383 Vgl. Act. IX.A.41, IX.E.10; IX.F.4, S. 11 sowie DOPGR in Act. I.594 (22-0457).

384 Act. III.O.078. S.a. Rz 182.

zunehmenden Beweise ein gewisses Ermessen zu.³⁸⁵ In Bezug auf die Anträge der Foser, Parteivertreter mündlich betreffend die Beteiligungszeit der Foser zu befragen, besteht schon deshalb keine Tauglichkeit der angebotenen Beweise, da nicht ersichtlich ist, welchen besonderen Beweiswert von Vertretern der Foser mündlich vorgetragene Parteiaussagen gehabt hätten. Denn es ist anzunehmen, dass die Vertreter an der mündlichen Parteieinvernahme dasselbe geschildert hätten, was bereits in der Stellungnahme der Foser vom 17. Mai 2019 (vgl. Rz 77) und in der Stellungnahme der Foser zum Antrag (vgl. Rz 87) als Einwände enthalten ist. Kommt hinzu, dass die von der Foser als zu befragende Dritten ([...] und [...]) bereits vom Sekretariat befragt worden sind und die Einvernahmeprotokolle Teil der vorliegenden Beweismittel sind.³⁸⁶ Für die WEKO ist nicht ersichtlich, wie einer erneute Befragung dieser beiden Dritten, die Gesamtheit der Beweismittel betreffend die Beteiligung der Foser (siehe oben) hätte entkräften können. Die Anträge der Foser gemäss Rz 77 sind folglich abzuweisen.

242. Ein vorzeitiger «Austritt» der Foser ist folglich nicht ersichtlich. Die Foser war mithin bis Mai 2010 an Zuteilungssitzungen anwesend.

(iv) Käppeli

243. Die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG erklärten, es habe nach 2004 zwar Abreden bei den Zuteilungstreffen gegeben. Der A. Käppeli's Söhne AG seien solche aber nicht nachgewiesen. Vertreter der beiden Gesellschaften könnten sich jedoch nicht daran erinnern, regelmässig an den Zuteilungssitzungen teilgenommen zu haben, dies gelte insbesondere für das Jahr 2010.³⁸⁷

244. Die vier Selbstanzeigerinnen und der Zeuge geben an, dass die Käppeli bis zum Ende der Zusammenarbeit an Zuteilungssitzungen teilgenommen habe (vgl. Rz 200 ff., 207). Damit sind die vorliegenden Beweismittel sorgfältig auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin zu prüfen. Diesbezüglich gelten die Ausführungen in Rz 179–184, 190, 193, 211 ff. entsprechend, weshalb auf eine erneute detaillierte Wiedergabe der Beweiswürdigung im Hinblick auf die Beteiligung der Käppeli verzichtet werden kann. Folgendes ist spezifisch für dieses Beweisthema zu ergänzen.

- Die Angaben der Selbstanzeigerinnen sowie des Zeugen stimmen hinsichtlich der Beteiligung der Käppeli bis zur endgültigen Aufgabe der Zusammenarbeit überein. Es ist dabei nicht ersichtlich, dass die Aussagen jeweils in Kenntnis der jeweils anderen Aussagen getätigt worden wären. Ohne Kenntnis der jeweils anderen Aussagen haben die Selbstanzeigerinnen sowie der Zeuge also dieselben Angaben zum Sachverhalt gemacht. Dies wäre nicht zu erwarten gewesen, wenn die Angaben bloss erfunden wären. Der identische Inhalt spricht mithin die Glaubhaftigkeit der Selbstanzeigen und der Zeugenaussage.
- Es ist nachgewiesen, dass die Käppeli in den Jahren 2004 bis und mit Mai 2010 an konkreten Zuteilungen mittels gemeinsamer Festlegungen der Angebotssummen beteiligt war (siehe auch unten Rz 315 ff.). So benennt die Walo für die Jahre 2008 und 2009 Projekte, bei denen die Käppeli von VGR-Mitgliedsgesellschaften Stützofferten erhalten hat.³⁸⁸ Die Käppeli reichte zudem auch in den Jahren 2004 bis und mit Mai 2010 bei solchen Strassenbauprojekten Offerten ein, bei denen die Cellere, die Implemia und die Walo gemäss eigenen Angaben Stützofferten von VGR-

³⁸⁵ BGE 131 I 153, 157 E. 3; Urteil BGer, 2A.266/2005 vom 5.9.2005, E. 2.1; BVGE 2013/19, 246 f. E. 7.1, BVGE 2012/33, 610 E. 6.2.4; THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 1997, Art. 18 VRPG N 8.

³⁸⁶ Siehe Act. IV.020 und Act. II.006 (22-0457).

³⁸⁷ Act. V.238, Rz 161 ff. (22-0457).

³⁸⁸ Act. IX.E.7 ff.

Mitgliedsgesellschaften erhalten haben. Aus den Ausführungen der Selbstanzeigerinnen hierzu ist zu folgern, dass auch die Käppeli teilweise Stützofferten eingereicht hat.³⁸⁹

- Anders als für das generelle Ende der Zusammenarbeit im Jahr 2010³⁹⁰ ist aus den Akten dementsprechend auch keinerlei «Austrittserklärung» oder ein vergleichbarer Hinweis darauf, dass die Käppeli die anderen Unternehmen über eine Beendigung der Zusammenarbeit informiert hätte, ersichtlich. Aus den Akten geht darüber hinaus nicht hervor, dass sich andere Unternehmen über das Ausbleiben der Käppeli ab Anfang 2010 beklagt hätten. Ein deutliches Anzeichen für den Austritt wäre aber zu erwarten gewesen, wenn die Käppeli tatsächlich ab Anfang 2010 nicht mehr an den Treffen beteiligt gewesen wäre. Dies insbesondere auch mit Blick darauf, dass die Käppeli als langjähriges VBU-/VGR-Mitgliedsunternehmen schon lange an der Zusammenarbeit beteiligt war. Wenn ein langjähriges Mitglied regelmässig stattfindenden Sitzungen plötzlich fernbleibt, schlägt das normalerweise hohe Wellen.

245. Ein vorzeitiger «Austritt» der Käppeli ist folglich nicht ersichtlich. Die Käppeli war mithin bis Mai 2010 an Zuteilungssitzungen anwesend.

(v) Fazit

246. Aus der Gesamtheit der genannten Beweismittel ist damit in beweismässiger Hinsicht zu folgern, dass alle zwölf Unternehmen bzw. die entsprechenden Unternehmensvertreter bis Mai 2010 wiederholt an Zuteilungstreffen anwesend waren bzw. sich (im Fall der Walo) bis Mai 2010 im Rahmen des «Meldeläufersystems» an den Zuteilungstreffen beteiligten. Vorzeitige «Austritte» von beteiligten Unternehmen sind nicht ersichtlich. Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die Stellungnahmen der Cellere, der Centorame, der Hew, der Schlub, der Toldo und der Zindel/Prader zum Antrag des Sekretariats, mit denen diese Untersuchungsadressatinnen den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannten (vgl. Rz 205).

B.3.2.2.3 Zwischenergebnis

247. Es ist damit bewiesen, dass die folgenden 13 bzw. zwölf Gesellschaften zwischen 2004 bis Mai 2010 im Rahmen der Zuteilungstreffen betreffend in Nordbünden ausgeschriebene Strassenbauprojekte zusammenarbeiteten (Gruppe Nord): Casty Bau AG, Palatini/Cellere, Centorame, Foser, Toldo, Hew, Implenia, Käppeli, KIBAG, Prader, Mettler AG (bis 2005), Schlub und Walo.

248. Weiter ist bewiesen, dass die folgenden sechs Gesellschaften zwischen 2004 bis Mai 2010 im Rahmen der Zuteilungstreffen betreffend Südbünden ausgeschriebene Strassenbauprojekte zusammenarbeiteten (Gruppe Süd): Palatini/Cellere, Hew, Implenia, KIBAG, Schlub Tief- und Strassenbau AG und Walo.

249. Es ist bewiesen, dass die genannten Unternehmen bei den Zuteilungstreffen der Gruppe Nord und der Gruppe Süd grundsätzlich tatsächlich anwesend waren und dort gemeinsam über die Zuteilung der Belagsprojekte mittels gemeinsamer Festlegungen der Angebotssummen an die Gruppenmitglieder entschieden. Nicht ausgeschlossen ist dabei, dass bezüglich einzelner Belagsprojekte Besprechungen und gemeinsame Festlegungen im Vorfeld der Zuteilungstreffen oder im Nachgang (ggf. bilateral und allenfalls per Telefon, E-Mail oder Fax) erfolgten. Waren Interessen, Kapazitäten und Zuteilungsquoten im Laufe eines Kalenderjahres erfüllt, so nahm die individuelle «Teilnahmedisziplin» der Unternehmen für den Rest des Kalenderjahres ab. Zu Beginn des nächsten Kalenderjahrs, wenn die Belags-

³⁸⁹ Act. IX.A.29, S. 70, IX.A.41, IX.E.7 ff.; IX.F.4, S. 11 sowie DOPGR in Act. I.594 (22-0457).

³⁹⁰ Act. III.O.078. S. a. Rz 182.

Unternehmen neue Aufträge akquirieren mussten, nahmen die 13 bzw. zwölf Unternehmen die Zusammenarbeit im Rahmen der Zuteilungstreffen wieder auf.

250. Die Walo beteiligte sich in Südbünden ab 2006 und in Nordbünden ab 2009 nur im Rahmen eines «Meldeläufersystems» an den Zuteilungstreffen bzw. Zuteilungen. Das bedeutet, sie war an den Treffen nicht anwesend, aber gleichermassen an Zuteilungen beteiligt (siehe zum «Meldeläufersystem» Rz 218).

B.3.2.3 Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen und Zwecksetzung

251. Nachfolgend wird der Konsens der beteiligten Unternehmen über den Inhalt der Zusammensetzung und der Zweck der Zusammenarbeit beschrieben. Unter diesem Beweisthema ist auch auf die Dauer des Bestehens des Konsenses einzugehen.

B.3.2.3.1 Allgemeines zu den Beweisthemen «Konsens» und «Zwecksetzung»

252. Bezüglich der genannten Beweisthemen («Konsens» und «Zwecksetzung») sind vorab die folgenden beweisrechtlichen Erläuterungen angezeigt: Wie bereits einleitend dargelegt, muss die WEKO von Amts wegen alle Tatsachen beweisen, aus denen sich der Schluss auf das beantragte Dispositiv ergibt (siehe oben Rz 104 ff.). Gegenstand der Beweisführung können dabei äussere und innere Tatsachen sein. Äussere Tatsachen beziehen sich auf etwas äusserlich, wahrnehmbares Reales; dazu zählen insbesondere Ereignisse (z. B. Stattfinden von Zuteilungssitzungen und Teilnahme daran) und Handlungen (z. B. äusserlich wahrnehmbares Verhalten von Unternehmensvertretern an Zuteilungssitzungen). Innere Tatsachen betreffen dagegen psychische Zustände wie etwa den Willen einer Person, eine Vereinbarung zu schliessen; umfasst sind insbesondere auch Absichten, Motive, Vorstellungen oder Überzeugungen hinsichtlich der Bedeutung von Handlungen. Eine (innere) Tatsachenfrage ist es z. B. auch, ob und inwiefern ein (natürlicher) Konsens zwischen Unternehmen betreffend Ziel und Zweck der Zusammenarbeit im Rahmen von Zuteilungssitzungen vorliegt.³⁹¹

253. Für das Vorliegen einer inneren Tatsache bedarf es naturgemäss immer dann eines oder mehrerer indirekter Beweise, wenn die Person, um deren Willen, Absicht, Vorstellung oder Überzeugung es geht, diese(n) nicht preisgeben will oder wenn die Person das Vorliegen einer inneren Tatsache aktiv abstreitet.³⁹² Dementsprechend kann der Nachweis des Vorliegens eines Konsens betreffend Ziel und Zweck der Zusammenarbeit auch mittels indirekter Beweise erbracht werden.³⁹³ Für den beweismässigen Nachweis, dass ein Unternehmen an einem bestimmten Konsens beteiligt war, bedarf es nicht notwendigerweise eines schriftlichen Vertragsschlusses, einer ausdrücklichen «Rahmenvereinbarung» oder einer entsprechenden Aussage jedes Unternehmens. Ein Konsens kann auch mündlich oder konkludent zustande kommen. Der Nachweis eines solchen Konsenses kann im Einzelfall z. B. auch dadurch erfolgen, dass – wie im Strafrecht auch bezüglich des Nachweises der Erfüllung des subjektiven Tatbestandes³⁹⁴ – von äusseren Tatsachen auf das Vorliegen der inneren Tatsache geschlossen wird³⁹⁵ oder dass einzelne «Konsensparteien» eine glaubhafte

³⁹¹ Vgl. statt vieler BGE 133 II 675 E. 3.3; BGE 131 II 467 E. 1.1; BGE 126 II 171 E. 4c/bb; vgl. etwa auch Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14.11.2017, E. 4.4, *Türprodukte*; Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25.6.2018, E. 6.4, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Cellere gegen WEKO*.

³⁹² Vgl. Urteil des BGer 6B_132/2015 vom 21.4.2015, E. 2.2.2.

³⁹³ Vgl. etwa Urteil des BGer 4A_264/2014 vom 17.10.2014, E. 3.2; Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14.11.2017, E. 4.4, *Türprodukte*; Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25.6.2018, E. 6.4.4.6, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Cellere gegen WEKO*.

³⁹⁴ Vgl. Urteil des BGer 6B_132/2015 vom 21.4.2015, E. 2.2.2.

³⁹⁵ Vgl. etwa Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14.11.2017, E.4.4, *Türprodukte*.

Auskunft über das Vorliegen des Konsenses zwischen allen beteiligten Unternehmen machen.³⁹⁶

B.3.2.3.2 Massgebliche Beweismittel

254. Betreffend den Konsens und die gemeinsame Zwecksetzung sind insbesondere die folgenden Beweismittel zu beachten:

Parteiauskünfte

255. Die Implenia gibt in ihrer Selbstanzeige an, die Zusammenarbeit zwischen den 13 bzw. zwölf Unternehmen im Rahmen der Zuteilungssitzungen habe dazu gedient, die von Graubündner Gemeinden (ohne Misox) und vom Kanton Graubünden in Nordbünden und in Südbünden vergebenen Strassenbauprojekte (ab einem Wert von CHF 30 000, später ab einem Wert von rund CHF 50 000) untereinander aufzuteilen. Nicht erfasst gewesen seien Eigenofferten sowie Subunternehmerofferten im Bereich Strassenbau. Bezüglich der erfassten Strassenbauprojekte führt die Implenia aus, die beteiligten Unternehmen hätten bezüglich der betroffenen Projekte an Zuteilungssitzungen kurz vor Ablauf der Frist zur Einreichung von Offerten jeweils gemeinsam entschieden (in der Gruppe Nord ab ca. 2006 in Untergruppen sowie einer Obergruppe), wer von den 13 bzw. zwölf Unternehmen den Zuschlag erhalten solle. Dabei hätten die Unternehmen gerade zu Beginn eines Kalenderjahres darauf geachtet, dass jedes Unternehmen ausreichend beschäftigt gewesen sei. Damit jedes Unternehmen im Laufe eines Kalenderjahres genügend Strassenbauprojekte erhielt, hätten zudem für jedes der beteiligten Unternehmen vorbestimmte Anteilsquoten bestanden, welche im Laufe des Kalenderjahres erreicht werden sollten. Es habe keine gemeinsame «Kontrollliste» betreffend Quoten gegeben. Jedes Unternehmen habe selbst darauf geachtet, dass seine Quote erfüllt werde. Zur Umsetzung der projektbezogenen Zuteilungsbeschlüsse seien sodann die Höhen der Angebotssummen gemeinsam festgelegt worden, wobei der gemeinsam designierte Zuschlagsempfänger die niedrigste Angebotssumme einreichen sollte (Schutzempfänger). Die übrigen Unternehmen hätten bei der jeweiligen Vergabestelle höhere Angebotssummen abgegeben (Stützofferten) oder gar kein Angebot eingereicht. Diese Form der Zusammenarbeit habe nicht bei jedem Projekt funktioniert, da sich nicht immer alle Unternehmen an die gemeinsamen Abmachungen gehalten hätten. Die Implenia benennt insgesamt rund 470 in Nordbünden und Südbünden vergebene Strassenbauprojekte aus den Jahren 2006 bis und mit 2010 (Auftragswert insgesamt ca. CHF 115 Mio.), bei denen die Implenia von den übrigen 11 Unternehmen Stützofferten erhalten habe. Weitere Projekte könne sie nicht benennen, da bei der Implenia bezüglich des Untersuchungsgegenstands kaum Dokumente vorhanden seien und die Implenia damit für die Rekonstruktion der Ereignisse auf die Erinnerung weniger Personen ([...] und [...]) angewiesen sei.³⁹⁷

256. Die Walo gibt in ihrer Selbstanzeige an, die 13 bzw. zwölf Unternehmen hätten sich an den Zuteilungssitzungen in Nordbünden und Südbünden getroffen, um gemeinsam und/oder in Untergruppen über die Zuteilung der von Graubündner Gemeinden (ohne Misox) und vom Kanton Graubünden in Nordbünden und Südbünden vergebenen Strassenbauprojekte zu entscheiden. Bei den Entscheidungen über den jeweiligen Zuschlagsempfänger hätten die beteiligten Unternehmen Kriterien wie Lage des Objekts und Beziehung zum Bauherrn berücksichtigt. Damit jedes Unternehmen im Laufe eines Kalenderjahres ausreichend Strassenbauprojekte erhielt, hätten zudem für jedes der beteiligten Unternehmen vorbestimmte Anteilsquoten bestanden, welche im Laufe des Kalenderjahres erreicht werden sollten. Für die Walo habe in den Jahren 2004 bis 2009 stets eine Quote von etwa 9–10 % gegolten (ca.

³⁹⁶ Vgl. z. B. Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25.6.2018, E. 6.5.5.8 Bst. c), *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Cellere gegen WEKO*.

³⁹⁷ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. IX.A.3; IX.A.8; IX.A.11, S. 2–6; IX.A.13, IX.A.28, S. 2–16; IX.A.36, IX.A.39, IX.A.41, IX.A.41a.

6 % für Nordbünden, rund 4 % für Südbünden). Zumindest 2004 habe es noch eine vom VBU-Präsidenten geführte gemeinsame «Kontrollliste» betreffend Einhaltung der Quoten gegeben. Diese sei regelmässig aktualisiert an die VBU-Mitglieder verteilt worden. Ab 2005/2006 habe jedes Unternehmen selbst auf die Einhaltung der Quote geachtet, da man eine gemeinsame Liste als heikel empfunden habe. Zur Umsetzung der einzelnen projektbezogenen Zuteilungsbeschlüsse seien sodann die Höhen der Angebotssummen gemeinsam festgelegt worden, wobei der gemeinsam designierte Zuschlagsempfänger die niedrigste Angebotssumme einreichen sollte (Schutzempfänger). Die übrigen Unternehmen hätten bei der jeweiligen Vergabestelle höhere Angebotssummen abgegeben (Stützofferten) oder gar kein Angebot eingereicht. Die Höhe der Angebotssumme der Gewinnerofferte sei in Nordbünden in der Regel folgendermassen festgelegt worden: Jedes Unternehmen habe zunächst seine Offerten gerechnet. Sodann sei aufgrund des Mittels der errechneten Summen bestimmt worden, wie hoch der designierte Zuschlagsempfänger einzugeben habe. In Südbünden sei diese «Mittelwertmethode» nicht angewandt worden; dort habe der Zuschlagsempfänger in der Regel auf die tiefste Offerte runtergehen müssen. Man habe dem designierten Zuschlagsempfänger keine überhöhten Preise gegönnt. Die Walo benennt insgesamt rund 460 in Nordbünden und Südbünden vergebene Strassenbauprojekte der Jahre 2004 bis 2009 (Auftragswert insgesamt rund CHF 135 Mio.)³⁹⁸, bei denen der damalige Geschäftsführer von Walo davon ausgehe, dass es zu Abreden gekommen sei.³⁹⁹

257. Die Cellere gibt in ihrer Selbstanzeige an, die 13 bzw. zwölf Unternehmen hätten sich an den Zuteilungssitzungen in Nordbünden und Südbünden getroffen, um gemeinsam und/oder in Untergruppen über die Zuteilung von in Graubünden vergebenen Strassenbauprojekten zu entscheiden. In den meisten Fällen sei es um aktuelle kommunal oder kantonal vergebene Strassenbauprojekte gegangen. Bei den gemeinsamen Entscheidungen über den jeweiligen Zuschlagsempfänger hätten die beteiligten Unternehmen in erster Linie im Jahr 1991 gemeinsam festgelegte Anteilsquoten der beteiligten Unternehmen berücksichtigt. Diese Anteilsquoten seien anhand der Faktoren Umsatz und Personalmenge gebildet und mittels der bezogenen Mischgutmenge (Asphaltbeton) je Unternehmen überprüft worden. Mit diesen Anteilsquoten sollte gewährleistet werden, dass die beteiligten Strassenbauunternehmen im Laufe eines Kalenderjahrs ausreichend Strassenbauprojekte erhielten. Für die Unternehmen hätten die folgenden ungefähren Anteilsquoten gegolten (geordnet nach Grösse): Implanzia: 15,5–16,5 %, Prader: 11,5–12,5 %, Casty: 10–11 %, Walo: 9–10 %, Vago/KIBAG: 7,5–8,5 %, Palatini/Cellere: 7,5–8,5 %, Hew: 5,5–6,5 %, Käppeli: 5,5–6,5 %, Frey/Toldo: 4,5–5,5 %, Schlub Nord: 4,5–5,5 %, Centorame: 4–5 %, Foser&Hitz: 3,5–4,5 % und Schlub Süd: 2,5–3,5 %. Wenn gemäss Anteilsquote zwischen mehreren Interessenten ein gleichberechtigter Anspruch auf ein bestimmtes Projekt bestand, so hätten bei der Zuteilung auch Kriterien wie Lage des Objekts, Beziehung zum Bauherrn und freie Kapazitäten eine Rolle gespielt. Zwischen 2002 und 2007 habe [...] von der Palatini/Cellere eine gemeinsame «Kontrollliste» betreffend Einhaltung der Quoten geführt und regelmässig aktualisiert an die übrigen Beteiligten zugestellt. Danach habe jedes Unternehmen selbst auf die Einhaltung seiner Quote geachtet. Zur Umsetzung der einzelnen projektbezogenen Zuteilungsbeschlüsse seien sodann die Höhen der Angebotssummen gemeinsam festgelegt worden, wobei der gemeinsam designierte Zuschlagsempfänger die niedrigste Angebotssumme einreichen sollte (Schutzempfänger). Die übrigen Unternehmen hätten bei der jeweiligen Vergabestelle höhere Angebotssummen abgegeben (Stützofferten) oder gar kein Angebot eingereicht. Die Höhe der Angebotssumme der Gewinnerofferte sei in Nordbünden wie in Südbünden in der Regel folgendermassen festgelegt worden: Jedes Unternehmen habe zunächst seine Offerten gerechnet. Der Mittelwert aller Angebotssummen sei sodann als An-

³⁹⁸ Der genaue Auftragswert ist den Wettbewerbsbehörden nicht bekannt, da nicht für alle gemeldeten Projekte die Angebotssummen vorliegen und die Walo nur ihre Angebotssumme genannt hat, welche bisweilen eine Stützofferte war.

³⁹⁹ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. IX.E.7, IX.E.8–IX.E.11, IX.E.14, IX.E.18; Act. VII.C.7 (22-0457).

gebotssumme der designierten Gewinnerofferte verwendet worden. In Nordbünden, wo es häufig relativ viele Offerten gab, seien vor der Mittelwertberechnung die höchste und die niedrigste Angebotssumme gestrichen worden. Die Cellere benennt insgesamt 31 in Nordbünden und Südbünden vergebene Strassenbauprojekte der Jahre 2008 bis und mit 2010 (Auftragswert insgesamt ca. CHF 9,8 Mio.), bei denen die Cellere von den übrigen Unternehmen Stützofferten erhalten habe. Weitere Projekte, etwa solche, bei denen die Cellere Stützofferten zugunsten anderer Unternehmen eingereicht habe, könnten nicht rekonstruiert werden, da die Cellere ihre Offerten nicht archiviert habe. Die gemeinsamen Zuteilungen und Preisfestlegungen hätten Preisstabilität gebracht. Nach dem Ende der Zuteilungssitzungen im Sommer 2010 sei das Preisniveau dementsprechend stetig gesunken.⁴⁰⁰

258. Die Centorame gibt in ihrer Selbstanzeige an, die 13 bzw. zwölf Unternehmen hätten sich an den Zuteilungssitzungen in Nordbünden getroffen, um gemeinsam und/oder in Untergruppen über die Zuteilung von in Graubünden vergebenen Strassenbauprojekten zu entscheiden. In den meisten Zuteilungssitzungen, in denen die Centorame anwesend war, sei es um aktuelle vom Kanton vergebene Strassenbauprojekte in Nordbünden gegangen. Bisweilen seien auch aktuelle kommunale Strassenbauprojekte in Nordbünden besprochen worden. An den Zuteilungstreffen hätten die anwesenden Personen zunächst betreffend aktuell ausgeschriebene Projekte entschieden, welches Unternehmen den Zuschlag erhalten solle. Dabei seien Anteilsquoten berücksichtigt worden, damit jedes Unternehmen im Laufe eines Kalenderjahres ausreichend Strassenbauprojekte erhielt. Bei den Anteilsquoten handle es sich um die von der Cellere genannten Quoten. Zur Umsetzung der einzelnen projektbezogenen Zuteilungsbeschlüsse seien sodann die Höhen der Angebotssummen gemeinsam festgelegt worden, wobei der gemeinsam designierte Zuschlagsempfänger die niedrigste Angebotssumme einreichen sollte (Schutzempfänger). Die übrigen Unternehmen hätten bei der jeweiligen Vergabestelle höhere Angebotssummen abgegeben (Stützofferten) oder gar kein Angebot eingereicht. Die Höhe der Angebotssumme der Gewinnerofferte sei in Nordbünden in der Regel folgendermassen festgelegt worden: Jedes Unternehmen habe zunächst seine Offerten gerechnet. Die höchste und die niedrigste Offerte seien sodann gestrichen worden. Aus den übrigen Angebotssummen sei sodann der Mittelwert gebildet worden. Der Mittelwert aller Angebotssummen sei als Angebotssumme der designierten Gewinnerofferte verwendet worden. Die gemeinsamen Zuteilungen und Preisfestlegungen anhand der «Mittelwertmethode» hätten zu überhöhten Preisen für den Belagsbau in Graubünden geführt. Geschätzt seien die Preise 5–10 % zu hoch gewesen.⁴⁰¹

259. Während der Untersuchung verneinten die Hew, die Käppeli, die KIBAG, die Toldo und die Schlub zunächst eine Zusammenarbeit oder führten aus, die Unternehmen hätten sich getroffen, um über das Lehrlingswesen, Berufsmessen oder die Bildung von ARGE zu sprechen.⁴⁰² Abgesehen von diesen Gesellschaften und den Selbstanzeigerinnen hatten sich die Verfahrensparteien vor Antragsversand zum Beweisthema «Konsens und Zwecksetzung» nicht geäußert.

260. Mit ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats anerkannten die Cellere, die Centorame, die Hew, die Schlub, die Toldo und die Zindel/Prader den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats (siehe oben Rz 83 f.88, 94 f., 97).⁴⁰³ Gemäss Antrag⁴⁰⁴ habe zwischen den 13 bzw. zwölf Unternehmen in tatsächlicher Hinsicht folgender Konsens bestanden: Die 13 bzw. zwölf Unternehmen seien übereingekommen, wenn möglich alle von Grau-

⁴⁰⁰ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. IX.F.1; IX.F.4; IX.F.5; IX.F.11; Act. VII.D.2a; VII.D.6 (22-0457).

⁴⁰¹ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. VII.E.1; VII.E.4; VII.E.11 (22-0457).

⁴⁰² Vgl. zu diesen Ausführungen Act. IV.013 f., IV.016–IV.020; IV.022; Act. II.001, II.003–II.006 (22-0457).

⁴⁰³ Act. V.134; V.155; V.156; V.232; V.233; V.237; V.240; V.243; V.246 (22-0457).

⁴⁰⁴ Vgl. Act. V.16–V.29 (22-0457); Rz 201–235 des Antrags.

bündner Gemeinden (ohne Misox) und vom Kanton Graubünden in Nordbünden und Südbünden vergebenen Strassenbauprojekte untereinander aufzuteilen. Gemäss Antrag wollten die beteiligten bzw. interessierten Unternehmen bezüglich der betroffenen Projekte an Zuteilungssitzungen kurz vor Ablauf der Frist zur Einreichung von Offerten jeweils gemeinsam entscheiden, wer von ihnen ein bestimmtes Projekt erhalten sollte. Damit jedes Unternehmen im Laufe eines Kalenderjahres ausreichend Strassenbauprojekte erhalte, hätten für jedes der beteiligten Unternehmen die folgenden vorbestimmten Anteilsquoten bestanden, welche im Laufe des Kalenderjahres erreicht werden sollten: Implenja: 15,5–16,5 %, Prader: 11,5–12,5 %, Casty: 10–11 %, Walo: 9–10 %, Vago/KIBAG: 7,5–8,5 %, Palatini/Cellere: 7,5–8,5 %, Hew: 5,5–6,5 %, Käppeli: 5,5–6,5 %, Frey/Toldo: 4,5–5,5 %, Schlub Nord: 4,5–5,5 %, Centorame: 4–5 %, Foser: 3,5–4,5 % und Schlub Süd: 2,5–3,5 %. Die Umsetzung der an den Zuteilungssitzungen getroffenen Zuteilungsbeschlüsse hätte durch die gemeinsame Festlegung der Höhe der Angebotssummen erfolgen sollen, wobei der gemeinsam designierte Zuschlagsempfänger die niedrigste Angebotssumme einreichen sollte (Schutzempfänger). Die übrigen Unternehmen hätten bei der jeweiligen Vergabestelle höhere Angebotssummen abgeben sollen (Stützofferten) oder gar kein Angebot einreichen sollen (bid suppression). Es sei Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen gewesen, dass zur Bestimmung der Höhe der Angebotssumme der designierten Gewinnerofferte in der Regel die «Mittelwertmethode» angewandt werden sollte. Diese habe vorgesehen, dass jedes Unternehmen im Rahmen der Zuteilungstreffen zunächst seine Offerten rechnen sollte. Der Mittelwert aller Angebotssummen sei sodann als Angebotssumme der designierten Gewinnerofferte verwendet worden. Die übrigen Unternehmen hätten Offerten einreichen sollen, welche über dem Mittelwert lagen. In Nordbünden, wo es häufig relativ viele Offerten gegeben habe, hätten die beteiligten Unternehmen vor der Mittelwertberechnung die höchste und die niedrigste Angebotssumme gestrichen. Mit dieser Zusammenarbeit hätten die 13 bzw. zwölf Unternehmen bezweckt, den Konkurrenzdruck zwischen den beteiligten Unternehmen zu verringern und die Preise für Strassenbau zu stabilisieren bzw. ein besseres Preisniveau zu erzielen. Die Zuteilungen hätten der Sicherung der Gewinnmargen bzw. Einnahmen der Unternehmen gedient. Die gemeinsame Ziel- und Zwecksetzung habe zwischen den 13 bzw. zwölf Unternehmen jedenfalls in der Zeit zwischen 2004 und Mai 2010 bestanden.

261. Darüber hinaus sind die Stellungnahmen der Untersuchungsadressatinnen in Bezug auf das Beweisthema «Beteiligte Personen und Strassenbauunternehmen» folgendermassen zusammenzufassen.

- Die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG erklärten, es habe nach 2004 zwar vereinzelt Abreden bei den Zuteilungstreffen gegeben. Der A. Käppeli's Söhne AG seien solche aber nicht nachgewiesen. Ein Zuteilungskonsens im vom Sekretariat beschriebenen Ausmass habe jedenfalls nicht bestanden, da es immer wieder Unterbrüche in den zweiten Jahreshälften gegeben habe und es nur um einzelne Abreden gegangen sei. Die Analyse der Offertdaten könne nicht als Beweismittel herangezogen werden. Hilfsweise macht die Käppeli geltend, der Konsens habe nur Nordbünden erfasst und keine Gemeindeprojekte. Die Käppeli habe sich so oder so nicht am Konsens beteiligt.⁴⁰⁵
- Die Foser behauptet, sie habe spätestens ab 16. März 2007 nicht mehr an den vereinzelt Zuteilungen teilgenommen. Ein Zuteilungskonsens im vom Sekretariat beschriebenen Ausmass habe zu keinem Zeitpunkt bestanden, da es immer wieder Unterbrüche ab den zweiten Jahreshälften gegeben habe und es bei den Zuteilungstreffen nur um einzelne Abreden gegangen sei. Aus der Analyse der Offertdaten könne nichts abgeleitet werden. Es sei zudem immer wieder versucht worden, die Anteilsquoten neu zu verhandeln, was nicht gelungen sei. Dies zeige, dass die Anteilsquoten nicht von

⁴⁰⁵ Act. V.238, Rz 16 ff. (22-0457).

einem Konsens getragen worden seien. Hilfsweise macht die Foser geltend, der Konsens habe nur bis 2009 bestanden bzw. sie habe sich nur bis März 2007 beteiligt.⁴⁰⁶

- Die Hüppi AG Wallisellen macht geltend, die Casty Bau AG habe sich höchstens bis Frühjahr 2009 an Absprachen beteiligt. Sie macht keine Angaben zum Bestehen eines Konsenses.⁴⁰⁷
- Ohne konkret auf das Beweisthema «Konsens» einzugehen, macht die KIBAG pauschal geltend, dass der Beweis einer Kartellgesetzverletzung gegenüber der KIBAG nicht erbracht sei. Sie begründet dies damit, dass das Protokoll der Zeugeneinvernahme von [...] nicht verwertbar sei, dass die Selbstanzeigen widersprüchlich seien und die Dokumentenbeweise keinen Beweiswert hätten.⁴⁰⁸
- In den übrigen drei Stellungnahmen (der Catram, der Implenia und der Walo) finden sich keinerlei Angaben zum Beweisthema «Beteiligte Personen und Strassenbauunternehmen» (vgl. Rz 86, 91, 96).

Angaben von Dritten

262. Der Zeuge [...] (u. a. ehemaliger [...] der KIBAG) gab an, die jeweiligen VBU-/VGR-Mitgliedsunternehmen hätten sich an den Zuteilungssitzungen getroffen, um gemeinsam oder in Untergruppen über die Zuteilung der in Nordbünden und Südbünden von Kanton und Gemeinden ausgeschriebenen Strassenbauprojekte zu entscheiden und dementsprechend gemeinsam die Angebotssummen festzulegen. Er bestätigte die Existenz von Quoten und dass diese für die Zuteilungsentscheidung berücksichtigt wurden; [...] führt bezüglich der Quoten aus, diese seien auf der Grundlage der vergangenen Belagsbezüge der beteiligten Unternehmen gebildet worden.⁴⁰⁹

Dokumentenbeweise

263. Bei den Hausdurchsuchungen wurden Dokumente und elektronische Daten sichergestellt, aus welchen sich indizienweise Ziel und Zweck der Zusammenarbeit ergeben (z. B. Kalendereinträge, Protokolle, E-Mails und Notizen).⁴¹⁰ Diese wurden bereits in Rz 175 und Rz 208 aufgeführt. Ausdrücklich erwähnt seien an dieser Stelle die nachfolgenden Dokumente:

- Es liegen «Anteilsquoten-Kontroll-Listen» von einzelnen Unternehmen vor.⁴¹¹
- Bei der Käppeli wurden Dokumente sichergestellt, welche Analysen der Hüppi AG Wallisellen und der Käppeli betreffend den Strassenbaumarkt in Graubünden aus dem Jahr 2000 enthalten. Darin heisst es betreffend die Organisation der Strassenbaubranche im Kanton Graubünden u. a.: «Organisiert in der VBU (Vereinigung Bündner Strassenbauunternehmen), 100 %»⁴¹² sowie: «Der Strassenbau ist sehr gut organisiert im ganzen Tätigkeitsgebiet. Dies hat unter anderem folgende Auswirkungen: hohes

⁴⁰⁶ Act. V.221, Rz 22 ff, 44 ff. (22.0457).

⁴⁰⁷ Vgl. etwa Act. V.190, Rz 98 f. (22.0457).

⁴⁰⁸ Act. V.192, Rz 9 ff. (22-0457).

⁴⁰⁹ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. II.002 (22-0457), insbesondere Rz 249 ff., 429 ff., 462 ff. Das Protokoll der Zeugeneinvernahme ist verwertbar; siehe oben Rz 107 ff.

⁴¹⁰ Vgl. etwa Act. III.J.101; III.K.163–III.166; III.K.168; III.L.028; III.L.053–III.L.055; III.M.047; III.O.078; III.O.080; III.O.131–III.O.133; III.O.137; III.O.141; III.O.143; III.Q.061.

⁴¹¹ Vgl. etwa die eingereichten Listen gemäss Act. IX.A.35 und IX.A.37 sowie Act. IX.F.4, S. 14.

⁴¹² Act. III.J.086, S. 5.

Preisniveau, ... verzögerte Restrukturierung der Strassenbaubranche, Innovationen kommen nur von den Bauherren». ⁴¹³

- Zu erwähnen ist erneut die bei der Hew sichergestellte E-Mail vom 9. Mai 2011 von [...] ([Vertreter] der Hew) an [...] ([...] AG) inkl. angefügter Entwurf VR-Protokoll 2011. ⁴¹⁴ In dem Entwurf VR-Protokoll 2011 heisst es wie erwähnt: «Im Belagsbau hat ein Preissturz von 5 % stattgefunden. Dies hat stark damit zu tun, dass man unter den Beläglern völlig verkracht ist. Lediglich 5 Offerten habe man dieses Jahr unter einander besprochen. Strabag funkt immer drein. Walo sitzt nicht mehr an den runden Tisch. Implenia hat sich auch abgemeldet. Die Folge ist, dass man heute auf einem miserablen Preisniveau ist.». In der E-Mail verlangte [...] von [...] die Streichung der Textpassage «Lediglich 5 Offerten habe man dieses Jahr unter einander besprochen. Strabag funkt immer drein. Walo sitzt nicht mehr an den runden Tisch. Implenia hat sich auch abgemeldet. Die Folge ist, dass man heute auf einem miserablen Preisniveau ist.». Sein Streichungsverlangen begründete [...] in der E-Mail spezifisch so: «Trakt. 2 TB: Keine Erwähnung des Gesagten im Protokoll (WEKO)».

264. Auch liegen der WEKO betreffend 3252 vom Kanton Graubünden und den Graubündner Gemeinden vergebene Strassen- und Tiefbauprojekte (Gesamtauftragswert rund CHF 1729 Mio.) die Offertöffnungsprotokolle und teilweise die Vergabeentscheide vor (siehe dazu auch Rz 142 ff.). Diese Dokumente wurden darauf untersucht, ob sie eine gemeinsame Zuteilung und eine gemeinsame Festlegung der Höhe der Angebotssummen indizieren. ⁴¹⁵

265. Vertieft wird auf die vorgenannten Beweismittel im Rahmen der nachfolgenden Beweiswürdigung eingegangen, soweit dies für die kartellrechtsrelevanten Beweisergebnisse von Bedeutung ist.

B.3.2.3.3 Beweiswürdigung

266. Nachfolgend werden die genannten Beweismittel zunächst in Bezug auf das Vorliegen eines Konsenses über den Inhalt der Zusammenarbeit im Rahmen der Zuteilungssitzungen beurteilt (siehe Rz 267 ff.). Anschliessend wird auf die gemeinsame Zwecksetzung eingegangen («Zweck», siehe Rz 278 ff.). Abschliessend sind die Beweismittel in Bezug auf die Dauer des Bestehens des Konsenses sowie hinsichtlich der individuellen Beteiligung einzelner Unternehmen zu würdigen (siehe Rz 282 ff. und Rz 284 ff.).

Konsens über das Ziel

267. Aus den Angaben der Selbstanzeigerinnen sowie des Zeugen [...] geht übereinstimmend hervor, dass die Zusammenarbeit der 13 bzw. zwölf Unternehmen im Rahmen der Zuteilungssitzungen dazu diente, wenn möglich sämtliche von Graubündner Gemeinden (ohne Misox) und vom Kanton Graubünden in Nordbünden und Südbünden vergebenen Strassenbauprojekte anhand eines Quotensystems und mittels gemeinsamer Festlegungen der Angebotssummen untereinander aufzuteilen. Diese Angaben der Selbstanzeigerinnen sowie des Zeugen werden von der Hew, der Schlub, der Toldo sowie der Zindel/Prader ausdrücklich bestätigt, da diese Gesellschaften den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannt haben (vgl. Rz 260). Aus den Stellungnahmen der Catram, der Hüppi AG Wallisellen, der Implenia und der Walo zum Antrag ergibt sich ebenfalls nichts Gegenteiliges. Die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG, die Foser und die KIBAG bestreiten hingegen das vorgenannte Ziel bzw. das Ausmass der gemeinsamen Zielsetzung gemäss An-

⁴¹³ Act. III.J.089, S. 6.

⁴¹⁴ Act. III.O.078.

⁴¹⁵ Siehe Act. VI.001 ff.

trag des Sekretariats sowie – hilfsweise – ihre Beteiligung an einem Konsens (vgl. Rz 261). Auf Letzteres ist im Rahmen eines gesonderten Abschnitts einzugehen (siehe Rz 284 ff.).

268. Die vorliegenden Beweismittel werden nachfolgend im Rahmen einer umfassenden Beweiswürdigung auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin geprüft. Dabei gilt im Hinblick auf Angaben von Personen: Eine Aussage oder eine Stellungnahme ist insbesondere glaubhaft, wenn sie frei von inneren Widersprüchen und Logikbrüchen ist, einen hohen Detaillierungsgrad unter Beachtung von überprüfbaren Realkennzeichen aufweist und im Einklang mit anderen (objektiven) Beweismitteln (insbesondere Urkundenbeweisen) steht.⁴¹⁶

269. Vorliegend ist zunächst zu beachten, dass die Angaben der Selbstanzeigerinnen sowie des Zeugen betreffend das gemeinsame Ziel, mittels gemeinsamer Preisfestsetzungen eine Aufteilung aller im Kanton Graubünden kantonal und kommunal ausgeschriebener Strassenbauprojekte (ohne Misox) zu erreichen, frei von Widersprüchen sind und keine Logikbrüche aufweisen. So erscheint eine derartige Zielsetzung vor dem Hintergrund der häufigen Treffen in Gruppen und Untergruppen plausibel, vor allem wenn berücksichtigt wird, dass die 13 bzw. zwölf Unternehmen im Bereich öffentlich ausgeschriebene Strassenbauprojekte gemeinsame Umsatzanteile von rund 85 % hatten (siehe oben Rz 153 ff.). Damit hatten sie wenig Konkurrenz von externen Unternehmen zu befürchten. Ein solches Ziel ist zudem plausibel, berücksichtigt man, dass der Kanton Graubünden und die Gemeinden Strassenbauprojekte vor allem zu Beginn eines Kalenderjahres und im Paket ausschrieben und die Auftragsbücher der beteiligten Unternehmen zu diesem Zeitpunkt noch nicht voll waren («Saisonalität der Vergaben»; siehe Rz 138 ff.). Die häufigen Treffen jeweils in der ersten Jahreshälfte erlaubten es daher den 13 bzw. zwölf Unternehmen im Rahmen des eingeübten *modus operandi* bestmöglich «einen Teil des Kuchens abzubekommen». Allerdings ist zu beachten, dass auch die Aussagen einiger Parteien, wonach höchst selten Sitzungen stattfanden, welche einzig der Besprechung der Lehrlingsausbildung, Berufsmessen und allfälligen ARGE gedient hätten, in sich schlüssig und frei von Widersprüchen sind.

270. Gegenüber den letztgenannten Aussagen weisen indes die Angaben der Selbstanzeigerinnen sowie des Zeugen einen höheren Detaillierungsgrad, insbesondere in Bezug auf Realkennzeichen, auf. So sind etwa die Art der betroffenen Projekte, die Existenz und die Höhe von Anteilsquoten und von «Kontrolllisten», die Existenz und Funktionsweise von Unter- und Obergruppen, der konkrete Zuteilungsablauf (1. Entscheidung über Gewinner, 2. Gemeinsame Festlegung der Angebotssummen anhand der «Mittelwertmethode»), Namen von konkret betroffenen Projekten sowie die Auswirkungen der Zusammenarbeit (Preisstabilität) Details, welche die eingangs erwähnte Zielsetzung plausibel machen und zudem jeweils durch mehrere Beweismittel verifizierbar sind (siehe zu diesem Abgleich insbesondere Rz 271 ff. und 314 ff.). Soweit sich die übrigen Verfahrensparteien zum Ziel von gemeinsamen Treffen äussern und angeben, es hätten allenfalls Besprechungen zur Lehrlingsausbildung, zu Berufsmessen und zu allfälligen ARGE stattgefunden, so wird dies von diesen Unternehmen hingegen nicht weiter substantiiert (z. B. konkreter Ort und Zeitpunkt solcher Treffen, Teilnehmer der Treffen, Ergebnis der Treffen betreffend ARGE, konkrete ARGE-Projekte etc.).⁴¹⁷ Auch ist nicht ersichtlich, weshalb häufige Treffen aller 13 bzw. zwölf Unternehmen notwendig wären, wenn lediglich Besprechungen zur Lehrlingsausbildung, zu Berufsmessen und zu allfälligen ARGE stattfinden sollten.

271. Für die Glaubhaftigkeit der Angaben des Zeugen [...] spricht zudem, dass der Zeuge angibt, dass er als Unternehmensvertreter selbst an den Zuteilungstreffen anwesend gewesen sei und an der Zuteilung mitgewirkt habe und er im fraglichen Zeitraum tatsächlich Ver-

⁴¹⁶ Vgl. etwa Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 127 m.w.N.; abrufbar auf der Homepage der Wettbewerbsbehörden unter <www.weko.admin.ch> Aktuell; zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

⁴¹⁷ Vgl. etwa Act. II.001, Rz 93 ff., 151 ff.; II.003 ff. (22-0457).

treter von beteiligten Unternehmen bzw. dort angestellt war (ab 2003: Casty Bau AG, ab 2006: [eine Verfügungsadressatin], ab 2008: [eine Verfügungsadressatin])⁴¹⁸ sowie von Seiten der Selbstanzeigerinnen als beteiligte Person bezeichnet wird.⁴¹⁹ Für die Glaubhaftigkeit der Angaben der vier Selbstanzeigerinnen sowie des Zeugen [...] spricht des Weiteren, dass diese Angaben jeweils im Einklang mit übrigen vorliegenden Beweismitteln (Aussagen und Dokumentenbeweise) stehen.

272. So stimmen die Angaben der Selbstanzeigerinnen Implenia, Walo, Cellere und Centorame und des Zeugen [...] betreffend den in Rz 267 genannten Inhalt im Wesentlichen überein. Wären die Aussagen nur erfunden, so wäre nicht zu erwarten, dass die Aussagen der Selbstanzeigerinnen und des Zeugen [...] gleich ausgefallen wären. Kommt hinzu, dass die Angaben auch zu den Details kongruent sind. Denn:

- Die Selbstanzeigerinnen und der Zeuge [...] machen kongruente Angaben zur Art der betroffenen Projekte. So geben alle an, dass jedenfalls die vom Kanton Graubünden in Nordbünden und Südbünden sowie von den Graubündner Gemeinden (ohne Misox) vergebenen Strassenbauprojekte von der Zusammenarbeit betroffen waren, mithin dass die Zusammenarbeit darauf abzielte, diese Projekte zuzuteilen. Soweit die Selbstanzeigerinnen konkrete Projekte meldeten, bei welchen es zu Zuteilungen und Festlegungen der Angebotssummen gekommen sei, meldeten sie auch Gemeindeprojekte. Der Einwand der Käppeli, es sei nicht darum gegangen, Gemeindeprojekte zuzuteilen (vgl. Rz 261), überzeugt vor diesem Hintergrund nicht. Entgegen dem Antrag der Käppeli (siehe Antrag 4 gemäss Rz 82) sind dementsprechend diesbezüglich auch keine weiteren Untersuchungsmassnahmen zu ergreifen.
- Soweit die Cellere weitere betroffene Projektarten nennt (z. B. Subunternehmerofferten, Privatofferten), kann dies hingegen nicht als bewiesen angesehen werden.⁴²⁰ In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass nicht ersichtlich ist, dass nur bestimmte Vergaben nach bestimmten Verfahrensarten (offenes Verfahren, Einladungsverfahren) betroffen sein sollten bzw. waren.⁴²¹ Denn eine solche Einschränkung geht weder aus den Selbstanzeigen noch der Zeugenaussage hervor, weshalb nach Überzeugung der WEKO zumindest teilweise auch freihändig vergebene Strassenbauprojekte zugeteilt werden sollten bzw. wurden.⁴²² Auch die Angabe der Implenia, es seien per se nur Projekte ab einem gewissen Schwellenwert erfasst gewesen, ist nicht bewiesen, da andere Unternehmen eine derartige Einschränkung nicht machen. Auch ist zu berücksichtigen, dass die Implenia selbst – in Übereinstimmung mit der Walo – Projekte gemeldet hat, bezüglich derer gemeinsam der Zuschlagsempfänger sowie die Höhe der Angebotssummen festgelegt worden sei und bei denen die tiefste Angebotssumme unter CHF 50 000 bzw. CHF 30 000 lag.⁴²³ Auch liegt ein objektives Beweismittel vor, welches in Übereinstimmung damit die Zuteilung eines Projekts mit einem Wert von weniger als CHF 50 000 indiziert.⁴²⁴

⁴¹⁸ Vgl. Handelsregisterauszüge der Gesellschaften.

⁴¹⁹ Siehe nur Act. IX.A.11, S. 3; IX.E.7, Rz 10; IX.F.4, S. 7; Act. VII.E.11 (22-0457), S. 9.

⁴²⁰ Dies steht im Übrigen im Widerspruch zu ihrem späteren Vorbringen in ihrer Antwort auf das Auskunftsverlangen des Sekretariats vom 19.12.2018. Dort behauptet die Cellere, Subunternehmerofferten seien nicht erfasst gewesen; vgl. Act. III.033 (22-0457).

⁴²¹ So die Cellere neu in ihrer Antwort auf das Auskunftsverlangen des Sekretariats vom 19.12.2018 in Act. III.033 (22-0457). Dies steht im Widerspruch zu ihrer eigenen Selbstanzeige; vgl. z. B. IX.F.5, S. 3.

⁴²² Vgl. etwa Act. IX.A.41a; IX.F.5, S. 3.

⁴²³ Vgl. Act. IX.A.41 und Act. IX.A.41a sowie z. B. Act. IX.E.11, S. 20.

⁴²⁴ Vgl. Act. IX.F.4, S. 14.

- Die Selbstanzeigerinnen und der Zeuge [...] machen kongruente Angaben zu Existenz und Bedeutung der Anteilsquoten sowie zu den «Kontrolllisten». Die Cellere kann sogar im Detail alle Anteilsquoten nennen und gibt insbesondere denselben Anteil für die Walo an wie die Walo selbst (rund 10 %). Auch machen die Walo und die Cellere vergleichbare Angaben zur Existenz und Abschaffung der gemeinsamen «Quoten-Kontrolllisten». Zudem liegen objektive Beweismittel vor, welche für die Existenz und die Bedeutung der Anteilsquoten sprechen.⁴²⁵ Zudem ist zu berücksichtigen, dass die 13 bzw. zwölf Unternehmen, welche alle Aktionäre der Catram AG waren und in deren Verwaltungsrat Einsitz hatten (vgl. auch Rz 10 ff.), voneinander die Belagsbezugs mengen kannten.⁴²⁶ Letzteres ermöglichte ihnen die Kontrolle der Anteilsquoten. Anteilsquoten indizieren in besonderem Masse den Willen der beteiligten Gesellschaften, sich den Markt aufteilen zu wollen.⁴²⁷ Soweit die Foser hiergegen einwendet, es habe kein Konsens hinsichtlich der Quoten bestanden, was sich daran zeige, dass wiederholt (erfolglos) versucht worden sei, die Quote zu ändern (siehe Rz 261), spricht dies nicht gegen einen Zuteilungskonsens bzw. die Bedeutung der Quoten. Das Vorbringen bestätigt im Gegenteil die Bindungswirkung der Quoten. Denn wären die Quoten für die Unternehmen tatsächlich unverbindlich bzw. bedeutungslos gewesen, dann hätten die beteiligten Unternehmen gerade nicht versuchen müssen, sie zu ihren Gunsten zu ändern. Denn was in der Zusammenarbeit nicht gilt, muss auch nicht geändert werden. Mit anderen Worten: Angenommen, einzelne Unternehmen waren zeitweilig mit «ihren» Quoten unzufrieden und wollten diese deshalb ändern, so manifestiert sich darin gerade die Bedeutung der Quoten als Leitlinie für die konkreten Zuteilungsentscheide.
- Die Selbstanzeigerinnen und der Zeuge [...] machen kongruente Angaben zur Existenz und Funktionsweise von Unter- und Obergruppen sowie zum der konkrete Ablauf der Zuteilung von Strassenbauprojekten (1. Entscheidung über Gewinner, 2. Gemeinsame Festlegung der Angebotssummen anhand der «Mittelwertmethode»). Die Funktionsweise der «Mittelwertmethode» wird einheitlich beschrieben: Die Methode sah vor, dass jedes Unternehmen zunächst seine Offerten rechnen sollte. Der Mittelwert aller Angebotssummen wurde sodann als Angebotssumme der designierten Gewinnerofferte verwendet. Die übrigen Unternehmen reichten Offerten ein, welche über dem Mittelwert lagen. In Nordbünden, wo es häufig relativ viele Offerten gab, strichen die beteiligten Unternehmen vor der Mittelwertberechnung die höchste und die niedrigste Angebotssumme. Soweit die Walo diesbezüglich angibt, die «Mittelwertmethode» sei in Südbünden nicht angewandt worden, ist dies mit Blick auf die Angaben der Cellere sowie die objektiven Beweismittel nicht glaubhaft. Die Cellere gibt an, dass diese Methode auch in Südbünden «in der Regel» von Bedeutung war und es ist auch kein Grund ersichtlich, der ein solches Abweichen plausibel erscheinen liesse. Zudem zeigt die Analyse des Bieterverhaltens der offerteinreichenden Unternehmen, dass die «Mittelwertmethode» auch in Südbünden teilweise angewendet wurde (siehe Rz 335 f.).
- Die Selbstanzeigerinnen Implenia, Walo und Cellere machen kongruente Angaben zu den Namen der betroffenen Projekte. Insbesondere finden sich von der Implenia und der Cellere gemeldete betroffene Strassenbauprojekte auch auf den entsprechenden Listen der Walo. Die Walo gibt mithin in Übereinstimmung mit der Implenia und Cellere

⁴²⁵ Vgl. etwa die eingereichten Listen gemäss Act. IX.A.35 und IX.A.37 sowie Act. IX.F.4, S. 14.

⁴²⁶ Vgl. nur Act. III.J.070, III.K.159, III.K.114, III.N.100 ff., III.O.049.

⁴²⁷ Vgl. RPW 2008/1, 85 Rz 91 ff., *Tessin*; Verfügung der WEKO vom 8.7.2016, Rz 215, *Bauleistungen See-Gaster*, publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

an, die Implenja bzw. die Palatini/Cellere habe bei diesen Projekten unter anderem von der Walo eine Stützofferte erhalten.⁴²⁸

- Die Angaben der Cellere und der Centorame zu den Auswirkungen der Zusammenarbeit (Preisstabilität bzw. «Preiszerfall» nach Ende der Zusammenarbeit) sind ebenfalls kongruent. Dass die Zusammenarbeit derartige Auswirkungen gehabt hat, wird von den übrigen Selbstanzeigerinnen und dem Zeugen nicht bestritten. Implizit folgen derartige Auswirkungen auch aus den Angaben der Implenja, der Walo und des Zeugen [...]. Denn arbeiten – wie die Implenja, die Walo und der Zeuge [...] behaupten – alle wesentlichen Konkurrenten eines bestimmten Wirtschaftsbereichs zusammen, um sich gegenseitig Projekte zuzuteilen und die Angebotssummen – zudem im Rahmen einer Mittelwertmethode – aufeinander abzustimmen, so sind Auswirkungen wie Preisstabilität während der Zusammenarbeit und «Preiszerfall» nach Ende der Zusammenarbeit plausibel und nachvollziehbar.⁴²⁹ Derartige Wirkungen einer branchenweiten Zusammenarbeit indizieren auch die zwei bei der Käppeli sichergestellten Dokumente, welche Analysen der Hüppi AG Wallisellen und der Käppeli betreffend den Strassenbaumarkt in Graubünden aus dem Jahr 2000 enthalten. Darin heisst es betreffend die Organisation der Strassenbaubranche im Kanton Graubünden u. a.: «Organisiert in der VBU (Vereinigung Bündner Strassenbauunternehmen), 100 %»⁴³⁰ sowie: «Der Strassenbau ist sehr gut organisiert im ganzen Tätigkeitsgebiet. Dies hat unter anderem folgende Auswirkungen: hohes Preisniveau, ... verzögerte Restrukturierung der Strassenbaubranche, Innovationen kommen nur von den Bauherren».⁴³¹ Die Angaben der Cellere und der Centorame stimmen auch überein mit der Überzeugung der WEKO, dass die Preise im Bereich Strassenbau in der Zeit zwischen 2004 und Mai 2010 um mindestens ca. 8–10 % zu hoch waren (siehe dazu insbesondere Rz 324, 331).
- Soweit die KIBAG gegen das Bestehen eines Konsenses einwendet, die Angaben der Selbstanzeigerinnen seien widersprüchlich (vgl. Rz 261), trifft das folglich nicht zu.

273. Kommt hinzu, dass die Angaben der Selbstanzeigerinnen sowie des Zeugen zum Ziel der Zusammenarbeit im Rahmen der Zuteilungstreffen (vgl. Rz 267) mit den genannten Dokumentenbeweisen (Kalendereinträge, Erwähnung der Sitzungen in Protokollen, E-Mails, Notizen sowie Beschreibung des Bieterverhaltens) im Einklang stehen.⁴³² Massgeblich sind hier alle Dokumentenbeweise, welche auch für das Stattfinden der Zuteilungstreffen und die Teilnahme daran als Beweismittel relevant sind (siehe dazu auch Rz 178 ff., 211 ff.). Folgende Beweismittel seien hier erneut ausdrücklich genannt:

- Bei der Käppeli, welche genauso wie das von ihr übernommene Unternehmen Casty Bau AG VBU-/VGR-Mitglied war (siehe oben Rz 212), wurde ein elektronischer Outlook-Kalendereintrag aus dem Jahr 2005 sichergestellt.⁴³³ Zweck des auf den [...] 2005 terminierten Treffens ist danach: «Vbu Gruppe B». Organisator des Treffens war [...] von der Casty Bau AG. Daraus folgt unmittelbar, dass ein VBU-Treffen anberaumt wurde betreffend Zusammenkunft der Gruppe B. Zusammen mit den übrigen Beweismitteln

⁴²⁸ Die Implenja und die Walo machen z. B. betreffend die folgenden Projekte übereinstimmende Angaben [...]; vgl. Act. IX.E.10, S. 2 ff. und Act. IX.F.4, S. 10 f., IX.F.5, S. 3.

⁴²⁹ Vgl. nur RPW 2008/1, 85 Rz 103 ff., 143 ff., 176 ff., *Tessin*, und Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25.6.2018, E. 7.3.2, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Cellere gegen WEKO*.

⁴³⁰ Act. III.J.086, S. 5.

⁴³¹ Act. III.J.089, S. 6. Zum Einwand der Hüppi AG Wallisellen, das Beweismittel zeige nichts für die Zeit ab 2004 (Act. V.190, Rz 114 f.) siehe Rz 316, 4. Spiegelstrich.

⁴³² Act. III.J.101; III.K.163–III.166; III.K.168; III.L.028; III.L.053–III.L.055; III.M.047; III.O.078; III.O.080; III.O.131–III.O.133; III.O.137; III.O.141; III.O.143; III.Q.061.

⁴³³ Act. III.J.101.

mitteln indiziert diese Beweismittel, dass die VBU-Mitgliedsunternehmen den übereinstimmenden Willen hatten, gemeinsam über die Zuteilung von ausgeschriebenen Strassenbauprojekten und die entsprechenden Höhen der Angebotssummen zu entscheiden.

- Bei der Toldo, welche VBU-/VGR-Mitglied war (siehe oben Rz 212) wurden elektronische Outlook-Kalendereinträge mit Titeln wie «VGR Untervaz Eingabe [...]» (Termin am [...] 2009), «VGR Sitzung Eingaben» (Termin am [...] 2009), «VGR Eingabe bis [...] 2009» (Termin am [...] 2009) sichergestellt.⁴³⁴ Daraus folgt unmittelbar, dass VGR-Termine anberaumt wurden betreffend Eingaben bei bestimmten Projekten. Zusammen mit den übrigen Beweismitteln indiziert diese Beweismittel, dass die VGR-Mitgliedsunternehmen den übereinstimmenden Willen hatten, gemeinsam über die Zuteilung von ausgeschriebenen Strassenbauprojekten und die entsprechenden Höhen der Angebotssummen zu entscheiden.
- Bei der Cellere, welche VBU-/VGR-Mitglied war, wurde eine Notiz von Ende [...] 2009 betreffend aktuelle Preissituation sichergestellt. Darin heisst es: «Es gibt fast keine Kontakte mehr mit Konkurrenten, ausser bei ARGE's. Ich bin nun gespannt auf die kommenden Sitzungen innerhalb des VGR».⁴³⁵ Daraus folgt unmittelbar, dass es in der zweiten Jahreshälfte des Jahres 2009 kaum mehr VGR-Sitzungen gab, wohl aber, dass neue Sitzungen in Aussicht standen, an denen über die aktuelle Preissituation gesprochen werden könnte. Zusammen mit den übrigen Beweismitteln indiziert das Beweismittel, dass die VGR-Mitgliedsunternehmen den übereinstimmenden Willen hatten, gemeinsam über die Zuteilung von ausgeschriebenen Strassenbauprojekten und die entsprechenden Höhen der Angebotssummen zu entscheiden.
- Zu erwähnen ist wiederum die bei der Hew sichergestellte E-Mail vom 9. Mai 2011 von [...] ([Vertreter] der Hew) an [...] ([...] AG) inkl. angefügter Entwurf VR-Protokoll 2011.⁴³⁶ Aus der im beigefügten Entwurf VR-Protokoll 2011 enthaltenen Passage («Im Belagsbau hat ein Preissturz von 5 % stattgefunden. Dies hat stark damit zu tun, dass man unter den Beläglern völlig verkracht ist. Lediglich 5 Offerten habe man dieses Jahr unter einander besprochen. Strabag funkt immer drein. Walo sitzt nicht mehr an den runden Tisch. Implenia hat sich auch abgemeldet. Die Folge ist, dass man heute auf einem miserablen Preisniveau ist.») folgt u. a. direkt, dass gemäss der Wahrnehmung von Vertretern der Hew vor 2011 mehr Offerten untereinander besprochen wurden und dies die Preise stabilisiert hat. Damit zeigt das Beweismittel, dass die bis Mai 2010 stattfindenden Zuteilungstreffen der gemeinsamen Zuteilung von Belagsprojekten und der gemeinsamen Festlegung der Höhe der Angebotssummen dienten. Denn über gemeinsame Preisfestlegungen ist eine *gemeinsame*, d. h. koordinierte Preisstabilisierung möglich. Zusammen mit den übrigen Beweismitteln indiziert das Beweismittel, dass die VBU-/VGR-Mitgliedsunternehmen das gemeinsame Ziel hatten, gemeinsam über die Zuteilung von ausgeschriebenen Strassenbauprojekten und die entsprechenden Höhen der Angebotssummen zu entscheiden. Dass ein solches Verständnis zutrifft, zeigt auch der Umstand, dass [...] die Streichung der vorangehend zitierten Textpassage forderte, da er ein Eingreifen der WEKO fürchtete («Trakt. 2 TB: Keine Erwähnung des Gesagten im Protokoll (WEKO)»). Darin manifestiert sich, dass es in der zitierten Passage um gemeinsame Zuschlagssteuerung mittels gemeinsamer Preisfestlegungen gehen muss. Denn Derartiges ist tatsächlich kartellgesetzwidrig (siehe dazu Rz 394 ff.).

434 Act. III.L.053–III.L.055.

435 Act. III.M.047.

436 Act. III.O.078.

- Es ist bewiesen, dass die 13 bzw. zwölf Unternehmen regelmässig im Rahmen von Zuteilungssitzungen zusammenarbeiteten. Diese Zuteilungssitzungen fanden jeweils anfang der Kalenderjahre bis zu einmal pro Woche statt. Die 13 bzw. zwölf Unternehmen waren dort regelmässig auch anwesend bzw. – im Fall der Walo – über das «Meldeläufersystem» involviert (siehe zu diesen Umständen Rz 195–197, 247–250). Derartige Treffen in dieser Regelmässigkeit und Häufigkeit zwischen dem Grossteil der in Graubünden tätigen Strassenbauunternehmen indizieren, dass die Zusammenarbeit im Rahmen der Zuteilungstreffen dazu diente, wenn möglich sämtliche von Graubündner Gemeinden und vom Kanton Graubünden in Nordbünden und in Südbünden vergebene Strassenbauprojekte anhand eines Quotensystems und mittels gemeinsamer Festlegungen der Angebotssummen untereinander aufzuteilen.

- Es ist bewiesen, dass sich alle VBU-/VGR-Mitgliedsunternehmen in den Jahren 2004 bis und mit 2010 betreffend konkrete Strassenbauprojekte in Graubünden gemeinsam und in Untergruppen über die Zuteilung dieser Projekte sowie über die entsprechende Höhe der Angebotssummen einigten (siehe Rz 315 ff.). Dies indiziert, dass die Zusammenarbeit im Rahmen der Zuteilungstreffen dazu diente, wenn möglich sämtliche von Graubündner Gemeinden und vom Kanton Graubünden in Nordbünden und Südbünden vergebenen Strassenbauprojekte anhand eines Quotensystems und mittels gemeinsamer Festlegungen der Angebotssummen untereinander aufzuteilen.

- Es ist bewiesen, dass sich das Bieterverhalten betreffend in Graubünden ausgeschriebene öffentliche Strassenbauprojekte in der Zeit zwischen 2004 und Mai 2010 vom Bieterverhalten betreffend vergleichbare Projekte in der Zeit danach (im Hinblick auf den Varianzkoeffizienten) unterscheidet (siehe Rz 322 ff., 331 f., 335 f.). Zusammen mit den übrigen Beweismitteln indiziert dies, dass die VBU-/VGR-Mitgliedsunternehmen den übereinstimmenden Willen hatten, gemeinsam über die Zuteilung von ausgeschriebenen Strassenbauprojekten und die entsprechenden Höhen der Angebotssummen zu entscheiden. Soweit die Käppeli und die Foser geltend machen, aus der Analyse der Offertdaten könne nichts hergeleitet werden bzw. die Analyse zeige ein anderes Bild als im Fall «Kanton Tessin», überzeugt dies nicht (siehe auch unten Rz 333). Diese Analyse zeigt nur, aber immerhin Veränderungen im Offertverhalten im Bereich Strassenbau auf (siehe unten Tabelle 13, Tabelle 15, Rz, 335 f.). Diese Veränderungen werden auch von der Käppeli und der Foser im Kern nicht bestritten.⁴³⁷ Bestritten wird von diesen Unternehmen hingegen wohl, dass sie auf die Zusammenarbeit der 13 bzw. zwölf Unternehmen zurückzuführen sind. Nach Überzeugung der WEKO ist dies indes der Fall. Denn es ist für die WEKO mit Blick auf alle übrigen Beweismittel nicht ersichtlich, auf welche anderen Umstände diese unstreitigen Veränderungen des Offertverhaltens im Bereich Strassenbau zurückzuführen sind. Die Käppeli und die Foser nennen auch keinerlei andere Gründe, welche die festgestellten Veränderungen erklären könnten. Dass die Varianz der Offerten – anders als im Fall «Kanton Tessin» – in der Zeit der Zusammenarbeit (2004 bis und mit Mai 2010) nicht bei (nahezu) allen Projekten tief ist, bestätigt im Übrigen, dass nicht alle, sondern «nur» 70–80 % aller vergebenen Projekte erfolgreich zugeteilt wurden (siehe Rz 319 ff.).

- Es ist bewiesen, dass nach dem Ende der Zusammenarbeit die Preisstabilität sank und ein Preiszerfall einsetzte (siehe unten Rz 316–320, 324, 331). Zusammen mit den übrigen Beweismitteln indiziert dies, dass die VBU-/VGR-Mitgliedsunternehmen den übereinstimmenden Willen hatten, gemeinsam über die Zuteilung von ausgeschriebenen Strassenbauprojekten und die entsprechenden Höhen der Angebotssummen zu entscheiden, um derartiges zu verhindern.

⁴³⁷ Vgl. Act. V.238, Rz 57 ff.; V.221, Rz 40 ff. (22-0457).

274. Die vorgenannten Dokumente und Beweisergebnisse sind hingegen nicht mit den Aussagen von Verfahrensparteien vereinbar, wonach die Zusammenarbeit der VBU-/VGR-Mitgliedsgesellschaften einzig dazu diente, die Lehrlingsausbildung, Berufsmessen und allfällige ARGE zu besprechen. Wie erwähnt, würde der Umstand, dass Besprechungen zur Lehrlingsausbildung, zu Berufsmessen und zu allfälligen ARGE stattfanden, ohnehin nicht gegen das Bestehen des gemeinsamen Ziels gemäss Rz 267 sprechen (siehe auch oben Rz 181).

275. Zuletzt ist zu beachten, dass nicht ersichtlich ist, weshalb sich die Implenia, die Walo, die Cellere und die Centorame durch falsche Behauptungen selbst belasten und sich damit dem Risiko einer Sanktion, einer zivilrechtlichen Haftung und/oder der Gebührenpflichtigkeit aussetzen sollten. In Bezug auf die Aussage von [...] ist zudem zu würdigen, dass [...] als Zeuge einer gesetzlichen und strafbewehrten Wahrheitspflicht unterliegt und kein Grund ersichtlich ist, weshalb er das Risiko eingehen sollte, wegen falscher Aussagen zu Lasten der VBU-/VGR-Mitgliedsgesellschaften strafrechtlich verfolgt zu werden.

276. Die Angaben der Implenia, der Walo, der Cellere und der Centorame sowie des Zeugen [...] betreffend das in Rz 267 genannte Ziel sind mithin zutreffend. Es ist damit bewiesen, dass in der Zeit zwischen 2004 bis und mit Mai 2010 zwischen den 13 bzw. zwölf beteiligten Unternehmen ein Konsens über das Ziel der Zusammenarbeit im Rahmen der Zuteilungstreffen bestand. Dieser Konsens beinhaltete, dass die 13 bzw. zwölf beteiligten Unternehmen, wenn möglich, sämtliche von Graubündner Gemeinden (ohne Misox) und vom Kanton Graubünden in Nordbünden und Südbünden vergebenen Strassenbauprojekte anhand eines Quotensystems und mittels gemeinsamer Festlegungen der Angebotssummen im Rahmen der «Mittelwertmethode» untereinander aufteilen wollten. Damit jedes Unternehmen im Laufe eines Kalenderjahres ausreichend Strassenbauprojekte erhielt, bestanden für jedes der beteiligten Unternehmen die folgenden vorbestimmten Anteilsquoten, welche im Laufe des Kalenderjahres erreicht werden sollten: Implenia: 15,5–16,5 %, Prader: 11,5–12,5 %, Casty: 10–11 %, Walo: 9–10 %, Vago/KIBAG: 7,5–8,5 %, Palatini/Cellere: 7,5–8,5 %, Hew: 5,5–6,5 %, Käppeli: 5,5–6,5 %, Frey/Toldo: 4,5–5,5 %, Schlub Nord: 4,5–5,5 %, Centorame: 4–5 %, Foser: 3,5–4,5 % und Schlub Süd: 2,5–3,5 %. Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die Stellungnahmen der Cellere, der Centorame, der Hew, der Schlub, der Toldo und der Zindel/Prader zum Antrag des Sekretariats, mit denen diese Untersuchungsadressatinnen den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannten (vgl. Rz 260).

277. Einzig die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG wenden gegen das vorgenannte Ergebnis – hilfsweise – ein, der Konsens habe in Bezug auf die Käppeli nur Nordbünden erfasst (vgl. Rz 261). Dieser Einwand überzeugt nicht. Dies schon deshalb, da Derartiges in tatsächlicher Hinsicht von sonst keiner Partei geltend gemacht wird.⁴³⁸ Des Weiteren ist zu beachten, dass im Rahmen der Zuteilungssitzungen in Nordbünden auch die Zuteilungen in Südbünden thematisiert wurden und sich die für die Zuteilungen massgebenden Anteilsquoten auf das gesamte Ausschreibungsvolumen in Nord- und Südbünden bezogen.⁴³⁹ Letzteres zeigt sich z. B. darin, dass für die beiden operativen Schlub-Gesellschaften zwei Anteilsquoten bestanden und die übrigen Unternehmen, welche mit *einer* Gesellschaft in Nord- und Südbünden tätig waren (dies trifft auf die Palatini/Cellere, die Hew, die Implenia, die KIBAG und die Walo zu), *eine* Quote hatten, welche das Volumen beider Gebiete erfasste.⁴⁴⁰ Hätte es einen «Nord-Konsens» einerseits und einen «Süd-Konsens» andererseits gegeben, so hätten diejenigen Unternehmen, welche mit einer Gesellschaft in Nord- und

⁴³⁸ Die Prader und Zindel erklären in ihrer Stellungnahme zum Antrag in rechtlicher Hinsicht, es bestünden zwei Abreden, wobei die Prader nur an einer Abrede (betreffend Nordbünden) teilgenommen habe; Act. V.246, Rz 30 f. (22-0457). Da die beiden Gesellschaften den Sachverhalt anerkannt haben (siehe Rz 260), ist in diesem Vorbringen kein Tatsacheneinwand zu sehen.

⁴³⁹ Vgl. Act. IX.E.19, S. 16 f.

⁴⁴⁰ Vgl. Act. IX.E.19, S. 16 f.

Südbünden tätig waren, ebenfalls über zwei Quoten verfügen müssen. Es ging den 13 bzw. zwölf Unternehmen also darum, die in Nord- und Südbünden vergebenen kantonalen und kommunalen Projekte zuzuteilen. Dass gewisse Unternehmen in Südbünden nicht tätig waren bzw. sich an konkreten Zuteilungen betreffend Südbünden nicht beteiligten, vermag daran nichts zu ändern.

Gemeinsamer Zweck

278. Weder die Selbstanzeigerinnen noch der Zeuge [...] geben ausdrücklich an, weshalb sich die Unternehmen die Belagsprojekte anhand des Quotensystems und mittels gemeinsamer Festlegungen der Angebotssummen untereinander aufteilen wollten. Da allerdings nicht anzunehmen ist, dass die Unternehmen bloss um der Zuteilungen willen zusammenarbeiteten, ist in beweismässiger Hinsicht zu prüfen, welchen Zweck die Unternehmen mit den Zuteilungen verfolgt haben.

279. In diesem Zusammenhang bedeutsam sind die Ausführungen der Cellere und der Centorame. Diese geben beide an, die Zusammenarbeit habe Preisstabilität gebracht und nach Ende der Zusammenarbeit sei es zu einem Preisverfall gekommen. Dass die Zusammenarbeit derartige Auswirkungen gehabt hat, wird von den übrigen Selbstanzeigerinnen und dem Zeugen nicht bestritten. Implizit folgen derartige Auswirkungen auch aus den Angaben der Implenia, der Walo und des Zeugen [...]. Denn arbeiten – wie die Implenia, die Walo und der Zeuge [...] behaupten – alle wesentlichen Konkurrenten eines bestimmten Wirtschaftsbezugs zusammen, um sich gegenseitig Projekte zuzuteilen und die Angebotssummen – im Rahmen einer Mittelwertmethode – aufeinander abzustimmen, so sind Auswirkungen wie Preisstabilität während der Zusammenarbeit und «Preiszerfall» nach Ende der Zusammenarbeit plausibel und nachvollziehbar.⁴⁴¹ Bestätigt wird dies auch durch die bei der Hew sichergestellte E-Mail betreffend den Entwurf VR-Protokoll 2011. Darin heisst es: «Im Belagsbau hat ein Preissturz von 5 % stattgefunden. Dies hat stark damit zu tun, dass man unter den Beläglern völlig verkracht ist. Lediglich 5 Offerten habe man dieses Jahr unter einander besprochen. Strabag funkt immer drein. Walo sitzt nicht mehr an den runden Tisch. Implenia hat sich auch abgemeldet. Die Folge ist, dass man heute auf einem miserablen Preisniveau ist.»⁴⁴² Eine preisstabilisierende Wirkung einer branchenweiten Zusammenarbeit indizieren auch zwei bei der Käppeli sichergestellte Dokumente, welche Analysen der Hüppi AG Wallisellen und der Käppeli betreffend den Strassenbaumarkt in Graubünden aus dem Jahr 2000 enthalten. Darin heisst es bezüglich der Organisation der Strassenbaubranche im Kanton Graubünden u. a.: «Organisiert in der VBU (Vereinigung Bündner Strassenbauunternehmen), 100 %»⁴⁴³ sowie: «Der Strassenbau ist sehr gut organisiert im ganzen Tätigkeitsgebiet. Dies hat unter anderem folgende Auswirkungen: hohes Preisniveau, ... verzögerte Restrukturierung der Strassenbaubranche, Innovationen kommen nur von den Bauherren».⁴⁴⁴ Dass die Preise im Bereich Strassenbau im Kanton Graubünden (ohne Misox) zwischen 2004 bis und mit Mai 2010 zu hoch waren, folgt im Übrigen auch aus den empirischen Studien der Wettbewerbsbehörden (vgl. auch Rz 316–320, 324, 331).

280. Für die Würdigung dieser Beweise und Beweisergebnisse gelten insbesondere die Rz 267 ff. entsprechend. Es ist daher anzunehmen, dass hinter dem beschriebenen Ziel, wenn möglich sämtliche von Graubündner Gemeinden (ohne Misox) und vom Kanton Graubünden in Nordbünden und Südbünden vergebene Strassenbauprojekte anhand eines Quo-

⁴⁴¹ Vgl. nur RPW 2008/1, 85 Rz 103 ff., 143 ff., 176 ff., *Tessin*, und Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25.6.2018, E. 7.3.2, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Cellere gegen WEKO*.

⁴⁴² Act. III.O.078.

⁴⁴³ Act. III.J.086, S. 5.

⁴⁴⁴ Act. III.J.089, S. 6. Zum Einwand der Hüppi AG Wallisellen, das Beweismittel zeige nichts für die Zeit ab 2004 (Act. V.190, Rz 114 f.) siehe Rz 316, 4. Spiegelstrich.

tensystems und mittels gemeinsamer Festlegungen der Angebotssummen untereinander aufteilen zu wollen, der gemeinsame Zweck stand, Preisstabilität zu erreichen bzw. ein besseres Preisniveau zu erzielen. Der Zusammenarbeit waren mithin die Minderung des Konkurrenzdrucks und die Strukturhaltung immanent; sie muss folglich zwingend der Sicherung der Einnahmen und damit der Margen aller beteiligten Unternehmen gedient haben.

281. Zusammenfassend ist bewiesen, dass die 13 bzw. zwölf Unternehmen mit dem beschriebenen einvernehmlichen Zuteilungssystem bezweckten, den Konkurrenzdruck zwischen den beteiligten Unternehmen zu verringern und die Preise für Strassenbau zu stabilisieren bzw. ein besseres Preisniveau zu erzielen. Die Zuteilungen dienten damit der Sicherung der Gewinnmargen bzw. der Einnahmen der Unternehmen. Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die Stellungnahmen der Cellere, der Centorame, der Hew, der Schlub, der Toldo und der Zindel/Prader zum Antrag des Sekretariats, mit denen diese Untersuchungsadressatinnen den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannten (vgl. Rz 260).

Dauer des Konsenses

282. Aus den Beweismitteln ist zu folgern, dass der Konsens jedenfalls in der Zeit bestand, in welcher Zuteilungssitzungen zur Zuteilung von in Nordbünden und Südbünden ausgeschriebenen Strassenbauprojekten stattfanden und es zwischen den 13 bzw. zwölf Unternehmen zu entsprechenden Zuteilungen von Strassenbauprojekten kam. Denn das Bestehen des Konsenses ist notwendige Bedingung für das Stattfinden der Zuteilungssitzungen sowie der einzelnen Zuteilungen. Damit ist anzunehmen, dass der vorne beschriebene Konsens zwischen den 13 bzw. zwölf Unternehmen über den Inhalt der Zusammenarbeit jedenfalls in der Zeit zwischen 2004 und Mai 2010 bestand. Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die Stellungnahmen der Cellere, der Centorame, der Hew, der Schlub, der Toldo und der Zindel/Prader zum Antrag des Sekretariats, mit denen diese Untersuchungsadressatinnen den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannten (vgl. Rz 260).

283. Die von der Käppeli und der Foser in ihren Stellungnahme zum Antrag geltend gemachten Umstände, dass die Zusammenarbeit in den zweiten Jahreshälften der Kalenderjahre 2004 bis 2009 weniger intensiv gewesen und es zu weniger Zuteilungsentscheiden gekommen sei sowie dass nicht immer alle Unternehmen an Zuteilungssitzungen anwesend oder an einzelnen Zuteilungsentscheidungen beteiligt gewesen seien (vgl. Rz 261), ändert nichts am Bestehen eines dauerhaften Konsenses. Denn dies ist im Wesentlichen darauf zurückzuführen, dass dies vor allem dann geschah, wenn die Auftragsbücher eher gefüllt waren, die Anteilsquoten erfüllt waren und die Vergabestellen weniger Projekte ausschrieben (vgl. auch Rz 138 ff.). Es bestand dann mithin auch kaum eine bzw. keine Notwendigkeit zur Zuteilung von Projekten. Wäre der Grundkonsens jeweils in den zweiten Jahreshälften aufgelöst worden, so hätte er zudem zu Beginn der Jahre 2004 bis 2010 jeweils neu abgeschlossen werden müssen. Derartige Verständigungen zu Beginn der Jahre 2004 bis 2010 sind jedoch nicht ersichtlich. Es ist vielmehr so, dass die Zuteilungssitzungen in den ersten Jahreshälften der Jahre 2004 bis 2010 jeweils wieder gemäss dem bisher gelebten «modus operandi» durchgeführt wurden. Die kurzen Unterbrüche sind damit lediglich als (Umsetzungs-)Unterbrüche zu qualifizieren.

Beteiligung aller Unternehmen am Konsens

284. Zuletzt ist darauf einzugehen, ob sich einzelne Unternehmen nicht am Konsens beteiligten. Für die Palatini AG Untervaz/Cellere, die Centorame, die Frey/Toldo, die Hew, die Implenja, die Prader und die Mettler AG (bis 2005), die Schlub und die Schlub Tief- und Strassenbau AG und die Walo folgt aus den Beweismitteln, dass sie Teilnehmer des Konsenses waren (vgl. Rz 267 ff., 278 ff., 282 f.). Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die Stellungnahmen der Cellere, der Centorame, der Hew, der Schlub, der Toldo und der Zindel/Prader zum Antrag des Sekretariats, mit denen diese Untersuchungsadressatinnen den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannten (vgl. Rz 260). Aus den Stellungnahmen der Cat-

ram, der Hüppi AG Wallisellen, der Implenia und der Walo zum Antrag ergibt sich ebenfalls nichts Gegenteiliges.

285. Von drei Untersuchungsadressatinnen (Käppeli's Söhne AG und Bianchi Holding AG, Foser und KIBAG; vgl. Rz 261) wird indes (hilfsweise) behauptet, sie hätten sich jedenfalls nicht am vom Sekretariat festgestellten Konsens (vgl. Rz 260) beteiligt. Diese Vorbringen werden nachfolgend geprüft.

(i) Käppeli

286. Die Käppeli behauptet hilfsweise ihr sei eine Beteiligung am Konsens nicht nachzuweisen. Sie begründet dies damit, dass sie weder regelmässig an Zuteilungssitzungen gewesen sei noch sich an konkreten Zuteilungen und gemeinsamen Festlegungen der Angebotssummen beteiligt habe. Es fehle an Dokumentenbeweisen.⁴⁴⁵

287. Aus den Angaben der Selbstanzeigerinnen und des Zeugen geht hingegen hervor, dass sich die Käppeli wie die übrigen Strassenbauunternehmen am Konsens beteiligt hat (vgl. Rz 254 ff., 262). Damit sind die vorliegenden Beweismittel sorgfältig auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin zu prüfen. Diesbezüglich gelten die Ausführungen in Rz 267–283 entsprechend, weshalb auf eine erneute detaillierte Wiedergabe der Beweiswürdigung im Hinblick auf die Beteiligung der Käppeli verzichtet werden kann. Folgendes ist spezifisch mit Blick auf die Vorbringen der Käppeli zu ergänzen.

- Entgegen dem Vorbringen der Käppeli ist bewiesen, dass die Käppeli in der Zeit 2004 bis und mit Mai 2010 an Zuteilungssitzungen anwesend war (siehe insbesondere oben Rz 243 ff.) und sich dort an den gemeinsamen Zuteilungen und Festlegungen der Angebotssummen beteiligte (siehe unten Rz 315 ff.). Im Übrigen führt die Käppeli in ihrer Stellungnahme an mehreren Stellen selbst aus, es habe an Zuteilungstreffen, an denen sie selbst anwesend gewesen sei, Zuteilungs- und Preisabreden gegeben.⁴⁴⁶ Diese Beteiligung der Käppeli indiziert, dass die Käppeli den Konsens mittrug. Da keine Beweismittel für einen Austritt vorliegen (siehe auch Rz 244), ist auch nicht anzunehmen, dass sie den Konsens «aufkündigte».
- Entgegen dem Vorbringen der Käppeli liegen Dokumentenbeweise vor (vgl. Rz 263 f.). Diese indizieren zusammen mit allen übrigen Beweismitteln, dass sich auch die Käppeli am Konsens beteiligte (siehe oben Rz 273). Dass kein schriftliches «Rahmenabkommen» zwischen den 13 bzw. zwölf Unternehmen o. ä. vorliegt, welches z. B. von der Käppeli unterschrieben ist, ändert daran nichts. Denn ein Konsens kann auch mittels anderer Beweismittel nachgewiesen werden (vgl. Rz 252 f.).

288. Mit Blick auf die vorliegenden Beweismittel ist damit bewiesen, dass auch die Käppeli an dem Konsens gemäss Rz 267–283 teilnahm.

(ii) Foser

289. Die Foser behauptet hilfsweise ihr sei eine Beteiligung am Konsens nicht nachzuweisen. Sie begründet dies damit, dass sie sich nur an Sitzungen beteiligt habe, bei denen es um Projekte gegangen sei, welche sie interessiert hätten. Das Sekretariat habe der Foser nicht nachgewiesen, bei welchen konkreten Projekten sie an Zuteilungen und gemeinsamen Festlegungen der Angebotssummen beteiligt gewesen sei.⁴⁴⁷

290. Aus den Angaben der Selbstanzeigerinnen und des Zeugen geht hingegen hervor, dass sich die Foser wie die übrigen Strassenbauunternehmen am Konsens beteiligt hat (vgl.

⁴⁴⁵ Siehe insbesondere Act. V.238, Rz 80 ff. (22-0457).

⁴⁴⁶ Vgl. Act. V.190, Rz 98 f., 111; V.221, Rz 26 ff.; V.238, Rz 6; (22-0457).

⁴⁴⁷ Siehe insbesondere Act. V.238, Rz 80 ff. (22-0457).

Rz 254 ff., 262). Damit sind die vorliegenden Beweismittel sorgfältig auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin zu prüfen. Diesbezüglich gelten die Ausführungen in Rz 267–283 entsprechend, weshalb auf eine erneute detaillierte Wiedergabe der Beweiswürdigung im Hinblick auf die Beteiligung der Foser verzichtet werden kann. Folgendes ist spezifisch mit Blick auf die Vorbringen der Foser zu ergänzen.

- Es ist bewiesen, dass die Foser in der Zeit 2004 bis und mit Mai 2010 an Zuteilungssitzungen anwesend war (siehe insbesondere oben Rz 240 ff.) und sich dort an den gemeinsamen Zuteilungen und Festlegungen der Angebotssummen beteiligte (siehe unten Rz 315 ff.). Die Foser führt ohnehin selbst aus, sie habe sich an gemeinsamen Zuteilungsentscheidungen anhand der Anteilsquoten sowie der entsprechenden Festlegung der Angebotssummen – bis zu ihrem angeblichen «Austritt» im März 2007 – beteiligt.⁴⁴⁸ Diese Beteiligung indiziert, dass die Foser den Konsens mittrug. Da keine Beweismittel für einen Austritt vorliegen (siehe auch Rz 241), ist auch nicht anzunehmen, dass sie den Konsens «aufkündigte».
- Inwiefern der angebliche Umstand, dass die Foser nur an Sitzungen gegangen sei, wenn sie an den besprochenen Projekten interessiert gewesen sei, gegen eine Beteiligung der Foser am Konsens sprechen soll, ist für die WEKO nicht verständlich. Denn selbst wenn dem so gewesen wäre, so folgt daraus erstens, dass die Foser kantonale und kommunale Strassenbauprojekte gemeinsam zuteilen wollte, sofern die Foser an diesen interessiert war. Zweitens ist zu berücksichtigen, dass die Foser wusste, dass die übrigen Projekte, also diejenigen, an denen die Foser nicht interessiert war, ebenfalls zugeteilt wurden. Es ist dabei nicht vorstellbar, dass sie gegen diese Zuteilungen quasi einen inneren Vorbehalt hatte, obwohl sie wollte, dass man die für sie interessanten Projekte ihr zuteilte. Damit folgt aus dem Vorbringen, die Foser sei nur an Sitzungen gegangen sei, wenn sie an den besprochenen Projekten interessiert gewesen sei, gerade ihre Beteiligung am Konsens.

291. Mit Blick auf die vorliegenden Beweismittel ist damit bewiesen, dass auch die Foser an dem Konsens gemäss Rz 267–283 teilnahm.

(iii) KIBAG

292. Ohne konkret auf das Beweisthema «Konsens» einzugehen, macht die KIBAG pauschal geltend, dass der Beweis einer Kartellgesetzverletzung gegenüber der KIBAG nicht erbracht sei. Sie begründet dies damit, dass das Protokoll der Zeugeneinvernahme von [...] nicht verwertbar sei, dass die Selbstanzeigen widersprüchlich seien und die Dokumentenbeweise keinen Beweiswert hätten.⁴⁴⁹ Aus diesen Vorbringen ist zu folgern, dass sie vorbringt, sie habe sich nicht an dem festgestellten Konsens beteiligt.

293. Aus den Angaben der Selbstanzeigerinnen und des Zeugen geht hingegen hervor, dass sich die KIBAG wie die übrigen Strassenbauunternehmen am Konsens beteiligt hat (vgl. Rz 254 ff., 262). Damit sind die vorliegenden Beweismittel sorgfältig auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin zu prüfen. Diesbezüglich gelten die Ausführungen in Rz 267–283 entsprechend, weshalb auf eine erneute detaillierte Wiedergabe der Beweiswürdigung im Hinblick auf die Beteiligung der KIBAG verzichtet werden kann. Folgendes ist spezifisch mit Blick auf die Vorbringen der KIBAG zu ergänzen.

- Der Zeuge [...] war ab 2008 [...] bei der KIBAG und dort u. a. für den Bereich Strassenbau zuständig. Nach seinen Angaben war die KIBAG an den Zuteilungen und Preisfestlegungen genauso beteiligt wie andere Unternehmen; das gelte sowohl für

⁴⁴⁸ Vgl. Act. V.221, Rz 26 ff.

⁴⁴⁹ Act. V.192, Rz 9 ff. (22-0457).

Nord- wie für Südbünden (vgl. Rz 174, 207, 262, 310). Wie bereits dargelegt, ist das Einvernahmeprotokoll als Beweismittel verwertbar (siehe oben Rz 110 ff.).

- Soweit die KIBAG einwendet, die Selbstanzeigerinnen sowie der Zeuge würden sich hinsichtlich der Teilnehmer im Allgemeinen und bezüglich der Teilnahme der KIBAG im Besonderen widersprechen, trifft dies nicht zu (siehe insbesondere oben Rz 212, 215). Auch sind die Angaben der Selbstanzeigerinnen und des Zeugen kongruent in Bezug auf das Bestehen und den Inhalt des Konsenses. Weshalb die abweichenden Ausführungen der Walo und des Zeugen zur Dauer der Zusammenarbeit in Nordbünden nicht zutreffend sind, hat die WEKO dabei dargelegt (siehe insbesondere Rz 272).
- Es ist bewiesen, dass die KIBAG in der Zeit 2004 bis und mit Mai 2010 an Zuteilungssitzungen anwesend war (siehe oben Rz 211–222) und sich dort an den gemeinsamen Zuteilungen und Festlegungen der Angebotssummen beteiligte (siehe unten Rz 315 ff.). Diese Beteiligung indiziert, dass die KIBAG den Konsens mittrug.
- Entgegen dem Vorbringen der KIBAG liegen Dokumentenbeweise vor (vgl. Rz 263 f.). Diese indizieren zusammen mit allen übrigen Beweismitteln, dass sich auch die KIBAG am Konsens beteiligte (siehe oben Rz 273). Zu betonen ist, dass die von [...] gegenüber der VBU/VGR gestellten Rechnungen als Indiz einen Beweiswert haben (siehe vor allem oben Rz 187). Dass kein schriftliches «Rahmenabkommen» zwischen den 13 bzw. zwölf Unternehmen o. ä. vorliegt, welches z. B. von der KIBAG unterschrieben ist, ändert daran nichts. Denn ein Konsens kann auch mittels anderer Beweismittel nachgewiesen werden (vgl. Rz 252 f.).

294. Mit Blick auf die vorliegenden Beweismittel ist damit bewiesen, dass auch die KIBAG an dem Konsens gemäss Rz 267–283 teilnahm.

(iv) Zwischenergebnis

295. Es ist damit bewiesen, dass sich neben der Palatini AG Untervaz/Cellere, der Centorame, der Frey/Toldo, der Hew, der Implenla, der Prader und der Mettler AG (bis 2005), der Schlub und der Schlub Tief- und Strassenbau AG und der Walo auch die Käppeli, die Foser sowie die KIBAG am Konsens gemäss Rz 267–283 beteiligt haben. Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die Stellungnahmen der Cellere, der Centorame, der Hew, der Schlub, der Toldo und der Zindel/Prader zum Antrag des Sekretariats, mit denen diese Untersuchungsadressatinnen den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannten (vgl. Rz 260).

B.3.2.3.4 Zwischenergebnis

296. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass zwischen den 13 bzw. zwölf Unternehmen in tatsächlicher Hinsicht folgender Konsens bestand. Die 13 bzw. zwölf Unternehmen sind über eingekommen, wenn möglich alle von Graubündner Gemeinden (ohne Misox) und vom Kanton Graubünden in Nordbünden und Südbünden vergebenen Strassenbauprojekte untereinander aufzuteilen. Dazu wollten die beteiligten bzw. interessierten Unternehmen bezüglich der betroffenen Projekte an Zuteilungssitzungen kurz vor Ablauf der Frist zur Einreichung von Offerten jeweils gemeinsam entscheiden (in der Gruppe Nord ab 2006 in Unter- und Obergruppen; in der Gruppe Süd in der Regel in einer Sechser-Besetzung; siehe oben Rz 247 f.), wer von ihnen ein bestimmtes Projekt erhalten sollte.

297. Damit jedes Unternehmen im Laufe eines Kalenderjahres ausreichend Strassenbauprojekte erhielt, bestanden für jedes der beteiligten Unternehmen die folgenden vorbestimmten Anteilsquoten, welche im Laufe des Kalenderjahres erreicht werden sollten: Implenla: 15,5–16,5 %, Prader: 11,5–12,5 %, Casty: 10–11 %, Walo: 9–10 %, Vago/KIBAG: 7,5–8,5 %, Palatini/Cellere: 7,5–8,5 %, Hew: 5,5–6,5 %, Käppeli: 5,5–6,5 %, Frey/Toldo: 4,5–5,5 %, Schlub Nord: 4,5–5,5 %, Centorame: 4–5 %, Foser: 3,5–4,5 % und Schlub Süd: 2,5–3,5 %.

298. Die Umsetzung der an den Zuteilungssitzungen getroffenen Zuteilungsbeschlüsse sollte durch die gemeinsame Festlegung der Höhe der Angebotssummen erfolgen, wobei der gemeinsam designierte Zuschlagsempfänger die niedrigste Angebotssumme einreichen sollte (Schutzempfänger). Die übrigen Unternehmen sollten bei der jeweiligen Vergabestelle höhere Angebotssummen abgeben (Stützofferten) oder gar kein Angebot einreichen (bid suppression). Es war Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen, dass zur Bestimmung der Höhe der Angebotssumme der designierten Gewinnerofferte in der Regel die «Mittelwertmethode» angewandt werden sollte. Diese sah vor, dass jedes Unternehmen im Rahmen der Zuteilungstreffen zunächst seine Offerten rechnen sollte. Der Mittelwert aller Angebotssummen wurde sodann als Angebotssumme der designierten Gewinnerofferte verwendet. Die übrigen Unternehmen reichten Offerten ein, welche über dem Mittelwert lagen. In Nordbünden, wo es häufig relativ viele Offerten gab, strichen die beteiligten Unternehmen vor der Mittelwertberechnung die höchste und die niedrigste Angebotssumme.

299. Mit dieser Zusammenarbeit bezweckten die 13 bzw. zwölf Unternehmen, den Konkurrenzdruck zwischen den beteiligten Unternehmen zu verringern und die Preise für Strassenbau zu stabilisieren bzw. ein besseres Preisniveau zu erzielen. Die Zuteilungen dienten damit der Sicherung der Gewinnmargen bzw. Einnahmen der Unternehmen.

300. Die gemeinsame Ziel- und Zwecksetzung bestand zwischen den 13 bzw. zwölf Unternehmen jedenfalls in der Zeit zwischen 2004 und Mai 2010.

B.3.2.4 Umsetzung und Auswirkungen der Zusammenarbeit

301. Nachfolgend wird darüber Beweis geführt, wie die 13 bzw. zwölf Unternehmen den vorgenannten Konsens umsetzten und welche Auswirkungen diese Zusammenarbeit hatte. Dies nur insoweit, als der Beweis solcher Tatsachen in Bezug auf andere Sachverhaltsselemente erfolgt (z. B. betreffend Konsens und Zwecksetzung; vgl. Rz 266 ff.) oder für die rechtliche Würdigung des Sachverhalts notwendig ist (z. B. in Bezug auf die Aufrechterhaltung der Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs oder betreffend die Sanktionierung; vgl. etwa Rz 439 ff., 457 ff., 475 ff., 576 ff.). Nicht Beweisthema ist insbesondere der Nachweis eines volkswirtschaftlichen Schadens (vgl. auch unten Rz 479).⁴⁵⁰

B.3.2.4.1 Massgebliche Beweismittel

302. Betreffend die Umsetzung und die Auswirkungen des Konsenses sind insbesondere die folgenden Beweismittel zu beachten:

Parteiauskünfte

303. Betreffend die Umsetzung gibt die Implenia an, dass die Zuteilungstreffen bis und mit 2009 «sehr regelmässig» stattgefunden hätten. Danach habe es einen «Crash» gegeben, so dass bis Mai 2010 nur noch sehr grosse Projekte gemeinsam zugeteilt worden seien. Auch vor Frühjahr 2009 habe es immer wieder Unterbrüche gegeben. Vor allem im zweiten Halbjahr eines Kalenderjahres habe die Zusammenarbeit häufig nicht gut funktioniert. Man habe sich dann aber (in den Jahren 2004 bis und mit 2010) zu Beginn eines jeweiligen Kalenderjahres immer wieder «zusammengerauft». In den Zeiten des Funktionierens der Zusammenarbeit, d. h. in den Frühjahren der Kalenderjahre 2004 bis 2010 hätten es die Unternehmen jeweils geschafft, zwischen 70–80 % der in Nordbünden und Südbünden kommunal und kantonal vergebenen Strassenbauprojekte (mit einem Auftragswert von über CHF 30 000 bzw. CHF 50 000) erfolgreich, d. h. an den designierten Schutzempfänger einvernehmlich zuzuteilen. Wenn die Zusammenarbeit nicht funktioniert habe, habe das daran gelegen, dass sich einzelne Unternehmen nicht an die Abmachungen gehalten hätten, dass der Bauherr nicht

⁴⁵⁰ Siehe BGE 143 II 297, E. 5.1.4., *Gaba*.

an den Anbieter mit der tiefsten Angebotssumme vergeben habe (z. B. aus technischen Gründen oder weil Eignungskriterien nicht erfüllt wurden) oder dass externe Anbieter tiefere Angebotssummen eingereicht hätten. Die Implenia benennt insgesamt rund 470 in Nordbünden und in Südbünden vergebene Strassenbauprojekte aus den Jahren 2006 bis und mit 2010 (Auftragswert insgesamt ca. CHF 115 Mio.), bei denen die Implenia jeweils von Teilen der übrigen 11 Unternehmen Stützofferten erhalten habe. Die Implenia geht nicht davon aus, dass die Liste abschliessend ist; weitere Projekte könne sie deshalb nicht benennen, da bei der Implenia bezüglich des Untersuchungsgegenstands kaum Dokumente vorhanden seien und die Implenia damit für die Rekonstruktion der Ereignisse auf die Erinnerung weniger Personen ([...] und [...]) angewiesen sei. Betreffend sonstiger Wirkungen der Zusammenarbeit (wie etwa Preisstabilität etc.) macht die Implenia keine ausdrücklichen Ausführungen.⁴⁵¹

304. Aus der Selbstanzeige der Walo geht hervor, dass die 13 bzw. zwölf Unternehmen gemeinsame Zuteilungen und gemeinsame Festlegungen der Höhe der Angebotssummen entsprechend der Zielsetzung und den geltenden Regeln (1. Gemeinsame Zuteilungsentscheidung insbesondere anhand der Anteilsquoten, 2. Gemeinsame Festlegung der Höhe der Angebotssummen zumindest teilweise mit der «Mittelwertmethode») vornahmen. Dies habe vor allem in den Frühjahren der Kalenderjahre 2004 bis 2009 funktioniert, insbesondere auch deshalb, da die öffentlichen Vergabestellen die anstehenden Strassenbauprojekte häufig «im Paket», d. h. mit identischen oder zeitlich sehr nah beieinanderliegenden Eingabefristen ausschrieben bzw. vergaben. In der zweiten Hälfte der Jahre 2004 bis 2009 habe die Zusammenarbeit häufig nicht mehr funktioniert, da dann nur noch vereinzelt Projekte vergeben worden seien und aufgrund der bereits gefüllten Auftragsbücher der Anreiz zur Zusammenarbeit geringer gewesen sei. Die Walo benennt insgesamt rund 460 in Nordbünden und in Südbünden vergebene Strassenbauprojekte der Jahre 2004 bis 2009 (Auftragswert insgesamt rund CHF 135 Mio.)⁴⁵², bei denen der damalige Geschäftsführer der Walo davon ausgehe, dass Abreden getroffen worden seien. Betreffend sonstiger Wirkungen der Zusammenarbeit (wie etwa Preisstabilität etc.) macht die Walo keine ausdrücklichen Ausführungen.⁴⁵³

305. Aus der Selbstanzeige der Cellere geht hervor, dass die 13 bzw. zwölf Unternehmen gemeinsame Zuteilungen und gemeinsame Festlegungen der Höhe der Angebotssummen entsprechend der Zielsetzung und den geltenden Regeln (1. Gemeinsame Zuteilungsentscheidung insbesondere anhand der Anteilsquoten, 2. Gemeinsame Festlegung der Höhe der Angebotssummen mit der «Mittelwertmethode») vornahmen. Dies habe vor allem in den ersten Jahreshälften der Kalenderjahre 2004 bis 2010 jeweils funktioniert, insbesondere auch deshalb, da die öffentlichen Vergabestellen die anstehenden Strassenbauprojekte häufig im ersten Quartal ausgeschrieben bzw. vergeben hätten. Ab dem dritten Quartal der Kalenderjahre 2004 bis 2010 hätten die Absprachen jeweils abgenommen. Die Cellere benennt insgesamt 31 in Nordbünden und Südbünden vergebene Strassenbauprojekte der Jahre 2008 bis und mit 2010 (Auftragswert insgesamt ca. CHF 9,8 Mio.), bei denen die Cellere von den übrigen Unternehmen Stützofferten erhalten habe. Weitere Projekte, etwa solche aus den Jahren 2004 bis 2007 oder solche, bei denen die Cellere Stützofferten zugunsten anderer Unternehmen eingereicht habe, könnten nicht rekonstruiert werden, da die Cellere ihre Offerten nicht archiviert habe. Im Nordbündner Belagsmarkt habe es zwei «Outsider» gegeben (Stradun SA und Walter Hösli AG). Im Südbündner Belagsmarkt sei neben den sechs VBU-/VGR-Mitgliedsunternehmen Palatini/Cellere, Hew, Implenia, Vago/KIBAG, Schlub

⁴⁵¹ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. IX.A.3, IX.A.8, IX.A.11, IX.A.13, IX.A.28, IX.A.36, IX.A.39, IX.A.41, IX.A.41a.

⁴⁵² Der genaue Auftragswert ist den Wettbewerbsbehörden nicht bekannt, da nicht für alle gemeldeten Projekte die Angebotssummen vorliegen und die Walo nur ihre Angebotssumme genannt hat, welche bisweilen eine Stützofferte war.

⁴⁵³ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. IX.E.7, IX.E.8–IX.E.11, IX.E.14, IX.E.18; Act. VII.C.7 (22-0457).

Tief- und Strassenbau AG einzig noch die STRABAG-Gruppe aktiv gewesen. Die Aktivitäten dieser «Outsider» hätten sich disziplinierend auf die Absprachen ausgewirkt. In ca. 1–2 % aller Fälle hätten die gemeinsamen Festlegungen nicht funktioniert, wobei jeweils unklar gewesen sei, ob sich das Unternehmen absichtlich nicht an die Abmachung gehalten hätte oder ob es sich um ein Versehen gehandelt habe. Die gemeinsamen Zuteilungen und Preisfestlegungen hätten Preisstabilität gebracht. Nach dem Ende der Zuteilungssitzungen im Sommer 2010 sei das Preisniveau dementsprechend stetig gesunken.⁴⁵⁴

306. Aus der Selbstanzeige der Centorame geht hervor, dass die 13 bzw. zwölf Unternehmen gemeinsame Zuteilungen und gemeinsame Festlegungen der Höhe der Angebotssummen entsprechend der Zielsetzung und den geltenden Regeln (1. Gemeinsame Zuteilungsentscheidung insbesondere anhand der Anteilsquoten, 2. Gemeinsame Festlegung der Höhe der Angebotssummen mit der «Mittelwertmethode») vornahmen. Dies habe vor allem in den Frühjahren der Kalenderjahre 2004 bis 2010 jeweils funktioniert. Wenn sich die Auftragsbücher im Laufe des Frühjahrs gefüllt hätten, habe die Teilnahmedisziplin jeweils abgenommen. Die gemeinsamen Zuteilungen und Preisfestlegungen anhand der «Mittelwertmethode» hätten zu überhöhten Preisen für den Belagsbau in Graubünden geführt. Geschätzt seien die Preise 5–10 % zu hoch gewesen.⁴⁵⁵

307. Die Hew, die Käppeli, die KIBAG, die Toldo und die Schlub verneinten während der Untersuchung das Stattfinden einer Zusammenarbeit oder führten aus, sie hätten bei der Zusammenarbeit jedenfalls nicht gemeinsam über die Zuteilung von Projekten und die Höhe der Angebotssummen entschieden.⁴⁵⁶ Abgesehen von diesen Gesellschaften und den Selbstanzeigerinnen hatten sich die Verfahrensparteien zum Thema «Umsetzung und Auswirkungen» vor Antragsversand zunächst nicht geäußert.

308. Mit ihren Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats anerkannten die Cellere, die Centorame, die Hew, die Schlub, die Toldo und die Zindel/Prader den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats (siehe oben Rz 83 f.88, 94 f., 97).⁴⁵⁷ Gemäss Antrag⁴⁵⁸ hätten die 13 bzw. zwölf Unternehmen zwischen 2004 bis und mit 2010 betreffend eine Vielzahl von in Nordbünden und Südbünden kommunal und kantonal vergebenen Strassenbauprojekten gemeinsame Zuteilungen und gemeinsame Festlegungen der Höhe der Angebotssummen entsprechend der Zielsetzung und den geltenden Regeln (1. Gemeinsame Zuteilungsentscheidung insbesondere anhand der Anteilsquoten, 2. Gemeinsame Festlegung der Höhe der Angebotssummen mit der «Mittelwertmethode») vorgenommen. Diese Zusammenarbeit habe vor allem in den ersten Hälften der Jahre 2004 bis und mit 2010 betreffend die in diesen Zeiträumen ausgeschriebenen kantonalen und kommunalen Strassenbauprojekte aus Nord- und Südbünden funktioniert. Die Zusammenarbeit habe aufgrund ihrer Ziel- und Zwecksetzung alle kommunal und kantonal vergebenen Strassenbauprojekte in Nordbünden und Südbünden betroffen. Die exakte Gesamtzahl und der genaue Gesamtauftragswert dieser Projekte (in der Zeit von 2004 bis und mit Mai 2010) seien nicht bekannt. Das Sekretariat ging davon aus, dass jedenfalls die zwischen 2004 bis und mit Mai 2010 vergebenen 869 kantonalen oder kommunalen Strassenbauprojekte gemäss DOPGR (Wert: CHF 251 Mio.) vom Zuteilungssystem erfasst gewesen seien. In den Jahren 2004 bis und mit Mai 2010 hätten die 13 bzw. zwölf Unternehmen rund 70–80 % des Gesamtwerts der kantonalen und kommunalen Strassenbauprojekte in Nordbünden und in Südbünden erfolgreich zugeteilt. Von den 869 DOPGR-Projekten hätten sie Projekte im Wert von mindestens CHF 190 Mio.

⁴⁵⁴ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. IX.F.1, IX.F.4, IX.F.5, IX.F.11; Act. VII.D.2a; VII.D.6 (22-0457).

⁴⁵⁵ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. VII.E.1; VII.E.4; VII.E.11 (22-0457).

⁴⁵⁶ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. IV.013 f., IV.016–IV.020; IV.022; Act. II.001, II.003–II.006 (22-0457).

⁴⁵⁷ Act. V.134; V.155; V.156; V.232; V.233; V.237; V.240; V.243; V.246 (22-0457).

⁴⁵⁸ Vgl. Act. V.16–V.29 (22-0457); Rz 236–269 des Antrags.

zuteilt. Die Vielzahl der einvernehmlichen Zuteilungen von Strassenbauprojekten mittels gemeinsamen Festlegungen der Höhe der Angebotssummen anhand der «Mittelwertmethode» habe insbesondere bewirkt, dass sich das Bieterverhalten betreffend kommunal (ohne Misox) und kantonal vergebene Strassenbauprojekte in der Zeit 2004 bis und mit Mai 2010 infolge der Zusammenarbeit vom Bieterverhalten betreffend vergleichbare Strassenbauprojekte aus der Zeit Mai 2010 bis Ende 2013 unterscheide. Auch habe die Zusammenarbeit der 13 bzw. zwölf Unternehmen im Rahmen des Zuteilungssystems höhere Angebotssummen bewirkt als sie ohne die Zuteilungen mittels der «Mittelwertmethode» eingereicht worden wären (ca. 8–10 % höher). Die Cellere merkt diesbezüglich an, dass es den beteiligten Unternehmen freigestanden habe, den anhand der Mittelwertmethode errechneten Preis weiter zu reduzieren. Wegen der Konkurrenz durch die Stradun SA in ganz Nordbünden hätten die 13 bzw. zwölf Unternehmen den Preis regelmässig reduziert.⁴⁵⁹

309. Darüber hinaus sind die Stellungnahmen der Untersuchungsadressatinnen in Bezug auf das Beweisthema «Umsetzung und Auswirkungen» folgendermassen zusammenzufassen.

- Die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG erklärten, es habe nach 2004 zwar vereinzelt Abreden bei den Zuteilungstreffen gegeben. Der A. Käppeli's Söhne AG seien solche Zuteilungen aber nicht nachgewiesen. Erfolgreiche Zuteilungen im vom Sekretariat beschriebenen Ausmass (70 bis 80 % des Gesamtvolumens) habe es jedenfalls nicht gegeben, da es nur um einzelne Abreden gegangen sei und es jedes Jahr Unterbrüche der Zusammenarbeit gegeben habe. Die Analyse der Offertdaten könne nicht als Beweismittel herangezogen werden. Selbst bei Anwendung der Mittelwertmethode sei der Preiseffekt geringer ausgefallen, da sich die Unternehmen «nichts hätten schenken» wollen und zu tief gerechnet hätten. Die Zahl der Freigaben sei genauer zu untersuchen und es sei zu prüfen, inwiefern die Anteilsquoten eingehalten wurden.⁴⁶⁰
- Die Foser behauptet, sie habe spätestens ab 16. März 2007 nicht mehr an den einzelnen Zuteilungen teilgenommen. Auch davor habe die Foser jedenfalls eine völlig untergeordnete Rolle gespielt. Das Sekretariat habe der Foser keine Beteiligung an konkreten Zuteilungen nachgewiesen. Die beteiligten Unternehmen hätten sich zudem ohnehin regelmässig nicht an die Absprachen gehalten, das Verhältnis zwischen den Unternehmen sei «im Grundsatz kompetitiv» gewesen. Dies auch, weil «durchaus Aussenwettbewerb» geherrscht habe. Die Analyse der Offertdaten könne nicht als Beweismittel herangezogen werden, da sie nicht das gleiche Bild zeige wie im Fall «Kanton Tessin».⁴⁶¹
- Die Hüppi AG Wallisellen macht geltend, die Casty Bau AG habe sich höchstens bis Frühjahr 2009 an Absprachen beteiligt. Zum Beweisthema «Umsetzung und Auswirkungen» macht sie darüber hinaus keine weiteren Angaben.⁴⁶²
- Ohne konkret auf das Beweisthema «Umsetzung und Auswirkungen» einzugehen, macht die KIBAG pauschal geltend, dass der Beweis einer Kartellgesetzverletzung gegenüber der KIBAG nicht erbracht sei. Sie begründet dies damit, dass das Protokoll der Zeugeneinvernahme von [...] nicht verwertbar sei, dass die Selbstanzeigen wider-

459 Act. V.240. S. 2 f.

460 Act. V.238, Rz 16 ff., 163 f., 165 f. (22.0457).

461 Act. V.221, Rz 22 ff, 40 ff., 55 ff. (22.0457).

462 Vgl. etwa Act. V.190, Rz 98 f. (22.0457).

sprüchlich seien und die Dokumentenbeweise keinen Beweiswert hätten. Konkrete Einzelabreden seien der KIBAG auch nicht nachgewiesen.⁴⁶³

- In den übrigen drei Stellungnahmen (der Catram, der Implenla und der Walo) finden sich keinerlei Angaben zum Beweisthema «Umsetzung und Auswirkungen» (vgl. Rz 86, 91, 96).

Angaben von Dritten

310. Aus der Zeugenaussage von [...] (u. a. ehemaliger [...] der KIBAG) geht hervor, dass die 13 bzw. zwölf Unternehmen abhängig vom Ausschreibungsvolumen gemeinsame Zuteilungen und gemeinsame Festlegungen der Höhe der Angebotssummen betreffend kommunal und kantonal vergebene Strassenbauprojekte in Nordbünden und in Südbünden vornahmen (1. Gemeinsame Zuteilungsentscheidung, 2. Gemeinsame Festlegung der Höhe der Angebotssummen). Dies habe vor allem in den Frühjahren der Kalenderjahre 2004 bis 2009 jeweils funktioniert. Im Sommer habe es praktisch keine Berechnungssitzungen mehr gegeben.⁴⁶⁴

Dokumentenbeweise

311. Bei den Hausdurchsuchungen wurden Dokumente und elektronische Daten sichergestellt, aus welchen sich indizienweise die Umsetzung und Auswirkungen ergeben (z. B. Kalendereinträge, Protokolle, E-Mails und Notizen).⁴⁶⁵ Diese wurden bereits in Rz 175, Rz 208 und Rz 263 aufgeführt. Ausdrücklich erwähnt seien an dieser Stelle die nachfolgenden Dokumente:

- Es liegen «Anteilsquoten-Kontroll-Listen» von einzelnen Unternehmen vor.⁴⁶⁶
- Bei der Käppeli wurden Dokumente sichergestellt, welche Analysen der Hüppi AG Wallisellen und der Käppeli betreffend den Strassenbaumarkt in Graubünden aus dem Jahr 2000 enthalten. Darin heisst es betreffend die Organisation der Strassenbaubranche im Kanton Graubünden u. a.: «Organisiert in der VBU (Vereinigung Bündner Strassenbauunternehmen), 100 %»⁴⁶⁷ sowie: «Der Strassenbau ist sehr gut organisiert im ganzen Tätigkeitsgebiet. Dies hat unter anderem folgende Auswirkungen: hohes Preisniveau, ... verzögerte Restrukturierung der Strassenbaubranche, Innovationen kommen nur von den Bauherren».⁴⁶⁸
- Zu erwähnen ist auch die bei der Hew sichergestellte E-Mail vom 9. Mai 2011 von [...] ([Vertreter] der Hew) an [...] ([...] AG) inkl. angefügter Entwurf VR-Protokoll 2011.⁴⁶⁹ In dem Entwurf VR-Protokoll 2011 ist folgende Passage enthalten: «Im Belagsbau hat ein Preissturz von 5 % stattgefunden. Dies hat stark damit zu tun, dass man unter den Beläglern völlig verkracht ist. Lediglich 5 Offerten habe man dieses Jahr unter einander besprochen. Strabag funkt immer drein. Walo sitzt nicht mehr an den runden Tisch. Implenla hat sich auch abgemeldet. Die Folge ist, dass man heute auf einem miserablen Preisniveau ist.». In der E-Mail verlangte [...] von [...] die Streichung der Textpassage «Lediglich 5 Offerten habe man dieses Jahr unter einander besprochen. Strabag

⁴⁶³ Act. V.192, Rz 9 ff. (22-0457).

⁴⁶⁴ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. II.002 (22-0457), insbesondere Rz 249 ff., 429 ff., 462 ff. Das Protokoll der Zeugeneinvernahme ist verwertbar; siehe oben Rz 107 ff.

⁴⁶⁵ Vgl. etwa Act. III.J.101; III.K.163–III.166; III.K.168; III.L.028; III.L.053–III.L.055; III.M.047; III.O.078; III.O.080; III.O.131–III.O.133; III.O.137; III.O.141; III.O.143; III.Q.061.

⁴⁶⁶ Vgl. etwa die eingereichten Listen gemäss Act. IX.A.35 und IX.A.37 sowie Act. IX.F.4, S. 14.

⁴⁶⁷ Act. III.J.086, S. 5.

⁴⁶⁸ Act. III.J.089, S. 6.

⁴⁶⁹ Act. III.O.078.

funkt immer drein. Walo sitzt nicht mehr an den runden Tisch. Implenia hat sich auch abgemeldet. Die Folge ist, dass man heute auf einem miserablen Preisniveau ist.». Sein Streichungsverlangen begründete [...] in der E-Mail spezifisch so: «Trakt. 2 TB: Keine Erwähnung des Gesagten im Protokoll (WEKO)».

312. Auch liegen der WEKO betreffend 3252 vom Kanton Graubünden und den Graubündner Gemeinden vergebene Strassen- und Tiefbauprojekte (Gesamtauftragswert rund CHF 1729 Mio.) die Offertöffnungsprotokolle und teilweise die Vergabeentscheide vor (siehe dazu auch Rz 142 ff.).⁴⁷⁰ Daraus lassen sich Rückschlüsse auf die Umsatzanteile der 13 bzw. zwölf Unternehmen ziehen. Die Daten wurden zudem dahingehend untersucht, ob das Bieterverhalten eine gemeinsame Zuteilung und eine gemeinsame Festlegung der Höhe der Angebotssummen indiziert.

313. Vertieft wird auf die vorgenannten Beweismittel im Rahmen der nachfolgenden Beweiswürdigung eingegangen, soweit dies für die kartellrechtsrelevanten Beweisergebnisse von Bedeutung ist.

B.3.2.4.2 Beweiswürdigung

314. Nachfolgend werden die genannten Beweismittel zunächst in Bezug auf die Umsetzung des Konsenses beurteilt (siehe Rz 315 ff.). Anschliessend wird auf bestimmte Auswirkungen eingegangen (siehe Rz 320 ff., 322 ff., 331 f, 335 f.).

Umsetzung

315. Aus den Selbstanzeigen sowie der Aussage des Zeugen [...] geht hervor, dass die Zusammenarbeit ziel- und zweckgerecht funktionierte und die 13 bzw. zwölf Unternehmen in der Zeit zwischen 2004 und Mitte Mai 2010 die weit überwiegende Mehrzahl von kommunal und kantonal vergebenen Strassenbauprojekten aus Nordbünden und Südbünden gemeinsam – anhand der Anteilsquoten – zuteilten, indem sie diesbezüglich die Höhe der Angebotssummen (in der Regel) mittels der «Mittelwertmethode» gemeinsam festlegten. Die Zusammenarbeit habe vor allem in den ersten Hälften der Jahre 2004 bis und mit 2010 funktioniert. Dies wird von der Hew, der Schlub, der Toldo sowie der Zindel/Prader ausdrücklich bestätigt, da diese Gesellschaften den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannt haben (vgl. Rz 308). Aus den Stellungnahmen der Catram, der Hüppi AG Wallisellen (in Bezug auf die Jahre 2004 bis Anfang 2009), der Implenia und der Walo zum Antrag ergibt sich ebenfalls nichts Gegenteiliges. Die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG, die Foser und die KIBAG bestreiten hingegen, dass es ein entsprechendes Verhalten gab bzw. – hilfsweise – dass sie daran beteiligt waren (siehe Rz 309)..

316. Die vorliegenden Beweismittel sind damit wiederum im Rahmen einer umfassenden Beweiswürdigung auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin zu prüfen. Diesbezüglich gelten insbesondere die Ausführungen in Rz 178–197, 211–250, 266–299 entsprechend, weshalb auf eine erneute detaillierte Wiedergabe der Beweiswürdigung verzichtet werden kann. Folgendes ist spezifisch betreffend die Umsetzung des Konsenses betreffend Ziel und Zweck sowie – wegen der Einwände der A. Käppeli's Söhne AG und der Bianchi Holding AG, der Foser, der Hüppi AG Wallisellen und der KIBAG (siehe Rz 309) – bezüglich der individuellen Beteiligung der A. Käppeli's Söhne AG, der Casty Bau AG, der Foser und der KIBAG zu ergänzen bzw. zu betonen:

- Die Implenia benennt insgesamt rund 470 in Nordbünden und Südbünden vergebene Strassenbauprojekte aus den Jahren 2006 bis und mit 2010 (Auftragswert insgesamt ca. CHF 115 Mio.), bei denen die Implenia jeweils von Teilen der übrigen 11 Unternehmen Stützofferten erhalten habe. Die Walo benennt insgesamt rund 460 in Nord-

⁴⁷⁰ Siehe Act. VI.001 ff.

bünden und Südbünden vergebene Strassenbauprojekte der Jahre 2004 bis 2009 (Auftragswert insgesamt rund CHF 135 Mio.)⁴⁷¹, bei denen der damalige Geschäftsführer der Walo davon ausgeht, dass Abreden zwischen den 13 bzw. zwölf Unternehmen getroffen worden seien. Die Cellere benennt insgesamt 31 in Nordbünden und Südbünden vergebene Strassenbauprojekte der Jahre 2008 bis und mit 2010 (Auftragswert insgesamt ca. CHF 9,8 Mio.), bei denen die Cellere von den übrigen Unternehmen aus dem Kreis der 13 bzw. zwölf Unternehmen Stützofferten erhalten habe. Die Selbstanzeigerinnen Implenja, Walo und Cellere machen dabei kongruente Angaben zu den Namen der betroffenen Projekte und den beteiligten Unternehmen. Insbesondere finden sich von der Implenja und der Cellere gemeldete betroffene Strassenbauprojekte auch auf den entsprechenden Listen der Walo. Die Walo gibt mithin in Übereinstimmung mit der Implenja und Cellere an, die Implenja bzw. die Palatini/Cellere habe bei diesen, sich auf mehreren Listen findenden Projekten unter anderem von der Walo sowie den übrigen offerteinreichenden Unternehmen aus dem Kreis der 13 bzw. zwölf Unternehmen (insbesondere von der A. Käppeli's Söhne AG, der Casty Bau AG, der Foser sowie der KIBAG) Stützofferten erhalten.⁴⁷² Welche Unternehmen aus dem Kreis der 13 bzw. zwölf Unternehmen bei den von den drei Selbstanzeigerinnen gemeldeten Projekten konkret Offerten einreichten, ergibt sich im Übrigen nicht nur aus den Angaben der Selbstanzeigerinnen. Dies kann daneben auch anhand eingereicherter Projektunterlagen (z. B. Offertöffnungsprotokolle etc.) verifiziert werden.⁴⁷³ Danach haben alle 13 bzw. zwölf Unternehmen in der Zeit von 2004 bis Mai 2010 bei gemeldeten Projekten wiederholt das Projekt – entsprechend der Festlegung – erhalten und wiederholt unterlegene Offerten eingereicht, wenn von den Selbstanzeigerinnen angegeben wurde, dass Stützofferten eingereicht wurden. Dies alles indiziert die Umsetzung des Konsenses mittels konkreter Projektzuteilungen und gemeinsamer Festlegungen der Höhe der Angebotssummen – insbesondere unter der Beteiligung der A. Käppeli's Söhne AG, der Casty Bau AG, der Foser sowie der KIBAG. Es spricht insbesondere auch gegen das Vorbringen der Foser, Absprachen seien nicht eingehalten worden und das Verhalten der 13 bzw. zwölf Unternehmen sei «im Grundsatz kompetitiv» gewesen.

- Die Selbstanzeigen sowie die Zeugenaussage sind im Hinblick auf den Erfolg der Umsetzung kongruent. Gemäss diesen Aussagen nahmen die 13 bzw. zwölf Unternehmen zwischen 2004 bis und mit Mai 2010 betreffend die weit überwiegende Mehrzahl von in Nordbünden und Südbünden kommunal und kantonale vergebenen Strassenbauprojekten gemeinsame Zuteilungen und gemeinsame Festlegungen der Höhe der Angebotssummen (1. Gemeinsame Zuteilungsentscheidung insbesondere anhand der Anteilsquoten, 2. Gemeinsame Festlegung der Höhe der Angebotssummen unter grundsätzlicher Anwendung der «Mittelwertmethode») vor. Dies funktionierte vor allem in den Frühjahren der Kalenderjahre 2004 bis 2010. Die Implenja geht von einer «Erfolgsquote» von 70–80 % aus (im Verhältnis zu allen vergebenen Strassenbauprojekten aus Südbünden und Nordbünden). Die Cellere führt gar aus, dass die Zuteilungen zwischen den 13 bzw. zwölf Unternehmen einzig in 1–2 % der Fälle nicht erfolgreich waren. All dies indiziert die Umsetzung des Konsenses mittels konkreter Projektzuteilungen und gemeinsamer Festlegungen der Höhe der Angebotssummen – insbesondere unter der Beteiligung der A. Käppeli's Söhne AG, der Casty Bau AG, der Foser sowie der KIBAG. Es spricht insbesondere auch gegen das Vorbringen der Foser,

⁴⁷¹ Der genaue Auftragswert ist den Wettbewerbsbehörden nicht bekannt, da nicht für alle gemeldeten Projekte die Angebotssummen vorliegen und die Walo nur ihre Angebotssumme genannt hat, welche bisweilen eine Stützofferte war.

⁴⁷² Die Implenja und die Walo machen z. B. betreffend die folgenden Projekte übereinstimmende Angaben: [...]; vgl. Act. IX.E.10, S. 2 ff. und Act. IX.F.4, S. 10 f., IX.F.5, S. 3 sowie DOPGR.

⁴⁷³ Vgl. Act. VI.001 ff.; Act. I.594 (22-0457) sowie die von der Implenja, der Cellere und der Walo mit den Listen eingereichten Dokumente.

Absprachen seien nicht eingehalten worden und das Verhalten der 13 bzw. zwölf Unternehmen sei «im Grundsatz kompetitiv» gewesen.

- Es liegen objektive Beweismittel vor, welche zeigen, dass nach Ende der Zusammenarbeit die Preise im Strassenbau aus Sicht der Unternehmen fielen. Zu erwähnen ist wiederum die bei der Hew sichergestellte E-Mail vom 9. Mai 2011 von [...] ([Vertreter] der Hew) an [...] ([...] AG) inkl. angefügter Entwurf VR-Protokoll 2011.⁴⁷⁴ Im Entwurf VR-Protokoll 2011 ist folgende Passage enthalten: «Im Belagsbau hat ein Preissturz von 5 % stattgefunden. Dies hat stark damit zu tun, dass man unter den Beläglern völlig verkracht ist. Lediglich 5 Offerten habe man dieses Jahr unter einander besprochen. Strabag funkt immer drein. Walo sitzt nicht mehr an den runden Tisch. Implanzia hat sich auch abgemeldet. Die Folge ist, dass man heute auf einem miserablen Preisniveau ist.». Aus diesem Beweismittel folgt u. a. direkt, dass gemäss der Wahrnehmung von Vertretern der Hew vor 2011 mehr Offerten untereinander besprochen wurden und dies die Strassenbaupreise in Graubünden stabilisiert hat. Dies stimmt mit der Einschätzung der Cellere und der Centorame überein, das Ende der Zusammenarbeit habe einen Preisverfall im Bereich Strassenbau herbeigeführt. Es stimmt auch mit der Überzeugung der WEKO überein, dass die Preise im Bereich Strassenbau in der Zeit zwischen 2004 und Mai 2010 um mindestens ca. 8–10 % zu hoch waren (siehe dazu insbesondere Rz 324, 331). All dies indiziert die Umsetzung des Konsenses mittels konkreter Projektzuteilungen und gemeinsamer Festlegungen der Höhe der Angebotssummen – insbesondere unter der Beteiligung der A. Käppeli's Söhne AG, der Casty Bau AG, der Foser sowie der KIBAG. Es spricht insbesondere auch gegen das Vorbringen der Foser, Absprachen seien nicht eingehalten worden und das Verhalten der 13 bzw. zwölf Unternehmen sei «im Grundsatz kompetitiv» gewesen.
- Es liegen objektive Beweismittel vor, welche zeigen, dass die Unternehmen davon ausgingen, dass während der Zusammenarbeit aller Strassenbauunternehmen in Graubünden die Preise überhöht waren. Zu erwähnen sind wiederum die zwei bei der Käppeli sichergestellte Dokumente, welche Analysen der Hüppi AG Wallisellen und der Käppeli betreffend den Strassenbaumarkt in Graubünden aus dem Jahr 2000 enthalten. Darin heisst es betreffend die Organisation der Strassenbaubranche im Kanton Graubünden u. a.: «Organisiert in der VBU (Vereinigung Bündner Strassenbauunternehmen), 100 %»⁴⁷⁵ sowie: «Der Strassenbau ist sehr gut organisiert im ganzen Tätigkeitsgebiet. Dies hat unter anderem folgende Auswirkungen: hohes Preisniveau, ... verzögerte Restrukturierung der Strassenbaubranche, Innovationen kommen nur von den Bauherren».⁴⁷⁶ Dies indiziert, dass die branchenweite Zusammenarbeit zwischen den Strassenbauunternehmen zu überhöhten Preisen geführt hat. Dies stimmt mit der Einschätzung der Cellere und der Centorame überein, die Zusammenarbeit der 13 bzw. zwölf Strassenbauunternehmen habe zu Preisstabilität geführt. Es stimmt auch mit der Überzeugung der WEKO überein, dass die Preise im Bereich Strassenbau in der Zeit zwischen 2004 und Mai 2010 um mindestens ca. 8–10 % zu hoch waren (siehe dazu insbesondere Rz 324, 331). Implizit folgen derartige Auswirkungen auch aus den Angaben der Implanzia, der Walo und des Zeugen [...]. Denn arbeiten – wie die Implanzia, die Walo und der Zeuge [...] behaupten – alle wesentlichen Konkurrenten eines bestimmten Wirtschaftsbereichs zusammen, um sich gegenseitig Projekte zuzuteilen und die Angebotssummen – zudem im Rahmen einer Mittelwertmethode – aufeinander abzustimmen, so sind Auswirkungen wie Preisstabilität während der Zusammenarbeit

474 Act. III.O.078.

475 Act. III.J.086, S. 5.

476 Act. III.J.089, S. 6.

und «Preiszerfall» nach Ende der Zusammenarbeit plausibel und nachvollziehbar.⁴⁷⁷ Dies alles indiziert die Umsetzung des Konsenses mittels konkreter Projektzuteilungen und gemeinsamer Festlegungen der Höhe der Angebotssummen – insbesondere unter der Beteiligung der A. Käppeli's Söhne AG, der Casty Bau AG, der Foser sowie der KIBAG. Es spricht insbesondere auch gegen das Vorbringen der Foser, Absprachen seien nicht eingehalten worden und das Verhalten der 13 bzw. zwölf Unternehmen sei «im Grundsatz kompetitiv» gewesen. Die Hüppi AG Wallisellen machte in ihrer Stellungnahme zum Antrag geltend, die bei der Käppeli sichergestellte Analyse habe keine derartige Beweiskraft. Denn das Beweismittel betreffe nicht die Zeit ab 2004 und im Übrigen sei mit «Organisation» einzig gemeint, dass Ausschreibungen funktionierten, dass Zulieferer verfügbar und verlässlich gewesen seien und dass Rechnungen bezahlt würden etc.⁴⁷⁸ Dies überzeugt nicht. Denn das Beweismittel wird nicht als direkter Beweis, aber immerhin als Indiz für die Zeit ab 2004 verwendet. Dies deshalb, da auch nach 2004 die 13 bzw. zwölf Unternehmen in der VBU/VGR organisiert waren und zudem kein Ereignis aktenkundig ist oder von Verfahrensparteien behauptet wird (z. B. Aufgabe der Zusammenarbeit), welches der damaligen Analyse widerspricht. Zudem ist die alternative Erklärung der Hüppi AG Wallisellen zur Bedeutung des Wortes «Organisation» nicht schlüssig. Denn inwiefern funktionierende Ausschreibungen, verfügbare und verlässliche Zulieferer und bezahlte Rechnungen⁴⁷⁹ Auswirkungen haben sollen wie «hohes Preisniveau», «verzögerte Restrukturierung der Strassenbaubranche» und «Innovationsstau» ist nicht verständlich. Derartige Auswirkungen sind hingegen typisch für ein Zuteilungssystem bzw. einen Konsens über die Zuteilung von Submissionen mittels gemeinsamer Preisfestlegungen.⁴⁸⁰

- Das Bieterverhalten in der Zeit 2004 bis und mit Mai 2010 betreffend kommunal und kantonal vergebene Strassenbauprojekte in Nordbünden und Südbünden unterscheidet sich vom Bieterverhalten betreffend vergleichbare Strassenbauprojekte aus der Zeit Juni 2010 bis Ende 2013 im Hinblick auf den Variationskoeffizienten (siehe unten Rz 322 ff., 335 f.). Auch unterscheiden sich die Variationskoeffizienten je nach Bauparte (Strassenbau einerseits oder Tiefbauarbeiten andererseits) vor allem in der Zeit zwischen 2004 und Mai 2010; derartige Unterschiede sind in der Zeit Juni 2013 bis Ende 2013 nicht ersichtlich (siehe unten Rz 331 f.). Dies alles indiziert die einvernehmliche Zuteilung der betroffenen Strassenbauprojekte mittels gemeinsamer Festlegungen der Angebotssummen anhand der grundsätzlichen Anwendung der «Mittelwertmethode» (siehe auch unten Rz 322 ff.). Es spricht insbesondere auch gegen das Vorbringen der Foser, Absprachen seien nicht eingehalten worden und das Verhalten der 13 bzw. zwölf Unternehmen sei «im Grundsatz kompetitiv» gewesen. Soweit die Käppeli und die Foser geltend machten, aus der Analyse der Offertdaten könne nichts hergeleitet werden bzw. die Analyse zeige ein anderes Bild als im Fall «Kanton Tessin», überzeugt dies nicht (siehe auch unten Rz 333). Denn die von den Wettbewerbsbehörden vorgenommene Analyse zeigt nur, aber immerhin Veränderungen im Offertverhalten im Bereich Strassenbau auf (siehe unten Tabelle 13, Tabelle 15, Rz, 335 f.). Diese Veränderungen werden auch von der Käppeli und der Foser im Kern nicht bestritten.⁴⁸¹ Bestritten wird von diesen Unternehmen hingegen wohl, dass sie auf die Zu-

⁴⁷⁷ Vgl. nur RPW 2008/1, 85 Rz 103 ff., 143 ff., 176 ff., *Tessin*, und Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25.6.2018, E. 7.3.2, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Cellere gegen WEKO*.

⁴⁷⁸ Act. V.190, Rz 114 f. (22-0457).

⁴⁷⁹ Vgl. Act. V:190, Rz 115 (22-0457).

⁴⁸⁰ Vgl. nur RPW 2008/1, 85 Rz 103 ff., 143 ff., 176 ff., *Tessin*, und Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25.6.2018, E. 7.3.2, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Cellere gegen WEKO*.

⁴⁸¹ Vgl. Act. V.238, Rz 57 ff.; V.221, Rz 40 ff. (22-0457).

sammenarbeit der 13 bzw. zwölf Unternehmen zurückzuführen sind. Nach Überzeugung der WEKO ist dies indes der Fall. Denn es ist für die WEKO mit Blick auf alle übrigen Beweismittel nicht ersichtlich, auf welche anderen Umstände diese unstreitigen Veränderungen des Offertverhaltens im Bereich Strassenbau zurückzuführen sind. Die Käppeli und die Foser nennen auch keinerlei andere Gründe, welche die festgestellten Veränderungen erklären könnten. Dass die Varianz – anders als im Fall «Kanton Tessin» – in der Zeit der Zusammenarbeit (2004 bis und mit Mai 2010) nicht bei (nahezu) allen Projekten tief ist, bestätigt im Übrigen, dass nicht alle, sondern «nur» 70–80 % aller vergebenen Projekte erfolgreich zugeteilt wurden (siehe Rz 319 ff.).

- Die beschlagnahmten «Quoten-Kontrolllisten» sind weitere objektive Beweismittel, welche die Existenz und die Bedeutung der Anteilsquoten belegen.⁴⁸² Derartige Kontrolllisten indizieren, dass der Konsens umgesetzt worden ist, indem es zu Zuteilungen gemäss der Anteilsquoten kam. Hinsichtlich des Verfahrensantrags der A. Käppeli's Söhne AG sowie der Bianchi Holding AG betreffend die «Anteilsquotenumsetzung» sei auf Rz 318 verwiesen.
- Angesichts der Einwände der A. Käppeli's Söhne AG und der Bianchi Holding AG, der Hüppi AG Wallisellen (in Bezug auf die Beteiligung der Casty Bau AG im Jahr 2010), der Foser und der KIBAG sei abschliessend betont, dass aus den vorgenannten Beweismitteln insbesondere folgt, dass auch die A. Käppeli's Söhne AG, die Casty Bau AG, die Foser und die KIBAG an der Umsetzung gemäss Rz 315 beteiligt waren. Das heisst, auch diese Unternehmungen haben – insbesondere bei den von Selbstanzeigerinnen genannten Projekten – Stützofferten von anderen beteiligten Unternehmen erhalten oder solche zugunsten anderer beteiligter Unternehmen abgegeben. Allen 13 bzw. zwölf Unternehmen ist also eine Beteiligung an gemeinsamen Zuteilungen und Festlegungen der Höhe der Angebotssummen in Bezug auf konkrete kantonale und gemeindliche Strassenbauprojekte nachgewiesen. Soweit die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG, die Hüppi AG Wallisellen (in Bezug auf die Beteiligung der Casty Bau AG im Jahr 2010), die Foser und die KIBAG das Gegenteil geltend machen, trifft dies nicht zu. Anhand der Offertöffnungsprotokolle kann sodann geprüft werden, ob bei gemeldeten Projekten der Schutzempfänger das Projekt auch erhalten hat. Da dies in der Regel der Fall ist, überzeugt auch deshalb das Vorbringen der Foser, Absprachen seien nicht eingehalten worden und das Verhalten der 13 bzw. zwölf Unternehmen sei «im Grundsatz kompetitiv» gewesen, nicht.

317. Zusammenfassend ist bewiesen, dass die 13 bzw. zwölf Unternehmen zwischen 2004 bis und mit 2010 betreffend den weit überwiegenden Anteil aller in Nordbünden und Südbünden kommunal und kantonale vergebenen Strassenbauprojekte gemeinsame Zuteilungen und gemeinsame Festlegungen der Höhe der Angebotssummen entsprechend der Zielsetzung und den geltenden Regeln (1. Gemeinsame Zuteilungsentscheidung insbesondere anhand der Anteilsquoten, 2. Gemeinsame Festlegung der Höhe der Angebotssummen unter grundsätzlichen Anwendung der «Mittelwertmethode») vornahmen. Diese Zusammenarbeit funktionierte vor allem in den ersten Hälften der Jahre 2004 bis und mit 2010 betreffend die in diesen Zeiträumen ausgeschriebenen kantonalen und kommunalen Strassenbauprojekte aus Nord- und Südbünden. Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die Stellungnahmen der Cellere, der Centorame, der Hew, der Schlub, der Toldo und der Zindel/Prader zum Antrag des Sekretariats, mit denen diese Untersuchungsadressatinnen den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannten (vgl. Rz 308).

318. In diesem Zusammenhang ist auf den Verfahrensantrag der A. Käppeli's Söhne AG sowie der Bianchi Holding AG einzugehen, wonach die WEKO mittels der Bestimmung der tatsächlichen Marktanteile der 13 bzw. zwölf Unternehmen untersuchen sollte, ob die An-

⁴⁸² Vgl. etwa die eingereichten Listen gemäss Act. IX.A.35 und IX.A.37 sowie Act. IX.F.4, S. 14.

teilsquoten tatsächlich eingehalten wurden (vgl. Rz 82, 309). Dazu ist folgendes auszuführen: Der besagte Verfahrens Antrag stellt keinen Beweisantrag bzw. keine Beweisofferte dar. Denn in formeller Hinsicht erfordert das Beweisantragsrecht gemäss Art. 33 VwVG, dass die Betroffenen einen frist- und formgerechten Antrag stellen, mit dem sie das betreffende Beweismittel «anbieten». Die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG haben diesbezüglich kein konkretes Beweismittel angeboten. Ob die von der A. Käppeli's Söhne AG und der Bianchi Holding AG angesprochenen Untersuchungshandlungen durchgeführt werden, ist damit abhängig davon, ob die WEKO sie im Rahmen der Untersuchungsmaxime (Art. 12 Abs. 1 VwVG) für sachdienlich und angemessen hält. Dies ist indes nicht der Fall. Denn vorliegend ist es unerheblich, inwiefern sich die – ohnehin in Bandbreiten geltenden – Anteilsquoten am Ende eines Kalenderjahres tatsächlich in den Marktanteilen widerspiegeln. Denn so oder so kam es zu den Zuteilungen gemäss Rz 317, wobei rund 70–80 % des Gesamtwerts der kantonalen und kommunalen Strassenbauprojekte in Nordbünden und in Südbünden erfolgreich zugeteilt wurden und dies geschätzt mindestens 650 Projekten mit einem Gesamtwert von rund CHF 190 Mio. entspricht (siehe unten Rz 319 f.). Dies zeigt die Umsetzung des Konsenses und in welchem Ausmass die Umsetzung erfolgreich war. Ob dabei die Anteilsquoten, welche nur, aber immerhin den Willen der beteiligten Gesellschaften, sich den Markt aufteilen zu wollen, indizieren,⁴⁸³ am Ende des Kalenderjahres «stimmen», ist vor diesem Hintergrund nicht von Bedeutung. Der besagte Verfahrens Antrag der A. Käppeli's Söhne AG sowie der Bianchi Holding AG wird somit abgewiesen.

Anzahl und Wert der zugeteilten Projekte und Verhältnis zur Gesamtzahl aller Strassenbauprojekte

319. Wie bereits dargelegt, ist davon auszugehen, dass die 13 bzw. zwölf Unternehmen in der Zeit 2004 bis Mai 2010 in Bezug auf kommunal und kantonal vergebene Strassenbauprojekte in Nordbünden und Südbünden einen gemeinsamen Umsatzanteil von etwa 85 % hatten (siehe oben Rz 153 ff.).⁴⁸⁴ Mit Blick darauf, dass der grösste Teil der von den 13 bzw. zwölf Unternehmen durchgeführten Projekte eher Anfang der Kalenderjahre vergeben wurde⁴⁸⁵ und erwiesen ist, dass das Zuteilungssystem in den ersten Jahreshälften der Jahre 2004 bis 2010 in der Regel funktionierte (siehe oben Rz 315–317), ist anzunehmen, dass ein weit überwiegender Teil der auf die 13 bzw. zwölf Unternehmen entfallenden Projekte einvernehmlich zugeteilt worden war. Daraus folgt, dass jedenfalls von den 869 im DOPGR enthaltenen Strassenbauprojekten der Jahre 2004 bis und mit Mitte 2010 (aus Nord- und Südbünden; Gesamtwert rund CHF 251 Mio.) Strassenbauprojekte im Wert von mindestens CHF 190 Mio. erfolgreich zugeteilt wurden.⁴⁸⁶ Dies entspricht geschätzt mindestens 650 Pro-

⁴⁸³ Vgl. RPW 2008/1, 85 Rz 91 ff., *Tessin*; Verfügung der WEKO vom 8.7.2016, Rz 215, *Bauleistungen See-Gaster*, publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

⁴⁸⁴ Vgl. etwa Act. III.J.086, S. 5, vgl. DOPGR und Ausführungen von Verfahrensparteien und Zeugen zur VBU und zum VGR. In dieser waren – bis auf die Stradun SA und die STRABAG-Gruppe – alle im Bereich Strassenbau in Nordbünden und Südbünden tätigen Unternehmen vereinigt.

⁴⁸⁵ Siehe Daten gemäss vgl. DOPGR: Danach liefen – umsatzmässig betrachtet – bei rund 90 % aller Strassenbauprojekte gemäss vgl. DOPGR die Eingabefristen in den Kalenderjahren 2004 bis 2010 jeweils vor Ende Juni ab; siehe Rz 138 ff.

⁴⁸⁶ Von den zwischen 2004 bis Mitte 2010 ausgeschriebenen kantonalen und kommunalen Strassenbauprojekten (869 Projekte mit einem Gesamtwert von rund CHF 251 Mio.) wurden rund 90 % (d. h. rund 790 Projekte im Wert von ca. CHF 225 Mio.) in den ersten Jahreshälften ausgeschrieben (vgl. Rz 138 ff.). Im weit überwiegenden Teil der Fälle funktionierte die Zusammenarbeit in der ersten Hälfte der Kalenderjahre (siehe oben Rz 314–320) und die 13 bzw. zwölf Unternehmen erzielten einen Marktanteil von rund 85 %. Die WEKO nimmt daher an, dass es bei etwa 85 % des Ausschreibungswerts der ersten Jahreshälfte, d. h. bei Projekten im Wert von rund CHF 190 Mio. (85 % von CHF 225 Mio.), zu einer erfolgreichen Zuteilung kam. Damit ist anzunehmen, dass ca. 75 % der DOPGR-Projekte erfolgreich aufgeteilt wurden. Dies ist kongruent mit den Angaben der Implenia, wo-

jekten. Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die Stellungnahmen der Cellere, der Centorame, der Hew, der Schlub, der Toldo und der Zindel/Prader zum Antrag des Sekretariats, mit denen diese Untersuchungsadressatinnen den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannten (vgl. Rz 308).

320. Wie gross der Anteil der tatsächlich einvernehmlich zugeteilten Strassenbauprojekte an der Gesamtzahl aller tatsächlich kommunal und kantonale vergebenen Strassenbauprojekte aus Nordbünden und Südbünden war, kann nicht exakt beziffert werden. Denn weder ist die genaue Anzahl und der Wert aller zugeteilten Projekte (siehe Rz 319) noch die exakte Zahl aller zwischen 2004 und Mitte 2010 kommunal und kantonale vergebenen Strassenbauprojekte aus Nordbünden und Südbünden bekannt (siehe oben Rz 142 ff.). Da die WEKO aber davon ausgeht, dass mit Blick auf die «Saisonalität» (siehe Rz 138 ff) bei rund 90 % des jährlichen Ausschreibungsvolumens die Zuteilungen in der Regel funktionierten (vgl. Rz 315–317, 319), ist anzunehmen, dass rund 70–80 % des Gesamtwerts der kantonalen und kommunalen Strassenbauprojekte in Nordbünden und in Südbünden erfolgreich zugeteilt worden ist.⁴⁸⁷ Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die Stellungnahmen der Cellere, der Centorame, der Hew, der Schlub, der Toldo und der Zindel/Prader zum Antrag des Sekretariats, mit denen diese Untersuchungsadressatinnen den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannten (vgl. Rz 308).

321. Von den Verfahrensparteien machten einzig die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG geltend, dass es nicht zutrefte, dass rund 70–80 % des Gesamtwerts der kantonalen und kommunalen Strassenbauprojekte in Nordbünden und in Südbünden erfolgreich zugeteilt wurden.⁴⁸⁸ Es habe höchstens vereinzelt Zuteilungen gegeben. Diesbezüglich beantragen sie, zu untersuchen, bei welchen Projekten konkret keine Zuteilung erfolgt sei bzw. auf «Freigabe» entschieden worden sei (vgl. Rz 82, 309). Dazu ist Folgendes auszuführen: Der besagte Verfahrens Antrag stellt keinen Beweisantrag bzw. keine Beweisofferte dar. Denn in formeller Hinsicht erfordert das Beweisantragsrecht gemäss Art. 33 VwVG, dass die Betroffenen einen frist- und formgerechten Antrag stellen, mit dem sie das betreffende Beweismittel «anbieten». Die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG haben bezüglich des Umsetzungsgrads kein konkretes Beweismittel angeboten, um das vorgenannte Beweisergebnis des Sekretariats zu widerlegen. Ob die von der A. Käppeli's Söhne AG und der Bianchi Holding AG angesprochenen Untersuchungshandlungen durchgeführt werden, ist damit abhängig davon, ob die WEKO sie im Rahmen der Untersuchungsmaxime (Art. 12 Abs. 1 VwVG) für sachdienlich und angemessen hält. Angesichts der vorliegenden Beweismittel ist es für die kartellrechtliche Beurteilung des vorliegenden Falls indes nicht notwendig festzustellen, bei welchen konkreten Projekten es keine Zuteilung gegeben hat. Für die kartellrechtliche Beurteilung reicht es vielmehr aus zu wissen, dass rund 70–80 % des Gesamtwerts der kantonalen und kommunalen Strassenbauprojekte in Nordbünden und in Südbünden erfolgreich zugeteilt wurden und dies geschätzt mindestens 650 Projekten mit einem Gesamtwert von rund CHF 190 Mio. entspricht (vgl. insbesondere Rz 320). Für die Untersuchung, bei welchen konkreten Projekten konkret auf «Freigabe» entschieden wurde, sieht die WEKO auch deshalb keinen Anlass, weil sich in keinem vorliegenden Beweismittel der Hinweis findet, dass die 13 bzw. zwölf Unternehmen bisweilen auf «Freigabe» entschieden hätten. Die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG nehmen diesbezüglich auch nicht Bezug auf ein bestehendes Beweismittel. Auch in der Sache überzeugt das einfache Bestreiten durch die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG nicht. Denn wie dargelegt, folgt aus den vorliegenden Beweismitteln, dass rund 70–80 % des Gesamtwerts

nach 70–80 % aller kantonalen und kommunalen Strassenbauprojekte erfolgreich zugeteilt worden seien (vgl. Rz 303). Es ist ebenso kongruent mit der Angabe der Implenia und der Walo, dass jedenfalls unter ihrer Beteiligung Projekte im Wert von ca. CHF 115 Mio. (2006 bis 2010) bzw. rund CHF 135 Mio. (2004–2009) zugeteilt worden seien (siehe Rz 303 f.).

⁴⁸⁷ Siehe auch Fn 486 siehe auch Act. IX.A.8 Rz. 120.

⁴⁸⁸ Act. V.238, Rz 166 (22-0457).

der kantonalen und kommunalen Strassenbauprojekte in Nordbünden und in Südbünden (im Zeitraum 2004 bis und mit Mai 2010) erfolgreich zugeteilt worden sind und dies geschätzt mindestens 650 Projekten mit einem Gesamtwert von rund CHF 190 Mio. entspricht (siehe oben). Daran ändert auch die entgegenstehende Behauptung der A. Käppeli's Söhne AG und der Bianchi Holding AG nichts. Der besagte Verfahrens Antrag der A. Käppeli's Söhne AG sowie der Bianchi Holding AG wird somit abgewiesen.

Auswirkungen der Mittelwertmethode

322. Weiter sind die folgenden aus der Verwendung der «Mittelwertmethode» resultierenden Auswirkungen zu nennen. Die «Mittelwertmethode» wurde in der Regel bei den gemeinsamen Festlegungen der Höhe der Angebotssummen angewendet (siehe insbesondere Rz 298, 315–317). Nach dieser Methode war vorgesehen, dass jedes Unternehmen im Rahmen der Zuteilungstreffen zunächst seine Offerten in Bezug auf konkrete zugeteilte Strassenbauprojekte rechnete. Der Mittelwert aller errechneten Angebotssummen wurde sodann als Angebotssumme der designierten Gewinnerofferte verwendet. Die übrigen schutzgebenden Unternehmen reichten sodann in der Regel Offerten ein, welche über dem Mittelwert lagen: Sie reichten bei der Vergabestelle also entweder ihre bereits über dem designierten Zuschlagspreis liegende (gerechnete) Offerte ein oder sie erhöhten ihre Angebotssumme über den designierten Zuschlagspreis hinaus (aber nicht höher als die bislang höchste gerechnete Offerte), wenn ihre gerechnete Offerte vorher unter dem designierten Zuschlagspreis gelegen hatte. In Nordbünden, wo es häufig relativ viele Offerten gab, strichen die beteiligten Unternehmen vor der Mittelwertberechnung die höchste und die niedrigste Angebotssumme. Der beschriebene Mechanismus der «Mittelwertmethode» führt zu einer Reduktion der Abstände zwischen den Offerten.

323. Die Mittelwertmethode führt dazu, dass der von den 13 bzw. zwölf beteiligten Unternehmen angebotene niedrigste Preis nach der Anwendung der Mittelwertmethode in jedem Fall über dem Preis liegt, der unter Wettbewerb angeboten würde. Dies zeigt folgendes Beispiel: Bezüglich des kantonal vergebenen Strassenbauprojekts «X» (Standort: Chur) aus dem [...] 2009 nahmen die 12 beteiligten VGR-Gesellschaften an einer Zuteilungssitzung bzw. (im Fall der Walo) in deren Rahmen eine gemeinsame Zuteilung vor. Die Unternehmen beschlossen, dass die Strassenbaufirma 2 das Projekt erhalten sollte, da sie gegenüber den übrigen (interessierten) Strassenbaugesellschaften einen «Rückstand» bei den Anteilsquoten hatte. Sodann legten die beteiligten Unternehmen die Höhe ihrer gerechneten Angebotssummen offen (zu den Beträgen siehe Spalte «Angebot ohne Koordination» unten in Tabelle 12). Der Mittelwert dieser Angebotssummen wurde sodann als Angebotssumme der designierten Gewinnerofferte (Offerte der Strassenbaufirma 2) verwendet, d. h. die Strassenbaufirma 2 konnte ihre ursprünglich gerechnete Angebotssumme erhöhen. Die übrigen schutzgebenden Unternehmen reichten sodann Offerten ein, welche über dem Mittelwert lagen. D. h. diejenigen Unternehmen, deren Angebotssummen kleiner oder gleich dem Mittelwert war, erhöhten ihre Angebotssummen entsprechend. Diese Vorgänge sind in der nachfolgenden Tabelle illustriert:

Unternehmen	Angebot ohne Koordination (in Tausend CHF)	Angebot mit Mittelwertmechanismus (in Tausend CHF)
1	100	114
2*	106	112
3	111	117
4	115	115
5	118	118
6	122	122
Mittelwert	112,0	116,3
Std.abweichung	8,1	3,5
VK	7,2 %	3,0 %

Tabelle 12: Fiktives Beispiel der Anwendung des Mittelwertmechanismus

324. Das vorgenannte Beispiel und die anschliessende Tabelle 12 illustrieren, dass infolge der Anwendung der «Mittelwertmethode» die unter dem Mittelwert liegenden und damit tiefsten Angebote «verschwinden». Der Zuschlag wurde bei der Anwendung der «Mittelwertmethode» also nicht zum ursprünglich tiefsten Preis erteilt, sondern zu einem darüber liegenden Preis. Damit stieg auch der Mittelwert aller Angebotssummen. Die WEKO ist daher überzeugt, dass die Zusammenarbeit der 13 bzw. zwölf Unternehmen im Rahmen der Zuteilungssitzungen dazu führte, dass die Angebotssummen der Gewinnerofferten in der Regel über der ursprünglich tiefsten Angebotssumme gelegen hatten – eine entsprechende Auswirkung geht auch aus den Selbstanzeigen und objektiven Beweismitteln hervor (siehe insbesondere Rz 316–320, Rz 325 ff.). Dieses Ergebnis wird auch von der Cellere, der Centorame, der Hew, der Schlub, der Toldo sowie der Zindel/Prader ausdrücklich bestätigt, da diese Gesellschaften den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannt haben (siehe Rz 83 f., 88, 94 f., 97). Gemäss Antrag sei das Resultat der Anwendung der Mittelwertmethode gewesen, dass die Angebotssummen der Gewinnerofferten in der Regel über der ursprünglich tiefsten Angebotssumme gelegen hätten.⁴⁸⁹

325. Das vorgenannte Beispiel und die anschliessende Tabelle zeigen auch, dass sich infolge der Anwendung der «Mittelwertmethode» der Abstand zwischen den Angebotssummen reduzierte. Denn bei der Anwendung der «Mittelwertmethode» werden alle unter dem Durchschnitt liegenden Angebotssummen gestrichen und die Angebotssummen der schutzgebenden Unternehmen reihen sich oberhalb des Mittelwerts ein. Der Abstand zwischen den Angebotssummen, auch als Varianz der Angebotssummen bezeichnet, kann mit dem Variationskoeffizienten (nachfolgend: VK) abgebildet werden.⁴⁹⁰ Er «misst» die Grösse der Streuung der Angebotssummen. Je kleiner der VK ist, desto näher liegen alle Angebotssummen beieinander. Je grösser der VK ist, desto grösser ist die Streuung der Angebotssummen. Da die «Mittelwertmethode» von den 13 bzw. zwölf Unternehmen zwischen 2004 und Mai 2010 bei den Zuteilungen in der Regel angewandt wurde, waren auch die VK in der Zeit der Zusammenarbeit der 13 bzw. zwölf Unternehmen tiefer als in der Zeit danach:

Jahr	Mittelwert	Median	Std.abweichung
2004	3,3	2,2	3,0
2005	5,2	4,3	3,9
2006	4,2	2,9	3,9
2007	5,7	4,6	3,8
2008	4,6	4,1	2,8
2009	4,6	4,1	2,9
2010	6,2	5,4	5,0
2011	8,0	7,6	4,5
2012	7,4	6,7	3,6
2013	7,5	6,8	4,0

Tabelle 13: Zeitliche Entwicklung des Variationskoeffizienten für Strassenbauarbeiten⁴⁹¹

326. Gemäss der Tabelle waren der Durchschnitt, der Median sowie die Standardabweichung des Variationskoeffizienten in den Jahren 2004 bis 2010 niedriger als in der Zeit da-

⁴⁸⁹ Vgl. Act. V.16–V.29 (22-0457); Rz 255 des Antrags.

⁴⁹⁰ Imhof David, Yavuz Karagök, Samuel Rutz, *Screening for Bid Rigging: Does it work?*, Journal of Competition Laws and Economics, Volume 14, Issue 2, 1 June 2018, Pages 235–261.

⁴⁹¹ Der Variationskoeffizient (VK) ist in dieser Tabelle und den folgenden Ausführungen im Prozent dargestellt.

nach. Die Varianz der Angebotssummen stieg also nach dem Ende der Zusammenarbeit und der Anwendung der «Mittelwertmethode» an. Dass innerhalb der Zeit 2004 bis 2010 die Angebotssummenvarianz – auf einem niedrigeren Niveau als ab 2010 – schwankte, ist kongruent mit den Angaben der Selbstanzeigerinnen und des Zeugen sowie dem Umstand, dass die Zuteilungen nicht immer bzw. vor allem im zweiten Halbjahr der Kalenderjahre 2004 bis 2009 nicht vollständig funktionierten (siehe vor allem oben Rz 316–320). Dass die VK bereits im Jahr 2010 höher waren als in den Jahren 2004 bis und mit 2009 (aber tiefer als in den darauf folgenden Jahren), folgt daraus, dass die beteiligten Unternehmen die Zusammenarbeit im Mai 2010 vollständig einstellten (vgl. Rz 189 ff., 282 f.).

327. Die aufgezeigten Entwicklungen des VK zeigen, dass sich das Bieterverhalten während der Zeit der Zusammenarbeit betreffend Strassenbauprojekte vom Bieterverhalten nach dem Ende der Zusammenarbeit unterschied. Die WEKO ist mit Blick auf die vorliegenden Beweismittel (Selbstanzeigen, Zeugenaussagen, Dokumentenbeweise) davon überzeugt, dass dies auf die Zusammenarbeit der 13 bzw. zwölf Unternehmen im Rahmen der Zuteilungssitzungen zurückzuführen ist.

328. Wie erläutert, führte die «Mittelwertmethode» nicht dazu, dass die ursprünglich günstigste Offerte den Zuschlag erhielt, sondern eine Offerte, deren Angebotssumme anhand des Mittelwerts aller ursprünglich gerechneten Angebotssummen gebildet wurde. Dies führte zu höheren Preisen (siehe insbesondere Rz 324). Mit Hilfe der Informationen über das Bieterverhalten im Bereich Strassenbau nach Mai 2010 kann bestimmt werden, wie viel höher die Preise einzig aufgrund der Anwendung der «Mittelwertmethode» waren (dabei werden weitere Preiserhöhende Effekte aus der Zuteilung der Projekte ausser Acht gelassen). Denn die Wettbewerbsbehörden gehen davon aus, dass in der Zeit nach Mai 2010 diejenigen Angebotssummen bei den Vergabestellen eingegeben wurden, welche die bietenden Unternehmen auch autonom gerechnet hatten. Für die Jahre 2011 bis 2013 haben die Wettbewerbsbehörden daher pro Belagsprojekt den Abstand zwischen der tiefsten Angebotssumme und dem errechneten Durchschnitt der Angebotssummen bestimmt und davon wiederum den jährlichen Durchschnitt bzw. den Median gebildet. Die Resultate gehen aus der folgenden Tabelle hervor:

Jahr	Mittelwert	Median	Anzahl Ausschreibung
2011	9,2 %	8,7 %	168
2012	8,9 %	8,2 %	153
2013	8,9 %	8,4 %	147

Tabelle 14: Schätzung des Preiserhöhungseffekts für Mittelwertmechanismus

329. Die vorangehende Tabelle 14 zeigt, dass in den Jahren 2011 bis 2013 der Mittelwert der gerechneten Offerten im Durchschnitt rund 8–9 % über der tiefsten Angebotssumme lag. Der Median lag ebenfalls zwischen 8–9 %. Zusammen mit den übrigen Beweismitteln, welche zeigen, dass nach dem Ende der Zusammenarbeit im Mai 2010 die Preise im Bereich Strassenbau fielen (siehe insbesondere oben Rz 272, 279, 316), zeigt dies, dass die Preise infolge der Zusammenarbeit der 13 bzw. zwölf Unternehmen zwischen 2004 und Mai 2010 mindestens 8–10 % zu hoch waren. Dieses Ergebnis wird auch von der Centorame, der Hew, der Schlub, der Toldo sowie der Zindel/Prader ausdrücklich bestätigt, da diese Gesellschaften den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannt haben (siehe Rz 84, 88, 94 f., 97). Gemäss Antrag seien die Preise infolge der Zusammenarbeit der 13 bzw. zwölf Unternehmen zwischen 2004 und Mai 2010 mindestens 8–10 % zu hoch gewesen.⁴⁹²

⁴⁹² Vgl. Act. V.16–V.29 (22-0457); Rz 260 des Antrags.

330. Auch die Cellere hat dieses Beweisergebnis im Wesentlichen anerkannt.⁴⁹³ Allerdings machte sie geltend, dass der mit der Mittelwertmethode errechnete Preis insbesondere wegen der Bedrohung durch die Stradun SA, welche nicht an der Zusammenarbeit teilnahm, in ganz Nordbünden «regelmässig» nach unten korrigiert werden musste; die eingereichten Preise seien daher viel tiefer gewesen, als es die Mittelwertmethode ergeben habe.⁴⁹⁴ Auch die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG machten geltend, dass der Preisefekt bei Anwendung der Mittelwertmethode geringer ausgefallen sei, da sich die Unternehmen «nichts hätten schenken» wollen und zu tief gerechnet hätten.⁴⁹⁵ Diesbezüglich ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Cellere zur Begründung ihres Vorbringens auf die angebliche Konkurrenz durch die Stradun SA verweist. Anders als die Cellere behauptet, bildete die Stradun SA aber vor allem in ihrer Region Surselva für die 13 bzw. zwölf eine gewisse Konkurrenz (siehe Rz 161). Damit kann das Vorbringen der Cellere einzig für diese Region gelten. Des Weiteren ist klarzustellen, dass die WEKO nicht davon ausgeht, dass die «Mittelwertmethode» immer, sondern nur *in der Regel* angewandt werden sollte und wurde (siehe insbesondere oben Rz 298). Darüber hinaus ist nach ihrer Überzeugung nicht ausgeschlossen, dass der mit der Mittelwertmethode errechnete Gewinnerpreis im Einzelfall auch nach unten korrigiert wurde oder dass die beteiligten Unternehmen bei einzelnen Berechnungssitzungen zu tief gerechnet hatten. Allerdings hält es die WEKO nicht für glaubhaft, dass es regelmässig eine Korrektur nach unten gegeben hat oder dass die beteiligten Unternehmen mit Blick auf den Mittelwertmechanismus stets zu tief gerechnet haben. Für beides liegen weder Hinweise aus den Akten vor noch wäre dies mit Blick auf den festgestellten Konsens, Konkurrenzdruck zu verringern und Preisstabilität zu erreichen (siehe Rz 278 ff., 299), sinnvoll. Zudem besteht bei einem Rotationssystem wie dem vorliegenden, bei dem jedes Unternehmen zum Zuge kommen will und soll, auch ein natürliches Interesse der beteiligten Unternehmen, die jeweils anderen Unternehmen nicht zu sehr zu schädigen, da sonst die Gefahr drohen würde, künftig keine Zuteilungen mehr zu erhalten oder ebenfalls Opfer einer zu tiefen Berechnung zu werden. Darüber hinaus liegen ohnehin weitere Beweismittel vor, welche belegen, dass das Preisniveau erst nach dem Ende der Zusammenarbeit fiel (vgl. etwa Rz 279). Es ist damit erstellt, dass die Preise im Bereich kantonaler und kommunaler Strassenbau im Kanton Graubünden infolge der Zusammenarbeit der 13 bzw. zwölf Unternehmen zwischen 2004 und Mai 2010 mindestens 8–10 % zu hoch waren.

Auswirkungen im Vergleich zwischen Strassenbau und Tiefbauarbeiten

331. Wie bereits ausgeführt, betraf der festgestellte Konsens zwischen den 13 bzw. zwölf Unternehmen die Zuteilung von kommunal und kantonally ausgeschriebenen Strassenbauprojekten in Nord- und Südbünden (siehe insbesondere Rz 296–299). Gemäss aktuellem Kenntnisstand waren Projekte im Bereich Tiefbau nicht von einem vergleichbaren Konsens und entsprechenden Zuteilungen betroffen. Da die Wettbewerbsbehörden auch über die Angebotssummen betreffend Tiefbauarbeiten in Nord- und Südbünden verfügen, können sie die Entwicklung der Varianz zwischen Strassenbau einerseits und Tiefbau andererseits vergleichen. Dieser Vergleich zeigt, dass es im Bereich Strassenbau nach Mai 2010 einen «Bruch» bzw. eine Veränderung der Varianz gegeben hat (siehe auch Rz 325 ff.), während kein solcher Bruch für die Entwicklung der Varianz im Bereich Tiefbau zu beobachten ist. Nach 2010 sind die Unterschiede zwischen beiden Bereichen deutlich gesunken. Dies geht aus der folgenden Tabelle 15⁴⁹⁶ und den anschliessenden Abbildungen hervor:

⁴⁹³ Act. V.240, S. 1 ff. (22-0457).

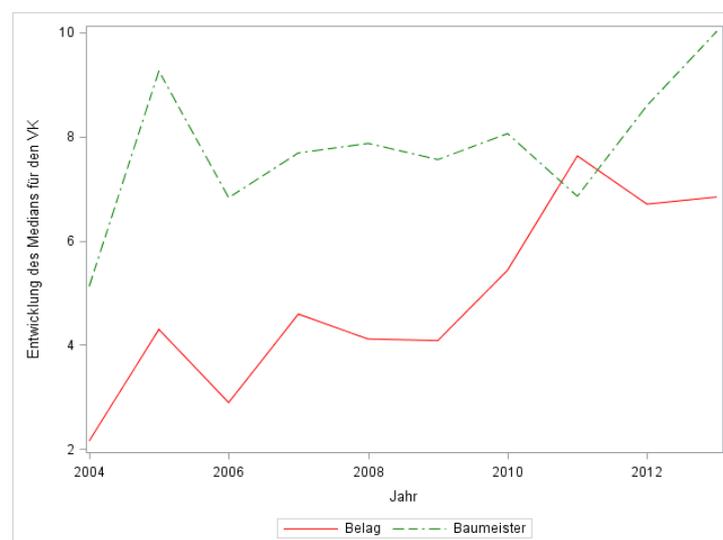
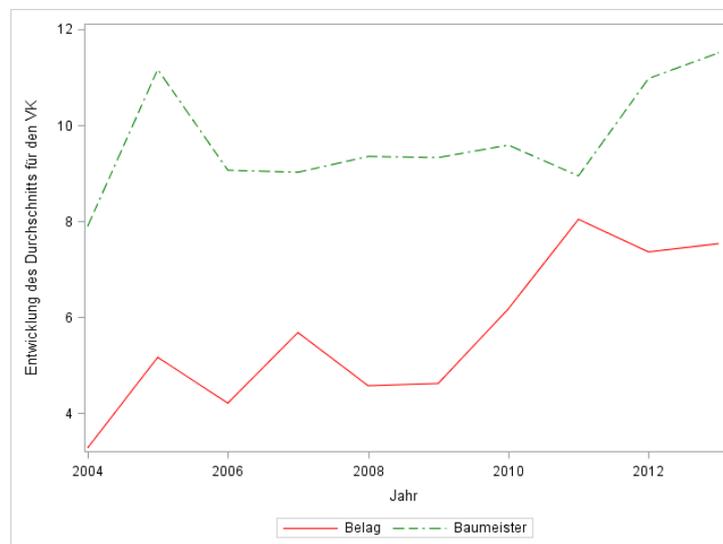
⁴⁹⁴ Act. V.240, S. 2 f. (22-0457).

⁴⁹⁵ Act. V.238, Rz 163 f. (22-0457).

⁴⁹⁶ Die Tabelle zeigt für die Jahre 2004 bis und mit 2013 in Bezug auf die Arbeitskategorien Strassenbau und Tiefbauarbeiten jeweils den Durchschnitt und den Median des Variationskoeffizienten für alle Jahre.

	Strassenbauarbeiten		Tiefbauarbeiten	
Jahr	Mittelwert	Median	Mittelwert	Median
2004	3,3	2,2	7,9	5,1
2005	5,2	4,3	11,2	9,3
2006	4,2	2,9	9,1	6,8
2007	5,7	4,6	9,0	7,7
2008	4,6	4,1	9,3	7,9
2009	4,6	4,1	9,3	7,6
2010	6,2	5,4	9,6	8,1
2011	8,0	7,6	8,9	6,9
2012	7,4	6,7	11,0	8,6
2013	7,5	6,8	11,5	10,0

Tabelle 15: Vergleich der zeitlichen Entwicklung des Variationskoeffizienten zwischen Belagsarbeiten und Tiefbauarbeiten



332. Die zwei Abbildungen und die Tabelle zeigen erneut, dass sich das Bieterverhalten während und nach der Zeit der Zusammenarbeit der 13 bzw. zwölf Unternehmen unterschied

(vgl. dazu auch Rz 325 ff.). Des Weiteren geht aus ihnen hervor, dass im Bereich Tiefbauarbeiten eine vergleichbare Entwicklung nicht stattfand sowie dass sich die Unterschiede in der Entwicklung der VK zwischen den beiden Bereichen Strassenbau einerseits und Tiefbau andererseits nach Ende der Zusammenarbeit der 13 bzw. zwölf Unternehmen im Jahr 2010 deutlich verringerten. Es ist – in Anbetracht der vorliegenden Beweismittel (Selbstanzeigen, Zeugenaussagen, Dokumentenbeweise) – erstellt, dass die Veränderungen im Bereich Strassenbau auf die Zusammenarbeit der 13 bzw. zwölf Unternehmen im Rahmen der Zuteilungssitzungen zurückzuführen sind. Der Bereich Tiefbau war hingegen nicht betroffen. Dieses Ergebnis wird auch von der Cellere, der Centorame, der Hew, der Schlub, der Toldo sowie der Zindel/Prader ausdrücklich bestätigt, da diese Gesellschaften den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannt haben (siehe Rz 83 f., 88, 94 f., 97). Gemäss Antrag sei das Bieterverhalten im Bereich Strassenbau während der Zeit 2004 bis und mit 2010 ein anderes gewesen als das Bieterverhalten im Bereich Strassenbau für die Zeit danach. Im Bereich Tiefbau habe es eine solche Veränderung nicht gegeben. Das Sekretariat kam zum Ergebnis, dass diese Veränderungen im Bereich Strassenbau auf die Zusammenarbeit der 13 bzw. zwölf Unternehmen im Rahmen der Zuteilungssitzungen zurückzuführen seien.⁴⁹⁷

333. Die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG sowie die Foser bestreiten mit verschiedenen Argumenten, dass aus der empirischen Analyse des Bieterverhaltens etwas ableitbar sei.⁴⁹⁸ Die Foser sowie die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG machen geltend, die Analyse im vorliegenden Fall zeige im Vergleich zur Analyse im Fall «Kanton Tessin» ein unproblematisches Bild. Es sei kein «Bruch» erkennbar. Die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG führen zudem insbesondere aus, eine Analyse des Bieterverhaltens anhand des VK könne lediglich als Screening-Instrument verwendet werden, um herauszufinden, ob ein Anfangsverdacht vorliege. Die Unterschiede der VK bei Strassenbauprojekten einerseits (tiefe VK) und Tiefbauprojekten (höhere VK) seien auf die Eigenart der Projekte (Strassenbau: Einfach und vergleichbar; Tiefbau: komplex und unterschiedlich) zurückzuführen. Zudem habe der durchschnittliche VK in den Jahren 2005, 2007 und 2010 einen Wert über fünf angenommen, wodurch belegt sei, dass es keine Kollusion gegeben habe. Dem ist Folgendes zu entgegnen.

- Die von den Wettbewerbsbehörden vorgenommene Analyse des Bieterverhaltens zeigt nur, aber immerhin Veränderungen im Offertverhalten im Bereich Strassenbau auf (siehe Tabelle 13, Tabelle 15, Rz 335 f.). Diese Veränderungen werden auch von der Käppeli und der Foser im Kern nicht bestritten.⁴⁹⁹ Dass die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG keinen echten «Bruch» erkennen, ist irrelevant. Jedenfalls war die Varianz in der Zeit 2004 bis und mit 2010 pro Jahr im Durchschnitt tiefer als die Varianz danach; auch der Median lag pro Jahr tiefer als der jährliche Median ab 2011. Die Werte (Durchschnitt und Median) der Jahre 2011 bis und mit 2013 wurden in der Zeit 2004 bis 2010 nie erreicht (vgl. Tabelle 13, Tabelle 15, Rz 335 f.). Die WEKO geht daher von einer Veränderung des Bieterverhaltens in Bezug auf Strassenbauprojekte aus.
- Unstrittig ist, dass die Analyse im vorliegenden Fall im Vergleich zur Analyse im Fall «Kanton Tessin» ein anderes Bild zeigt. Im Fall Tessin lagen während der Kartellzeit nur drei Beobachtungen über dem Wert fünf.⁵⁰⁰ Daraus folgt indes einzig, dass im DOPGR mehr Projekte enthalten sind, bei denen keine Anhaltspunkte bestehen, dass es zu Zuteilungen mittels gemeinsamer Preisfestlegungen gekommen ist, als im Datensatz, welcher der Kanton-Tessin-Analyse zugrundeliegt. Es liegt hingegen kein un-

⁴⁹⁷ Vgl. Act. V.16–V.29 (22-0457); Rz 256 ff., 261 ff., 263 ff. des Antrags.

⁴⁹⁸ Act. V.221, Rz 40 ff.; V.238, Rz 57 ff. (22-0457).

⁴⁹⁹ Vgl. Act. V.238, Rz 57 ff.; V.221, Rz 40 ff. (22-0457).

⁵⁰⁰ Vgl. nur die Stellungnahme der Foser; Act. V.221, S. 16 (22-0457).

problematisches Bild vor, da sich das Bieterverhalten über den Zeitlauf gleichwohl veränderte (vgl. Tabelle 13, Tabelle 15, Rz 335 f.), eine solche Veränderung im Bereich Tiefbau nicht erkennbar ist (siehe Tabelle 15 und die darauf folgenden Abbildungen) und zahlreiche weitere Beweismittel vorliegen (siehe oben Rz 166 ff., 199 ff., 254 ff., 302 ff.), welche auf eine Zusammenarbeit im beschriebenen Ausmass schliessen lassen. Dass die Varianz – anders als im Fall «Kanton Tessin» – in der Zeit der Zusammenarbeit (2004 bis und mit Mai 2010) nicht bei (nahezu) allen Projekten tief ist (und deswegen im Durchschnitt 2005, 2007 und 2010 knapp über dem Wert fünf liegt), bestätigt im Übrigen das Ergebnis, dass nicht alle, sondern «nur» 70–80 % aller vergebenen Projekte erfolgreich zugeteilt wurden (siehe dazu Rz 319 ff.).

- Soweit die A. Käppeli's Söhne AG und der Bianchi Holding AG geltend machen, die Analyse des Bieterverhaltens anhand des VK könne ausschliesslich als Screening-Tool verwendet werden, überzeugt dies nicht. Denn eine solche Beschränkung von Beweismitteln auf ein bestimmtes Verfahrensstadium ist dem Beweisrecht unbekannt. Mit anderen Worten: Wenn die Analyse des VK also vor der Eröffnung einer Untersuchung ein Indiz für gemeinsame Zuteilungen von Projekten mittels gemeinsamer Preisfestlegungen darstellen kann,⁵⁰¹ so ist nicht verständlich, weshalb ihr in einem späteren Verfahrensstadium dieser Beweiswert als Indiz völlig abgesprochen werden könnte. Soweit weitere Beweismittel das durch die Analyse gebildete Indiz stärken, kann die Analyse also durchaus auch nach der Untersuchungseröffnung als Beweismittel herangezogen werden.
- Das Vorbringen der A. Käppeli's Söhne AG und der Bianchi Holding AG, die Unterschiede der VK bei Strassenbauprojekten einerseits (tiefe VK) und Tiefbauprojekten (höhere VK) andererseits seien auf die Eigenart der Projekte (Strassenbau: einfache und vergleichbare Projekte; Tiefbau: komplexe und unterschiedliche Projekte) zurückzuführen, überzeugt ebenfalls nicht. Denn wäre dies der Fall, so müssten die festgestellten Unterschiede betreffend VK nach 2010 (nach dem Ende der Zusammenarbeit der 13 bzw. zwölf Unternehmen) erhalten bleiben. Denn die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG haben nicht geltend gemacht, dass sich ab 2010 die Eigenart der Projekte angeglichen habe. Dies ist aber gerade nicht der Fall: Es gibt eine Angleichung (siehe Tabelle 15 und die darauf folgenden Abbildungen).

334. Zusammenfassend vermögen die Vorbringen der A. Käppeli's Söhne AG und der Bianchi Holding AG am Ergebnis nichts zu ändern. Das Bieterverhalten betreffend Strassenbauprojekte aus Nord- und Südbünden in der Zeit 2004 bis und mit Mai 2010 unterschied sich vom Bieterverhalten betreffend solche Projekte in der Zeit ab Juni 2010 bis 2013. Diese Veränderungen im Bereich Strassenbau sind auf die Zusammenarbeit der 13 bzw. zwölf Unternehmen im Rahmen der Zuteilungssitzungen zurückzuführen.

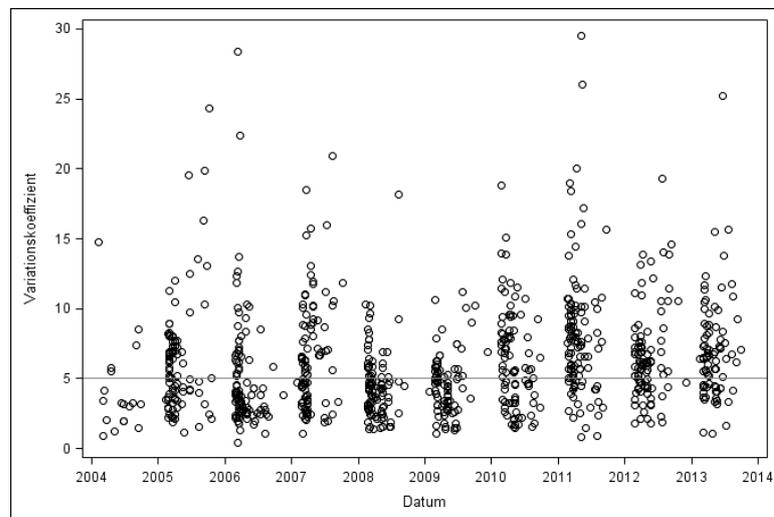
Auswirkungen in den unterschiedlichen Gebieten

335. Insbesondere mit Blick darauf, dass die Walo angeführt hat, die «Mittelwertmethode» sei in Südbünden nicht angewandt worden (siehe insbesondere Rz 254, 272), haben die Wettbewerbsbehörden geprüft, ob sich im Hinblick auf die Varianz der Angebotssummen zwischen Nord- und Südbünden Unterschiede im Bieterverhalten ergeben. Die Wettbewerbsbehörden haben dazu für die Jahre 2004 bis Ende 2013 die Varianz der Angebotssummen pro Strassenbauprojekt – getrennt nach Nord- und Südbünden – grafisch dargestellt. In den beiden nachfolgenden Abbildungen steht jeder Punkt für ein Strassenbauprojekt. Je höher ein Projekt in Bezug auf die x-Achse («Variationskoeffizient») angeordnet ist, desto grösser ist die Streuung der Angebotssummen. Je tiefer das Projekt in Bezug auf die die x-Achse («Variationskoeffizient») angeordnet ist, desto näher liegen alle

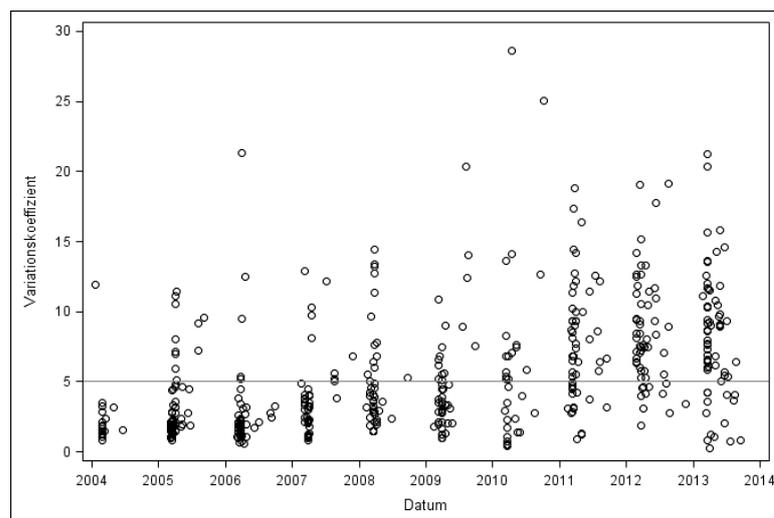
⁵⁰¹ So die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG in Rz 58 f. ihrer Stellungnahme zum Antrag; Act. V.238 (22-0457).

Angebotssummen beieinander.⁵⁰² Letzteres indiziert die Anwendung der Mittelwertmethode (siehe oben Rz 322 ff.).

Entwicklung des VK in Nordbünden



Entwicklung des VK in Südbünden



336. Die zwei Abbildungen zeigen erneut, dass sich das Bieterverhalten während und nach der Zeit der Zusammenarbeit der 13 bzw. zwölf Unternehmen im Hinblick auf die Varianz unterscheidet. Denn der VK war bei den Submissionen gemäss dieser Auswertung in den Jahren 2004 bis und mit 2009 in der Regel viel tiefer als in der Zeit danach. Dies zeigt sich insbesondere mit Blick auf die grafisch eingeführte «Grenze» eines VK von 5 % (vgl. waagerechte Linie in Höhe des Wertes 5 auf der x-Achse). Dieser Wert von 5 % ergibt sich aus den Erfahrungen der Wettbewerbsbehörden im Fall Tessin (in diesem Fall waren die VK von Submissionen, bei denen es zu gemeinsamen Festlegungen der Angebotssummen gekommen war, systematisch kleiner als 5 %).⁵⁰³ Vorliegend lag der VK bei den meisten Submissionen in der Zeit 2004 bis 2010 unter 5 oder knapp darüber. In der Zeit 2010 bis und mit 2013 stiegen die VK an und Submissionen mit einem VK von weniger als 5 wurden seltener.

⁵⁰² Siehe RPW 2008/1, 102 f. Rz 109 ff., *Strassenbeläge Tessin* und Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 838 ff., publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

⁵⁰³ Vgl. RPW 2008/1, 102 f. Rz 109 ff., *Strassenbeläge Tessin*.

Die beiden Grafiken zeigen auch, dass die Varianz der Angebotssummen in der Zeit der Zusammenarbeit von 2004 bis 2010 in Südbünden noch tiefer war als die Varianz der Angebotssummen in Nordbünden. Der Einwand der Walo vermag daher nicht zu überzeugen⁵⁰⁴.

337. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die vorgenannten Umstände auf die Zusammenarbeit der 13 bzw. zwölf Unternehmen zur gemeinsamen Zuteilung von Strassenbauprojekten mittels der «Mittelwertmethode» zurückzuführen sind. Dieses Ergebnis wird auch von der Cellere, der Centorame, der Hew, der Schlub, der Toldo sowie der Zindel/Prader ausdrücklich bestätigt, da diese Gesellschaften den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannt haben (siehe Rz 83 f., 88, 94 f., 97). Gemäss Antrag sei die «Mittelwertmethode» grundsätzlich auch in Südbünden angewendet worden; das Sekretariat ging davon aus, dass die Veränderungen im Bieterverhalten auf die Zusammenarbeit der 13 bzw. zwölf Unternehmen zur gemeinsamen Zuteilung von Strassenbauprojekten mittels der «Mittelwertmethode» zurückzuführen seien.⁵⁰⁵ Hinsichtlich der Behandlung der Einwände der A. Käppeli's Söhne AG und der Bianchi Holding AG sowie der Foser gegen die in Rz 335 ff. enthaltenen Ergebnisse sei auf Rz 333 verwiesen.

B.3.2.4.3 Zwischenfazit betreffend Umsetzung und Auswirkungen

338. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die 13 bzw. zwölf Unternehmen zwischen 2004 bis und mit 2010 betreffend eine Vielzahl von in Nordbünden und Südbünden kommunal und kantonal vergebenen Strassenbauprojekten gemeinsame Zuteilungen und gemeinsame Festlegungen der Höhe der Angebotssummen entsprechend der Zielsetzung und den geltenden Regeln (1. Gemeinsame Zuteilungsentscheidung insbesondere anhand der Anteilsquoten, 2. Gemeinsame Festlegung der Höhe der Angebotssummen unter grundsätzlicher Anwendung der «Mittelwertmethode») vornahmen. Diese Zusammenarbeit funktionierte vor allem in den ersten Hälften der Jahre 2004 bis und mit 2010 betreffend die in diesen Zeiträumen ausgeschriebenen kantonalen und kommunalen Strassenbauprojekte aus Nord- und Südbünden.

339. Die Zusammenarbeit betraf aufgrund ihrer Ziel- und Zwecksetzung alle kommunal und kantonal vergebenen Strassenbauprojekte in Nordbünden und Südbünden (vgl. Rz 266 ff.). Die exakte Gesamtzahl und der genaue Gesamtauftragswert dieser Projekte (in der Zeit von 2004 bis und mit Mai 2010) sind nicht bekannt. Alleine im DOPGR befinden sich 869 im Zeitraum 2004 bis und mit Mai 2010 in Nordbünden und Südbünden vergebene kantonale oder kommunale Strassenbauprojekte. Die Summe aller tiefsten Angebotssummen liegt bei rund CHF 251 Mio. Jedenfalls diese 869 Projekte waren von dem Zuteilungssystem erfasst.

340. In den Jahren 2004 bis und mit Mai 2010 teilten die 13 bzw. zwölf Unternehmen rund 70–80 % des Gesamtwerts der kantonalen und kommunalen Strassenbauprojekte in Nordbünden und in Südbünden erfolgreich zu. Von den 869 im DOPGR enthaltenen Strassenbauprojekten der Jahre 2004 bis und mit Mitte 2010 (aus Nord- und Südbünden; Gesamtwert rund CHF 251 Mio.) wurden damit geschätzt etwa 650 Strassenbauprojekte im Wert von mindestens rund CHF 190 Mio. erfolgreich zugeteilt.

341. Die Vielzahl der einvernehmlichen Zuteilungen von Strassenbauprojekten mittels gemeinsamen Festlegungen der Höhe der Angebotssummen anhand der «Mittelwertmethode» bewirkte insbesondere Folgendes: Das Bieterverhalten betreffend kommunal und kantonal vergebene Strassenbauprojekte in Nord- und Südbünden in der Zeit 2004 bis und mit Mai 2010 unterscheidet sich infolge der Zusammenarbeit vom Bieterverhalten betreffend vergleichbare Strassenbauprojekte aus der Zeit Mai 2010 bis Ende 2013. Auch bewirkte die be-

⁵⁰⁴ Die Angabe der Walo widerspricht auch den Ausführungen der Cellere; vgl. oben Rz 257 und 272.

⁵⁰⁵ Vgl. Act. V.16–V.29 (22-0457); Rz 263 ff. des Antrags.

schriebene Zusammenarbeit der 13 bzw. zwölf Unternehmen im Rahmen des Zuteilungssystems höhere Angebotssummen als sie ohne die Zuteilungen unter grundsätzlicher Anwendung der «Mittelwertmethode» eingereicht worden wären (ca. 8–10 % höher).

B.3.2.5 Zwischenergebnis

342. Es ist damit bewiesen, dass Vertreter der VBU- bzw. VGR-Mitgliedsgesellschaften Casty Bau AG, Palatini AG Untervaz/Cellere, Centorame, Foser, Toldo, Hew, Implenia, Käppli, Vago/KIBAG, Prader und Mettler AG (bis 2005), Schlub und Walo (13 bzw. zwölf Unternehmen) regelmässig im Rahmen von Zuteilungssitzungen zusammenarbeiteten. In der jeweils ersten Jahreshälfte fanden diese Sitzungen bis zu einmal pro Woche (je nach Ausschreibungen des Kantons und der Gemeinden) statt. Die Zusammenarbeit im Rahmen der Zuteilungssitzungen erfolgte mit dem Ziel, gemeinsam und in Untergruppen über die Zuteilung der in Nordbünden und Südbünden vom Kanton und den Gemeinden ausgeschriebenen Strassenbauprojekte zu entscheiden. Die entsprechenden Zuteilungsentscheidungen sollten insbesondere anhand von Anteilsquoten der 13 bzw. zwölf Unternehmen erfolgen. Die gemeinsame Festlegung der Höhe der Angebotssummen zur Umsetzung der Zuteilungsentscheidung wollten die beteiligten Unternehmen in der Regel anhand der «Mittelwertmethode» vornehmen.

343. Mit den einvernehmlichen Zuteilungen bezweckten die 13 bzw. zwölf Unternehmen die Verringerung des Konkurrenzdrucks zwischen den beteiligten Unternehmen sowie die Stabilisierung der Preise für Strassenbau bzw. ein besseres Preisniveau. Die Zuteilungen dienten damit der Sicherung der Gewinnmargen bzw. Einnahmen der Unternehmen.

344. Es ist bewiesen, dass eine einvernehmliche Zuteilung bei der weit überwiegenden Mehrzahl der in Nordbünden und Südbünden kommunal und kantonal vergebenen Strassenbauprojekte gelang, insbesondere bei den jeweils in der ersten Jahreshälfte der Kalenderjahre 2004 bis 2010 vergebenen Strassenbauprojekten.

345. Die zusammenarbeitenden 13 bzw. zwölf Unternehmen hatten in der Zeit von 2004 bis und mit Mai 2010 sowohl in Nordbünden als auch in Südbünden betreffend kommunal und kantonal vergebene Strassenbauprojekte einen ungefähren Umsatzanteil von rund 85 %. Von den 869 im DOPGR enthaltenen Strassenbauprojekten der Jahre 2004 bis und mit Mitte 2010 (aus Nord- und Südbünden; Gesamtwert rund CHF 251 Mio.) wurden geschätzt etwa 650 Strassenbauprojekte im Wert von mindestens rund CHF 190 Mio. erfolgreich zuteilt. In den Jahren 2004 bis und mit Mai 2010 wurden rund 70–80 % des Gesamtwerts der kantonalen und kommunalen Strassenbauprojekte in Nordbünden und in Südbünden erfolgreich zuteilt.

346. Die Vielzahl der einvernehmlichen Zuteilungen von Strassenbauprojekten mittels gemeinsamer Festlegungen der Höhe der Angebotssummen anhand der «Mittelwertmethode» bewirkte insbesondere Folgendes: Das Bieterverhalten betreffend kommunal (ohne Misox) und kantonal vergebene Strassenbauprojekte in der Zeit 2004 bis und mit Mai 2010 unterschied sich infolge der Zusammenarbeit vom Bieterverhalten betreffend vergleichbare Strassenbauprojekte aus der Zeit Mai 2010 bis Ende 2013. Auch bewirkte die beschriebene Zusammenarbeit der 13 bzw. zwölf Unternehmen im Rahmen des Zuteilungssystems höhere Angebotssummen als sie ohne die Zuteilungen unter grundsätzlicher Anwendung der «Mittelwertmethode» eingereicht worden wären (ca. 8–10 % höher).

347. Hinsichtlich der übrigen Beweisergebnisse verweist die WEKO auf die Rz 119–162, 195–197, 247–250, 296–299, 338–340.

B.3.3 Sonstige Formen der Zusammenarbeit

348. Nachfolgend wird auf sonstige Formen der Zusammenarbeit zwischen den 13 bzw. zwölf Strassenbauunternehmen bzw. Teilen davon eingegangen. Thematisiert wird die Zusammenarbeit zur Erarbeitung von Kalkulationsgrundlagen im Jahr 2009 (siehe Rz 349 f.), im Rahmen der Beteiligungen der Strassenbauunternehmen an der Catram AG (siehe Rz 352 ff.) sowie im Rahmen von «Dauer-Arbeitsgemeinschaften» (siehe Rz 358).

B.3.3.1 Zusammenarbeit zur Erarbeitung von Kalkulationsgrundlagen

349. Es bestand ferner der Verdacht, dass die zwölf Unternehmen in den Jahren 2008 und 2009 gemeinsam sog. «Kalkulationsgrundlagen» erarbeiteten, in denen einheitliche Preise für bestimmte Positionen von Strassenbauofferten festgelegt wurden, um Preisstabilität im Bereich Strassenbau zu erreichen.

350. Vorliegend ist aktenkundig, dass einige der zwölf Unternehmen einen Vorschlag für derartige Kalkulationsgrundlagen erstellten.⁵⁰⁶ Es kann allerdings nicht nachgewiesen werden, dass die zwölf Unternehmen übereinkamen, diese Kalkulationsgrundlagen auch anzuwenden.⁵⁰⁷ Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Kalkulationsgrundlagen verwendet wurden.

351. Welche rechtlichen Folgen diese Sachverhaltsfeststellungen haben, wird in den Erwägungen erläutert (siehe dazu Rz 424).

B.3.3.2 Zusammenarbeit im Rahmen der Beteiligungen an der Catram AG

352. Die Catram mit Sitz in Chur wurde 1966 gegründet. Sie bietet im Kanton Graubünden insbesondere Baustoffe für den Strassenbau an (z. B. Asphalt). Sie verfügt(e) über entsprechende Produktionsanlagen in Haldenstein (mittlerweile stillgelegt), Reichenau, Samedan und Untervaz. In Zernez verfügt die Catram über eine Anlage zur Verarbeitung von Ausbauasphalt.

353. Aktionäre der Catram sind bzw. waren im hier relevanten Zeitraum (2004 bis heute) solche Strassenbauunternehmen, welche (auch) in Graubünden tätig sind bzw. waren. Im Einzelnen sind bzw. waren seit 2004 folgende Strassen- und Tiefbauunternehmen Aktionäre der Catram: Käppeli (siehe oben Rz 3 ff.), Cellere (siehe oben Rz 6 ff.), Centorame (siehe oben Rz 9), Foser (siehe oben Rz 13), Hew (siehe oben Rz 14), Casty Bau AG (siehe oben Rz 15 f), Implenla (siehe oben Rz 17 ff.), KIBAG (siehe oben Rz 20), Gesellschaften der Schlub-Gruppe (siehe oben Rz 22 f.), Toldo (siehe oben Rz 24), Walo (siehe oben Rz 25) und die Prader (siehe oben Rz 27). Diese Gesellschaften halten bzw. hielten unterschiedlich grosse Anteile des Aktienkapitals, wobei ihr gemeinsamer Aktienanteil stets nahezu 100 % betrug. Den übrigen Anteil der Aktien hielt die Catram selbst.

354. Dem Verwaltungsrat der Catram gehören einzig Vertreter der Aktionärs gesellschaften (exkl. der Catram selbst) an (mindestens ein Vertreter pro Aktionärs gesellschaft); externe Personen sind im Verwaltungsrat nicht vertreten.⁵⁰⁸

355. Die Preissetzung der Catram gegenüber Unternehmen, welche nicht Aktionäre der Catram waren (nachfolgend: Drittunternehmen), war Gegenstand einer im Jahr 2004 eröffneten Vorabklärung. Mit der Vorabklärung wurde untersucht, ob die Catram Drittunternehmen höhere Preise in Rechnung stellte als Aktionärsunternehmen und dies kartellrechtswidrig sein könnte. Im Laufe der Vorabklärung räumte die Catram eine diskriminierende Preisset-

⁵⁰⁶ Vgl. Act. III.K.157 f., III.o.138 ff.

⁵⁰⁷ Vgl. etwa Act. III.O.142, S. 2. Danach wurden die Kalkulationsgrundlagen von den Unternehmen nicht verwendet.

⁵⁰⁸ Vgl. Handelsregister des Kantons Graubünden, CHE-105.762.218.

zung ein und änderte im Jahr 2005 ihr Verhalten. Die Verhaltensänderung erfolgte mittels der Anpassung des Aktionärsbindungsvertrags im Mai 2005, einer Ergänzung des Organisationsreglements, der Einführung einer einheitlichen und für alle Kunden und Kundinnen der Catram geltenden Preisliste sowie der Änderung des Berechnungsmodus für die bezugs-mengenabhängigen Rückvergütungen. Aufgrund dieser Änderungen stellte das Sekretariat die Vorabklärung im Oktober 2005 ein. Aus seiner Sicht war nach der Verhaltensanpassung gewährleistet, dass keine Drittunternehmen diskriminiert würden und die Preissetzung im ausschliesslichen Interesse der Catram und nicht im Interesse der Aktionärsunternehmen erfolgte.⁵⁰⁹

356. Den Wettbewerbsbehörden lagen Anhaltspunkte vor, dass die Catram in die vorne beschriebenen Zuteilungen von Strassenbauprojekten mittels gemeinsamen Preisfestsetzungen involviert gewesen sein könnte. Dies hat sich einzig insoweit bestätigt, dass die Zuteilungssitzungen bisweilen in Räumlichkeiten der Catram stattfanden (siehe insbesondere Rz 195) und dass die Anteilsquoten der 13 bzw. zwölf Unternehmen von diesen Unternehmen bisweilen anhand der Belagsbezugsstatistiken, welche die 13 bzw. zwölf Unternehmen als Aktionärs-gesellschaften von der Catram erhielten, überprüft wurden (siehe Rz 272). Eine weitere Beteiligung der Catram ist nicht bewiesen.

357. Welche rechtlichen Folgen diese Sachverhaltsfeststellungen haben, wird in den Erwägungen erläutert (siehe dazu Rz 425).

B.3.3.3 Zusammenarbeit im Rahmen von «Dauer-Arbeitsgemeinschaften»

358. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung hat sich der Verdacht ergeben, dass Strassenbauunternehmen im Rahmen von sog. «Dauer-Arbeitsgemeinschaften» (nachfolgend: Dauer-ARGE) zusammenarbeiteten, um Strassenbauprojekte längerfristig untereinander aufzuteilen und gemeinsam die Höhe der Eingabesummen festzulegen.⁵¹⁰ Die Zusammenarbeit von Unternehmen in einer Dauer-ARGE kann kartellrechtswidrig sein.⁵¹¹ Dieser Sachverhaltskomplex wird nicht im Rahmen dieser Untersuchung, sondern neu mittels einer Vorabklärung gemäss Art. 26 KG abgeklärt. Welche rechtlichen Folgen dies hat, wird an anderer Stelle erläutert (siehe dazu Rz 426).

B.3.4 Zusammenfassendes Beweisergebnis

359. Es ist bewiesen, dass Vertreter der VBU- bzw. VGR-Mitgliedsgesellschaften Casty Bau AG, Palatini AG Untervaz/Cellere, Centorame, Foser, Toldo, Hew, Implenia, Käppeli, Vago/KIBAG, Prader und Mettler AG (bis 2005), Schlub und Walo (13 bzw. zwölf Unternehmen) regelmässig im Rahmen von regelmässig stattfindenden Zuteilungssitzungen – vor allem zu Beginn der Kalenderjahre fanden diese Sitzungen bis zu einmal pro Woche statt – zusammenarbeiteten.

360. Zwischen den 13 bzw. zwölf Unternehmen bestand Konsens über das Ziel, in Nordbünden und Südbünden vom Kanton und den Gemeinden vergebene Strassenbauprojekte untereinander aufzuteilen. Die entsprechenden Zuteilungsentscheidungen sollten an den Zuteilungssitzungen insbesondere anhand von Anteilsquoten der 13 bzw. zwölf Unternehmen erfolgen. Die Anteilsquoten, welche auf gemeinsame Festlegungen der Strassenbauunternehmen Anfang der 1990er Jahre zurückgingen, lauteten wie folgt: Implenia: 15,5–16,5 %,

⁵⁰⁹ Vgl. Schlussbericht des Sekretariats vom 12.10.2005 in Sachen Catram AG.

⁵¹⁰ Vgl. etwa Act. III.J.047 ([...]), III.K.068 ([...]), III.M.021 ([...]), III.M.033 ([...]), III.M.040 ([...]), III.O.041 ([...]), III.Q.010 ([...]).

⁵¹¹ WEKO in der Verfügung vom 26.3.2018 i.S. *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 663, publiziert im Internet unter < <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html> >, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

Prader: 11,5–12,5 %, Casty: 10–11 %, Walo: 9–10 %, Vago/KIBAG: 7,5–8,5 %, Palatini/Cellere: 7,5–8,5 %, Hew: 5,5–6,5 %, Käppeli: 5,5–6,5 %, Frey/Toldo: 4,5–5,5 %, Schlub Nord: 4,5–5,5 %, Centorame: 4–5 %, Foser: 3,5–4,5 % und Schlub Süd: 2,5–3,5 %. Die konkreten Zuteilungen sollten durch die entsprechende gemeinsame Festlegung der Angebotssummen erfolgen, wobei der designierte Zuschlagsempfänger die niedrigste Angebotssumme abgeben sollte und die übrigen offerteinreichenden Unternehmen höhere Angebotssummen einreichen sollten. Die Höhen der einzureichenden Angebotssummen wollten die beteiligten Unternehmen in der Regel anhand der «Mittelwertmethode» festlegen.

361. Mit den einvernehmlichen Zuteilungen bezweckten die 13 bzw. zwölf Unternehmen die Verringerung des Konkurrenzdrucks zwischen den beteiligten Unternehmen sowie die Stabilisierung der Preise für Strassenbau bzw. die Erzielung eines besseren Preisniveaus. Die Zuteilungen dienten damit der Sicherung der Gewinnmargen bzw. Einnahmen der Unternehmen.

362. Eine einvernehmliche Zuteilung anhand der Anteilsquoten und mittels der gemeinsamen Festlegung der Angebotssummen mit der Mittelwertmethode gelang den 13 bzw. zwölf Unternehmen bei der weit überwiegenden Mehrzahl der in Nordbünden und Südbünden kommunal und kantonale vergebenen Strassenbauprojekte, insbesondere bei den jeweils in der ersten Jahreshälfte der Kalenderjahre 2004 bis 2010 vergebenen Strassenbauprojekten.

363. Die zusammenarbeitenden 13 bzw. zwölf Unternehmen hatten in der Zeit von 2004 bis und mit Mai 2010 sowohl in Nordbünden als auch in Südbünden betreffend kommunal und kantonale vergebenen Strassenbauprojekte einen ungefähren Umsatzanteil von 85 %. Von den 869 im DOPGR enthaltenen Strassenbauprojekten der Jahre 2004 bis und mit Mitte 2010 (aus Nord- und Südbünden; Gesamtwert rund CHF 251 Mio.) wurden geschätzt etwa 650 Strassenbauprojekte im Wert von mindestens rund CHF 190 Mio. erfolgreich zugeteilt. In den Jahren 2004 bis und mit Mai 2010 teilten die 13 bzw. zwölf Unternehmen rund 70–80 % des Gesamtwerts der kantonalen und kommunalen Strassenbauprojekte in Nordbünden und in Südbünden erfolgreich zu. Das Zuteilungssystem bewirkte höhere Angebotssummen als sie ohne die Zuteilungen mittels der «Mittelwertmethode» eingereicht worden wären (etwa 8–10 % höher).

364. Betreffend die Beweisergebnisse bezüglich sonstiger Formen der Zusammenarbeit der 13 bzw. zwölf Strassenbauunternehmen (im Rahmen der Beteiligungen an der Catram und an Dauer-ARGE sowie in Zusammenhang mit «Kalkulationsgrundlagen»), ist auf die Rz 348–350 zu verweisen. Hinsichtlich der übrigen Beweisergebnisse verweist die WEKO auf die Rz Rz 119–162, 195–197, 247–250, 296–299, 338–340.

B.4 Zusammenarbeit von Hochbauunternehmen im Rahmen des «Club Quattro»

365. Nachfolgend wird auf die Zusammenarbeit der vier Hochbauunternehmen Hew, Implemia, Lazzarini und der Mettler AG im Rahmen des sog. «Club Quattro» eingegangen. Dazu wird vorab die Hochbaubranche in einem Teil des Churer Rheintals (in der Zeit 2006–2012) skizziert (siehe Rz 366 ff.). Anschliessend werden die für eine kartellrechtliche Bewertung relevanten Umstände der Zusammenarbeit im Rahmen des «Club Quattro» dargestellt, soweit diese nach aktuellem Verfahrensstand beweisbar sind (siehe Rz 371 ff.).

B.4.1 Hochbaubranche im Churer Rheintal (in der Zeit 2006–2012)

366. Nachfolgend geht es um die Zusammenarbeit von Unternehmen der Hochbaubranche in einem Teil des sog. «Churer Rheintals» (siehe zu diesem Gebiet sogleich Rz 367). In sachlicher Hinsicht bezieht sich die folgende Beschreibung folglich auf jenen Wirtschaftsbe- reich, in dem von den Wirtschaftsteilnehmern Hochbauleistungen erbracht und nachgefragt werden. Von einer Hochbauleistung wird ausgegangen, soweit die Errichtung, Erweiterung

und Reparatur von Immobilien, welche mehrheitlich über der Geländelinie liegen (insbesondere Einfamilien- und Mehrfamilienhäuser, Gewerbebauten, etc.), wesentlicher Bestandteil der vom Anbieter erbrachten Leistung ist.

367. In geografischer Hinsicht erstreckt sich der hier interessierende Wirtschaftsraum zwischen Reichenau und Landquart auf einer Strecke von etwa 25 km entlang des Rheins (Teil des sog. Churer Rheintals; nachfolgend auch: Club-Quattro-Untersuchungsgebiet). Im Zentrum dieses Wirtschaftsraums liegt Chur, der Hauptort des Kantons Graubünden, mit seinen rund 38 000 Einwohnern und Einwohnerinnen. Natürlich begrenzt ist der Wirtschaftsraum vor allem durch die Berge entlang des Rheintals. Mit Kraftfahrzeugen befahrbare «Durchlässe» in andere Gebiete führen – bis auf den nördlichen, rheinabwärts liegenden «Ausgang» über Landquart–Bad Ragaz–Sargans – einzig über hochgelegene Passstrassen im Westen, Süden und Osten von Chur (Oberalppass, San-Bernadino-Passstrasse, Splügenpass, Julierpass, Albulapass und Flüelapass) sowie durch eher dünn besiedelte Gebiete. Die Lazzarini bezeichnet das Club-Quattro-Untersuchungsgebiet in ihrer Selbstanzeige als relativ kleinen und überschaubaren Wirtschaftsraum.⁵¹²

368. Aufgrund des auch in der Hochbaubranche wirkenden Distanzschutzes⁵¹³ und der vorgenannten (geografischen) Umstände ist davon auszugehen, dass jene Hochbauunternehmen, deren Werkhöfe, Maschinen und Baupersonal innerhalb des Club-Quattro-Untersuchungsgebiets stationiert sind (nachfolgend: ansässige Unternehmen), in etwa vergleichbare Wettbewerbsbedingungen (insbesondere betreffend Kostenstruktur und Bekanntheit im Markt) haben. Weiter ist anzunehmen, dass Hochbauunternehmen, deren Werkhöfe, Maschinen und Baupersonal ausserhalb des Club-Quattro-Untersuchungsgebiets liegen (nachfolgend: auswärtige Unternehmen), höhere Transport- und Koordinierungskosten haben, weniger bekannt im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet sind und insbesondere von privaten und nichtgewerblichen Bauherrn weniger angefragt werden. Auswärtige Unternehmen haben damit gegenüber den im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet ansässigen Hochbauunternehmen Wettbewerbsnachteile und dürften damit keinen bis wenig Umsatz mit der Erbringung von Hochbauleistungen im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet erzielt haben. Dies gilt insbesondere, je kleiner das durchzuführende Hochbauprojekt umsatzmässig betrachtet war, da es sich in der Regel nicht lohnt, für wenig Umsatz Material und Personen aus anderen Gebieten in das Club-Quattro-Untersuchungsgebiet zu verschieben. Einzig bei Hochbauprojekten mit einem sehr grossen Wert wird der Standortvorteil der ansässigen Unternehmen weniger bedeutsam gewesen sein, weshalb bei solchen Projekten die Konkurrenz durch auswärtige Projekte grösser gewesen sein dürfte.

369. Aus den Angaben von Verfahrensparteien sowie eingereichten bzw. sichergestellten Dokumenten ergibt sich dementsprechend auch, dass (zumindest in der Zeit 2006 bis 2012) vor allem ansässige Unternehmen mit im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet durchgeführten Hochbauprojekten Umsätze erzielt haben.⁵¹⁴ Zu diesen ansässigen Unternehmen zählen von den in Rz 3–28 genannten Gesellschaften die Hew (Werkhof in Felsberg), die Implenia (Werkhof in Chur), die Lazzarini (Werkhof in Chur) und die Mettler AG (Werkhof in Chur).⁵¹⁵ Diese Unternehmen werden nachfolgend als «vier Unternehmen» bezeichnet. Daneben waren im massgeblichen Zeitraum (2006 bis 2012) insbesondere noch die Wolf Bau AG⁵¹⁶

⁵¹² Act. IX.B.28, S. 27.

⁵¹³ Vgl. auch RPW 2017/3, 421 Rz 224 f., *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; siehe auch Verfügung der WEKO vom 26.3.2018 i.S. *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 66, 609 f., 678 f., 594 und Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1046 ff., beide publiziert im Internet unter < <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letztenentscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019; vgl. auch oben Rz 125.

⁵¹⁴ Vgl. etwa Act. III.O.104 ff.; Act. III.O.084, S. 2.

⁵¹⁵ Vgl. etwa Act. III.O.104 ff.; Act. III.O.084, S. 2 und Internetrecherche.

⁵¹⁶ Handelsregister des Kantons Graubünden; CHE-362.061.466.

(Werkhof in Domat/Ems)⁵¹⁷ und die Lurati Bau AG⁵¹⁸ (später Luzio Bau AG; Konkurseröffnung im Juni 2016; gelöscht im September 2017; Werkhof ehemals in Chur) ansässige Hochbauunternehmen.⁵¹⁹

370. Aus den vorliegenden Beweismitteln lässt sich mit Blick auf die geografischen Gegebenheiten, den Distanzschutz und die Zahl und die Grösse der im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet ansässigen Hochbauunternehmen schätzungsweise folgern, dass der gemeinsame Umsatzanteil der vier Unternehmen mit Hochbauprojekten im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet über 50 % betrug.⁵²⁰ Die Hew bezeichnete dementsprechend die Implemia, die Lazzarini und die Mettler AG in beschlagnahmten internen Dokumente aus der Zeit 2006–2012 – betreffend den «Platz Chur» – wahlweise als die «grössten Konkurrenten», die «grösseren Unternehmen» oder ihre «Mitbewerber».⁵²¹ Die Mettler AG geht davon aus, dass sie im Bereich Betonbauten, insbesondere für grössere Gewerbe- und öffentliche Objekte im Bündner Rheintal und in angrenzenden Gebieten (jedenfalls in den Jahren 2010–2013) «führend gewesen» sei.⁵²² Unbestritten stand die Hochbaubranche im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet in Jahren des guten Projekt- und Umsatzvolumens (wie etwa die Jahre 2007 und 2008) insgesamt auch im Fokus von Hochbauunternehmen aus angrenzenden Regionen (z.B. aus dem Rheintal nördlich von Landquart, dem Prättigau sowie dem Bündner Oberland).⁵²³ Bei Grossprojekten bewarben sich entsprechend den obigen Ausführungen zum Distanzschutz in der Regel auch auswärtige Unternehmen aus anderen Kantonen (z. B. die Toneatti AG Bilten⁵²⁴ aus dem Kanton Glarus) um den Zuschlag bzw. erhielten diesen teilweise.⁵²⁵

B.4.2 «Club Quattro» bzw. «Quattro round»

371. Nachfolgend wird auf den Inhalt, den Zweck und die Auswirkungen der Zusammenarbeit der vier Unternehmen im Rahmen des sog. «Club Quattro» eingegangen, soweit dies nach den gemäss aktuellem Stand vorliegenden Beweismitteln beweisbar ist.

⁵¹⁷ Gemäss ihren eigenen Angaben auf der Internethomepage im Jahr 2013 verfügte sie zu dieser Zeit über ca. 60 Mitarbeitende und erzielte einen Jahresumsatz von bis zu CHF 15 Mio. Die Wolf Bau AG wurde im Jahr an die 2017 Nicol. Hartmann & Cie. AG, St. Moritz, verkauft; vgl. <<https://www.suedostschweiz.ch/wirtschaft/2017-11-24/der-naechste-schulterschluss>>; zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

⁵¹⁸ Vgl. Handelsregister des Kantons Graubünden; CHE-241.826.300. Sie hatte im Jahr 2014 gemäss eigener Angaben auf ihrer damaligen Internethomepage rund 30 Mitarbeiter; vgl. <www.luratichur.ch>; abrufbar unter <<https://web.archive.org/>>; zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

⁵¹⁹ Siehe etwa <<http://www.wolfbau.ch/>>; <<https://www.suedostschweiz.ch/zeitung/franco-lurati-uebergibt-das-zepter-martin-luzio>>; sowie die archivierten Internethomepages der Wolf Bau AG und der Lurati Bau AG (<www.luratichur.ch>) in den Jahren 2006 bis 2012, abrufbar unter <<https://web.archive.org/>>; zuletzt aufgerufen am 19.8.2019; vgl. auch Act. IX.A.28, S. 19.

⁵²⁰ Vgl. etwa Act. III.O.104 ff.; III.O.084, S. 2; IX.A.28, S. 16–19; IX.B.28, S. 3, 26–31 sowie allgemeine Internetrecherche, insbesondere auf aktuellen und archivierten Internethomepages der genannten ansässigen Unternehmen. Archivierte Internethomepages der Unternehmen der Jahre 2006 bis 2012 sind abrufbar unter <<https://web.archive.org/>>; zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

⁵²¹ Vgl. die Ausführungen in Jahresberichten und Geschäftsleitungsprotokollen der Hew aus der Zeit zwischen 2006 und 2012 in Act. III.O.079 ff.; III.O.104 ff.

⁵²² Act. III.Q.035, S. 1 sowie die archivierte Internethomepage der Mettler AG im Jahr 2011; abrufbar unter <<https://web.archive.org/>>; zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

⁵²³ Vgl. Act. IX.B.28, S. 28 f.; III.O.097, S. 2; III.O.106, S. 4 f.

⁵²⁴ Handelsregister des Kantons Glarus, CHE-105.336.175.

⁵²⁵ Act. III.O.106, S. 16; III.O.109, S. 16.

B.4.2.1 Massgebliche Beweismittel

372. Betreffend die Zusammenarbeit der vier Unternehmen im Rahmen des Club Quattro liegen im Wesentlichen die folgenden Beweismittel vor:

- Die Implenia macht in ihrer Selbstanzeige Angaben zum Club Quattro sowie zur mutmasslichen Zusammenarbeit von Hochbauunternehmen im gesamten Kanton Graubünden und reicht diesbezüglich einige wenige Dokumente ein (z. B. «Projektliste» der Mettler AG aus dem Jahr 2007⁵²⁶).⁵²⁷ Im Wesentlichen führt sie aus, es habe zwischen den vier Hochbauunternehmen keine systematische Zusammenarbeit stattgefunden, sondern die vier Unternehmen hätten mit dem Club Quattro lediglich die gute Zusammenarbeit im Rahmen der «ARGE Areal D/Bahnhof Chur» (2006) über dieses Projekt hinaus fortführen wollen. Im Rahmen des Club Quattro hätten die vier Unternehmen einzig allgemeine Marktgespräche geführt und allenfalls vorab Interessensbekundungen betreffend bestimmte Projekte ausgetauscht. Unabhängig vom Club Quattro habe es in der Hochbaubranche allgemein punktuell gemeinsame Festlegungen des Zuschlagempfinders und der Höhe der Eingabesummen gegeben. Die Implenia meldet insgesamt sechs mutmasslich/möglicherweise betroffene Hochbauprojekte, wobei von diesen lediglich eines im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet ausgeschrieben und vergeben wurde.⁵²⁸ Weitere Angaben könne die Implenia nicht machen, da sie über keine Unterlagen mehr zu diesem Themenkomplex verfüge und die mutmasslich beteiligte Person ([...]) das Unternehmen zwischenzeitlich verlassen habe.⁵²⁹
- Auch die Lazzarini macht in ihrer Selbstanzeige Angaben zum Club Quattro; Dokumente reicht sie diesbezüglich keine ein.⁵³⁰ Wie die Implenia führt sie im Wesentlichen aus, es habe zwischen den vier Hochbauunternehmen keine systematische Zusammenarbeit stattgefunden, sondern die vier Unternehmen hätten mit dem Club Quattro lediglich die gute Zusammenarbeit im Rahmen der «ARGE Areal D/Bahnhof Chur» über dieses Projekt hinaus fortführen wollen. Im Rahmen des Club Quattro hätten die vier Unternehmen einzig allgemeine Marktgespräche geführt und allenfalls vorab Interessensbekundungen betreffend bestimmte Projekte ausgetauscht. Auch sei es darum gegangen, wieder gemeinsam bei Grossprojekten Offerten einreichen zu können. Zu keinem Zeitpunkt sei es im Club Quattro unter den anwesenden Unternehmen in Bezug auf einzelne Projekte zu einer Zuteilung oder einer Preisabsprache gekommen. Die Lazzarini meldet insgesamt sechs Projekte, bei denen es unabhängig vom Club Quattro «möglicherweise» zu einer gemeinsamen Festlegung des Zuschlagempfinders und der Eingabesummen gekommen sein könnte.⁵³¹ Von diesen Projekten wurden fünf im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet ausgeschrieben. Weitere Angaben könne die Lazzarini nicht machen.
- Bei der Hew wurden in den elektronischen Daten des Unternehmens insgesamt 18 Outlook-Kalendereinträge gesichert.⁵³² Danach hatte ein Vertreter der Hew ([...]) in den Jahren 2008 bis 2012 wiederholt Termine angesetzt mit Titeln wie «Quattro Round», «Quattro Round mit Mittagessen», «ARGE Quattro», «[...]» oder «Quattro Round 2009». Diese Termine sollten gemäss den Eintragungen wechselweise bei Hew, Lazzarini, Implenia oder der Mettler AG stattfinden.

⁵²⁶ Act. IX.A.31a.

⁵²⁷ Siehe Act. IX.A.5, S. 3; IX.A.11, S. 6; IX.A.13, S. 1; IX.A.28, S. 16–19; IX.A.52, S. 3.

⁵²⁸ Vgl. Act. IX.A.11, S. 6; IX.A.28, S. 17 f.

⁵²⁹ Siehe insbesondere Act. IX.A.52, S. 3.

⁵³⁰ Vgl. Act. IX.B.28, S. 3, 26–31; Act. VII.B.2 (22-0457), S. 2 f.

⁵³¹ Act. IX.B.28, S. 30 f.

⁵³² Siehe Act. III.O.113–III.O.130.

- In sichergestellten Geschäftsleitungsprotokollen der Hew aus den Jahren 2006–2009, in Hew-Jahresberichten betreffend die Jahre 2006–2008 sowie in Hew-internen Jahresberichtsentswürfen werden wiederholt «Marktgespräche» zwischen Hew, Implenia, Lazzarini und Mettler AG betreffend den «Platz Chur» erwähnt und teilweise näher beschrieben.⁵³³
- In den Stellungnahmen zum Antrag des Sekretariats finden sich keine Ausführungen zum Club-Quattro-Sachverhalt (vgl. Rz 79 ff.).

373. Vertieft wird auf die vorgenannten Beweismittel im Rahmen der nachfolgenden Beweiswürdigung eingegangen, soweit dies für die kartellrechtsrelevanten Beweisergebnisse von Bedeutung ist.

B.4.2.2 Beweiswürdigung

374. Aus den oben genannten Beweismitteln geht hervor, dass sich Vertreter der Hochbauunternehmen Hew, Implenia, Lazzarini und Mettler AG zwischen 2006 und September 2012 regelmässig im Rahmen des Club Quattro bzw. der Quattro Round trafen. Die Treffen fanden in der Regel alle ein bis zwei Monate an Standorten der vier Unternehmen im Raum Chur statt. Im Jahr 2011 kamen die vier Unternehmen zum Beispiel rund neun Mal zusammen.

375. Folgende Personen nahmen an diesen Treffen teil: [...] Hew (Teilnahme 2006 bis September 2012); [...] Implenia (Teilnahme 2006 bis September 2012); [...] Lazzarini-Niederlassung Chur (Teilnahme 2006 bis Frühjahr 2009); [...] Lazzarini-Niederlassung Chur (Teilnahme Frühjahr 2009 bis September 2012); [...] Mettler AG [...].

376. Wie die Selbstanzeigerinnen übereinstimmend erläutern, gab die Zusammenarbeit der vier Unternehmen im Rahmen einer ARGE betreffend das Hochbaugrossprojekt «Areal D/Bahnhof Chur» im Jahr 2006 (Bauherrin: Schweizerische Bundesbahnen SBB) Anlass zur Gründung des Club Quattro. Diese Zusammenarbeit zur Durchführung des Projekts wurde von den Beteiligten als so erfolgreich wahrgenommen, dass die vier Unternehmen beschliessen, sie projektunspezifisch fortzusetzen.

377. Aus den vorliegenden Beweismitteln lässt sich zweifelsfrei folgern, dass die vier Unternehmen übereingekommen waren, im Rahmen des Club Quattro die aktuelle und anstehende Nachfrage nach Hochbauleistungen im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet sowie die diesbezügliche Interessenslage der vier Unternehmen zu erörtern. Die beteiligten Unternehmen konnten dabei auch ein «besonderes Interesse» geltend machen, etwa wenn eine besondere Beziehung zur Bauherrschaft bestand. Bei der Zusammenarbeit sollte zudem gemeinsam geprüft werden, ob auch künftig Hochbaugrossprojekte gemeinsam als ARGE akquiriert werden könnten. Die Beweismittel zeigen, dass sich die Unternehmen gemäss dieser Übereinkunft verhielten und Interessen austauschten.

378. Mit Blick auf die vorliegenden Beweismittel bestehen indes erhebliche und unüberwindliche Zweifel daran, dass der Club Quattro – nach der Vorstellung der vier Unternehmen – der Zuteilung von im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet ausgeschriebenen Hochbauprojekten an die vier Unternehmen und der entsprechenden gemeinsamen Festlegung des Zuschlagempfinders sowie der Höhe der Eingabesummen diene. Denn eine derartige Zwecksetzung geben die Selbstanzeigerinnen nicht an und es liegen nur wenige Indizien vor, welche auf eine derartige Zwecksetzung schliessen lassen könnten. So melden die Selbstanzeigerinnen zwar insgesamt sechs im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet ausgeschriebene Hochbauprojekte, bezüglich derer es «möglicherweise» zu einer gemeinsamen Festlegung des Zuschlagempfinders sowie der Höhe der Eingabesummen gekommen sein

⁵³³ Act. III.O.079–III.O.098; III.O.104–III.O.110.

könnte,⁵³⁴ auch hat die Implenia eine «Projektliste» der Mettler AG vom 23. März 2007 eingereicht, auf welcher Interessensbekundungen der vier Unternehmen betreffend Hochbauprojekte dokumentiert sind (in der Spalte «Interesse» heisst es beispielsweise: «ALLE», «HEW/ME», «IMP/LA», «LA»⁵³⁵). Allerdings kann mit den vorliegenden Beweismitteln nicht nachgewiesen werden, dass es bei den gemeldeten sechs Projekten tatsächlich zur gemeinsamen Festlegung des Zuschlagempfinders sowie der Höhe der Eingabesummen gekommen ist sowie dass ein solches Verhalten im Zusammenhang mit dem «Club Quattro» stand. Auch ist für die WEKO mit den vorliegenden Beweismitteln nicht ohne unüberwindliche Zweifel feststellbar, dass sonstige Hochbauprojekte an Teilnehmer des Club Quattro gemeinsam zugeteilt und die Höhen der Eingabesummen gemeinsam erörtert und festgelegt wurden. Ebenfalls ist nicht nachweisbar, dass die vier Unternehmen ARGE nur bildeten, um potentielle Konkurrenten aus dem Spiel zu nehmen oder dass erwartet wurde, dass ARGE zwischen Teilnehmern der Quattro Round von allfälligen übrigen Teilnehmern der Quattro Round geschützt werden sollten.

379. Wie bereits ausgeführt, zeigen die vorliegenden Beweismittel bezüglich der Umsetzung und der Auswirkungen der beschriebenen Zusammenarbeit einzig, dass die aktuelle und anstehende Nachfrage nach Hochbauleistungen im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet sowie die diesbezügliche Interessenslage der vier Unternehmen von den Teilnehmern der Quattro Round tatsächlich wiederholt erörtert wurde. Auch haben sich die vier Unternehmen bisweilen als ARGE um Hochbauprojekte beworben und auch den Zuschlag erhalten. Es ist zudem anzunehmen, dass die erlangten Informationen zur Interessenslage von den Unternehmen bei der Offertstellung berücksichtigt wurden. Etwas Anderes ist logisch ausgeschlossen.

380. Zu dem in Rz 378 genannten Beweisthema liessen sich noch Ermittlungsmassnahmen durchführen. Möglich wären etwa Befragungen der beteiligten Personen (Rz 375), von Konkurrenten der vier Unternehmen und von Vertretern der Nachfrageseite und/oder entsprechende Auskunftsverlangen. Mit Blick auf die bisherige Dauer des Verfahrens 22-0433/22-0457 und das Beschleunigungsgebot ist indes aus Sicht der WEKO auf solche weiteren Ermittlungsmassnahmen zu verzichten.

B.4.3 Ergebnis

381. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die vier Hochbauunternehmen Hew, Implenia, Lazarini und Mettler AG im Rahmen des Club Quattro bzw. der Quattro Round zusammenarbeiteten. Die Vertreter der vier Unternehmen trafen sich in der Zeit zwischen 2006 und September 2012 anlässlich der regelmässig alle ein bis zwei Monate an Standorten der vier Unternehmen im Raum Chur stattfindenden Club Quattro-Sitzungen, um Informationen über die aktuelle und künftige Nachfrage nach Hochbauleistungen im Churer Rheintal und ihre diesbezügliche Interessenslage auszutauschen. Die beteiligten Unternehmen konnten dabei auch ein «besonderes Interesse» geltend machen, etwa wenn eine besondere Beziehung zur Bauherrschaft bestand. Bei der Zusammenarbeit sollte zudem gemeinsam geprüft werden, ob Hochbaugrossprojekte gemeinsam als ARGE akquiriert werden könnten.

382. Es ist bewiesen, dass die vier Unternehmen an den regelmässig stattfindenden «Club Quattro»-Sitzungen ihre Interessenslage betreffend im Churer Rheintal vergebene Hochbauprojekte tatsächlich austauschten und diese Informationen bei der Erstellung der Offerten für besprochene Hochprojekte berücksichtigten. Die vier Unternehmen hatten im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet (Teil des «Churer Rheintals») und im massgeblichen Zeitraum (2006 bis 2012) eine starke Marktstellung (gemeinsamer Umsatzanteil betreffend im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet durchgeführte Hochbauprojekte schätzungsweise mehr als 50 %).

⁵³⁴ Act. IX.A.11, S. 6; IX.A.28, S. 17 f.; IX.B.28, S. 30 f.

⁵³⁵ Act. IX.A.31a, S. 11 f.

383. Nicht nachweisbar ist nach aktueller Beweislage, dass der Club Quattro der gemeinsamen Zuteilung von im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet ausgeschriebenen Hochbauprojekten an die vier Unternehmen und der entsprechenden gemeinsamen Festlegung des Zuschlagempfangers sowie der Höhe der Eingabesummen diene. Dementsprechend ist nicht nachweisbar, dass in Bezug auf konkrete Hochbauprojekte aus dem Raum Chur im Zusammenhang mit dem «Club Quattro» eine Zuteilung sowie eine gemeinsame Festlegung der Höhe der Angebotssummen erfolgte.

C Erwägungen

C.1 Geltungsbereich

384. Das Kartellgesetz (KG)⁵³⁶ 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).

385. In casu erfüllen betreffend die Zusammenarbeit im Bereich Strassenbau in Graubünden zwischen 2004 bis und mit 2010 (siehe Rz 118 ff.) folgende Einheiten den Unternehmensbegriff:

- Casty (siehe oben Rz 5, 16),
- Cellere (unter dem Namen Palatini; vgl. oben Rz 8),
- Centorame (siehe Rz 9),
- Foser & Hitz (siehe Rz 13),
- Hew (siehe Rz 14),
- Implenia (vor dem Zusammenschluss im Jahr 2005 Batigroup bzw. Zschokke; vgl. Rz 18 f.),
- Käppeli (siehe oben Rz 3),
- KIBAG (in Graubünden damals unter dem Namen Vago tätig; vgl. oben Rz 20),
- Schlub (vgl. oben Rz 22 f.),
- Toldo (früher Frey; vgl. oben Rz 24),
- Walo (vgl. oben Rz 25 f.) und
- Zindel (unter den Namen Mettler [bis 2005] und Prader bzw. METTLER PRADER; vgl. oben Rz 27 f.).

Diese Unternehmen werden nachfolgend zusammen als die «zwölf Unternehmen» bezeichnet.

⁵³⁶ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

386. Betreffend die Zusammenarbeit im Bereich Hochbau im Churer Rheintal zwischen 2006 bis und mit 2012 erfüllen die folgenden Einheiten den Unternehmensbegriff:

- Hew (siehe Rz 14),
- Implenia (vor dem Zusammenschluss im Jahr 2005 Batigroup bzw. Zschokke; vgl. Rz 18 f.),
- Lazzarini (siehe oben Rz 21) und
- Zindel (unter dem Namen Mettler; vgl. oben Rz 27 f.).

Diese Unternehmen werden nachfolgend zusammen als die «vier Unternehmen» bezeichnet.

387. 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). Vorliegend bestehen Anhaltspunkte, dass Unternehmen der Baubranche im Kanton Graubünden unzulässige Wettbewerbsabreden getroffen haben (siehe oben Rz 1). Ob die Parteien eine Wettbewerbsabrede getroffen haben, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung noch im Einzelnen zu prüfen sein (vgl. dazu Rz 396 ff.). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und an dieser Stelle auf deren Wiedergabe verzichtet. In sachlicher Hinsicht ist das Kartellgesetz folglich anwendbar.

388. Schliesslich fallen die vorliegend zu beurteilenden Handlungen und Verhaltensweisen auch in den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

C.2 Zuständigkeit der Gesamtkommission der WEKO

389. Die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden bestimmt sich nach Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG und den Vorschriften des GR-WEKO⁵³⁷. Danach trifft die Gesamtkommission der WEKO die Entscheide, welche nicht ausdrücklich einem anderen Organ oder dem Sekretariat zugewiesen sind.

390. Vorliegend entscheidet die WEKO mittels verfahrensabschliessender Endverfügung darüber, ob gegen die zwölf bzw. vier Unternehmen wegen Verstosses gegen das Kartellgesetz Massnahmen (Handlungs- und Unterlassungspflichten, Sanktionen) zu erlassen sind. Hierfür ist grundsätzlich die Gesamtkommission der WEKO zuständig (Art. 10 Abs. 1 GR-WEKO). Da vorliegend keine Zuständigkeit eines anderen WEKO-Organs gegeben ist (etwa gemäss Art. 19 Abs. 1 Satz 3 KG oder Art. 19 f., 27 ff. GR-WEKO), ist die allgemeine Verfügungskompetenz einschlägig. Zuständig ist in casu folglich die Gesamtkommission der WEKO.

C.3 Formelles – Akteneinsicht

391. Die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG beantragen Einsicht in die Daten-CD des Kantons Graubünden, mit welcher von Seiten des Kantons die Offertöffnungsprotokolle übersandt wurden (siehe Rz 82). Sie würden diese Daten benötigen, um den DOPGR nachvollziehen zu können.

392. Gemäss Art. 39 KG kommen die Vorschriften des VWVG in Untersuchungsverfahren zur Anwendung. Unter Anwendung von Art. 26 und 27 VWVG wird der Antrag der

⁵³⁷ Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission (Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO); SR 251.1.

A. Käppeli's Söhne AG und der Bianchi Holding AG gutgeheissen. Den Antragstellerinnen wird mit der Verfügungseröffnung ein Datenträger mit Kopien aller auf der Daten-CD gespeicherten Daten übersandt. Damit werden die Antragstellerinnen in den Stand versetzt, nachzuvollziehen, dass das Sekretariat die auf der Daten-CD befindlichen Daten korrekt in den DOPGR übertragen hat.

C.4 Vorbehaltene Vorschriften

393. 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). Im hier zu beurteilenden Markt gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen.

C.5 Unzulässige Wettbewerbsabreden im Strassenbau

394. 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).

395. Im Folgenden wird zunächst geprüft, ob im Bereich Strassenbau unzulässige Wettbewerbsabreden vorliegen (siehe Rz 396 ff. hiernach). Diesbezüglich ist darauf einzugehen, ob Wettbewerbsabreden vorliegen (siehe Rz 396 ff.). Anschliessend wird geprüft, ob die allfällige Wettbewerbsabrede den Wettbewerb beseitigt oder erheblich beeinträchtigt hat (siehe Rz 427 ff. und Rz 478 f.). Auf mögliche unzulässige Wettbewerbsabreden im Bereich Hochbau im Churer Rheintal wird in einem separaten Abschnitt eingegangen (siehe unten Rz 480 ff.).

C.5.1 Wettbewerbsabrede

396. 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,⁵³⁸ wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden⁵³⁹.

397. Ob die vorliegend bewiesenen Verhaltensweisen im Bereich Strassenbau diese Kriterien erfüllen, ist im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen. Eingegangen wird zunächst da-

⁵³⁸ Vgl. nur RPW 2018/2, 237 Rz 31, *Gym 80*; s. a. RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018, Art. 4 Abs. 1 N 20 ff.; THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 N 53.

⁵³⁹ Vgl. RPW 2018/2, 237 Rz 31, *Gym 80*; RPW 2018/1, 78 Rz 114, *Verzinkung*; RPW 2017/3, 421 Rz 194, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; RPW 2016/3, 731 Rz 77, *Saiteninstrumente (Gitarren und Bässe) und Zubehör*; RPW 2016/3, 652 Rz 61, *Flügel und Klavier*; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 538), Art. 4 Abs. 1 N 54.

rauf, ob die Zusammenarbeit der zwölf Unternehmen zur gemeinsamen Zuteilung von Strassenbauprojekten anhand der Anteilsquoten und mittels gemeinsamer Festlegungen der Höhe der Angebotssummen (vgl. Rz 163–347) die Merkmale einer Abrede gemäss Kartellgesetz erfüllen (siehe Rz 398 ff.). Anschliessend wird geprüft, ob sonstige Formen der Zusammenarbeit der zwölf Unternehmen bzw. dieser zwölf Unternehmen mit der Catram (vgl. Rz 348–350) als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG einzuordnen sind (siehe Rz 423 ff.).

C.5.1.1 Gemeinsame Zuteilung von Strassenbauprojekten anhand der Anteilsquoten und gemeinsame Festlegungen der Höhe der Angebotssummen als Wettbewerbsabrede

398. Art. 4 Abs. 1 KG ist erfüllt, wenn Unternehmen bewusst und gewollt in Form einer Vereinbarung oder einer abgestimmten Verhaltensweise zusammenwirken und dies eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte oder bewirkte. Nachfolgend wird zunächst darauf eingegangen, ob ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken von Unternehmen (siehe Rz 399 ff.) sowie eine bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung vorliegt (siehe Rz 404 ff.). Zu thematisieren ist sodann zudem, wie lange eine allfällige Wettbewerbsabrede andauerte (siehe Rz 413 ff.) und ob sie horizontaler oder vertikaler Natur war (siehe Rz 418).

C.5.1.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken von Unternehmen

399. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen nach dem Gesagten Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen. 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 OR⁵⁴⁰). Die entsprechenden Erklärungen können entweder ausdrücklich (schriftlich oder mündlich) oder durch konkludentes Verhalten erfolgen (Art. 1 Abs. 2 OR). Ob Willenserklärungen von Unternehmen vorliegen und ob diese zu einem tatsächlichen Konsens (auch: natürlichen Konsens) der Unternehmen geführt haben, ist eine Tatfrage.⁵⁴¹

400. Vorliegend ist bewiesen, dass zwischen den zwölf Unternehmen zwischen 2004 und Mai 2010 in tatsächlicher Hinsicht folgender Konsens über den Inhalt der Zusammenarbeit im Rahmen der Zuteilungssitzungen bestand (siehe dazu insbesondere Rz 267–276, 296): die Unternehmen waren übereingekommen, wenn möglich alle von Graubündner Gemeinden (ohne Misox) und vom Kanton Graubünden in Nordbünden und Südbünden vergebenen Strassenbauprojekte untereinander aufzuteilen. Dazu wollten die beteiligten bzw. interessierten Unternehmen bezüglich der betroffenen Projekte an Zuteilungssitzungen kurz vor Ablauf der Frist zur Einreichung von Offerten jeweils gemeinsam entscheiden (in der Gruppe Nord ab 2006 in Unter- und Obergruppen; in der Gruppe Süd in der Regel in einer Sechser-Besetzung; siehe oben Rz 247 f.), wer von ihnen ein bestimmtes Projekt erhalten sollte. Die entsprechenden Zuteilungsentscheidungen im Rahmen der Zuteilungssitzungen sollten insbesondere anhand von Anteilsquoten der zwölf Unternehmen erfolgen. Die Anteilsquoten, welche auf gemeinsame Festlegungen der Strassenbauunternehmen Anfang der 1990er Jahre zurückgingen, lauteten wie folgt: Implenia: 15,5–16,5 %, Prader: 11,5–12,5 %, Casty: 10–11 %, Walo: 9–10 %, Vago/KIBAG: 7,5–8,5 %, Palatini/Cellere: 7,5–8,5 %, Hew: 5,5–

⁵⁴⁰ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30.3.1911 (OR); SR 220.

⁵⁴¹ Vgl. etwa RPW 2018/1, 78 Rz 116, *Verzinkung*; RPW 2017/3, 421 Rz 198, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25.6.2018, E. 7.3.3 und E. 7.3.4, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Cellere gegen WEKO*. Vgl. auch Urteil des BGer 5A_127/2013 vom 1.7.2013, E. 4.1; BGE 116 II 695, E. 2.

6,5 %, Käppeli: 5,5–6,5 %, Frey/Toldo: 4,5–5,5 %, Schlub Nord: 4,5–5,5 %, Centorame: 4–5 %, Foser: 3,5–4,5 % und Schlub Süd: 2,5–3,5 %. Die Höhe der jeweiligen Angebotssummen wollten die beteiligten Unternehmen in der Regel anhand der «Mittelwertmethode» festlegen.

401. Die tatsächlichen Voraussetzungen für das Vorliegen einer Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG sind vorliegend also erfüllt. Es liegt demnach eine Vereinbarung zwischen den zwölf Unternehmen vor, wenn möglich alle von Graubündner Gemeinden (ohne Misox) und vom Kanton Graubünden in Nordbünden und Südbünden vergebene Strassenbauprojekte untereinander aufzuteilen. Diese Vereinbarung erstreckte sich vorliegend auch auf das «Wie» der Aufteilung. Diese sollte nach dem Willen der zwölf Unternehmen im Rahmen der Zuteilungssitzungen anhand der genannten Anteilsquoten erfolgen. Die gemeinsamen Festlegungen des Zuschlagsempfängers betreffend konkrete Projekte sollten sodann durch gemeinsame Festlegungen der Höhe der Angebotssummen mittels der «Mittelwertmethode» (siehe dazu insbesondere Rz 272, 276, 298) erfolgen. Diese Vereinbarung über Ziel und Funktionsweise der Zusammenarbeit betreffend die Zuteilung von Submissionen wird nachfolgend als «Gesamtabrede» bezeichnet.⁵⁴²

402. Umgesetzt wurde diese Gesamtabrede dadurch, dass die zwölf Unternehmen hinsichtlich konkreter Strassenbauprojekte in Nordbünden und Südbünden vor Ablauf der Eingabefrist gemeinsam festlegten, welches Unternehmen den Zuschlag erhalten sollte und wie hoch die Angebotssummen der einzureichenden Offerten sein sollten. In jedem dieser Fälle erfolgte eine Einigung über die Preise, welche die Unternehmen jeweils vom Abnehmer der Leistung verlangen wollten, sowie darüber, welches Unternehmen den Vertrag mit dem Bauherrn schliessen sollte. Es ist bewiesen, dass alle zwölf Unternehmen wiederholt derartige Vereinbarungen getroffen haben (vgl. oben Rz 301–340). Die einzelnen, auf ein konkretes Projekt bezogenen Abreden werden nachfolgend als Einzelsubmissionsabreden bezeichnet. Sie müssen in casu keiner isolierten kartellrechtlichen Würdigung unterzogen werden, da sie «Umsetzungsabreden» der Gesamtabrede darstellen und somit von dieser bereits miterfasst sind. Eine kartellrechtliche Bewertung dieser Abreden wäre nur notwendig, wenn keine Gesamtabrede vorliegen würde.⁵⁴³

403. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die zwölf Unternehmen eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG geschlossen haben, da sie den übereinstimmenden Willen hatten, wenn möglich alle kommunal und kantonale in Nordbünden und Südbünden vergebenen Strassenbauprojekte anhand von Anteilsquoten und mittels gemeinsamer Festlegungen der Höhe der Angebotssummen untereinander aufzuteilen. Insofern liegt mithin ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken vor.

C.5.1.1.2 Bezwecken oder bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

404. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG «eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken».

⁵⁴² Vgl. dazu RPW 2008/1, 95 Rz 81 ff., *Strassenbeläge Tessin*; RPW 2015/2, 193 Rz 193 ff., *Tunnelreinigung*; RPW 2017/3, 421 Rz 207, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; siehe auch Verfügung der WEKO vom 26.3.2018 i.S. *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 594 und Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1200 ff., beide publiziert im Internet unter < <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html> >, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

⁵⁴³ Vgl. insbesondere RPW 2009/3, 204 ff. Rz 49 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2012/2, 386 ff. Rz 935 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2013/4, 558 ff. Rz 166 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

405. Für das Vorliegen einer «Wettbewerbsbeschränkung» kommt es nicht auf die Unzulässigkeit oder Zulässigkeit der Wettbewerbsbeschränkung an.⁵⁴⁴ Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt schon vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt⁵⁴⁵ bzw. wenn die Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise zu einer Ausschaltung oder Begrenzung eines Wettbewerbsparameters führt⁵⁴⁶ Die Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise muss sich mithin auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.⁵⁴⁷

406. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale «bezwecken» resp. «bewirken» – wie bereits das Wort «oder» im Gesetzestext verdeutlicht – alternativ voraus, nicht kumulativ.⁵⁴⁸

407. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteilnehmer «die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben».⁵⁴⁹ Dabei genügt es, wenn der Abredeteilnehmer objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, ist an sich nicht erforderlich.⁵⁵⁰ Davon geht auch das BVGer aus, wonach eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wird, wenn der Gegenstand der Verhaltenskoordination in einer Einschränkung des Wettbewerbs besteht, weil die Abrede aufgrund ihres Regelungsinhalts auf die Ausschaltung oder Begrenzung von Wettbewerbsparametern ausgerichtet ist.⁵⁵¹

408. Eine Abrede bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Rz 405 auf die festgestellte Abrede zurückzuführen ist.

409. Vorliegend ist in tatsächlicher Hinsicht bewiesen, dass die zwölf Unternehmen mit dem Zuteilungssystem bezweckten, den Konkurrenzdruck zwischen den beteiligten Unternehmen zu verringern sowie die Preise für Strassenbau zu stabilisieren bzw. ein besseres Preisniveau zu erzielen. Die Zuteilungen dienten damit der Sicherung der Gewinnmargen bzw. Einnahmen der Unternehmen (vgl. Rz 278–281, 299). Damit bestand die subjektive Absicht der zwölf Unternehmen, den Wettbewerb, der eigentlich bei den jeweiligen Vergabeentscheidungen zwischen ihnen spielen sollte, auszuschalten bzw. zu beeinträchtigen. Schon deshalb ist erstellt, dass die zwölf Unternehmen mit der vorliegenden Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckten.

⁵⁴⁴ Vgl. nur DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 538), Art. 4 Abs. 1 N 119.

⁵⁴⁵ Siehe etwa RPW 2018/2, 237 Rz 32, *Gym 80*; RPW 2018/1, 78 Rz 120, *Verzinkung*; RPW 2017/3, 421 Rz 200, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; RPW 2013/4, 560 Rz 178, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; s. a. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARON/MANI REINERT, in: *Droit de la concurrence*, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl. 2013, Art. 4 I LCart N 72.

⁵⁴⁶ Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24.11.2016, E. 303, *Hallenstadion*.

⁵⁴⁷ RPW 2018/2, 237 Rz 32, *Gym 80*; RPW 2018/1, 78 Rz 120, *Verzinkung*; RPW 2017/3, 421 Rz 200, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; 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*; s. a. DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 538), Art. 4 Abs. 1 N 131 f.; CR *Concurrence-AMSTUTZ/CARON/REINERT* (Fn 545), Art. 4 I N 73.

⁵⁴⁸ Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, *BMW*.

⁵⁴⁹ RPW 2018/2, 237 Rz 32, *Gym 80*; RPW 2018/1, 78 Rz 121, *Verzinkung*; RPW 2017/3, 421 Rz 201, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; RPW 2013/4, 560 Rz 180, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

⁵⁵⁰ RPW 2018/2, 237 Rz 32, *Gym 80*; RPW 2018/1, 78 Rz 121, *Verzinkung*; RPW 2017/3, 421 Rz 201, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; 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 538), Art. 4 Abs. 1 N 138.

⁵⁵¹ Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24.11.2016, E. 303, *Hallenstadion*.

410. Selbst wenn die genannte gemeinsame Zwecksetzung nicht bewiesen wäre, so wäre gleichwohl eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung gegeben. Denn für eine solche reicht, wie erläutert, die objektive Eignung für eine Wettbewerbsbeschränkung aus und es ist davon auszugehen, dass ein Zuteilungssystem zur einvernehmlichen Aufteilung von Submissionen, welche gemäss dem Zweck von Submissionen eigentlich im freien Wettbewerb vergeben werden sollen, eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken kann.⁵⁵²

411. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass zudem von einer bewirkten Wettbewerbsbeschränkung auszugehen ist. Denn es ist bewiesen, dass den zwölf Unternehmen die einvernehmliche Zuteilung von in Nordbünden und Südbünden kommunal und kantonal vergebenen Strassenbauprojekten gelang, insbesondere bei den jeweils in der ersten Jahreshälfte der Kalenderjahre 2004 bis 2010 vergebenen Strassenbauprojekten (siehe insbesondere Rz 315–319). Damit verzichteten die zwölf Unternehmen auf ihre unternehmerische Handlungsfreiheit und schalteten den Preis als wesentlichen Wettbewerbsparameter bei öffentlichen Ausschreibungen aus (vgl. dazu auch Rz 135 ff.). Diese Wettbewerbsbeschränkung ist auf die festgestellte Vereinbarung zurückzuführen.

412. Die festgestellte Gesamtabrede bezweckte und bewirkte folglich eine Wettbewerbsbeschränkung.

C.5.1.1.3 Dauervereinbarung

413. Die WEKO hat Abreden, welche über eine längere Zeit bestanden und wirkten, als Dauerabrede qualifiziert bzw. Gesamtabrede bezeichnet, auch wenn es einzelner Umsetzungsakte bedurfte.⁵⁵³ Dies wurde von der Rechtsprechung bestätigt.⁵⁵⁴ Für das Vorliegen eines Dauerverstosses ist es danach erforderlich, dass hinsichtlich der einzelnen Elemente der Zusammenarbeit ein einheitlicher und fortdauernder Zweck bestand.⁵⁵⁵ Ist dies der Fall, so ist ein Dauerverstoss anzunehmen, denn es wäre «gekünstelt», ein durch ein einziges Ziel gekennzeichnetes kontinuierliches Verhalten quasi zu zerlegen und darin mehrere selbstständige Zuwiderhandlungen zu sehen.⁵⁵⁶

414. Für die Beteiligung an einer als Dauerverstoss zu qualifizierenden Dauerabrede ist es nicht erforderlich, dass ein Unternehmen nachweislich an allen Bestandteilen der Dauerabrede unmittelbar mitgewirkt hat und dass die Dauerabrede immer umgesetzt wird. Die WEKO

⁵⁵² Vgl. RPW 2008/1, 95 Rz 81 ff., *Strassenbeläge Tessin*; RPW 2015/2, 193 Rz 187, *Tunnelreinigung*; RPW 2017/3, 421 Rz 200 ff., *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; Verfügung der WEKO vom 26.3.2018 i.S. *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 591 und Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1200 ff., beide publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019; Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25.6.2018, E. 7.3.1 und E. 7.3.2, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

⁵⁵³ RPW 2004/3, 739 Rz 41, *Markt für Schlachtschweine – Teil B*; RPW 2008/1, 95 Rz 81 ff., *Strassenbeläge Tessin*; RPW 2013/2, 154 Rz 75, *Abrede im Speditionsbereich*; RPW 2015/2, 193 Rz 193 ff., *Tunnelreinigung*; RPW 2017/3, 421 Rz 207, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; RPW 2018/1, 78 Rz 123 ff., *Verzinkung*; siehe auch Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1200 ff. und Verfügung der WEKO vom 26.3.2018 i.S. *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 591, beide publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

⁵⁵⁴ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 382 E. 9.1.1, *Strassenbeläge Tessin*.

⁵⁵⁵ Vgl. Fn 553.

⁵⁵⁶ RPW 2015/2, 193 Rz 193, *Tunnelreinigung*; RPW 2018/1, 78 Rz 123, *Verzinkung*; siehe auch Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1200, publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019, sowie RPW 2017/3, 421 Rz 207, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.

hat insbesondere festgehalten, dass ein Dauerverstoss nicht deshalb abzulehnen ist, weil Kartellmitglieder die einzelnen Bestandteile der Abrede unterschiedlich konsequent umsetzen oder zeitweise die Umsetzung aussetzen, um andere Kartellmitglieder zu konkurrenzieren.⁵⁵⁷ Erforderlich ist lediglich, dass der einheitliche und fortdauernde Zweck der Zusammenarbeit bejaht werden kann.⁵⁵⁸

415. Diese Praxis entspricht der Lösung im EU-Kartellrecht. Eine Berücksichtigung des EU-Kartellrechts ist bei der Auslegung des Schweizer Kartellrechts grundsätzlich geboten⁵⁵⁹. Die Berücksichtigung des EU-Kartellrechts in Bezug auf die gleichen Tatbestandsmerkmale kann allenfalls dort seine Grenze finden, wo aufgrund der Unterschiede in der Sache (Volkswirtschaft der Schweiz ist kleiner) oder des entgegenstehenden Willens des Schweizer Gesetzgebers eine spezifische Lösung notwendig ist.⁵⁶⁰ Auch nach dem EU-Kartellrecht bedarf es für einen Dauerverstoss bzw. die Teilnahme daran eines gemeinsamen und dauerhaften Ziels.⁵⁶¹ Ein «Ausstieg» aus einer Dauerabrede wird dabei nur angenommen, wenn der «Ausstieg» den anderen Unternehmen unmissverständlich kommuniziert wird.⁵⁶²

416. In casu entschieden die zwölf Unternehmen nicht in Bezug auf jedes zuzuteilende Strassenbauprojekt von neuem, ob eine Zusammenarbeit eingegangen werden sollte oder nicht. Es ist vielmehr bewiesen, dass es dem Willen der zwölf Unternehmen entsprach, generell die in Nordbünden und Südbünden vom Kanton vergebenen Strassenbauprojekte entsprechend den Anteilsquoten aufzuteilen und diesbezüglich die Höhe der Angebotssummen unter grundsätzlicher Anwendung der «Mittelwertmethode» gemeinsam festzulegen (vgl. Rz 266–276, 296–300). Dieser Konsens bestand zwischen 2004 bis und mit Mai 2010 ununterbrochen (vgl. Rz 282 f.). Während der Zusammenarbeit der zwölf Unternehmen in den Jahren 2004 bis und mit Mai 2010 bestand mithin ein einheitlicher und fortdauernder Zweck. Der Umstand, dass es in der zweiten Hälfte der Kalenderjahre 2004 bis 2009 zu weniger Zuteilungssitzungen und – Entscheidungen kam, ändert daran nichts, da es sich dabei nur um kurze und vorübergehende (Umsetzungs-)Unterbrüche handelt. Durch sie wurde der Grundkonsens zur Zusammenarbeit nie aufgelöst. Auch der Umstand, dass nicht alle zwölf Unternehmen an jeder Zuteilungssitzung anwesend und/oder an jeder Zuteilungsentscheidung beteiligt waren, ändert daran nichts. Denn aus rechtlichen Gründen ist es für das Vorliegen einer Dauervereinbarung nicht erforderlich, dass jedes der beteiligten Unternehmen an allen Bestandteilen der Dauerabrede unmittelbar mitgewirkt hat und dass die Dauerabrede immer und durch jeden Teilnehmer der Vereinbarung konsequent umgesetzt wird (vgl. oben Rz 414).

417. Vorliegend ist die Gesamtabrede daher als Dauervereinbarung zu qualifizieren.

⁵⁵⁷ Vgl. RPW 2013/2, 154 Rz 75, *Abrede im Speditionsbereich*; RPW 2017/3, 421 Rz 207, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; RPW 2018/1, 78 Rz 123 ff., *Verzinkung*; Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1201, publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

⁵⁵⁸ Siehe Fn 557.

⁵⁵⁹ Urteil des BGE 143 II 297, E. 6.2.3, *Gaba*; siehe auch BGE 139 I 72, 89 E. 8.2.3 m.w.H., *Publigroupe*; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 167 ff., *ADSL II*; RPW 2015/2, 246 Rz 293, *Türprodukte*.

⁵⁶⁰ Vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 472, 531; RPW 2015/2, 246 Rz 293 ff., *Türprodukte*; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 170, *ADSL II*.

⁵⁶¹ Vgl. dazu die Nachweise in RPW 2015/2, 193 Rz 194 Fn 265, *Tunnelreinigung*.

⁵⁶² Vgl. RPW 2015/2, 246 Rz 294 f., *Türprodukte*.

C.5.1.1.4 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

418. Die zwölf Unternehmen gemäss Rz 385 waren während der Zeit der Zusammenarbeit «Unternehmen» im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG (siehe oben Rz 384 f.) und alle im Bereich Strassenbau tätig. Also solche waren sie Konkurrentinnen hinsichtlich der Nachfrage von öffentlichen Stellen und Privaten nach der Durchführung von Strassenbauarbeiten. Die vorliegende Abrede zwischen den zwölf Unternehmen gemäss Rz 385 ist somit horizontaler Natur.

C.5.1.1.5 Zwischenfazit

419. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die zwölf Unternehmen gemäss Rz 385 durch ihr bewusstes und gewolltes Zusammenwirken betreffend die gemeinsame Zuteilung von öffentlich ausgeschriebenen Strassenbauprojekten mittels Einzelsubmissionsabreden im Kanton Graubünden (ohne Misoix) eine Wettbewerbsabrede zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe gemäss Art. 4 Abs. 1 KG getroffen haben. Diese bestand zwischen den zwölf Unternehmen jedenfalls im Zeitraum zwischen 2004 bis Mai 2010.

420. Gegen die vorgenannte rechtliche Würdigung des vorliegenden Sachverhalts erheben die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG, die Foser sowie die KIBAG Tatsachen- sowie (teilweise) auch Rechtseinwände.⁵⁶³

421. In tatsächlicher Hinsicht beruht die Argumentation dieser drei Untersuchungsadressantinnen auf der Behauptung, es habe kein Konsens bzw. «Gesamtplan» bzw. «Masterplan» über die systematische Zuteilung bestanden bzw. – hilfsweise – sie hätten sich nicht daran beteiligt. Diese Einwände betreffen Beweisfragen und wurden dementsprechend im Sachverhaltsteil behandelt (siehe insbesondere Rz 210 ff., 240 ff., 243 ff., 284 ff., 315 ff.). Wie erläutert, ist die WEKO dort zum Ergebnis gekommen, dass zwischen den zwölf Unternehmen ein Konsens bestand, wenn möglich alle kommunal und kantonale in Nordbünden und Südbünden vergebenen Strassenbauprojekte anhand von Anteilsquoten und mittels gemeinsamer Festlegungen der Höhe der Angebotssummen untereinander aufzuteilen; dieser bestand zwischen 2004 bis und mit Mai 2010 (vgl. Rz 359 ff.). In tatsächlicher Hinsicht bestand mithin ein Konsens, der auch «Masterplan» oder «Gesamtplan» genannt werden kann (die Bezeichnung ist allerdings irrelevant), den insbesondere auch die A. Käppeli's Söhne AG, die Foser sowie die KIBAG mittrugen.

422. In rechtlicher Sicht wenden die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG ein, die «Gesamtabrede» sei gemäss Schweizer Recht eine unzulässige Rechtsfigur, weil schon der Plan, eine Einzelsubmissionsabrede zu treffen, verboten werde. Aber selbst wenn man EU-Recht anwende, seien vorliegend die Voraussetzungen für ein «single and continuous infringement» nicht erfüllt, da kein «Masterplan» vorliege. Sie sowie die KIBAG wenden zudem ein, durch das «Konzept der Gesamtabrede» umgingen die Wettbewerbsbehörden missbräuchlich das Erfordernis, Einzelsubmissionsabreden nachzuweisen. Diese Einwände überzeugen aus den folgenden Gründen nicht:

- Die WEKO hat durch die vorgenannte Anwendung des Schweizer Kartellrechts keine «gemäss Schweizer Recht unzulässige Rechtsfigur» geschaffen. Wie sich aus den vorangehenden Ausführungen ergibt, hat sie einzig die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 KG geprüft und deren Vorliegen bejaht. Diese Anwendung ist praxisgemäss und wurde auch schon von der Rechtsmittelinstanz gutgeheissen.⁵⁶⁴

⁵⁶³ Act. V.192, Rz 2; V.221, Rz 100 ff.; V.238, Rz 16 ff. (22-0457).

⁵⁶⁴ Zur Praxis siehe insbesondere: RPW 2008/1, 95 Rz 81 ff., *Strassenbeläge Tessin* (rechtskräftig); RPW 2015/2, 193 Rz 193 ff., *Tunnelreinigung* (rechtskräftig); RPW 2017/3, 421 Rz 207, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal* (rechtskräftig); Verfügung der WEKO vom 26.3.2018 i.S. *Hoch- und*

- Die Kritik, durch die vorgenannte Anwendung des Schweizer Kartellrechts werde schon der Plan, eine Einzelsubmissionsabrede zu treffen, verboten, überzeugt nicht. Bei diesem Einwand unterschlagen die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG Grundlegendes: So wohnt jeder «Vereinbarung» im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG inne, dass Unternehmen einen Plan fassen, etwas Wettbewerbswidriges zu tun. Eine «Vereinbarung» ist naturgemäss immer ein Plan: Bei einer Gebietsabrede fassen die beteiligten Unternehmen z. B. den Plan, sich in bestimmten geografischen Gebiete nicht zu konkurrenzieren; Bei einer Preisabrede fassen die beteiligten Unternehmen etwa den Plan, ihre Produkte nur zu bestimmten Preisen zu verkaufen. Wäre der Einwand der beiden Gesellschaften richtig, dass nicht schon ein wettbewerbswidriger Plan verboten werden dürfe, so wäre das Tatbestandsmerkmal «Vereinbarungen» im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bedeutungslos.
- Vergleichbares gilt in Bezug auf den Einwand, durch das «Konzept der Gesamtabrede» umgingen die Wettbewerbsbehörden missbräuchlich das Erfordernis, Einzelsubmissionsabreden nachzuweisen. Wäre der Einwand richtig, dass für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG die konkreten Umsetzungsakte festgestellt und kartellrechtlich bewertet werden müssten, so könnten künftig Gebietsabreden oder Preisabreden z. B. betreffend Produktklassen nur dann unter Art. 4 Abs. 1 KG subsumiert werden, wenn die konkreten Umsetzungsgeschäfte nachgewiesen werden (Gebietsabrede läge nur vor, wenn die Geschäfte im zugewiesenen Gebiet bewiesen sind. Preisabrede wäre nur gegeben, wenn die konkreten Verrechnungen des Kartellpreises bewiesen sind). Eine solche umsetzungsbezogene Anwendung des Kartellrechts widerspricht jedoch dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 KG, wonach eine «Vereinbarung» ausreicht, welche eine Wettbewerbsbeschränkung «bezweckt». Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die WEKO in tatsächlicher Hinsicht gemeinsame Zuteilungen von konkreten Strassenbauprojekte mittels gemeinsamer Festlegungen der Angebotssummen unter Beteiligung aller zwölf Unternehmen nachgewiesen hat (siehe Rz 301–340). Sie hat davon abgesehen, diese Umsetzung der vorliegenden Vereinbarung kartellrechtlich zu würdigen (Rz 402).
- Der Einwand der A. Käppeli's Söhne AG und der Bianchi Holding AG sowie der Foser, die vorgenannte Anwendung des Schweizer Kartellrechts sei mit EU-Recht nicht vereinbar, überzeugt nicht. Das Gegenteil ist der Fall, da selbst bei entsprechender Anwendung des EU-Rechts Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt wäre (siehe nur Rz 415, 421).

C.5.1.2 Sonstige Formen der Zusammenarbeit der zwölf Strassenbauunternehmen bzw. der zwölf Unternehmen als Wettbewerbsabreden

423. In diesem Abschnitt wird in Bezug auf die folgenden Sachverhaltskomplexe geprüft, ob eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG (zum gegenwärtigen Zeitpunkt) gegeben ist: Die Kalkulationsgrundlagen (siehe oben Rz 349 f. und unten Rz 424), die Zusammenarbeit im Rahmen der Beteiligungen an der Catram (siehe oben Rz 352 ff. und unten Rz 425) und die Zusammenarbeit im Rahmen von Dauer-ARGE (siehe oben Rz 358 und unten Rz 426).

424. Wie erläutert, bestand der Verdacht, dass die zwölf Unternehmen in den Jahren 2008 und 2009 gemeinsam sog. «Kalkulationsgrundlagen» erarbeiteten, in denen einheitliche Preise für bestimmte Positionen von Strassenbauofferten festgelegt wurden, um Preisstabilität

Tiefbauleistungen Engadin I, Rz 594 (teilweise rechtskräftig) und Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1200 ff., (teilweise rechtskräftig) beide publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019. Das BVGer hat Beschwerden gegen die Verfügung betreffend den Fall «Kanton Tessin» abgewiesen: Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 382.

tät im Bereich Strassenbau zu erreichen. Hätte sich der Verdacht bestätigt, so könnte dies eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstellen.⁵⁶⁵ Es kann vorliegend indes nur nachgewiesen werden, dass einige der zwölf Unternehmen einen Vorschlag für derartige Kalkulationsgrundlagen erstellten. Nicht jedoch, dass die zwölf Unternehmen übereinkamen, diese Kalkulationsgrundlagen anzuwenden, oder dass die Kalkulationsgrundlagen bei der Erstellung von Offerten verwendet bzw. berücksichtigt wurden (vgl. Rz 349 f.). Damit fehlt es an den tatsächlichen Voraussetzungen für das Vorliegen einer Vereinbarung oder einer abgestimmten Verhaltensweise (vgl. dazu Rz 399 und Rz 486). Das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede ist mithin ausgeschlossen. Insoweit ist die Untersuchung einzustellen. Auf die Kalkulationsgrundlagen wird daher nachfolgend nicht mehr eingegangen.

425. In Bezug auf die allfällige Involvierung der Catram hat sich einzig gezeigt, dass die Zuteilungssitzungen bisweilen in Räumlichkeiten der Catram stattfanden (siehe insbesondere Rz 195) und dass die Anteilsquoten der zwölf Unternehmen von diesen Unternehmen bisweilen anhand der Belagsbezugsstatistiken, welche die zwölf Unternehmen als Aktionärsgeellschaften von der Catram erhielten, überprüft wurden (siehe Rz 272). Damit liegen keine Sachverhaltsumstände vor, aus welchen zweifelsfrei auf eine Beteiligung der Catram an Vereinbarungen oder abgestimmten Verhaltensweisen zu schliessen ist. Das Verfahren ist damit gegen die Catram einzustellen. Auf die Zusammenarbeit im Rahmen der Beteiligungen an der Catram wird daher nachfolgend nicht mehr eingegangen.

426. Wie erläutert, haben sich im Rahmen der Untersuchung 22-0433/22-0457 Anhaltspunkte dafür ergeben, dass Strassenbauunternehmen im Rahmen von sog. Dauer-ARGE kartellrechtswidrig zusammengearbeitet haben könnten. Dies insbesondere deshalb, da die Bildung einer ARGE grundsätzlich nur zulässig ist, wenn sie in Bezug auf einzelne Projekte erfolgt, um ARGE-Teilnehmern, welche nicht fähig sind, das Projekt alleine durchzuführen, die Teilnahme am Wettbewerb um den Zuschlag zu ermöglichen.⁵⁶⁶ Die gemeinsame, projektübergreifende und andauernde Zuteilung von Bauprojekten und Marktteilung – auch in Form von ARGE – kann jedoch gegen das Kartellgesetz verstossen.⁵⁶⁷ Ob vorliegend (bestimmte) Dauer-ARGE (zwischen Teilen der zwölf Unternehmen) gegen das Kartellrecht verstossen, wird nicht im Rahmen dieser Untersuchung geklärt, sondern wird Gegenstand einer zu eröffnenden Vorabklärung gemäss Art. 26 KG sein. Das Sekretariat verzichtete daher darauf, der WEKO bezüglich der Dauer-ARGE einen Antrag zu stellen. Auf die Zusammenarbeit im Rahmen von Dauer-ARGE wird daher nachfolgend nicht mehr eingegangen.

C.5.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

427. 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.

⁵⁶⁵ Vgl. dazu auch Bekanntmachung betreffend die Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen vom 4.5.1998.

⁵⁶⁶ Vgl. RPW 2014/1, 5 f.; BEAT ZIRLICK/SIMON BANGERTER, in: DIKE-Kommentar, Kartellgesetz, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018, Art. 5 N 556 f. m.w.N.; derartige Voraussetzungen folgen implizit z. B. auch aus dem Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25.6.2018, E. 9.3.4.3, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Erne gegen WEKO*.

⁵⁶⁷ So die WEKO in der Verfügung vom 26.3.2018 i.S. *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 663, publiziert im Internet unter < <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letztenentscheide.html> >, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

C.5.2.1 Preis- und Geschäftspartnerabrede zwischen Unternehmen der gleichen Marktstufe (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)

C.5.2.1.1 Unternehmen, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen

428. Bei den zwölf Unternehmen handelt es sich um Unternehmen gleicher Marktstufe, da sie alle zwölf als Anbieter von Strassenbauleistungen im Kanton Graubünden tätig waren (siehe oben Rz 418). Ohne die vorliegenden Wettbewerbsabreden hätten die zwölf Unternehmen bezüglich der von ihnen angebotenen Strassenbauleistungen miteinander im Wettbewerb gestanden.

C.5.2.1.2 Preis- und Geschäftspartnerabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG

Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG

429. Gemäss Wortlaut sind von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG alle Wettbewerbsabreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen erfasst. Damit erfordert eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG nicht zwingend, dass die Höhe des Preises oder eines (wesentlichen) Preisbestandteils exakt fixiert wird. Es reicht vielmehr aus, wenn die Wettbewerbsabrede das Potenzial hat, zu einer Festsetzung des Preises zu führen.⁵⁶⁸ Die Abrede muss also ihres Inhalts nach zumindest geeignet sein, eine preisharmonisierende Wirkung zu entfalten.⁵⁶⁹

430. Die vorliegende Gesamtabrede zielte darauf ab, in Nordbünden und Südbünden kommunal und kantonale vergebene Strassenbauprojekte anhand der Anteilsquoten zuzuteilen (vgl. Rz 400). Da die Strassenbauprojekte eigentlich im Rahmen eines Preiswettbewerbs hätten vergeben werden sollen, war die Gesamtabrede mithin zugleich darauf gerichtet, den Preiswettbewerb unter den Beteiligten auszuschliessen (vgl. auch Rz 296–300). Anstelle des Preiswettbewerbs sollte die gemeinsame Preisfestsetzung durch die Beteiligten treten. Zwar bestimmten die Beteiligten die konkreten Angebotspreise für ihr Strassenbauleistungen jeweils erst im Rahmen der Einzelsubmissionsabreden. Die Gesamtabrede bildete jedoch das notwendige Fundament dieser projektspezifischen Preisfestsetzungen. Erstens war 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 «Mittelwertmethode» in den Grundzügen den Mechanismus der konkreten Preiskalkulation vor.

431. Aus diesen Gründen ist die vorliegende Gesamtabrede als (indirekte) Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu qualifizieren.

Geschäftspartnerabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG

432. Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG erfasst Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern. Eine Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern liegt dabei vor, wenn Unternehmen eine Abrede darüber treffen, dass sie die Abnehmer der von ihnen angebotenen Leistungen untereinander aufteilen wollen.⁵⁷⁰ Entscheidend für die Unterstellung unter Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG ist dabei die Wirkung und nicht das Mittel der

⁵⁶⁸ DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (Fn 566), Art. 5 Abs. 1 N 387.

⁵⁶⁹ RPW 2016/3, 652 Rz 80, 102, 282 ff., *Flügel und Klaviere*; RPW 2012/4, 764 Rz 212, *Maestro Fallback Interchange Fee*; RPW 2005/1, 239 Rz 15, *Klimarappen*; DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (Fn 566), Art. 5 N 387 m.w.N.

⁵⁷⁰ Vgl. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARON/MANI REINERT, in: *Droit de la concurrence*, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl. 2013, Art. 5 LCart N 474.

Wirkungserzeugung.⁵⁷¹ Daher ist Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG weit auszulegen und erfasst nicht nur Abreden, in denen die Aufteilung direkt festgelegt ist (z. B. Kundenschutzklauseln zwischen Konkurrenzunternehmen)⁵⁷², sondern auch solche Abreden, welche indirekt zu einer Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern führen.⁵⁷³ Die WEKO hat dementsprechend entschieden, dass auch solche Abreden von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG erfasst sind, welche nur, aber immerhin, den Mechanismus der Zuteilung von Geschäftspartnern umfassen.⁵⁷⁴

433. Die vorliegende Gesamtabrede zielte darauf ab, in Nordbünden und Südbünden kommunal und kantonale vergebene Strassenbauprojekte anhand der Anteilsquoten zuzuteilen (vgl. Rz 400). Die geltenden Anteilsquoten, welche auf gemeinsame Festlegungen der Strassenbauunternehmen Anfang der 1990er Jahre zurückgingen, lauteten wie folgt: Implenina: 15.5–16.5 %, Prader: 11.5–12.5 %, Casty: 10–11 %, Walo: 9–10 %, Vago/KIBAG: 7.5–8.5 %, Palatini/Cellere: 7.5–8.5 %, Hew: 5.5–6.5 %, Käppeli: 5.5–6.5 %, Frey/Toldo: 4.5–5.5 %, Schlub Nord: 4.5–5.5 %, Centorame: 4–5 %, Foser: 3.5–4.5 % und Schlub Süd: 2.5–3.5 % (siehe insbesondere Rz 297). Damit liegt eine Marktaufteilung nach Quoten vor. Schon deshalb ist von einer Geschäftspartnerabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG auszugehen.

434. Selbst wenn keine Aufteilung nach Quoten vorläge, wäre die vorliegende Gesamtabrede als Geschäftspartnerabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG anzusehen. Zwar ist der vorliegenden Abrede nicht unmittelbar zu entnehmen, welcher Geschäftspartner oder welche Geschäftspartnerin welchem Unternehmen zugeordnet wurde. Sie war ihrem primären Ziel nach jedoch auf die Aufteilung der Abnehmer und Abnehmerinnen der Leistungen der Abredeteilnehmer gerichtet (siehe Rz 400). Und in Umsetzung der Gesamtabrede kam es tatsächlich zu einer Vielzahl von Zuteilungen von Projekten bzw. Geschäftspartnern und Geschäftspartnerinnen (siehe insbesondere Rz 315–317). Im Ergebnis wirkte die vorliegende Gesamtabrede daher zumindest wie eine Geschäftspartnerabrede.

Zwischenfazit

435. 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. Es ist darauf hinzuweisen, 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 sind.⁵⁷⁵ Diese «Umsetzungsabreden» der Gesamtab-

⁵⁷¹ PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 KG N 434.

⁵⁷² RPW 1999/1, 67 Rz 8, *Reine Gase und Mischgase*.

⁵⁷³ RPW 2017/3, 421 Rz 208, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*, Verfügung der WEKO vom 26.3.2018 i.S. *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 595 und Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1219, beide publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019; DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (Fn 566), Art. 5 N 452; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 571), Art. 5 KG N 437 ff.

⁵⁷⁴ Vgl. nur RPW 2017/3, 421 Rz 208, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*, Verfügung der WEKO vom 26.3.2018 i.S. *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 595 und Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1219 ff., beide publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

⁵⁷⁵ Vgl. RPW 2009/3, 196 Rz 74 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2012/2, 270 Rz 995 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2013/4, 524 Rz 820, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2017/3, 421 Rz 210, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; Verfügung der WEKO vom 26.3.2018 i.S. *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 595 und Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1219 ff., beide publiziert im Internet unter

rede müssen aber vorliegend keiner isolierten kartellrechtlichen Würdigung unterzogen werden.

436. Rechtsfolge des Vorliegens einer horizontalen Preis- und Geschäftspartnerabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG ist die Vermutung, dass die Abrede wirksamen Wettbewerb beseitigt hat. Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich diese Vermutung widerlegen lässt.

C.3.2.2 Keine Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

437. 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) bestand. Ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung vorliegend widerlegt werden kann, ist wie folgt zu prüfen:

- In einem ersten Schritt ist der relevante Markt, auf den sich die vorliegende Wettbewerbsabrede auswirkte, in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht abzugrenzen (siehe nachfolgend Rz 439 ff.).
- In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob der auf dem relevanten Markt trotz des Vorliegens der Gesamtabrede noch verbliebene aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb die Vermutungsfolge zu widerlegen vermögen (siehe nachfolgend Rz 457 ff.).

438. In Bezug auf das diesbezüglich zu erfüllende Beweismass gilt es zu beachten, dass die Prüfung der Widerlegung der Beseitigungsvermutung in der Regel die Aufklärung von komplexen, multikausalen Wirtschaftsprozessen erfordert. Dies deshalb, weil es teilweise um sich über lange Zeiträume erstreckende Umstände geht und im relevanten Markt – je nach Untersuchungsgegenstand – eine Vielzahl von Anbietern und Nachfragern aufeinandertreffen. Auch kann das Problem bestehen, dass ein Markt an den geografischen «Rändern» nicht klar abgrenzbar ist und Anbieter sowie Nachfrager sich nicht immer vergleichbar verhalten. Mit Blick auf die Anforderungen, die beim Nachweis von komplexen, multikausalen Wirtschaftsprozessen an das Beweismass zu stellen sind (siehe oben Rz 106), reicht es daher aus, wenn die Wettbewerbsbehörden bei der Prüfung der Widerlegung der Beseitigungsvermutung annehmen, dass die Beseitigungswirkung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht widerlegt ist.

C.5.2.1.3 Relevanter Markt

439. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.⁵⁷⁶

440. 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.⁵⁷⁷ Zudem ist die Bestimmung des relevanten

<<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

⁵⁷⁶ BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁵⁷⁷ 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*, Am-

Markts namentlich für die Höhe der Sanktion von Bedeutung (vgl. insbesondere unten Rz 573). 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.⁵⁷⁸

Marktgegenseite

441. 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.⁵⁷⁹ 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.⁵⁸⁰ 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.

442. Bei der vorliegenden Gesamtabrede bildeten der Kanton Graubünden sowie die Graubündner Gemeinden (ohne Misox) als Abnehmerinnen und Abnehmer von Strassenbauleistungen (zwischen 2004 und Mitte 2010) die Marktgegenseite der Abredeteilnehmer. Denn es ging den zwölf Unternehmen darum, in Nordbünden und Südbünden kommunal und kantonale vergebene Strassenbauprojekte anhand der Anteilsquoten untereinander aufzuteilen (vgl. nur Rz 296–300 und Rz 400).

Sachlich relevanter Markt

443. 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 VKU⁵⁸¹, der hier analog anzuwenden ist).⁵⁸²

444. Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt demnach aus Sicht der Marktgegenseite und fokussiert somit auf den zu beurteilenden Einzelfall: Massgebend ist, ob aus

stutz/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.

⁵⁷⁸ RPW 2017/3, 421 Rz 215, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; Verfügung der WEKO vom 26.3.2018 i.S. *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 600 und Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1229, beide publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019. 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 577), 924 ff.

⁵⁷⁹ RPW 2017/3, 421 Rz 216, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; Verfügung der WEKO vom 26.3.2018 i.S. *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 601 und Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1230, beide publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019. 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.

⁵⁸⁰ Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 269 ff., *ADSL II*.

⁵⁸¹ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

⁵⁸² BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.⁵⁸³ 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.⁵⁸⁴ 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.⁵⁸⁵ Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.⁵⁸⁶

445. Die vorliegende Wettbewerbsabrede bestand darin, die vom Kanton und den Gemeinden in Nordbünden und Südbünden vergebenen Strassenbauprojekte untereinander anhand der Anteilsquote aufzuteilen (siehe nur Rz 296–300 und Rz 400). Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der relevante Markt in sachlicher Hinsicht jedenfalls Strassenbauleistungen umfasst, welche von den öffentlichen Bauherren Kanton Graubünden und Gemeinden in Graubünden (ohne Misox) nachgefragt wurden. Denn diese Strassenbauleistungen 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.

446. Was genau als Strassenbauleistung zu qualifizieren ist, ergibt sich – in Bezug auf die vorliegend zu beurteilende Wettbewerbsabrede – mit Blick auf die Parteiangaben sowie den Normkompositionen-Katalog der Schweizerischen Zentralstelle für Baurationalisierung (NPK). Daraus ist zu folgern, dass der Strassenbau in casu die Herstellung und den Erhalt von Strassen und Wegen für den Fahrzeug- und Fussgängerverkehr umfasst; dazu gehören insbesondere Belagsarbeiten (Pflasterung, Asphaltarbeiten, Abschlüsse) sowie der Bau und Unterhalt der oberen Fundationsschicht (vgl. NPK 221–223; siehe auch oben Rz 120 f.). Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass derartige Leistungen durch andere Leistungen – wie z. B. Tiefbau- oder Hochbauleistungen – substituiert werden könnten. Entgegen dem Vorbringen der Hew⁵⁸⁷ ist dieser Markt in sachlicher Hinsicht nicht weiter zu unterteilen (z. B. in einen Markt für Abschlüsse, einen Markt für Pflasterungen und einen «Markt für Belagsbau im engeren Sinne»). Denn die Marktgegenseite differenzierte hinsichtlich der vorgenannten Arbeiten nicht weiter, sondern fragte diese («Belagsbau im engeren Sinne», Abschlüsse und Pflasterungen) im Rahmen von «Belagsarbeiten» nach.⁵⁸⁸ Auch ist nicht ersichtlich, dass in diesen Bereichen grundlegend andere Konkurrenzsituationen herrschten oder dass die Abredeteilnehmer zwischen derartigen Teilleistungen differenzierten.

447. Die Cellere und die Hew machen geltend, für die Bestimmung des sachlich relevanten Markts sei je nach Vergabeverfahren zu differenzieren. Auszunehmen seien jedenfalls freihändige Verfahren; dies insbesondere deshalb, da diese nicht von der Abrede erfasst worden seien.⁵⁸⁹ Diese Ansicht überzeugt nicht. Zwar kann nicht ausgeschlossen werden, dass bei kantonalen oder kommunalen freihändigen Vergaben teilweise nur eine Offerte eingeholt wurde und sodann Kriterien wie die Bekanntheit beim Auftraggeber, die Beziehung zum Auftraggeber sowie die Ortsansässigkeit eine Rolle spielten. Allerdings ist zu beachten, dass bei freihändig vergebenen Belagsarbeiten jedenfalls teilweise mehrere Offerten eingeholt wur-

⁵⁸³ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, E. 3.2, *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

⁵⁸⁴ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; BGE 129 II 18 E. 7.3.1 (= RPW 2002/4, 743 E 7.3.1), *Buchpreisbindung*.

⁵⁸⁵ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁵⁸⁶ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁵⁸⁷ Vgl. Act. III.031 (22-0457).

⁵⁸⁸ Vgl. DOPGR.

⁵⁸⁹ Vgl. Act. III.033 (22-0457).

den und dann ein direkter Preisvergleich zwischen den Offerten stattfand.⁵⁹⁰ Dementsprechend ergibt sich auch aus den Beweismitteln nicht, dass die beteiligten Unternehmen freihändige Verfahren nicht zuteilen wollten, sofern mehrere Offerten eingeholt wurden (vgl. auch Rz 272). Zudem war die Preisbildung gegenüber dem Kanton und den Gemeinden in freihändigen Verfahren unmittelbar von der (abgesprochenen) Preisbildung bei kantonalen oder kommunalen Vergaben nach anderen Verfahrensarten abhängig. Denn der Kanton und die Gemeinden kannten und beurteilten die Strassenbauunternehmen in freihändigen Verfahren zwangsläufig aufgrund ihrer Marktkenntnisse, welche sie bei Vergaben nach anderen Vergabeverfahren erhalten hatten. Daher ist für die sachliche Marktabgrenzung nicht in Bezug auf Vergabeverfahren zu differenzieren.

448. Die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG⁵⁹¹ machten geltend, der sachlich relevante Markt sei projektbezogen abzugrenzen. Dem kann nicht gefolgt werden. Denn vorliegend werden nicht die Auswirkungen von Einzelsubmissionsabreden geprüft, sondern die Auswirkungen einer projektübergreifenden Vereinbarung betreffend die Zuteilung von Strassenbauprojekten mittels Einzelsubmissionsabreden (siehe nur Rz 296–300 und Rz 400). In einem solchen Fall ist der sachlich relevante Markt nicht projektbezogen abzugrenzen.⁵⁹²

449. Von der Abrede erfasst wurden einzig Strassenbauleistungen, welche vom Kanton Graubünden und den Gemeinden Graubündens in Nordbünden und Südbünden vergeben wurden; nicht erfasst waren hingegen von Privaten oder vom Bund (Astra) in Graubünden nachgefragte Strassenbauleistungen (vgl. insbesondere Rz 267 ff., 400). Im Rahmen dieser Untersuchung werden daher einzig Vergaben von kantonalen und kommunalen Strassenbauprojekten als relevant angesehen.⁵⁹³

450. Die WEKO geht damit für die weitere Prüfung in sachlicher Hinsicht von einem relevanten Markt für die Erbringung von Strassenbauleistungen gegenüber dem Kanton Graubünden und Graubündner Gemeinden aus.

Räumlich relevanter Markt

451. 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).⁵⁹⁴

452. Die vorliegende Wettbewerbsabrede bezog sich auf vom Kanton und den Gemeinden in Nordbünden und in Südbünden vergebene Strassenbauprojekte. Sie betraf damit den

⁵⁹⁰ Vgl. DOPGR und Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Graubünden (Stand 1.1.2014), Kap. 3 S. 4 ff., Kap. 5.5 S. 2, Kap. 6.4 S. 1, Kap. 7 S. 2.

⁵⁹¹ Siehe Act. V.238, Rz 110 (22-0457).

⁵⁹² Siehe RPW 2008/1, 85 Rz 184 ff., *Strassenbeläge Tessin*; RPW 2015/2, 193 Rz 201 ff., *Tunnelreinigung*; RPW 2017/3, 421 Rz 214 ff., *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; Verfügung der WEKO vom 26.3.2018 i.S. *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 599 ff., 645 ff., 704 ff. und Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1232 ff., beide publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

⁵⁹³ In anderen von der WEKO entschiedenen Gesamtabrededefällen bezog sich die Gesamtabrede unterschiedslos auf alle Vergaben von Projekten eines bestimmten Baubereichs; vgl. Vgl. RPW 2008/1, 85 Rz 102, *Strassenbeläge Tessin*; RPW 2015/2, 193 Rz 201 ff., *Tunnelreinigung*; RPW 2017/3, 421 Rz 218 ff., *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; Verfügung der WEKO vom 26.3.2018 i.S. *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 603 ff. und Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1232 ff., beide publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

⁵⁹⁴ BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

Kanton Graubünden und die Gemeinden aus diesen Gebieten, die somit die Marktgegenseite bilden. Die betreffenden Bauherren fragten Strassenbauleistungen fast ausschliesslich bei Strassenbauunternehmen an, welche zumindest über einen Werkhof in Nord- und Südbünden verfügten.⁵⁹⁵ Im Kanton Graubünden wurden rund 95 % aller Vergaben an im Kanton Graubünden ansässige Strassenbauunternehmen vergeben (vgl. oben Rz 132). Vergleichbare Ergebnisse gelten, wenn man das Vergabeverhalten in Bezug auf die beiden Gebiete Nordbünden und Südbünden untersucht.⁵⁹⁶ Dieses Verhalten der Marktgegenseite war nicht irrational, sondern liegt im Distanzschutz, den geografischen Gegebenheiten, der Sprache und den besonderen persönlichen Beziehungen in Nordbünden und Südbünden begründet (vgl. auch Rz. 125 ff.). Wegen der letztgenannten Umstände erstreckte sich das Tätigkeitsgebiet der zwölf Unternehmen im Kanton Graubünden im Wesentlichen jeweils auf Nordbünden sowie auf Südbünden (siehe zur Gebietsbeschreibung Rz 127), soweit sie in Südbünden über Werkhöfe bzw. Lagerplätze verfügten (siehe Rz 128 f.).

453. Es wäre grundsätzlich denkbar, in räumlicher Hinsicht von zwei Märkten (Nordbünden sowie Südbünden) auszugehen. Denn Nord- und Südbünden sind einzig über Pässe bzw. einen Autoverladetunnel mittels Strassen miteinander verbunden und damit räumlich voneinander abgegrenzt. Auch haben die Vergabestellen in diesen beiden Teilen Graubündens in der Regel nur im jeweiligen Gebiet ansässige Strassenbauunternehmen zur Offertabgabe eingeladen bzw. an ansässige Unternehmen den Auftrag erteilt.⁵⁹⁷ Eine weitere Separierung des räumlich relevanten Markts ist in casu jedoch nicht erforderlich, da sich für die jeweiligen Gebiete keine unterschiedlichen Wettbewerbsanalysen ergeben (vgl. unten Rz 457 ff.).

454. Da die massgebliche Marktgegenseite Strassenbauleistungen im Wesentlichen bei in Nordbünden und in Südbünden ansässigen Strassenbauunternehmen nachfragte, ist vorliegend von einem räumlich relevanten Markt auszugehen, der das Gebiet Nordbünden sowie Südbünden (Bergell, Engadin, Region Bernina und Münstertal) umfasst.

Zeitlich relevanter Markt

455. In zeitlicher Hinsicht ist die Nachfrage nach Strassenbauleistungen durch den Kanton Graubünden und die Graubündner Gemeinden (ohne Misox) betreffend Projekte in Nordbünden und in Südbünden für den Zeitraum von Anfang 2004 bis und mit Mai 2010 relevant. Denn die Gesamtabrede bestand als Dauervereinbarung jedenfalls in der Zeit von 2004 bis und mit Mai 2010 und betraf in zeitlicher Hinsicht alle in dieser Zeit ausgeschriebenen Projekte (vgl. insbesondere Rz 282 f. und Rz 296–300).

Zwischenfazit zum relevanten Markt

456. Im Ergebnis erachtet damit die WEKO den Markt für Strassenbauleistungen, die vom Kanton oder den Graubündner Gemeinden in Nordbünden und Südbünden (in der Zeit von 2004 bis und mit Mai 2010) nachgefragt wurden, vorliegend als relevant an.

C.5.2.1.4 Aussen- und Innenwettbewerb

457. Nachfolgend ist zu prüfen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Aussen- und Innenwettbewerb diszipliniert wurden.

⁵⁹⁵ Vgl. DOPGR.

⁵⁹⁶ Vgl. DOPGR. In Nordbünden stammten nahezu alle Offerten betreffend Belagsprojekte aus diesem Gebiet von Unternehmen mit Sitz und/oder Werkhof bzw. Lagerplatz in Nordbünden. In Südbünden stammten über 90 % aller Offerten betreffend Belagsprojekte aus diesem Gebiet von Unternehmen mit Sitz und/er Werkhof bzw. Lagerplatz in Südbünden.

⁵⁹⁷ Vgl. DOPGR und Fn 596.

Aktueller Aussenwettbewerb

458. Hinreichender Aussenwettbewerb liegt dann vor, wenn Drittunternehmen, die sich nicht an der Abrede beteiligen, die Wettbewerbskräfte auf dem relevanten Markt 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.

459. Diesbezüglich ist folgenden Punkten Rechnung zu tragen:

- Die Untersuchungsadressatinnen vereinten im Bereich kantonaler und kommunaler Ausschreibungen von Strassenbauprojekten in Nordbünden und Südbünden einen Umsatzanteil von ca. 85 % auf sich (vgl. dazu Rz 153 ff.). Unternehmen, die von der vorliegenden Untersuchung nicht betroffen sind, hatten Marktanteile von insgesamt ca. 15 % (siehe dazu und zum Folgenden Rz 159 f.). Rund 10 % fielen dabei auf die Unternehmen Stradun SA (ca. 6 % Marktanteil), Giudicetti SA (ca. 2,4 % Marktanteil) und Strabag (ca. 1,3 % Marktanteil). Die restlichen Marktanteile von rund 6 % teilten sich insgesamt 37 weitere Firmen. Im Gebiet der Stradun SA (vor allem Region Surselva) dürfte immerhin dieses Strassenbauunternehmen für die zwölf Unternehmen eine gewisse Konkurrenz gebildet haben (vgl. Rz 160 f.). Allerdings blieb die Bedeutung der «externen» Unternehmen insgesamt marginal. Denn bei den genannten Anbietern handelte es sich um gelegentliche oder kleine Anbieter, die nicht in der Lage waren, die Zusammenarbeit der übrigen Unternehmen im Rahmen der Zuteilungssitzungen 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 in Nordbünden und in Südbünden gering. Dies zeigt sich auch darin, dass es den zwölf Unternehmen in den Jahren 2004 bis und mit Mai 2010 gelang, rund 70–80 % des Gesamtwerts der kantonalen und kommunalen Strassenbauprojekte in Nordbünden und in Südbünden erfolgreich untereinander zuzuteilen (siehe Rz 320).
- In den ersten Hälften der Jahre 2004 bis und mit 2010 vergaben Kanton und Gemeinden jeweils rund 90 % des jährlichen Strassenbauvolumens (zur «Saisonalität» siehe oben Rz 138 ff.). Gleichzeitig ist anzunehmen, dass die Zuteilungen in den ersten Jahreshälften in der Regel funktionierten (siehe oben Rz 315 ff.). Insbesondere in der ersten Jahreshälfte, in welcher der Hauptteil der Projekte vergeben wurde, vermochten die übrigen Anbieter die Abredeteilnehmer also nicht zu disziplinieren und die negativen Folgen der Gesamtabrede auf die Wettbewerbsverhältnisse zu verhindern.
- Letzteres zeigen auch die folgenden Umstände: Das Bieterverhalten betreffend kommunal (ohne MisoX) und kantonale vergebene Strassenbauprojekte in der Zeit 2004 bis und mit Mai 2010 unterscheidet sich infolge der Gesamtabrede vom Bieterverhalten betreffend vergleichbare Strassenbauprojekte aus der Zeit Mai 2010 bis Ende 2013 grundlegend. So war die Varianz der pro Projekt eingereichten Angebotssummen in der Zeit der Gesamtabrede insgesamt geringer als in der Zeit danach (vgl. Rz 326, 331 f., 335 ff.). Folge ist auch, dass sich das Bieterverhalten in der Zeit 2004 bis und mit Mai 2010 für den Bereich Strassenbau von demjenigen im Bereich Tiefbauarbeiten unterscheidet. Derartige Unterschiede sind in der Zeit Juni 2010 bis Ende 2013 nicht ersichtlich (siehe Rz 331 f.). Zudem bewirkte die Gesamtabrede zwischen den zwölf Unternehmen, dass die Preise im Bereich Strassenbau in Nord- und Südbünden in der Zeit der Geltung der Gesamtabrede insgesamt höher waren als in der Zeit danach (ca. 8–10 %; vgl. insbesondere Rz 210 ff.). Diese in der Zeit 2004 bis mit Mai 2010 beobachtbaren negativen Folgen der Zusammenarbeit endeten erst mit dem Ende der Gesamtabrede, nicht aber schon früher. Folglich hatte der Aussenwettbewerb keine ausreichende disziplinierende Wirkung.

- Es ist nicht ersichtlich, dass hinsichtlich der vorgenannten Umstände Unterschiede in Bezug auf die beiden Gebiete Nord- und Südbünden bestanden. Die vorgenannten Ausführungen gelten also auch, wenn man die Situation in den beiden Gebieten separat betrachtet.

460. Damit erreichte der aktuelle Aussenwettbewerb nicht das erforderliche Mass, um die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs in Nordbünden und in Südbünden umzustossen. Dies gilt auch, soweit die beiden Gebiete separat beurteilt werden.

Potenzieller Wettbewerb

461. 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. Strassenbauleistungen in Nord- und Südbünden 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.⁵⁹⁸

462. In Bezug auf die zu beurteilenden Branche des Strassenbaus ist im Allgemeinen anerkannt, dass sie durch hohe Transportkosten geprägt sind (siehe auch Rz 125).⁵⁹⁹ Die Angaben der Parteien sowie die Auswertung der Offertöffnungsprotokolle belegen die Tendenz der Unternehmen, Projekte vor allem im näheren Umkreis des eigenen Werkhofs auszuführen. Diese regionale Fokussierung der Unternehmen bestätigt, dass Transportkosten und Fahrdistanzen im Bereich Strassenbau bedeutende Faktoren bildeten. Daraus folgt, dass der Konkurrenzdruck durch potenzielle Aussenwettbewerber durch die spezifischen geographischen Verhältnisse Nordbündens und Südbündens (vgl. Rz 127 und Rz 452 f.) reduziert war. Dies zeigt sich insbesondere darin, dass bei rund 95 % der kantonalen und kommunalen Vergaben von Strassenbauprojekten in Nordbünden und in Südbünden gemäss DOPGR die tiefste Angebotssumme von einem Unternehmen stammte, welche innerhalb der Gebiete Nordbünden und Südbünden einen Standort oder Werkhof bzw. Lagerplatz betrieben.⁶⁰⁰ In Nordbünden stammten nahezu alle Offerten betreffend Belagsprojekte gemäss DOPGR aus diesem Gebiet von Unternehmen mit Sitz und/oder Werkhof bzw. Lagerplatz in Nordbünden. In Südbünden stammten über 90 % aller Offerten betreffend Belagsprojekte gemäss DOPGR aus diesem Gebiet von Unternehmen mit Sitz und/er Werkhof bzw. Lagerplatz in Südbünden.⁶⁰¹

463. Ins Gewicht fielen die Transportkosten vor allem bei kleineren Strassenbauprojekten. So ist es für ein Unternehmen weniger attraktiv, Strassenbauprojekte mit geringem Bauvolumen zu akquirieren, die weit vom eigenen Werkhof gelegen sind. Bei kleineren Strassenbauunternehmen, welche vermehrt kleinere Strassenbauprojekte akquirierten, war die Tendenz, sich vor allem auf Bauprojekte im näheren Umkreis des Werkhofs zu fokussieren, besonders ausgeprägt. Hingegen steigt bei grösseren Strassenbauprojekten typischerweise

⁵⁹⁸ RPW 2017/3, 421 Rz 233, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARON/REINERT (Fn 570), Art. 5 LCart N 509 m.w.H.

⁵⁹⁹ RPW 2008/1, 85 Rz 206, *Strassenbeläge Tessin*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 368 E. 9.2.1, *Strassenbeläge Tessin*.

⁶⁰⁰ Vgl. DOPGR.

⁶⁰¹ Vgl. DOPGR.

auch die Bereitschaft der Unternehmen, längere Transportwege in Kauf zu nehmen. Bei Bauprojekten mit geringem Volumen wäre die Ausführung für ein ausserhalb Graubündens domiziliertes Unternehmen aus wirtschaftlichen Überlegungen weniger interessant gewesen. Daher erscheint die potenzielle Aussenkonkurrenz bei bedeutsamen Projekten tendenziell stärker als bei kleinen Projekten.

464. 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 die in der ersten Hälfte der Kalenderjahre 2004 bis und mit 2010 vom Kanton und den Gemeinden in Nord- und Südbünden vergebenen Strassenbauprojekte erfolgreich dem Zuteilungs- und Preisbestimmungsmechanismus im Rahmen der Zuteilungssitzungen zuführen können (vgl. dazu Rz 315 ff.), wenn gewichtiger potenzieller Konkurrenzdruck geherrscht hätte. Auch wäre nicht anzunehmen, dass sich derartige Unterschiede im Bieterverhalten ergeben hätten (siehe Rz 326, 331 f., 335 ff.) und die Preise im Bereich Belagsbau zu hoch gewesen wären (siehe Rz 210 ff.), hätte potenzieller Konkurrenzdruck die Teilnehmerinnen der Gesamtabrede diszipliniert.

465. Es ist nicht ersichtlich, dass hinsichtlich der vorgenannten Umstände Unterschiede in Bezug auf die beiden Gebiete Nordbünden und Südbünden bestanden. Die vorgenannten Ausführungen gelten also auch, wenn man die Situation in den beiden Gebieten separat betrachtet.

466. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs in Nordbünden und Südbünden wird also auch unter dem Gesichtspunkt potenzieller Aussenwettbewerb nicht umgestossen. Dies gilt auch, wenn die beiden Gebiete separat beurteilt werden.

Innenwettbewerb

467. Zu prüfen bleibt, ob die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs 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 Wettbewerbsparameter⁶⁰² besteht (Rest- oder Teilwettbewerb).

468. Die vorliegende Gesamtabrede beinhaltete, jeweils den designierten Zuschlagsempfänger Submissionen anhand von Anteilsquoten zu bestimmen (vgl. nur Rz 296–300). Als Abrede über die Zuteilung von Geschäftspartnern zielte sie darauf, sämtliche möglichen Aspekte des Wettbewerbs auszuschliessen. Denn eine Zuteilung gemäss den vorab festgelegten Anteilsquoten konnte nur funktionieren, wenn es die Abredeteilnehmer vermochten, Wettbewerb vollständig auszuschliessen. Aus Sicht der Abredeteilnehmer bestand also kein Wettbewerbsparameter, der nicht von der Abrede hätte erfasst werden sollen.

469. Selbst wenn nicht betroffene Wettbewerbsparameter vorhanden gewesen wären, wäre das Spektrum der verbleibenden Wettbewerbskräfte nicht ausreichend gewesen, um die Beseitigungsvermutung umzustossen. Denn wie dargelegt wurde (vgl. Rz 296–300, 315 ff.), erfolgte die Zuteilung der betroffenen Projekte durch die Einigung über die Höhe der Angebotspreise in der Regel mittels der «Mittelwertmethode». Daraus folgt, dass die preisliche Wettbewerbsdimension durch die Gesamtabrede – soweit die Beteiligten diese tatsächlich umsetzten (siehe dazu sogleich Rz 470) – aufgehoben werden sollte. Die Gesamtabrede war damit ohnehin auf die Ausschaltung des zentralen Wettbewerbsparameters gerichtet. Denn

⁶⁰² BGE 129 II 18, E. 8.3.4 (= RPW 2002/4, 747, E 8.3.4), *Buchpreisbindung*.

es ist bewiesen, dass der zentrale Wettbewerbsparameter in Bezug auf die Vergabe von kantonalen und kommunalen Strassenbauprojekten in Nord- und Südbünden der Preis war (siehe oben Rz 135 ff.).

470. Zu beleuchten ist sodann der Umsetzungsgrad der Gesamtabrede. Es ist vorliegend bewiesen, dass die zwölf Unternehmen zwischen 2004 bis und mit Mai 2010 betreffend die weit überwiegende Mehrzahl der in Nordbünden und in Südbünden kommunal und kantonal vergebenen Strassenbauprojekte gemeinsame Zuteilungen und gemeinsame Festlegungen der Höhe der Angebotssummen entsprechend der Zielsetzung und den geltenden Regeln (1. Gemeinsame Zuteilungsentscheidung insbesondere anhand der Anteilsquoten, 2. Gemeinsame Festlegung der Höhe der Angebotssummen unter grundsätzlicher Anwendung der «Mittelwertmethode») vornahmen (siehe Rz 315 ff.). Rund 70–80 % des Gesamtwerts der kantonalen und kommunalen Strassenbauprojekte in Nordbünden und in Südbünden wurde so erfolgreich zugeteilt (d. h. geschätzt mindestens 650 Projekte im Wert von mindestens rund CHF 190 Mio.; vgl. Rz 319 f.). Dass Strassenbauprojekte wegen Innenwettbewerbs nicht zugeteilt wurden oder Einzelsubmissionsabreden von einzelnen der zwölf Unternehmen unterlaufen wurden, kam – insbesondere in der ersten Hälfte der Kalenderjahre 2004 bis und mit 2010 – sehr selten vor (siehe Rz 315 ff.). In den zweiten Jahreshälften wurden zwar jeweils weniger Projekte erfolgreich zugeteilt. Damit spielte Innenwettbewerb für die zwölf Unternehmen aber erst eine Rolle, wenn der Grossteil des jährlichen Marktvolumens ohnehin bereits aufgeteilt war und die in Nord- und Südbünden ansässigen Abredeteilnehmer nur noch wenig Interesse an Projekten hatten (vgl. auch Rz 217 ff., 249). Der Innenwettbewerb war also in den Jahren 2004 bis und mit 2010 nicht so stark, als dass er die Abredeteilnehmer hätte disziplinieren können.

471. Dass Innenwettbewerb die zwölf Unternehmen in ihrem Abredeverhalten diszipliniert hätte, ist auch mit Blick auf die Unterschiede im Bieterverhalten (siehe Rz 326, 331 f., 335 ff.) sowie die festgestellten Preisveränderungen im Bereich Belagsbau nach Ende der Zusammenarbeit (siehe Rz 210 ff.) ausgeschlossen.

472. Es ist nicht ersichtlich, dass hinsichtlich der vorgenannten Umstände Unterschiede in Bezug auf die beiden Gebiete Nordbünden und Südbünden bestanden. Die vorgenannten Ausführungen gelten also auch, wenn man die Situation in den beiden Gebieten separat betrachtet.

473. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird also auch unter dem Gesichtspunkt der Innenwettbewerbsprüfung nicht umgestossen. Dies gilt auch, wenn die beiden Gebiete Nordbünden und Südbünden separat beurteilt werden.

C.5.2.1.5 Zusammenfassende Gesamtbetrachtung

474. Wie gezeigt, liegen keine Aspekte vor, welche darauf schliessen lassen, dass Aussen- und/oder Innenwettbewerb die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegen könnten. In der Gesamtbetrachtung gilt dies insbesondere deshalb, da die Gesamtabrede zwischen den zwölf Unternehmen bewirkte, dass die Preise im Bereich Strassenbau in Nord- und Südbünden in der Zeit der Geltung der Gesamtabrede insgesamt höher waren als in der Zeit danach (ca. 8–10 %; vgl. insbesondere Rz 210 ff.). Diese in der Zeit 2004 bis mit Mai 2010 beobachtbaren negativen Folgen der Zusammenarbeit endeten erst mit dem Ende der Gesamtabrede, nicht aber schon früher. Folglich hatten weder Aussen- noch Innenwettbewerb ausreichende disziplinierende Wirkung.

C.5.2.1.6 Zwischenfazit zur Prüfung der Widerlegung der Beseitigungsvermutung

475. Im Ergebnis erachtet die WEKO den Markt für Strassenbauleistungen, die vom Kanton oder den Graubündner Gemeinden in Nord- und Südbünden (in der Zeit von 2004 bis und mit Mai 2010) nachgefragt wurden, vorliegend als relevant an.

476. Weiter steht fest, dass auf diesem Markt weder tatsächlicher oder potenzieller Ausenwettbewerb noch Innenwettbewerb die Teilnehmerinnen der Gesamtabrede in ihrer Abredetätigkeit disziplinieren und die negativen Folgen der Gesamtabrede auf die Wettbewerbsverhältnisse verhindern konnte.

477. Die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ist damit nicht widerlegt. Die vorliegende Gesamtabrede beseitigt also den Wettbewerb.

C.5.3 Ergebnis

478. Die vorliegende Gesamtabrede über die Zuteilung von vom Kanton und den Gemeinden in Nord- und Südbünden ausgeschriebenen Strassenbauprojekten anhand von Anteilsquoten und der gemeinsamen Festlegung der Angebotssummen unter grundsätzlicher Anwendung der «Mittelwertmethode» stellt eine (Dauer-)Preis- und Geschäftspartnerabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG dar. Sie bestand jedenfalls ab 2004 bis und mit Mai 2010 zwischen den in Rz 385 genannten Unternehmen. Diese Gesamtabrede beseitigte den Wettbewerb im relevanten Markt. Beseitigt eine Wettbewerbsabrede den Wettbewerb, so ist eine Rechtfertigung ausgeschlossen und sie ist gemäss Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig.

479. Hinzuweisen ist darauf, dass die vorliegende Wettbewerbsabrede gemäss geltender Rechtsprechung jedenfalls als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung anzusehen wäre,⁶⁰³ würde man davon ausgehen, dass die Beseitigungsvermutung widerlegt werden könnte. Auch wären in dieser Konstellation Rechtfertigungsgründe für das Zuteilungssystem, welches auf die umfassende Aufteilung von Submissionen gerichtet ist, nicht ersichtlich.⁶⁰⁴ Selbst wenn die Beseitigungsvermutung widerlegt wäre, wäre die vorliegende Gesamtabrede also gemäss Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig.

C.6 Unzulässige Wettbewerbsabreden im Hochbau im Churer Rheintal («Club Quattro»)

480. Im Folgenden wird auf mögliche unzulässige Wettbewerbsabreden im Bereich Hochbau in einem Teil des Churer Rheintals («Club Quattro») eingegangen.

481. 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).

482. Es wird daher zunächst geprüft, ob Wettbewerbsabreden vorliegen (siehe Rz 483 ff.). Anschliessend wird geprüft, ob die allfällige Wettbewerbsabrede den Wettbewerb beseitigt oder erheblich beeinträchtigt hat (siehe Rz 497 ff., 500 ff.). Zuletzt ist auf eine allfällige Rechtfertigung einzugehen (siehe Rz 526 f.).

⁶⁰³ Vgl. nur Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28.6.2016 (zur amtlichen Publikation vorgesehen), E. 5.1.6, *Gaba/WEKO* sowie Urteil des BGer 2C_1016/2014 vom 9.10.2017, E. 3.1, 3.3, *WEKO/Siegenia-Aubi AG*; Urteil des BGer 2C_1017/2014 vom 9.10.2017, E. 3.1, 3.3, *WEKO/KOCH Group AG Wallisellen*.

⁶⁰⁴ Vgl. etwa RPW 2015/2, 193 Rz 257 ff., *Tunnelreinigung*; Verfügung der WEKO vom 26.3.2018 i.S. *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 632, 660 ff., 716 ff. und Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1305 ff., beide publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

C.6.1 Wettbewerbsabrede

483. 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,⁶⁰⁵ wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden⁶⁰⁶.

484. Art. 4 Abs. 1 KG ist also erfüllt, wenn Unternehmen bewusst und gewollt in Form einer Vereinbarung oder einer abgestimmten Verhaltensweise zusammenwirkten und dies eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckte oder bewirkte. Nachfolgend wird zunächst darauf eingegangen, ob ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken von Unternehmen (siehe Rz 485 ff.) sowie eine bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung vorliegt (siehe Rz 491 f.). Zu thematisieren ist sodann zudem, wie lange eine allfällige Wettbewerbsabrede andauerte (siehe Rz 494) und ob sie horizontaler oder vertikaler Natur war (siehe Rz 495).

C.6.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

485. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen nach dem Gesagten Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen. Bezüglich der rechtlichen Anforderungen, welche an das Vorliegen einer Vereinbarung gestellt werden, ist auf Rz 399 zu verweisen.

486. Die Tatbestandsvariante der abgestimmten Verhaltensweise ist als Auffangtatbestand für ein koordiniertes Verhalten, das nicht unter den Begriff der Vereinbarung subsumiert werden kann, zu verstehen. Eine abgestimmte Verhaltensweise liegt vor, wenn sich die Unternehmen hinsichtlich bestimmter Umstände abstimmen bzw. koordinieren (1.), ein Marktverhalten vorliegt (2.) sowie ein Kausalzusammenhang zwischen Koordinierung und Marktverhalten gegeben ist (3.).⁶⁰⁷ Für eine abgestimmte Verhaltensweise ist nicht erforderlich, dass die Beteiligten einen gemeinsamen Plan verfolgen, sondern es genügt, wenn durch ihre Abstimmung die Unsicherheit bezüglich des Marktverhaltens der Wettbewerber verringert wird.⁶⁰⁸ Die Beteiligten lassen dabei die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten.⁶⁰⁹

487. Vorliegend ist bewiesen, dass die vier Unternehmen übereingekommen sind, dass im Rahmen des Club Quattro die aktuelle und anstehende Nachfrage nach Hochbauleistungen im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet (Teil des Churer Rheintals; vgl. Rz 367) sowie die diesbezügliche Interessenslage der vier Unternehmen erörtert werden sollte (vgl. dazu Rz 374–383). Die beteiligten Unternehmen konnten dabei auch ein «besonderes Interesse» geltend machen, etwa wenn eine besondere Beziehung zur Bauherrschaft bestand. Bei der Zusammenarbeit sollte zudem gemeinsam geprüft werden, ob auch künftig Hochbaugrossprojekte gemeinsam als ARGE akquiriert werden könnten. Die Beweismittel zeigen teilweise, dass sich die Unternehmen gemäss dieser Übereinkunft verhielten und Interessen

⁶⁰⁵ Siehe Nachweise in Fn 538.

⁶⁰⁶ Siehe Nachweise in Fn 539.

⁶⁰⁷ RPW 2010/4, 717 Rz 177, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*; Urteil des BVGer B-5685/2012 vom 17.12.2015, E. 4.1, *Altimum*; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 538), Art. 4 Abs. 1 N 53; CR Concurrence-AMSTUTZ/CARON/REINERT (Fn 545), Art. 4 I LCart N 35.

⁶⁰⁸ RPW 2010/4, 717 Rz 176 f., *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 538), Art. 4 Abs. 1 N 57; CR concurrence-AMSTUTZ/CARON/REINERT (Fn 545), Art. 4 I LCart N 34.

⁶⁰⁹ Vgl. BGE 129 II 18, E. 6.3, *Sammelrevers*; siehe auch Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.1.1.23, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

austauschten. Mit Blick auf die vorliegenden Beweismittel bestehen indes erhebliche und unüberwindliche Zweifel daran, dass der Club Quattro – nach der Vorstellung der vier Unternehmen – der Zuteilung von im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet ausgeschriebenen Hochbauprojekten an die vier Unternehmen und der entsprechenden gemeinsamen Festlegung des Zuschlagempfängers sowie der Höhe der Eingabesummen diene.

488. Damit liegt in Bezug auf den Interessensausgleich ein Konsens betreffend Art und Ziel der Zusammenarbeit der vier Unternehmen vor. Die vier Unternehmen wollten voneinander die Interessenslage in Bezug auf konkrete Hochbauprojekte im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet kennen und diese dementsprechend an regelmässig stattfindenden Sitzungen austauschen. Dies stellt eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG über den systematischen Austausch über ihre Interessen im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet vergebene Hochbauprojekte dar.

489. Zugleich ist der Tatbestand einer abgestimmten Verhaltensweise erfüllt. Denn: Die vier Unternehmen haben sich (1.) wiederholt betreffend ihre Interessenslage ausgetauscht (siehe oben Rz 487). Damit liegt eine Abstimmung vor. Es ist (2.) davon auszugehen, dass sich die vier Unternehmen (zumindest auch) für Projekte beworben haben, bezüglich derer sie die Interessenslage ausgetauscht haben. Es ist mithin auch ein Marktverhalten gegeben. Und es ist (3.) logisch ausgeschlossen, dass das Wissen um die Interessenslage bei der Bewerbung um Projekte, bezüglich derer die vier Unternehmen die Interessenslage ausgetauscht haben, völlig unberücksichtigt geblieben ist (siehe Rz 379). Damit ist auch ein Kausalzusammenhang zwischen der Abstimmung und dem Marktverhalten zu bejahen. Die vier Unternehmen haben durch die Zusammenarbeit im Rahmen des Club Quattro mithin die Unsicherheit bezüglich des Marktverhaltens der Wettbewerber verringert und insoweit die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lassen.

490. Die Zusammenarbeit im Rahmen des Club Quattro betreffend den regelmässigen Austausch über die Interessenslage der vier Unternehmen bezüglich Hochbauprojekte im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet erfüllt mithin den Tatbestand einer Vereinbarung sowie den einer abgestimmten Verhaltensweise. Damit haben die vier Unternehmen bewusst und gewollt im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zusammengewirkt.

C.6.1.2 Bezwecken oder bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

491. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG «eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken». Bezüglich der rechtlichen Anforderungen, welche an das Vorliegen einer bezweckten oder bewirkten Wettbewerbsbeschränkung gestellt werden, ist auf Rz 404–408 zu verweisen.

492. Vorliegend ist bewiesen, dass sich die vier Hochbauunternehmen Hew, Implenla, Lazarini und Mettler AG in der Zeit zwischen 2006 und September 2012 anlässlich der regelmässig alle ein bis zwei Monate an Standorten der vier Unternehmen im Raum Chur stattfindenden Club Quattro-Sitzungen trafen, um Informationen über die aktuelle und künftige Nachfrage und ihre diesbezügliche Interessenslage auszutauschen (vgl. dazu Rz 374–383).

493. Der Austausch dieser Informationen stellt einen Austausch über Geschäftsgeheimnisse der vier Unternehmen dar, wodurch die vier Unternehmen auf ihre unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet haben und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage zumindest eingeschränkt haben. Zudem widerspricht dieser Informationsaustausch Sinn und Zweck von Vergabeverfahren.⁶¹⁰ Diese dienen eigentlich dazu, einen unverfälschten und echten Wettbewerb zwischen den Hochbauunternehmen zu veranstalten. Es ist sinn- und zweckwidrig, wenn sich allfällige Konkurrenten vorab über ihre Interessenslage austauschen und so un-

⁶¹⁰ Vgl. dazu etwa Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25.6.2018, E. 9.3.2, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Erne gegen WEKO*.

möglich machen, dass sich jedes Unternehmen autonom – ohne Kenntnis spezifischer Informationen über die Interessenslage der Konkurrenz – um das Projekt bewirbt. Damit ist die Vereinbarung zumindest objektiv geeignet, den Wettbewerb zwischen den vier Unternehmen zu beschränken. Es liegt also jedenfalls eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vor.

C.6.1.3 Dauervereinbarung

494. Die Wettbewerbsabrede über den Austausch betreffend die Interessenslage ist als Dauerabrede zu qualifizieren. Bezüglich der rechtlichen Anforderungen, welche an das Vorliegen einer Dauervereinbarung gestellt werden, ist auf Rz 413–415 zu verweisen. Vorliegend bestand der Konsens über das Ziel, sich hinsichtlich der Interessenslage der vier Unternehmen an Hochbauprojekten im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet wiederholt an Club Quattro-Sitzungen auszutauschen, ständig zwischen 2006 und September 2012 (vgl. dazu Rz 374–383). Damit ist von einer Dauervereinbarung auszugehen.

C.6.1.4 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen

495. Die vier Unternehmen gemäss Rz 386 waren während der Zeit der Zusammenarbeit alle im Bereich Hochbau tätig und als solche Konkurrentinnen hinsichtlich der Nachfrage von öffentlichen Stellen und Privaten nach der Durchführung von Hochbauarbeiten. Die vorliegende Abrede ist somit horizontaler Natur.

C.6.1.5 Zwischenfazit

496. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die vier Unternehmen gemäss Rz 386 durch ihr bewusstes und gewolltes Zusammenwirken betreffend den Austausch ihrer Interessen bezüglich Hochbauprojekte im Churer Rheintal eine Wettbewerbsabrede zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe gemäss Art. 4 Abs. 1 KG getroffen haben. Diese bestand zwischen den vier Unternehmen jedenfalls im Zeitraum zwischen 2006 bis September 2012.

C.6.2 Keine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

497. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei den 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.

498. Eine Wettbewerbsabrede betreffend Submissionen ist jedenfalls dann als Preis- und Geschäftspartnerabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG anzusehen, wenn nachgewiesen ist, dass die Wettbewerbsabrede der Aufteilung der Submissionen unter den Abredeteilnehmern dient und diese Aufteilung mittels gemeinsamer Festlegungen der Höhe der Angebotssummen erfolgen soll (vgl. oben Rz 429 ff., 432 ff.).⁶¹¹ Mit Blick auf die vorliegenden Beweismittel bestehen indes erhebliche und unüberwindliche Zweifel daran, dass der Club Quattro – nach der Vorstellung der beteiligten Unternehmen – der Zuteilung von im Club-

⁶¹¹ Vgl. auch RPW 2008/1, 85 Rz 87 ff., *Strassenbeläge Tessin*; RPW 2015/2, 193 Rz 191 ff., *Tunnelreinigung*; RPW 2017/3, 421 Rz 208 ff., *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*, Verfügung der WEKO vom 26.3.2018 i.S. *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 595 ff., 641 ff., 701 ff. und Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1218 ff., beide publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

Quattro-Untersuchungsgebiet ausgeschriebenen Hochbauprojekten an die vier Unternehmen und der entsprechenden gemeinsamen Festlegung des Zuschlagempfängers sowie der Höhe der Eingabesummen diene (vgl. oben Rz 378). Damit ist die Vermutungsbasis von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG im Hinblick auf den Club Quattro nicht erfüllt. Eine Beseitigungsvermutung ist mithin nicht gegeben.

499. Grundsätzlich ist es denkbar, dass eine Beseitigung des Wettbewerbs auch vorliegt, wenn kein Fall von Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG gegeben ist. Die Schwelle hierfür ist hoch anzusetzen.⁶¹² Vorliegend sind keine Gründe ersichtlich, welche für eine Beseitigungswirkung der Club Quattro-Gesamtabrede sprechen.

C.6.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

500. Wettbewerbsabreden können gemäss Art. 5 Abs. 1 KG jedoch auch dann unzulässig sein, wenn sie den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen und nicht gerechtfertigt sind. Nachfolgend wird geprüft, ob die vorliegende Wettbewerbsabrede über den regelmässigen Informationsaustausch als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung anzusehen ist (siehe Rz 513 ff.). Dieser erfordert vorab die Definition des relevanten Marktes (siehe dazu Rz 501 ff.).

C.6.3.1 Relevanter Markt

501. Hinsichtlich der rechtlichen Anforderungen der Marktabgrenzung ist auf Rz 439 ff. zur verweisen.

C.6.3.1.1 Marktgegenseite

502. Bei der vorliegenden Gesamtabrede bildeten alle öffentlichen und privaten Abnehmerinnen und Abnehmer aus dem Club-Quattro-Untersuchungsgebiet von Hochbauleistungen (zwischen 2006 und September 2012) Marktgegenseite der Abredeteilnehmer. Denn bezüglich dieser Marktgegenseite wollten die vier Unternehmen vor der Offertstellung jeweils Interessensabklärungen durchführen und taten dies auch (vgl. Rz 374–383).

C.6.3.1.2 Sachlich relevanter Markt

503. 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 VKU⁶¹³, der hier analog anzuwenden ist).⁶¹⁴ Hinsichtlich der Voraussetzungen für die sachliche Marktabgrenzung kann auf Rz 443 f. verwiesen werden.

504. Die vorliegende Wettbewerbsabrede bestand darin, die Interessenslage in Bezug auf Hochbauleistungen, welche von Bauherren im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet nachgefragt wurden, auszutauschen (Rz 374–383). Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der relevante Markt in sachlicher Hinsicht jedenfalls Hochbauleistungen umfasst, welche von öffentlichen und privaten Bauherren in diesem Gebiet nachgefragt wurden. Von einer Hochbauleistung wird ausgegangen, soweit die Errichtung, Erweiterung und Reparatur von Immobilien, welche mehrheitlich über der Geländelinie liegen (insbesondere Einfamilien- und Mehrfamilienhäuser, Gewerbebauten, etc.), wesentlicher Bestandteil der vom Anbieter

⁶¹² Vgl. nur DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (Fn 566), Art. 5 N 88, 90 m.w.N.

⁶¹³ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

⁶¹⁴ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

erbrachten Leistung sind. Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass derartige Leistungen durch andere Leistungen – wie z. B. Tiefbau- oder Strassenbauleistungen – substituiert werden könnten.

505. Die WEKO geht für die weitere Prüfung damit in sachlicher Hinsicht von einem relevanten Markt für die Erbringung von Hochbauleistungen gegenüber öffentlichen und privaten Bauherren aus.

C.6.3.1.3 Räumlich relevanter Markt

506. 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).⁶¹⁵

507. Für im Churer Rheintal tätige Hochbauunternehmen besteht und bestand ein gewisser Distanzschutz (siehe oben Rz 368). Die zunehmende Distanz des Sitzes und/oder Werkhofs einer Unternehmung zum Ausführungsort führt zu steigenden Selbstkosten und sinkender Rentabilität eines Auftrags. 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, soweit dies nach Vergaberecht zulässig war.⁶¹⁶

508. 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 Strassenbauleistungen 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. In geografischer Hinsicht erstreckt sich das hier interessierende Club-Quattro-Untersuchungsgebiet zwischen Reichenau und Landquart auf einer Strecke von etwa 25 km entlang des Rheins (Teil des sog. Churer Rheintals; siehe oben Rz 367). Im Zentrum dieses Wirtschaftsraums liegt Chur, der Hauptort des Kantons Graubünden, mit seinen rund 38 000 Einwohnern und Einwohnerinnen. Natürlich begrenzt ist der Wirtschaftsraum vor allem durch die Berge entlang des Rheintals. Mit Kraftfahrzeugen befahrbare «Durchlässe» in andere Gebiete führen – bis auf den nördlichen, rheinabwärts liegenden «Ausgang» über Landquart–Bad Ragaz–Sargans – einzig über hochgelegene Pässstrassen im Westen, Süden und Osten von Chur (Oberalppass, San-Bernadino-Pässstrasse, Splügenpass, Julierpass, Albulapass und Flüelapass) sowie durch eher dünn besiedelte Gebiete. Dies alles spricht dafür, den in räumlicher Hinsicht relevanten Markt auf das Club Quattro-Untersuchungsgebiet zu begrenzen.

509. Da die Marktabgrenzung ein Hilfsmittel zur Untersuchung der Auswirkungen einer Abrede sowie zur Ermöglichung der Abschöpfung der Kartellrente ist, ist bei der Definition des

⁶¹⁵ BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Publigruppe SA et al./WEKO*.

⁶¹⁶ RPW 2012/2, 270 Rz 988, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; RPW 2013/4, 524 Rz 835, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2017/3, 421 Rz 224 f., *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; Verfügung der WEKO vom 26.3.2018 i.S. *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 609 f. und Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1243 f., beide publiziert im Internet unter <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

räumlich relevanten Markts auch der Abredeinhalt zu berücksichtigen. Die vorliegende Wettbewerbsabrede bezog sich auf von öffentlichen und privaten Bauherren im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet vergebene Hochbauprojekte. Die betreffenden Bauherren fragten Hochbauleistungen mehrheitlich bei Hochbauunternehmen an, welche zumindest über einen Werkhof im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet verfügten (Rz 369). Dieses Verhalten der Marktgegenseite war nicht irrational, sondern liegt in den Transportkosten, den politischen Grenzen, der Sprache und den besonderen persönlichen Beziehungen im Untersuchungsgebiet begründet. Dies legt nahe, den räumlichen Markt auf das Club-Quattro-Untersuchungsgebiet zu begrenzen. Die Lazzarini bezeichnet das Club-Quattro-Untersuchungsgebiet in ihrer Selbstanzeige dementsprechend als relativ kleinen und überschaubaren Wirtschaftsraum.⁶¹⁷

510. Aus diesen Gründen ist vorliegend von einem räumlich relevanten Markt auszugehen, der jedenfalls das Club-Quattro-Untersuchungsgebiet (Teil des Churer Rheintals; vgl. Rz 367) umfasst.

C.6.3.1.4 Zeitlich relevanter Markt

511. In zeitlicher Hinsicht ist die Nachfrage nach Hochbauleistungen von öffentlichen und privaten Bauherren aus dem Club-Quattro-Untersuchungsgebiet für den Zeitraum von Anfang 2006 bis und mit September 2012 relevant. Denn die Gesamtabrede betreffend den systematischen Interessensausgleich bestand als Dauervereinbarung jedenfalls in der Zeit von 2006 bis und mit September 2012 und betraf in zeitlicher Hinsicht alle in dieser Zeit ausgeschrieben Hochbauprojekte (vgl. nur Rz 494).

C.6.3.1.5 Zwischenfazit zum relevanten Markt

512. Im Ergebnis erachtet damit die WEKO den Markt für Hochbauleistungen im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet in der Zeit von 2006 bis und mit September 2012 als relevant an. Nachfolgend wird geprüft, ob die vorliegende Gesamtabrede über den systematischen Austausch der Interessenslage den Wettbewerb auf diesem Markt erheblich beeinträchtigt hat.

C.6.3.2 Rechtliches zur Prüfung der erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung

513. Das BGer hat in seinem Urteil *Gaba* festgehalten, dass das Kriterium der Erheblichkeit eine Bagatellklausel darstellt.⁶¹⁸ Zugleich hat es festgehalten, dass u. a. die in Art. 5 Abs. 3 KG aufgeführten besonders schädlichen Abreden, d. h. insbesondere horizontale Preisabreden und Aufteilungsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG, grundsätzlich keine Bagatellfälle darstellen, sondern in der Regel als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung anzusehen sind; eine Analyse anhand quantitativer Kriterien ist bei besonders schädlichen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 KG nicht erforderlich.⁶¹⁹ Diese Rechtsprechung hat das BGer in seinen Urteilen betreffend die WEKO-Sanktionsverfügung i.S. Baubeschlüsse bestätigt.⁶²⁰ Liegen – wie im vorliegenden Fall – keine besonders schädlichen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vor, so ist die Wettbewerbsabrede nur dann als erhebliche

⁶¹⁷ Act. IX.B.28, S. 27.

⁶¹⁸ Urteil des BGE 143 II 297, E. 5.1.6, *Gaba*.

⁶¹⁹ Urteil des BGE 143 II 297, E. 5.2.5, 5.6, *Gaba*.

⁶²⁰ Urteil des BGer 2C_1016/2014 vom 9.10.2017, E. 3.1, 3.3, *WEKO/Siegenia-Aubi AG*; Urteil des BGer 2C_1017/2014 vom 9.10.2017, E. 3.1, 3.3, *WEKO/KOCH Group AG Wallisellen*.

Wettbewerbsbeeinträchtigung anzusehen, wenn die Gesamtbeurteilung anhand qualitativer und quantitativer Kriterien ergibt, dass kein Bagatellfall vorliegt.⁶²¹

514. Bezüglich des qualitativen Elements gilt es die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters – und zwar im konkret betroffenen Markt⁶²² – sowie das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter⁶²³ zu beurteilen. Bezüglich des quantitativen Elements ist im Regelfall zu ermitteln, 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 (z. B. Marktanteile, Umsätze etc.).⁶²⁴ Nach der Rechtsprechung des BGE reicht es dabei aus, dass die Abredeteilnehmer zusammen einen nicht unerheblichen Marktanteil halten⁶²⁵.

515. Bei der Gesamtbetrachtung dieser beiden Kriterien handelt es sich um ein «bewegliches System»⁶²⁶ bzw. um eine Konstellation wie bei zwei kommunizierenden Röhren⁶²⁷. Die Gesamtbetrachtung erfolgt einzelfallweise. 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.⁶²⁸

516. In Bezug auf das diesbezüglich zu erfüllende Beweismass gilt es zu beachten, dass auch die Prüfung der Erheblichkeit in der Regel die Aufklärung von komplexen, multikausalen Wirtschaftsprozessen erfordert. Dies deshalb, weil es teilweise um sich über lange Zeiträume erstreckende Umstände geht und im relevanten Markt – je nach Untersuchungsgegenstand – eine Vielzahl von Anbietern und Nachfragern aufeinandertreffen. Auch kann das Problem bestehen, dass die von einer Abrede betroffene Leistung nicht homogen ist, ein Markt an den geografischen «Rändern» nicht klar abgrenzbar ist und Anbieter sowie Nachfrager sich nicht immer vergleichbar verhalten. Mit Blick auf die Anforderungen, die beim Nachweis von komplexen, multikausalen Wirtschaftsprozessen an das Beweismass zu stellen sind (siehe oben Rz 106), reicht es daher aus, wenn die Wettbewerbsbehörden annehmen, dass die Wettbewerbsabrede mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung anzusehen ist.

⁶²¹ RALF MICHAEL STRAUB, Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen, AJP 2016, 559, 568; DIKE KG-ZIRLICK/ BANGERTER (Fn 566), Art. 5 N 201.

⁶²² BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 571), Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: Wettbewerbsrecht II Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1.

⁶²³ In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241 Rz 19, *Klimarappen*, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils.

⁶²⁴ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 571), Art. 5 KG N 230.

⁶²⁵ BGE 129 II 18, 24 E.5.2.1 (= RPW 2002, 735), *Buchpreisbindung*.

⁶²⁶ ANDREAS HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, Jusletter vom 29. Juni 2015, N 16 und N 59.

⁶²⁷ BGE 143 II 297, E. 5.2.2, *Gaba*.

⁶²⁸ Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1271 ff., publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019. Vgl. auch Vgl. Ziffer 12 Abs. 1 der Bekanntmachung der Wettbewerbskommission über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden vom 28.6.2010 (Stand am 22. Mai 2017); abrufbar im Internet unter: <www.weko.admin.ch> > Dokumentation > Bekanntmachungen / Erläuterungen; zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

C.6.3.3 Prüfung in casu

C.6.3.3.1 Qualitative Kriterien

517. Der regelmässige Austausch der Interessen unter den vier beteiligten Unternehmen führte dazu, dass den beteiligten Unternehmen die Interessenslage hinsichtlich Hochbauprojekte im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet besser bekannt war als sie es ohne die regelmässigen Sitzungen betreffend den Interessensaustausch gewesen wäre. Denn bei der Interessenslage eines Unternehmens handelt es sich um ein Geschäftsgeheimnis, welche den jeweils anderen Unternehmen Rückschlüsse auf das zu erwartende Bieterverhalten erlaubt. Der vertrauliche Austausch von Geschäftsgeheimnissen, welcher das Bieterverhalten beeinflusst, ist nach qualitativen Kriterien schädlich für den Wettbewerb.⁶²⁹

518. Zu berücksichtigen ist des Weiteren, dass der systematische Austausch über das Bieterverhalten Einfluss auf die Preisbildung hatte. Denn ist einem Unternehmen die genaue Interessenslage von Konkurrenten bekannt, so ist anzunehmen, dass es sein Bieterverhalten an das zu erwartende Bieterverhalten der Konkurrenz anpasst. Dies zeigt ein Beispiel: Weiss Unternehmen 1, welches ein besonderes Interesse an dem Hochbauprojekt X hat, aus der Interessensaustauschsitzung des Club Quattro, dass die Unternehmen 2, 3 und 4 kein bis wenig Interesse an dem Hochbauprojekt haben (etwa weil deren Auslastung aktuell sehr gut ist), so wird es – soweit es keinen Wettbewerb von weiteren Unternehmen befürchtet – seine Angebotssumme weniger mit Blick auf seine Grenzkosten bilden. Es wird seine Angebotssumme also «weniger scharf rechnen» als wenn es aus Unwissen über die Interessen der übrigen drei Unternehmen zu befürchten gehabt hätte.⁶³⁰ Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass dieser Zusammenhang nicht auch vorliegend wirkte. Es ist vielmehr logisch ausgeschlossen, dass das Wissen um die Interessenslage der Konkurrenten nicht bei der eigenen Angebotserstellung berücksichtigt wurde. Der vorliegende systematische Austausch über die Interessenslage war damit zumindest indirekt für die Preisbildung der vier Unternehmen relevant. Der Preis ist auch im Bereich Hochbau im Churer Rheintal ein bedeutsamer, wenn nicht sogar der wichtigste Wettbewerbsparameter gewesen. Damit ist die vorliegende Gesamtabrede auch unter diesem Gesichtspunkt als schädlich für den Wettbewerb anzusehen.

C.6.3.3.2 Quantitative Kriterien

519. Wie erläutert, lässt sich aus den vorliegenden Beweismitteln schätzungsweise folgern, dass der gemeinsame Umsatzanteil der vier an der Abrede beteiligten Unternehmen mit Hochbauprojekten im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet über 50 % betrug (vgl. Rz 370). Die Hew bezeichnete dementsprechend die Implenia, die Lazzarini und die Mettler AG in beschlagnahmten internen Dokumente aus der Zeit 2006–2012 – betreffend den «Platz Chur» – wahlweise als die «grössten Konkurrenten», die «grösseren Unternehmen» oder ihre «Mitbewerber». Die Mettler AG geht davon aus, dass sie im Bereich Betonbauten, insbesondere für grössere Gewerbe- und öffentliche Objekte im Bündner Rheintal und in angrenzenden Gebieten «führend gewesen» sei. Damit ist anzunehmen, dass die vier Abredeteilnehmer im relevanten Markt über einem Marktanteil von über 50 % verfügten. Unbestritten stand die Hochbaubranche im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet in Jahren des guten Projekt- und Umsatzvolumens (wie etwa die Jahre 2007 und 2008) insgesamt auch im Fokus von Hochbauunternehmen aus angrenzenden Regionen (z.B. aus dem Rheintal nördlich von Landquart, dem Prättigau sowie dem Bündner Oberland). Bei Grossprojekten bewarben sich in

⁶²⁹ Vgl. nur Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25.6.2018, E. 8.7.9.1 Bst. e) und E. 10.3.7, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Erne gegen WEKO*.

⁶³⁰ Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1035 f., publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019; vgl. auch RPW 2014/2, 373 Rz. 62 ff., *Meldesystem Baumeisterverbände*.

der Regel auch auswärtige Unternehmen aus anderen Kantonen (z. B. die Toneatti AG Bilen aus dem Kanton Glarus) um den Zuschlag bzw. erhielten diesen teilweise. Gleichwohl vereinten die vier Abredeteilnehmer einen nicht unerheblichen Marktanteil auf sich.

520. Mit Blick auf den Inhalt der vorliegenden Club-Quattro-Gesamtabrede geht die WEKO davon aus, dass die vier Unternehmen bezüglich der von ihnen durchgeführten Hochbauprojekte im Rahmen des Club-Quattro auch eine Interessensabklärung durchgeführt haben. Die Gesamtabrede wurde insofern auch umgesetzt. Die Gesamtabrede dauerte zudem rund sechs Jahre an. Damit beschlug sie nicht etwa nur einzelne Submissionen, sondern über einen langen Zeitraum eine Vielzahl von Hochbauprojekten in einem aufgrund der räumlichen Gegebenheiten recht abgeschotteten Markt.

521. Unter quantitativen Gesichtspunkten ist auch zu berücksichtigen, dass die vier Unternehmen die Erkenntnisse über die Interessenslage bei der Offerterstellung berücksichtigten (vgl. insbesondere Rz 379). Damit liegt eine Umsetzung vor, welche Auswirkungen auf die konkrete Preissetzung hatte (vgl. Rz 518).

C.6.3.3.3 Gesamtbetrachtung und Ergebnis

522. Die Gesamtbeurteilung, ob ein Bagatellfall gegeben ist oder nicht, hat wie erläutert einzelfallweise unter Berücksichtigung aller qualitativen und quantitativen Aspekte zu erfolgen (siehe Rz 515). 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.

523. Die vorliegende Gesamtabrede betreffend den systematischen Interessensaustausch ist bereits nach qualitativen Kriterien als mittelschwer bis schwerwiegend zu betrachten. Denn sie ist auf einen Austausch über Geschäftsgeheimnisse gerichtet, welche Bedeutung für die Preissetzung der vier Unternehmen hatten (Rz 517 f.). Damit beschlug die Wettbewerbsabrede zumindest indirekt einen wesentlichen Wettbewerbsparameter, denn der Preis ist und war auch in der Hochbaubranche in der Regel wesentlich für die Zuschlagsentscheidung (Rz 518).

524. Da die Wettbewerbsabrede aufgrund ihrer Preisbezogenheit schon nach qualitativen Kriterien als mittelschwer bis schwer zu betrachten ist, sind an das Vorliegen einer nach quantitativen Kriterien schwerwiegenden Abrede keine hohen Voraussetzungen zu stellen (Rz 515, 522). Dies ist jedoch nicht von Bedeutung, da die Wettbewerbsabrede selbst nach quantitativen Kriterien als zumindest mittelschwer anzusehen ist. Denn die vier Abredeteilnehmer hatten einen Marktanteil von über 50 % und konnten insbesondere in Chur als die führenden Hochbauunternehmen angesehen werden (Rz 519). Die Gesamtabrede beschlug zudem einen grossen Anteil des Gesamtmarkts, da sie darauf gerichtet war, eine systematische Interessensabklärung über Jahre hinweg betreffend aller im Untersuchungsgebiet vergebenen Hochbauprojekte durchzuführen; dies in einem aufgrund der räumlichen Gegebenheiten recht abgeschotteten Markt (Rz 520). Kommt hinzu, dass die Interessensabklärungen tatsächlich stattfanden und davon auszugehen ist, dass die Erkenntnisse hinsichtlich der Interessen Berücksichtigung bei der Preissetzung fanden (Rz 521).

525. Die vorliegende Wettbewerbsabrede zwischen den vier Hochbauunternehmen betreffend den systematischen Austausch der Interessen bezüglich im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet vergebener Hochbauprojekte ist sowohl nach qualitativen als auch nach quantitativen Kriterien als mindestens mittelschwer anzusehen. Sie stellt mithin keinen Bagatellfall dar. In der Gesamtbetrachtung aller massgeblichen Umstände ist folglich von einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung auszugehen.

C.6.4 Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen

526. Wettbewerbsabreden, welche den wirksamen Wettbewerb nicht beseitigen, jedoch erheblich beeinträchtigen, 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.

527. Die vier Unternehmen haben keine Rechtfertigungsgründe i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG vorgebracht. Unabhängig davon sind solche auch nicht ersichtlich. Denn die vorliegende Wettbewerbsabrede über den regelmässigen Interessensaustausch betreffend im Churer Rheintal vergebene Hochbauprojekte beschränkt den unverfälschten Wettbewerb zwischen den Submittenten, obwohl Submissionen gerade den Zweck haben, einen unverfälschten Wettbewerb zwischen den interessierten Unternehmen zu kreieren.⁶³¹ Damit ist nicht davon auszugehen, dass die vorliegende Wettbewerbsabrede über den regelmässigen Interessensaustausch durch einen der in Rz 526 abschliessend aufgezählten Effizienzgründe gerechtfertigt werden könnte.

C.6.5 Zwischenergebnis

528. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass zwischen den in Rz 386 genannten Unternehmen eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG über den regelmässigen Austausch ihrer Interessen an im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet vergebenen Hochbauprojekten bestand. Diese bestand in der Zeit zwischen 2006 bis und mit September 2012. Diese Wettbewerbsabrede ist gemäss Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig, da sie den Wettbewerb im relevanten Markt erheblich beeinträchtigte und nicht gerechtfertigt ist.

C.7 Ergebnis

529. Es liegen demnach mehrer unzulässige Wettbewerbsabreden vor.

530. Zum einen bestand zwischen den in Rz 385 genannten Unternehmen eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG über die Zuteilung von vom Kanton und den Gemeinden in Nord- und Südbünden ausgeschriebenen Strassenbauprojekten anhand von Anteilsquoten und der gemeinsamen Festlegung der Angebotssummen unter grundsätzlicher Anwendung der «Mittelwertmethode». Diese bestand jedenfalls ab 2004 bis und mit Mai 2010. Eine derartige Wettbewerbsabrede stellt eine (Dauer-)Preis- und Geschäftspartnerabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG dar. Die vorliegende Wettbewerbsabrede ist gemäss Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig, da sie den Wettbewerb im relevanten Markt beseitigte.

531. Zum anderen bestand zwischen den in Rz 386 genannten Unternehmen eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG über den regelmässigen Austausch ihrer Interessen an im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet (Teil des Churer Rheintals) vergebene Hochbauprojekte. Diese bestand in der Zeit zwischen 2006 bis und mit September 2012. Diese Wettbewerbsabrede ist gemäss Art. 5 Abs. 1 KG unzulässig, da sie den Wettbewerb im relevanten Markt erheblich beeinträchtigte und nicht gerechtfertigt ist.

⁶³¹ Vgl. dazu etwa Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25.6.2018, E. 9.3.2, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Erne gegen WEKO*.

C.8 Massnahmen

532. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen, wenn eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Massnahmen in diesem Sinne sind die einseitige Anordnung von Verhaltens- und Unterlassungspflichten durch die WEKO (vgl. Rz 533 ff.) sowie monetäre Sanktionen (vgl. Rz 540 ff.).

C.8.1 Anordnung von Verhaltens- und Unterlassungspflichten

533. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmten Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.⁶³²

534. Aus den Erwägungen ergibt sich, dass sich die Strassenbauunternehmen gemäss Rz 385 und die Hochbauunternehmen gemäss Rz 386 an unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligten (siehe oben Rz 394–479, 480–528). Diejenigen Verfahrensparteien, welche aktuell Trägerinnen dieser Unternehmen sind, sind mithin zu einem Verhalten zu verpflichten, bei welchem vergleichbare Wettbewerbsbeschränkungen verhindert werden und nicht mehr drohen.

535. Den aktuellen Trägerinnen der Strassenbauunternehmen gemäss Rz 385 (dies sind: A. Käppeli's Söhne AG, Bianchi Holding AG, Cellere Bau AG, Aktiengesellschaft Cellere, C Bauunternehmung Centorame AG, Foser AG, Hew AG Bauunternehmung Chur, Implenia Schweiz AG, KIBAG Bauleistungen AG, Schlub AG, Schlub AG Nordbünden, Schlub AG Südbünden, Toldo Strassen- und Tiefbau AG, Toldo Strassen- und Tiefbau AG Landquart, Walo Bertschinger AG Chur, Walo Bertschinger Holding AG, Walo Bertschinger Central AG,⁶³³ ZINDEL GRUPPE AG und METTLER PRADER AG) ist zu untersagen:

- Konkurrenten und Konkurrentinnen im Zusammenhang mit der Erbringung von Strassenbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;
- sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Strassenbauleistungen 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:
 - der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE); sowie
 - der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.

⁶³² RPW 2015/2, 193 Rz 267, *Tunnelreinigung*; zum Ganzen sodann auch RPW 2013/4, 524 Rz 1028 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2017/3, 421 Rz 253, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.

⁶³³ Der Walo Bertschinger AG sind entgegen dem Antrag des Sekretariats (vgl. Rz 71) keine Massnahmen aufzuerlegen. Gemäss ständiger Praxis der Wettbewerbsbehörden können nur solchen unternehmenstragenden Gesellschaften Massnahmen auferlegt werden, denen gegenüber die Eröffnung der Untersuchung erklärt wurde. Vorliegend kann offengelassen werden, ob die Walo Bertschinger AG Verfahrenspartei geworden ist (vgl. Stellungnahme der Walo-Gesellschaften zum Antrag; Rz 96), da das Verfahren jedenfalls gegenüber der Walo Bertschinger AG Chur, der Walo Bertschinger Holding AG und der Walo Bertschinger Central AG formell eröffnet worden ist (vgl. Rz 41, 53).

536. Den aktuellen Trägerinnen der Hochbauunternehmen gemäss Rz 386 (dies sind: Hew AG Bauunternehmung Chur, Implenia Schweiz AG, Lazzarini AG, ZINDEL GRUPPE AG und METTLER PRADER AG) ist zu untersagen:

- Konkurrenten und Konkurrentinnen im Zusammenhang mit der Erbringung von Hochbauleistungen um Informationen über die Interessenslage der Konkurrenten und Konkurrentinnen an noch nicht vergebenen Hochbauprojekten anzufragen und Konkurrenten und Konkurrentinnen Auskünfte über die eigene Interessenslage an noch nicht vergebenen Hochbauprojekten anzubieten oder zu geben. Davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit:
 - der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE); sowie
 - der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.

537. 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.

538. Gegen die vorliegenden Massnahmen wenden sich die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG sowie die Implenia. Sie bringen vor, dass die genannten Verhaltens- und Unterlassungspflichten sachlich, zeitlich und räumlich überschliessend seien.⁶³⁴ Dies überzeugt nicht. Diese Anordnungen entsprechen der jüngsten Praxis der WEKO betreffend Submissionen.⁶³⁵ Als zukunftsgerichtete Massnahmen kann die WEKO solche Massnahmen anordnen, durch welche das in der Verfügung festgestellte Verhalten künftig verhindert wird. Dabei kann auch unilaterales Verhalten beschrieben werden, sofern es auf eine wettbewerbswidrige Praxis gerichtet ist. Eine Verhinderung bzw. Erschwerung wird durch die vorgesehenen Verhaltens- und Unterlassungspflichten erreicht. Gleich geeignete Massnahmen sind nicht ersichtlich. Zu betonen ist zudem, dass es nicht erforderlich ist, dass das zu unterlassende Verhalten bis in das letzte Detail beschrieben wird. Es reicht vielmehr aus, wenn für den Verfügungsadressaten in der Zusammenschau mit der Verfügungsbegründung ersichtlich ist, welches Verhalten künftig zu unterlassen ist. Dies ist vorliegend der Fall.

539. 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.⁶³⁶

⁶³⁴ Act. V.190; V.238, Rz 167 ff. (22-0457).

⁶³⁵ Vgl. Vgl. RPW 2013/4, 524, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2015/2, 193, *Tunnelreinigung*. RPW 2017/3, 421, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; Verfügung der WEKO vom 26.3.2018 i.S. *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, und Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, beide publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

⁶³⁶ Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

C.8.2 Sanktionierung

C.8.2.1 Allgemeines

540. 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.⁶³⁷ Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.⁶³⁸

541. 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.⁶³⁹

C.8.2.2 Voraussetzungen

C.8.2.2.1 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

542. 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 muss eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG vorliegen (siehe dazu Rz 543);
- Die unzulässige Verhaltensweisen müssen von Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes begangen worden sein, welche noch bestehen (siehe dazu Rz 544 ff.).

Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG

543. Die Zusammenarbeit der zwölf Unternehmen zur Zuteilung von vom Kanton und den Gemeinden in Nord- und Südbünden vergebenen Strassenbauprojekten anhand von Anteilsquoten und der gemeinsamen Festlegung der Angebotssummen unter grundsätzlicher Anwendung der «Mittelwertmethode» stellt eine wettbewerbsbeseitigende (Dauer-) Preis- und Geschäftspartnerabrede dar und verstösst gegen Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. Rz 394–479). 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.⁶⁴⁰ Damit liegt eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG vor.

⁶³⁷ 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.

⁶³⁸ BBI 2002 2022, 2034.

⁶³⁹ 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*.

⁶⁴⁰ Siehe nur BGE 143 II 297, E. 9, *Gaba*.

Unternehmen

544. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem «Unternehmen» begangen werden.⁶⁴¹ Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG abgestellt.⁶⁴²

545. Die sanktionierte unzulässige Wettbewerbsabrede wurde von den zwölf Unternehmen gemäss Rz 385 begangen. Diese sind als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG zu qualifizieren, da diese im fraglichen Zeitraum 2004 bis und mit Mai 2010 wirtschaftlich betrachtet als Anbieter von Strassenbauleistungen am Markt aufgetreten sind (vgl. Rz 384 f.).

546. Voraussetzung für die Sanktionierung ist gemäss WEKO-Praxis, dass diejenigen Unternehmen, welche gegen das Kartellrecht verstossen haben, aktuell noch bestehen.⁶⁴³ Dass die Strassenbauunternehmen Cellere (früher unter dem Namen Palatini tätig), Centorame, Foser & Hitz bzw. Foser, Hew, Implenla (vor dem Zusammenschluss im Jahr 2005 Batigroup bzw. Zschokke), Käppeli, KIBAG (in Graubünden damals unter dem Namen Vago tätig), Schlub (früher teilweise unter den Namen Schlub Nord und Schlub Süd tätig), Toldo (früher unter dem Namen Frey tätig), Walo und Zindel (unter den Namen Mettler [bis 2005] und Prader bzw. METTLER PRADER) noch bestehen, ist unstrittig. In Bezug auf das Strassenbauunternehmen Casty machen sowohl die Hüppi AG Wallisellen als auch die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG geltend, das Strassenbauunternehmen Casty sei aufgelöst worden, weshalb eine Sanktionierung ausgeschlossen sei (vgl. Nachweise in Rz 61 ff. sowie Rz 82, 89). Die WEKO geht indes davon aus, dass die A. Käppeli's Söhne AG (und damit auch die Bianchi Holding AG) das zuvor von Casty Bau AG geführte Strassenbauunternehmen Casty – wirtschaftlich betrachtet – übernommen hat (siehe dazu unten Rz 559 ff., 566). Damit ist davon auszugehen, dass alle zwölf Unternehmen, welche gegen das Kartellrecht verstossen haben, aktuell noch bestehen bzw. zumindest übernommen wurden. Die Unternehmensträgerinnen der zwölf Unternehmen können mithin sanktioniert werden (siehe dazu insbesondere Rz 559 ff.).

C.8.2.2.2 Vorwerfbarkeit

547. Das Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit stellt gemäss Rechtsprechung das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar.⁶⁴⁴ Massgebend für das Vorliegen

⁶⁴¹ Siehe dazu insbesondere RPW 2018/3, 508 Rz 581, *Supermédia*; RPW 2018/1, 78 Rz 185, *Verzinkung*; RPW 2017/3, 421 Rz 260, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; Verfügung der WEKO vom 26.3.2018 i.S. *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 733 ff. und Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1337 ff., beide publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

⁶⁴² Ständige Praxis; siehe zuletzt RPW 2018/3, 508 Rz 581, *Supermédia*.

⁶⁴³ Vgl. RPW 2018/1, 78 Rz 185, *Verzinkung*; RPW 2017/3, 421 Rz 260, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; Verfügung der WEKO vom 26.3.2018 i.S. *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 733 ff., publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

⁶⁴⁴ 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. Rz 306 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*.

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.

548. 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.⁶⁴⁵ Ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein 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.⁶⁴⁶

549. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen handelten und die kartellrechtswidrigen Wettbewerbsabreden trafen, taten dies wissentlich (vgl. insbesondere Rz 267–276, 399–403) und bezweckten eine Wettbewerbsbeschränkung (siehe insbesondere Rz 278–281, 409). 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.

550. 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.⁶⁴⁷ 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. Selbst soweit bei Unternehmen während der Zeit des KG-Verstosses Compliance-Massnahmen getroffen wurden,⁶⁴⁸ waren sie während der Zeit des KG-Verstosses nicht wirksam. Denn sie führten allenfalls erst im Mai 2010 zur Aufgabe des Verhaltens. Diese Umstände werden bei der Sanktionsbemessung berücksichtigt (siehe unten Rz 591).

C.8.2.2.3 Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht

551. 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.

552. Die vorliegende Wettbewerbsabrede hatte bis Mai 2010 Bestand (siehe Rz 413–417). Die vorliegende Untersuchung wurde im Oktober 2012 eröffnet. Zwischen Ende des KG-

⁶⁴⁵ RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., *SIX/DCC*.

⁶⁴⁶ 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*.

⁶⁴⁷ 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).

⁶⁴⁸ Aktenkundig sind compliance Massnahmen der Implenia und der Walo.

Verstosses und der Eröffnung der diesbezüglichen Untersuchung liegen damit weniger als fünf Jahre. Damit erfolgte die Untersuchungseröffnung rechtzeitig im Sinne von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG.

553. Die Centorame, die Foser, die Hüppi AG Wallisellen und die Schlub-Gesellschaften machten in ihren Stellungnahmen zum Antrag geltend, ihnen könne keine Sanktion auferlegt werden, da die vorliegende Untersuchung ihnen gegenüber nicht rechtzeitig eröffnet worden sei. Sie beantragen daher, ihnen keine Sanktion aufzuerlegen (vgl. Rz 84, 87, 89, 94). Es ist deshalb zu prüfen, ob der Auferlegung einer Sanktion gegenüber bestimmten Verfahrensparteien entgegensteht, dass der Untersuchungsgegenstand einigen Verfahrensparteien *individuell* erst im November 2015, d. h. mehr als fünf Jahre nach Ende des KG-Verstosses, bekannt gemacht worden ist (vgl. Rz 53).⁶⁴⁹

554. Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ist *tatbezogen* und *nicht unternehmensbezogen* auszulegen.⁶⁵⁰ Für die Sanktionierbarkeit ist folglich nicht die formelle und individuelle Verfahrensbeurteilung notwendig, sondern einzig, dass die Untersuchung betreffend die letztlich zu sanktionierende Tat rechtzeitig eröffnet worden ist. Dafür spricht der Wortlaut von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG. Denn Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ist tatbezogen formuliert («Die Belastung entfällt, wenn *die Wettbewerbsbeschränkung* bei Eröffnung der Untersuchung länger als fünf Jahre nicht mehr ausgeübt worden ist»; Hervorheb. durch die WEKO). Abzustellen ist im Sinne eines effektiven Schutzes des Wettbewerbs mithin darauf, dass das Ende der «Tat» («die Wettbewerbsbeschränkung») im Zeitpunkt des Untersuchungsbeginns nicht über fünf Jahre zurückliegt. Vorliegend wurde die Untersuchung rechtzeitig eröffnet (vgl. Rz 552).

555. Kommt hinzu, dass Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG seinem Sinn und Zweck nach eine Verwirkungsvorschrift darstellt,⁶⁵¹ welche eine Sanktionierung ermöglichen soll, sofern die Untersuchung rechtzeitig eröffnet worden ist.⁶⁵² Als Verwirkungsvorschrift soll sie das Vertrauen darauf schützen, dass keine Sanktionierung erfolgt, wenn die Wettbewerbsbehörden innerhalb der Fünf-Jahresfrist in Bezug auf eine Wettbewerbsbeschränkung untätig bleiben. Vertrauen kann indes jedenfalls dann nicht mehr bestehen, sobald die Wettbewerbsbehörden eine Untersuchung hinsichtlich eines bestimmten KG-Verstosses eröffnet haben, das Unternehmen davon über die Publikation im SHAB erfahren konnte und das Unternehmen selbst weiss, dass es an dem den Untersuchungsgegenstand bildenden KG-Verstoss beteiligt war. Damit ist vorliegend von Bedeutung, dass die Untersuchung im November 2015 bei Teilen der von Untersuchungsausdehnung betroffenen Gesellschaften bereits gegen Gesellschaften des gleichen Konzerns eröffnet war (so im Falle der Aktiengesellschaft Cellere,⁶⁵³ der Bianchi Holding AG,⁶⁵⁴ der Mettler AG,⁶⁵⁵ der PRADER AG,⁶⁵⁶ der Schlub AG und der Schlub

⁶⁴⁹ Es handelt sich um die Aktiengesellschaft Cellere, Bianchi Holding AG, C Bauunternehmung Centorame AG, Foser (& Hitz) AG, Hüppi AG, Mettler AG, PRADER AG, Schlub AG und Schlub AG Südbünden, Toldo Strassen- und Tiefbau AG Landquart sowie Walo Bertschinger Central AG und Walo Bertschinger Holding AG.

⁶⁵⁰ Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1428, publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

⁶⁵¹ Vgl. CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a N 241; JÜRIG BORER, Schweizerisches Kartellgesetz (KG), 3. Aufl. 2013, Art. 49a N 31.

⁶⁵² Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25.6.2018, E. 9.2.4, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Cellere gegen WEKO*.

⁶⁵³ Gegen die ebenfalls zur Cellere-Gruppe gehörende Palatini AG Untervaz war die Untersuchung bereits am 30.10.2012 eröffnet worden.

⁶⁵⁴ Gegen die Tochtergesellschaft der Bianchi Holding AG, die A. Käppeli's Söhne AG, war die Untersuchung bereits am 22.4.2013 eröffnet worden.

⁶⁵⁵ Gegen die Muttergesellschaft der Mettler AG, die ZINDEL GRUPPE AG, war die Untersuchung bereits am 22.4.2013 eröffnet worden.

AG Südbünden,⁶⁵⁷ der Toldo Strassen- und Tiefbau AG Landquart⁶⁵⁸ sowie der Walo Bertschinger Central AG und der Walo Bertschinger Holding AG⁶⁵⁹; vgl. Rz 32, 41). Folglich bestand im November 2015 bei diesen Gesellschaften schon aus diesem Grund kein Vertrauen mehr darauf, dass die Wettbewerbsbehörden die vorliegende Gesamtabrede nicht rechtzeitig untersuchen würden. Das Vertrauen bestand bei ihnen sowie bei der C Bauunternehmung Centorame AG, der Foser (& Hitz) AG sowie der Hüppi AG Wallisellen zudem auch deshalb nicht mehr, da diese Gesellschaften von ihrer Involvierung in den Untersuchungsgegenstand wussten⁶⁶⁰ und mit Blick auf die Medienmitteilungen der Wettbewerbsbehörden sowie die SHAB-Mitteilungen davon auszugehen ist, dass die drei Gesellschaften von den Untersuchungen der Wettbewerbsbehörden betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Strassenbau Kenntnis hatten.

556. Folglich steht der Auferlegung einer Sanktion gegenüber solchen Verfahrensparteien, denen die Untersuchung individuell erst im November 2015, d. h. mehr als fünf Jahre nach Ende des KG-Verstosses bekannt gemacht wurde, nicht Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG entgegen. Die Anträge der Centorame, der Foser, der Hüppi AG Wallisellen und der Schlub-Gesellschaften, sie mit Blick auf Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG nicht zu sanktionieren, sind folglich abzuweisen.

557. Die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG berufen sich auf Verjährung. Diese betrage vorliegend zehn Jahre und verhindere in casu eine Sanktionierung.⁶⁶¹ Dies überzeugt nicht. Unabhängig davon, inwiefern eine zehnjährige Verjährungsvorschrift in kartellrechtlichen Untersuchungen gilt,⁶⁶² wäre eine solche vorliegend jedenfalls nicht abgelaufen. Denn die zu sanktionierende Gesamtabrede bestand bis und mit Mai 2010 (siehe Rz 413–417). Damit würde – sofern die Eröffnung einer kartellrechtlichen Untersuchung nicht ohnehin den Ablauf der zehnjährigen Verjährungsfrist hemmt⁶⁶³ – die Verjährung erst ab Anfang Juni 2020 eintreten. Dass die Verjährung für die gesamte (Dauer-)Tat (Gesamtabrede 2004 bis und mit Mai 2010) nicht eintritt, sofern das Ende der Zusammenarbeit noch nicht mehr als zehn Jahre her ist, ist rechtmässig. Denn es wäre «gekünstelt», ein durch ein einziges Ziel gekennzeichnetes kontinuierliches Verhalten quasi zu zerlegen und darin mehrere selbstständige Zuwiderhandlungen zu sehen.⁶⁶⁴ Eine solche Gesamtbetrachtung eines Dauerverstosses ist selbst im Strafrecht üblich, nach dem die gesamte Dauerat bestraft werden kann, wenn tatbestandliche Handlungseinheit vorliegt oder ein Dauerdelikt begangen wurde und hinsichtlich des Zeitpunkts des Aufhörens noch keine Verjährung eingetreten ist.⁶⁶⁵

⁶⁵⁶ Gegen die Muttergesellschaft der PRADER AG, die ZINDEL GRUPPE AG, war die Untersuchung bereits am 22.4.2013 eröffnet worden.

⁶⁵⁷ Gegen die ebenfalls zur Schlub-Gruppe gehörende Schlub AG Nordbünden war die Untersuchung bereits am 22.4.2013 eröffnet worden.

⁶⁵⁸ Gegen die ebenfalls zur Toldo-Gruppe gehörende Toldo Strassen- und Tiefbau AG war die Untersuchung bereits am 22.4.2013 eröffnet worden.

⁶⁵⁹ Gegen die ebenfalls zur Walo-Gruppe gehörende Walo Bertschinger AG Chur war die Untersuchung bereits am 22.4.2013 eröffnet worden.

⁶⁶⁰ Das gilt auch für die Hüppi AG, welche schon im Jahr 2000 Kenntnis davon hatte, dass der Wettbewerb in der Strassenbaubranche in Graubünden wegen der Zusammenarbeit der Casty Bau AG mit den übrigen Strassenbauunternehmen beschränkt war; vgl. Act. III.J.089.

⁶⁶¹ Act. V.238, Rz 91 ff. (22-0457).

⁶⁶² Siehe dazu etwa Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1431, publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letztenentscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

⁶⁶³ So Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1714, E. 1719, *SIX/DCC*.

⁶⁶⁴ RPW 2015/2, 225 Rz 193, *Tunnelreinigung*.

⁶⁶⁵ Vgl. Art. 98 Bst. b und c StGB; siehe dazu MATTHIAS ZURBRÜGG, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), *Strafrecht I*, 3. Aufl. 2013, Art. 98 StGB Rz 19 ff., 25 f.

C.8.2.2.4 Zwischenfazit

558. Nach dem Gesagten sind in Bezug auf die jeweiligen Abredeteilnehmer sämtliche Voraussetzungen für eine Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt. Die Unternehmen gemäss Rz 385 sind mithin für ihre Beteiligung an der unzulässigen Wettbewerbsabrede über die Zuteilung von vom Kanton und den Gemeinden in Nord- und Südbünden vergebenen Strassenbauprojekten anhand von Anteilsquoten und der gemeinsamen Festlegung der Angebotssummen unter grundsätzlicher Anwendung der «Mittelwertmethode» zu sanktionieren.

C.8.2.3 Zurechenbarkeit des Wettbewerbsverstosses

559. Im Folgenden ist zu beurteilen, inwiefern die begangenen Wettbewerbsverstösse den Verfahrensparteien zugerechnet werden können. Massgebend ist dabei die Unternehmens-trägerschaft, das heisst, welche juristischen oder natürliche 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. Dies ist bei den folgenden Unternehmen der Fall (die unternehmenstragenden Gesellschaften sind in Klammern genannt):

- Centorame (C Bauunternehmung Centorame AG),
- Foser & Hitz (Foser AG),
- Hew (Hew AG Bauunternehmung Chur),
- Käppeli (A. Käppeli's Söhne AG und Bianchi Holding AG),
- KIBAG (KIBAG Bauleistungen AG),
- Toldo/Frey (Toldo Strassen- und Tiefbau AG und Toldo Strassen- und Tiefbau AG Landquart),
- Walo (Walo Bertschinger AG Chur, Walo Bertschinger Holding AG, Walo Bertschinger Central AG).⁶⁶⁶

Die genannten Verfahrensparteien sind für denjenigen Verstoss zu sanktionieren, der von dem von ihnen getragenen Strassenbauunternehmen begangen worden ist.

560. Besonders zu prüfen ist die Zurechenbarkeit hingegen in Konstellationen, in denen die Unternehmensträgerschaft während oder nach der Tatbegehung geändert hat, namentlich im Zuge von Zusammenschlüssen und Umstrukturierungen. Damit ist vorliegend auf die folgenden Konstellationen gesondert einzugehen:

- Zwischen 2004 bis und mit Ende 2010 gehörte das Aktienkapital der Casty Bau AG je zur Hälfte der [...] einerseits und Gesellschaften der Hüppi-Gruppe andererseits. Zwischen Ende 2010 und März 2011 gehörte die Casty Bau AG der Hüppi Holding AG, welche im Jahr 2015 in die Hüppi AG Wallisellen fusionierte, allein. Mit Kaufvertrag vom März 2011 kaufte die A. Käppeli's Söhne AG Inventar der Casty Bau AG (gemäss

⁶⁶⁶ Der Walo Bertschinger AG ist entgegen dem Antrag des Sekretariats (vgl. Rz 71) keine Sanktion aufzuerlegen. Gemäss ständiger Praxis der Wettbewerbsbehörden können nur solchen unternehmenstragenden Gesellschaften Massnahmen auferlegt werden, denen gegenüber die Eröffnung der Untersuchung erklärt wurde. Vorliegend kann offengelassen werden, ob die Walo Bertschinger AG Verfahrenspartei geworden ist (vgl. Stellungnahme der Walo-Gesellschaften zum Antrag; Rz 96), da das Verfahren jedenfalls gegenüber der Walo Bertschinger AG Chur, der Walo Bertschinger Holding AG und der Walo Bertschinger Central AG formell eröffnet worden ist (vgl. Rz 41, 53).

einer dem Kaufvertrag angehängten Liste), übernahm von ihr sämtliches Personal, trat in noch laufende Verträge der Casty Bau AG mit Dritten (Arbeitsverträge, Leasingverträge, Verträge betr. nicht abgeschlossener Bauten) ein und verpflichtete sich, [...]. Der Kaufvertrag enthielt zudem ein Konkurrenzverbot, wonach sich weder die Gesellschaften der Hüppi-Gruppe noch die Casty Bau AG während zwei Jahren an Ausschreibungen im Kanton Graubünden beteiligen und in diesem Gebiet grundsätzlich keine Tätigkeiten mehr ausüben durften. Die Casty Bau AG verpflichtete sich in diesem Zusammenhang dazu, das Wort «Casty» aus ihrem Namen zu streichen und ihren statuarischen Zweck dahingehend zu ändern, dass darin «Strassenbau» nicht mehr vorkommt. Der Kaufvertrag wurde ab 1. April 2011 vollzogen und die Übernahme öffentlich kommuniziert. In der Folge erfolgte die Umbenennung der Casty Bau AG in Casba AG und die Änderung der Zweckbestimmung gemäss Kaufvertrag. Das Konkurrenzverbot wurde eingehalten. Im Jahr 2013 wurde die Liquidation der Casba AG eingeleitet; die Löschung erfolgte im Jahr 2015 (siehe zu alledem Rz 5, 16).

- Die Palatini AG Untervaz mit Sitz in Untervaz (Kt. GR), welche zwischen 2004 bis und mit 2010 unternehmenstragende Gesellschaft der Strassenbauunternehmung Cellere/Palatini war, gehörte schon zu dieser Zeit Gesellschaften der Cellere-Gruppe. Im Jahr 2016 übernahm die Cellere Bau AG sämtliche Aktiven und Passiven der Palatini AG Untervaz, welche daraufhin gelöscht wurde; Muttergesellschaft der Cellere Bau AG ist die Aktiengesellschaft Cellere mit Sitz in St. Gallen (siehe zu alledem Rz 6 ff.).
- Im Jahr 2004 betrieb die Batigroup in Graubünden ein Strassenbauunternehmen. Das (Strassen-)Bauunternehmen Implenia ging aus dem Zusammenschluss der Batigroup mit der Zschokke Holding AG hervor. Die beiden Unternehmern gründeten 2005 die ZB Didumos AG als neue Holdinggesellschaft, wobei diese kurze Zeit später in Implenia AG umbenannt wurde.⁶⁶⁷ Im Rahmen des Zusammenschlusses wurde eine im Jahr 1996 gegründete Zschokke-Gesellschaft mit Sitz in Genf zur Implenia Bau AG umfirmiert und zur Tochtergesellschaft der Implenia AG gemacht. Im Jahr 2013 benannte sich die Implenia Bau AG in Implenia Schweiz AG um (siehe zu alledem Rz 18).
- Zwischen 2004 bis und mit Mai 2010 waren die Schlub AG und Schlub Tief- und Strassenbau AG unternehmenstragende Gesellschaften des Strassenbauunternehmens Schlub. Erstere wurde 2011 zu einer Holding-Gesellschaft gemacht, welche seitdem Muttergesellschaft der Ende 2011 neu gegründeten Schlub AG Nordbünden und Schlub AG Südbünden ist. Die Schlub AG Nordbünden erhielt den Betriebsteil von der Schlub AG, die Schlub AG Südbünden erhielt den Betriebsteil von der Schlub Tief- und Strassenbau AG. Die beiden 2011 neu gegründeten Schlub-Gesellschaften sind seitdem die operativen Strassenbaugesellschaften der Schlub-Gruppe (siehe zu alledem Rz 22 f.).
- Soweit ersichtlich, war die Mettler AG im Jahr 2004 unternehmenstragende Gesellschaft des Strassenbauunternehmens Mettler. Ab der Übernahme der Mettler AG durch die ZINDEL GRUPPE AG im Jahr 2005 (und bis 2016) waren die beiden Gesellschaften sowie die PRADER AG, welche schon vor 2004 der ZINDEL GRUPPE AG gehörte, unternehmenstragende Gesellschaften des Strassenbauunternehmens Zindel. Im Jahr 2016 fusionierte die Mettler AG in die PRADER AG, woraufhin die PRADER AG in METTLER PRADER AG umbenannt wurde (siehe zu alledem Rz 27 f.).

561. Gemäss WEKO-Praxis sind die aktuellen Rechtsträger jedenfalls dann zu sanktionieren, wenn die damaligen Rechtsträgerinnen und Rechtsträger in aktuelle Träger und Träge-

⁶⁶⁷ <https://www.implenia.com/files/media/files/2dbdcc36111f9d9c7a3820dde4a368a3/IMPN_GB_2005_D.pdf>; zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

rinnen des Unternehmens fusioniert haben.⁶⁶⁸ Damit kann die Implenia Schweiz AG insbesondere für das Verhalten der von der Batigroup getragenen Unternehmung sanktioniert werden.⁶⁶⁹ Die METTLER PRADER AG und ihre Muttergesellschaft, die ZINDEL GRUPPE AG, sind (auch) für das Verhalten der Mettler AG zu sanktionieren, da die Mettler AG im Jahr 2016 in die PRADER AG/METTLER PRADER AG fusionierte.

562. Wie die WEKO in der Vergangenheit bereits festgehalten hat⁶⁷⁰, 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»⁶⁷¹ oder bei unternehmensinternen Umstrukturierungen (etwa Neuordnung der Gesellschaftsstruktur)⁶⁷². Nach der WEKO-Praxis ist damit zu prüfen, ob dasjenige Unternehmen, welches gegen das Kartellrecht verstossen hat, wirtschaftlich betrachtet noch besteht. Ist dies der Fall, so können einerseits diejenigen Gesellschaften sanktioniert werden, welche im Zeitraum des KG-Verstosses unternehmenstragende Gesellschaften waren, und andererseits auch die Gesellschaften, welche später Trägerinnen und Träger des fortbestehenden Unternehmens sind oder waren.⁶⁷³ Gleiches wird im Übrigen auch in der Literatur zum Unternehmensstrafrecht postuliert.⁶⁷⁴

563. Ob bei Umstrukturierungen eine wirtschaftliche Kontinuität gegeben ist, beurteilt sich nach den gesamten Umständen des Einzelfalls. Massgebend sind insbesondere folgende Kriterien⁶⁷⁵:

- Übernahme von Personal (insbesondere von Schlüsselpersonen), Inventar und Räumlichkeiten;
- identische Geschäftstätigkeit (sachlich, örtlich);
- Übernahme von Know-how, Kundenregistern und anderen immateriellen Werten;

⁶⁶⁸ Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1135 sowie Rz 1160 ff., publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

⁶⁶⁹ Vgl. auch Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1160 ff., publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

⁶⁷⁰ Vgl. RPW 2017/3, 421 Rz 261 ff., *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*, Verfügung der WEKO vom 26.3.2018 i.S. *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 746 ff. und Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1143 ff. sowie Rz 1173 ff., beide publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

⁶⁷¹ Siehe dazu Verfügung der WEKO vom 26.3.2018 i.S. *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 746 ff.; publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

⁶⁷² Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 61, E. 129, E. 1502 ff., *SIX/DCC*. Siehe dazu Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1149 ff., 1173 ff., publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

⁶⁷³ Siehe Nachweise in Fn 670.

⁶⁷⁴ 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.

⁶⁷⁵ So auch Verfügung der WEKO vom 2.10.2017 i.S. *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*, Rz 87, publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

- Eintritt in Verträge;
- Aussenauftritt (z.B. gleiche oder ähnliche Firma, Corporate Identity);

564. Entgegen dem Vorbringen der Hüppi AG Wallisellen, der A. Käppel's Söhne AG und der Bianchi Holding AG sowie der Schlub-Gesellschaften (Rz 61 ff., 82, 89, 94)⁶⁷⁶ verstösst diese WEKO-Praxis nicht gegen das Schuldprinzip und ist mit der wettbewerbsrechtlichen EU-Praxis vereinbar.⁶⁷⁷ Eine Verletzung des Schuldprinzips ist insbesondere ausgeschlossen, da das «schuldige» Unternehmen bei Unternehmenskontinuität fortbesteht.⁶⁷⁸ Es wird – auf dem Weg der Zurechnung seines Verhaltens an die neue Unternehmensträgerin – dementsprechend gebüsst. Dies deckt sich mit dem Urteil des BVGer 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.⁶⁷⁹

565. Soweit das BVGer ausgeführt hat, eine Gesellschaft, welche ein gegen das Kartellrecht verstossendes Unternehmen erst nach dem Ende des Kartellrechtsverstoss übernehme, könne nicht zur Zahlung einer Sanktion herangezogen werden,⁶⁸⁰ steht dies der geschilderten WEKO-Praxis nicht entgegen. Dies schon deshalb, da dieses Urteil betreffend eine WEKO-Entscheidung aus dem Jahr 2011 getroffen wurde, bei der die jüngste WEKO-Praxis und die entsprechenden Begründungen noch gar nicht existierten. Zudem überzeugt die Entscheidung (insofern) inhaltlich nicht. Denn das BVGer begründet seine Sichtweise einzig mit der apodiktischen Feststellung, eine objektive und subjektive Zurechnung sei in der beurteilten Konstellation ausgeschlossen sowie mit einem einfachen Verweis auf Fundstellen aus der EU-Rechtsprechung. Mit Blick auf die Überlegungen zur Unternehmenskontinuität ist eine Zurechnung indes möglich, was – wie die WEKO bereits ausgeführt hat – mit der EU-Praxis und dem EU-Recht vereinbar ist.⁶⁸¹ Es ist auch konform mit dem Urteil des BVGer im Fall *SIX/DCC*. Danach sollen sich unternehmenstragende Gesellschaften nicht der Heranziehung entziehen können, wenn sie eine fehlbare Konzerngesellschaft verkaufen.⁶⁸²

566. In Bezug auf die Konstellation «Hüppi/Casty/Käppeli» ist damit Folgendes in Erwägung zu ziehen:

- Die Casty Bau AG wurde per 1. April 2011 in die A. Käppeli's Söhne AG integriert. Diese Integration erfolgte im Rahmen eines «Asset Deals». Dazu übernahm die A. Käppeli's Söhne AG von der Casty Bau AG das gesamte Personal, einen Grossteil der vorhandenen Baumaschinen und Baumaterialien, noch bestehende Garantieverpflichtungen der Casty Bau AG, Leasingverträge der Casty Bau AG und noch laufende

⁶⁷⁶ Act. V.190, Rz 1 ff.; V.238, Rz 149 ff. (22-0457).

⁶⁷⁷ Siehe dazu insbesondere Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1138 ff., 1143 ff. m.w.N. und Verfügung der WEKO vom 26.3.2018 i.S. *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 747 ff. m.w.N., beide publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019. Das EuG hat entschieden, dass die Heranziehung des Erwerbers von Assets eines gegen das Kartellrecht verstossenden Unternehmens zur Zahlung der Geldbusse zulässig ist; vgl. EuG T-134/94 vom 11.3.1999, insbesondere N 130, *NMH Stahlwerke GmbH/Kommission*.

⁶⁷⁸ Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 124, *SIX/DCC*.

⁶⁷⁹ Urteil des BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 77.

⁶⁸⁰ Urteil des BVGer B-807/2012 vom 25.6.2018, E. 11.4.4, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau/Erne gegen WEKO*.

⁶⁸¹ Siehe dazu insbesondere Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1138 ff. und Verfügung der WEKO vom 26.3.2018 i.S. *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 750 ff., beide publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

⁶⁸² Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 63, *SIX/DCC*.

Werkverträge.⁶⁸³ Sie übernahm zudem den Werkhof der Casty Bau AG in Igis-Landquart, indem sie in den Mietvertrag über den Werkhof der Casty Bau AG eintrat. Dies wurde nach aussen kommuniziert.⁶⁸⁴ Es wurde zudem ein Konkurrenzverbot vereinbart, welches umgesetzt wurde. Die Casty Bau AG, welche umgehend in Casba AG umbenannt wurde, übte seitdem keinerlei Geschäftstätigkeit mehr aus und wurde später gelöscht. Es ist auch nicht ersichtlich, dass bei der Casty Bau AG/Casba AG wesentliche Teile ihres Betriebsteils (Personal, Maschinen, Material, Räumlichkeiten) verblieben. Bei dieser Sachlage hat die A. Käppeli's Söhne AG die zuvor von der Casty Bau AG geführte Bauunternehmung – wirtschaftlich betrachtet – übernommen.

- Gemäss geschilderter WEKO-Praxis können damit sowohl ehemalige Trägerinnen und Träger als auch spätere Trägerinnen und Träger des Unternehmens Casty Bau zur Zahlung der Sanktion herangezogen werden (vgl. Rz 562 f.).
- Bis zum Verkauf der betriebsnotwendigen Assets an die Käppeli war die Casty Bau AG unternehmenstragende Gesellschaft. Diese Gesellschaft kann jedoch nicht mehr sanktioniert werden, da sie nicht mehr besteht.
- Ob die Gesellschaften der Hüppi-Gruppe in der Zeit zwischen 2004 bis Dezember 2010 kontrollierende und damit unternehmenstragende Gesellschaften in Bezug auf die Casty waren, kann offenbleiben. Denn die Hüppi-Gruppe kontrollierte die Casty jedenfalls von Dezember 2010 bis 31. März 2011. So gehörten der Hüppi Holding AG in dieser Zeit alle Anteile der Casty Bau AG. Die Ausübung der Kontrolle manifestiert sich sodann insbesondere darin, dass die Hüppi Holding AG namentlich als Verkäuferin der Assets der Casty Bau auftrat und als solche im Kaufvertrag vermerkt war. Jedenfalls in der Zeit zwischen Dezember 2010 bis und mit März 2011 war die Hüppi Holding AG mithin Trägerin der Strassenbauunternehmung Casty. Sie bzw. ihre Rechtsnachfolgerin, die Hüppi AG Wallisellen, kann mithin für die Zahlung der Sanktion der Strassenbauunternehmung herangezogen werden. Der Antrag der Hüppi AG Wallisellen, die Untersuchung ihr gegenüber sei einzustellen (vgl. Rz 61 ff. sowie Rz 89), ist damit abzuweisen.
- Zum 1. April 2011 wurde das Strassenbauunternehmen Casty von der Käppeli-Gruppe übernommen (siehe oben). Unternehmenstragende Gesellschaften der Käppeli-Gruppe sind insbesondere die Bianchi Holding AG sowie die A. Käppeli's Söhne AG. Diese beiden Gesellschaften können damit ebenfalls zur Zahlung der Sanktion des Strassenbauunternehmens Casty herangezogen werden. Der Antrag der A. Käppeli's Söhne AG und der Bianchi Holding AG, sie nicht zur Zahlung der Sanktion der Casty Bau AG heranzuziehen, ist damit abzuweisen.

567. In Bezug auf die Konstellationen «Cellere-Gruppe» und «Schlub-Gruppe» ist Folgendes in Erwägung zu ziehen:

- Bei den Umstrukturierungen innerhalb der Cellere-Gruppe und bei denjenigen innerhalb der Schlub-Gruppe handelt es sich um unternehmensinterne Umstrukturierungen, im Rahmen derer Aktiven und Passiven zwischen zum selben Konzern gehörenden Gesellschaften verschoben wurden. Es ist daher nicht anzunehmen, dass die beiden Strassenbauunternehmen Cellere/Palatini und Schlub (Nord/Süd) unter Berücksichtigung der in Rz 563 genannten Kriterien aufgehört haben, zu existieren.
- Damit können die Cellere Bau AG und die Aktiengesellschaft Cellere für das Verhalten des Strassenbauunternehmens Cellere/Palatini und die drei Schlub-Gesellschaften

⁶⁸³ Act. I.464, S. 3 ff.

⁶⁸⁴ <<https://www.suedostschweiz.ch/zeitung/kappeli-kauft-casty-bau-ag>>; zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

(Schlub AG, Schlub AG Nordbünden, Schlub AG Südbünden) für das Verhalten des Strassenbauunternehmens Schlub sanktioniert werden, da sie Trägerinnen der (fortbestehenden) Strassenbauunternehmen Cellere/Palatini bzw. Schlub sind. Der Antrag der Schlub-Gesellschaften, der Schlub AG Nordbünden und der Schlub AG Südbünden keine Sanktion aufzuerlegen, ist damit abzuweisen.

C.8.2.4 Bemessung

568. 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.

569. 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 Verhältnismässigkeit⁶⁸⁵ und der Gleichbehandlung begrenzt wird.⁶⁸⁶ 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.⁶⁸⁷

C.8.2.4.1 Basisbetrag

570. 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.⁶⁸⁸ Das Abstellen auf diese Zeitspanne der Zuwiderhandlung gegen das Kartellgesetz dient nicht zuletzt auch dazu, die erzielte Kartellrente möglichst abzuschöpfen.

571. Vorliegend endete die Gesamtabrede im Mai 2010 (vgl. Rz 413–417). Für die Sanktionsberechnung werden daher die Umsätze der Jahre 2008, 2009 und 2010 herangezogen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Abrede zwar im Mai 2010 endete, einige der davon betroffenen Bauprojekte aber erst im weiteren Verlauf des Jahres 2010 ausgeführt bzw. in Rechnung gestellt worden sind. Daher erzielten die Unternehmen teils auch noch nach Mai 2010 Umsätze aus von der Gesamtabrede betroffenen Strassenbauprojekten. Dies gilt auch deshalb, da sich die Vergabeprozesse im Bereich Strassenbau in Nord- und Südbünden ohnehin in der weit überwiegenden Mehrzahl der Vergaben auf den Anfang der Bausaison und damit die erste Jahreshälfte konzentrierten (vgl. Rz 138 ff.).

⁶⁸⁵ Art. 2 Abs. 2 SVKG.

⁶⁸⁶ 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) – Vallet Parking*.

⁶⁸⁷ RPW 2009/3, 196 Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁶⁸⁸ In diesem Sinne auch RPW 2012/2, 270 Rz 1083 Tabelle 3 sowie Rz 1097 Tabelle 5, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*; Verfügung der WEKO vom 20.8.2012 i.S. *Altimum SA (vormals Roger Guenat SA)*, Rz 326 und 332 m.w.H. in Fn 176, publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt)

572. 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.

573. Massgeblich ist vorliegend der Umsatz der Verfahrensparteien, den sie auf dem Markt für die Erbringung Strassenbauleistungen in Nord- und Südbünden gegenüber dem Kanton und den Graubündner Gemeinden erzielten (zum relevanten Markt vgl. Rz 439 ff.). Dabei stützt sich die Behörde auf die Angaben der Parteien,⁶⁸⁹ welche sie anhand des DOPGR überprüft hat.⁶⁹⁰ In Bezug auf den Umsatz des Strassenbauunternehmens Casty Bau AG wird – da die A. Käppeli's Söhne AG, die Bianchi Holding AG sowie die Hüppi AG Wallisellen diesbezüglich keine Auskunft geben wollten oder konnten (siehe oben Rz 61 ff.) – auf den Umsatz gemäss DOPGR abgestellt (Umsatz der Casty Bau AG gemäss DOPGR im Bereich Strassenbau in den Jahren 2008 bis und mit 2010 [ohne Misox]: CHF 7 255 166). Dasselbe gilt für das Unternehmen Toldo/Frey, welches zwar Umsätze angegeben hat. Diese liegen aber rund [...] % unter den Umsätzen des Unternehmens Toldo/Frey gemäss DOPGR (Umsatz der Toldo/Frey gemäss DOPGR im Bereich Strassenbau in den Jahren 2008 bis und mit 2010 [ohne Misox]: CHF [1–10 Mio.]).

574. Die Cellere macht betreffend den zu berücksichtigenden Umsatz geltend, es seien mit freihändigen Vergaben und Subunternehmerarbeiten erzielte Umsätze nicht zu berücksichtigen.⁶⁹¹ Die Hew bringt vor, es seien lediglich Umsätze zu berücksichtigen, welche mit «Belagsarbeiten im engeren Sinne» (d. h. ohne Pflasterungen, Abschlüsse und Fundationschicht) und/oder nicht in einer ARGE erzielt worden seien.⁶⁹² Dazu ist Folgendes auszuführen. Subunternehmerarbeiten sind mit Blick auf den relevanten Markt ohnehin nicht erfasst, da nur mit dem Kanton Graubünden und den Graubündner Gemeinden (ohne Misox) erzielte Umsätze zu berücksichtigen sind (vgl. insbesondere Rz 267 ff., 400). Die übrigen von der Cellere und der Hew genannten Abzüge überzeugen hingegen nicht. Die Begründung ergibt sich im Wesentlichen aus den Rz 443 ff., in denen dargelegt ist, weshalb vorliegend alle kantonal und kommunal vergebenen Strassenbauarbeiten im Sinne von Rz 120 ff. und Rz 446 – unabhängig von der Vergabeart (siehe Rz 447) – zum hier relevanten Markt zu zählen sind. Der neue Einwand der Hew, ARGE-Umsätze seien nicht erfasst, überzeugt nicht, da sich aus vorliegenden Beweismitteln ergibt, dass Zuteilungen mittels Preisabreden an ARGE aus Abredeteilnehmern von der Zusammenarbeit erfasst waren (vgl. insbesondere 267 ff.). Dementsprechend haben die Implenia, die Walo und die Cellere auch einzelne Preisabsprachen gemeldet, bei denen ARGE Schutz erhielten oder ARGE Stützofferten ein-

⁶⁸⁹ Siehe dazu die Antworten der Verfahrensparteien in Act. III.001 ff. (22-0457) auf die Fragen 22 f. des Fragebogens des Sekretariats vom 27.9.2017 sowie die Antworten der Verfahrensparteien in Act. III.025 ff. (22-0457) auf das Auskunftsbegehren des Sekretariats vom 19.12.2018. Die Centorame, die Foser, die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG, die Schlub-Gesellschaften und die Walo korrigierten in ihren Stellungnahmen zum Antrag ihre Umsatzzahlen in Bezug auf den relevanten Markt; vgl. Act. V.156, S. 6 f.; V.221, Rz 155 ff.; V.237, Rz 40 ff.; V.238, Rz 104 ff.; V.239, Rz 33 ff. (22-0457). Die Wettbewerbsbehörden haben diese Angaben geprüft und sind zum Ergebnis gekommen, dass sie zutreffen. Für die Sanktionsberechnung werden nachfolgend also die korrigierten, tieferen Umsätze dieser Unternehmen zugrunde gelegt.

⁶⁹⁰ Mit Blick auf den DOPGR und die vorliegenden Belagsbezugsmengen der Batigroup/Implenia bei der Catram erscheinen die von der Implenia für die Jahre 2008 bis 2010 gemeldeten Umsatzzahlen als zu hoch. Dies auch deshalb, da die Implenia angegeben hat, dass ihre Umsätze in den Jahren 2014 und 2018 im Bereich Strassenbau in Graubünden (kantonale und kommunale Auftraggeber; ohne Misox) bei rund CHF [4–6 Mio.] (2014) bzw. ca. CHF [5–7 Mio.] (2018) gelegen haben; vgl. Act. III.035 (22-0457).

⁶⁹¹ Act. III.033 (22-0457).

⁶⁹² Act. III.031 (22-0457).

reichen.⁶⁹³ Soweit die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG in ihrer Stellungnahme zum Antrag geltend machen, der sachlich relevante Markt sei projektbezogen abzugrenzen,⁶⁹⁴ überzeugt dies aus den bereits dargelegten Gründen nicht (siehe oben Rz 448).

575. Damit ergeben sich folgende Obergrenzen des Basisbetrags:

Unternehmen	Umsatz 2008–2010 auf dem relevanten Markt (ohne MWST in CHF)	Massgeblicher Prozentsatz	Obergrenze für den Basisbetrag in CHF
Casty Bau AG	[5–10 Mio.]	10 %	[...]
Cellere	[15–20 Mio.]	10 %	[...]
Centorame	[5–10 Mio.]	10 %	[...]
Foser & Hitz	[5–10 Mio.]	10 %	[...]
Hew	[10–15 Mio.]	10 %	[...]
Implenia	[70–80 Mio.]	10 %	[...]
Käppeli	[5–10 Mio.]	10 %	[...]
KIBAG	[10–15 Mio.]	10 %	[...]
Schlub	[5–10 Mio.]	10 %	[...]
Toldo	[1–5 Mio.]	10 %	[...]
Walo	[15–20 Mio.]	10 %	[...]
Zindel	[15–20 Mio.]	10 %	[...]

Tabelle 16: Obergrenzen des Basisbetrags (Art. 3 SVKG) pro Unternehmen

Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

576. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrags je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.). Die an der Gesamtabrede beteiligten zwölf 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 objektive⁶⁹⁵ Faktoren im Vordergrund.

577. 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

⁶⁹³ Vgl. z. B. Act. IX.A.41, IX.E.9, Beilagen C, D, F, IX.E.11, IX.F.4, S. 10 f. IX.F.5, S. 3.

⁶⁹⁴ Siehe Act. V.238, Rz 110 (22-0457).

⁶⁹⁵ D.h. nicht verschuldensabhängige Kriterien, vgl. ROLF DÄHLER/PATRICK L. KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Walter Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, 139.

Gefährdungspotentials grundsätzlich im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h. zwischen 7 und 10 %, einzuordnen. Tendenziell leichter zu gewichten sind den Wettbewerb 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.⁶⁹⁶

578. Vorliegend ist hinsichtlich der Art und Schwere des Verstosses zunächst zu berücksichtigen, dass eine Gesamtabrede zu beurteilen ist (siehe Rz 398 ff., 413 ff.). Eine Gesamtabrede über eine Vielzahl von Submissionen in einer Branche kann schwerwiegende volkswirtschaftliche und soziale Schäden bewirken. Diese Gesamtabrede erfüllte als Preis- und Geschäftspartnerabrede (siehe dazu Rz 429 ff.) zudem mehrere Tatbestände von Art. 5 Abs. 3 KG, nämlich Bst. a und c. Vor diesem Hintergrund erscheint ein hoher Basisbetragskoeffizient angemessen.

579. Ins Gewicht fällt sodann, dass die Abredeteilnehmer einen hohen organisatorischen Aufwand betrieben und die Zusammenarbeit im Rahmen der Zuteilungssitzungen institutionalisierten. So benannten die Abredeteilnehmer Personen, welche für die Organisation und die Durchführung der Zuteilungssitzungen zuständig waren (siehe Rz 192 ff.), es wurden in bestimmten Zeiträumen Unter- und Obergruppen gebildet, welche die effektive Zuteilung von Strassenbauprojekten ermöglichen sollten (siehe Rz 178 ff., 194 ff., 211 ff., 219) und es bestanden Anteilsquoten (siehe insbesondere Rz 267 ff.) sowie teilweise sogar gemeinsame «Quoten-Kontrolllisten» (siehe insbesondere Rz 272, 316), mit welchen die Verteilung der Zuteilungen geprüft werden sollte. Zudem galt grundsätzlich die «Mittelwertmethode», welche spezifische Vorgaben enthielt, wie die gemeinsame Festlegung der Angebotssummen zu erfolgen habe (siehe Rz 298, 315–317). Damit ist auch insoweit eine Orientierung im oberen Bereich des Sanktionsrahmens angebracht.

580. Die Gesamtabrede wurde zudem erfolgreich umgesetzt (siehe insbesondere Rz 315 ff.), was zu einer Wettbewerbsbeseitigung führte (siehe dazu Rz 581). Wiederholt sei an dieser Stelle, dass Projekte in grossem Umfang dem Zuteilungssystem zugeführt wurden. So geht die WEKO davon aus, dass die Abredeteilnehmer dem Zuteilungssystem mindestens 869 kantonale und kommunale Strassenbauprojekte aus Nord- und Südbünden zuführten (Gesamtwert ca. CHF 251 Mio.). Darüber hinaus geht die Behörde davon aus, dass die Abredeteilnehmer zwischen 2004 bis und mit Mai 2010 rund 70–80 % des Gesamtwerts der kantonalen und kommunalen Strassenbauprojekte in Nordbünden und in Südbünden erfolgreich zuteilten (d. h. geschätzt etwa 650 Strassenbauprojekte im Wert von mindestens rund CHF 190 Mio.), indem sie bei all diesen Projekten gemeinsam unter grundsätzlicher Anwendung der Mittelwertmethode ihre Angebotssummen festlegten (siehe insbesondere Rz 319 f.). Auch dies spricht für einen hohen Basisbetragsprozentsatz.

581. Weiter ist zu beachten, dass vorliegend der wirksame Wettbewerb durch die Gesamtabrede beseitigt worden ist (siehe Rz 427 ff.). Die Abredeteilnehmer hatten im relevanten Zeitraum (2004 bis und mit Mai 2010) einen gemeinsamen jährlichen Marktanteil von rund 85 % und es gab keinen Aussen- oder Innenwettbewerb, welcher die Teilnehmer der Gesamtabrede in ihrer Abredetätigkeit disziplinieren und die negativen Folgen der Gesamtabrede auf die Wettbewerbsverhältnisse verhindern konnte. Dies zeigt sich insbesondere darin, dass die Zuteilungen in den Jahren 2004 bis und mit 2010 regelmässig erst dann nicht mehr funktionierten, wenn der Grossteil des jährlichen Marktvolumens bereits vergeben war (vgl. Rz 315 ff., 319 f., 459, 470). Auch ist zu beachten, dass sich das Bieterverhalten betreffend kommunal (ohne MisoX) und kantonal vergebene Strassenbauprojekte in der Zeit von 2004 bis und mit Mai 2010 infolge der Zusammenarbeit vom Bieterverhalten betreffend vergleichbare Strassenbauprojekte aus der Zeit Mai 2010 bis Ende 2013 unterschied (siehe Rz 326,

⁶⁹⁶ Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 3.

331 f., 335 ff.). Auch bewirkte die beschriebene Zusammenarbeit der 13 bzw. zwölf Unternehmen im Rahmen des Zuteilungssystems höhere Angebotssummen als sie ohne die Zuteilungen mittels der «Mittelwertmethode» eingereicht worden wären (ca. 8–10 % höher; vgl. Rz 210 ff.). Auch dies spricht dafür, einen hohen Prozentsatz anzuwenden.⁶⁹⁷

582. 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 549). Auch dies rechtfertigt, einen hohen Basisbetrag anzunehmen.

583. Es ist nicht ersichtlich, dass die zwölf Unternehmen im Zuteilungssystem grundlegend unterschiedliche Rollen hatten: Jedes der zwölf Unternehmen hat sich im Rahmen seiner Kapazitäten und Anteilsquoten an Zuteilungen beteiligt (vgl. nur Rz 217 ff., Rz 225 ff. und Rz 315 ff.). Damit ist es nicht erforderlich, für die Unternehmen unterschiedliche Basisbetragsprozentsätze anzuwenden. Die Zindel und die Prader sowie die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG wenden hiergegen ein, sie seien nur an einer Abrede betreffend Nordbünden beteiligt gewesen und dort seien die Auswirkungen nicht so schwerwiegend gewesen wie in Südbünden bzw. sie hätten daher nur einen geringeren volkswirtschaftlichen Schaden verursacht (Rz 82, 97). Dies überzeugt nicht. Der Konsens und damit die Gesamtabrede betraf Nord- und Südbünden zusammen (siehe insbesondere Rz 277, 398 ff.). Es gab damit keine «zwei Abreden». Sowohl in Nord- als auch in Südbünden wurden insgesamt 70–80 % des kantonalen und kommunalen Ausschreibungsvolumens erfolgreich zugeteilt (siehe nur Rz 319 ff.). Der Umstand, dass die Prader bzw. die Mettler AG sowie die Käppeli nur in Nordbünden geschäftlich tätig waren, wirkt sich bei der Sanktionierung zudem ohnehin dadurch aus, dass für diese beiden Unternehmen nur der Umsatz aus dem Gebiet Nordbünden herangezogen wird.

584. Mit Blick auf all diese Umstände erscheint vorliegend für die zwölf Unternehmen jeweils einen Basisbetragsprozentsatz von 10 % als angemessen. Damit ergeben sich für die zwölf Unternehmen gemäss Art. 3 SVKG die folgenden Basisbeträge:

Unternehmen	Umsatz 2008–2010 auf dem relevanten Markt (ohne MWST in CHF)	Massgeblicher Prozentsatz	Basisbetrag in CHF
Casty	[5–10 Mio.]	10 %	[...]
Cellere	[15–20 Mio.]	10 %	[...]
Centorame	[5–10 Mio.]	10 %	[...]
Foser & Hitz	[5–10 Mio.]	10 %	[...]
Hew	[10–15 Mio.]	10 %	[...]
Implenia	[70–80 Mio.]	10 %	[...]
Käppeli	[5–10 Mio.]	10 %	[...]
KIBAG	[10–15 Mio.]	10 %	[...]
Schlub	[5–10 Mio.]	10 %	[...]
Toldo	[1–5 Mio.]	10 %	[...]

⁶⁹⁷ RPW 2017/3, 421 Rz 284, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 651), Art. 49a KG N 53.

Unternehmen	Umsatz 2008–2010 auf dem relevanten Markt (ohne MWST in CHF)	Massgeblicher Prozentsatz	Basisbetrag in CHF
Walo	[15–20 Mio.]	10 %	[...]
Zindel	[15–20 Mio.]	10 %	[...]

Tabelle 17: Basisbeträge gemäss Art. 3 SVKG pro Unternehmen

585. Gegen einen Basisbetragsprozentsatz von 10 % wendet die Hew ein, es müsse stärker berücksichtigt werden, dass 20–30% aller Projekte nicht erfolgreich zugeteilt worden seien.⁶⁹⁸ Sie sowie die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG, die Cellere, die Foser, die KIBAG, die Walo und die Zindel und Prader machen zudem mit Blick auf die bisherige WEKO-Praxis geltend, vorliegend sei ein tieferer Prozentsatz zur Anwendung zu bringen.⁶⁹⁹ Diese Einwände überzeugen nicht. Der Umstand, dass 20–30 % aller Projekte nicht erfolgreich zugeteilt wurden, ändert nichts an der wettbewerbsbeseitigenden Wirkung der vorliegenden Abrede (siehe dazu nur Rz 580 f.). Der Verweis auf andere Entscheide der WEKO geht insofern fehl als die Sanktionsbemessung stets eine Einzelfallentscheidung ist. Aber selbst wenn man die vorliegende Sanktionsentscheidung mit Blick auf die bisherigen Sanktionsentscheidungen der WEKO im Bereich Submissionsabreden fällen würde, so wäre die Anwendung eines Prozentsatzes von 10 % richtig. Denn aus den bisherigen Entscheidungen geht hervor, dass bei submissionsbezogenen Gesamtabreden betreffend Submissionen mit wettbewerbsbeseitigender Wirkung ein Basisbetragsprozentsatz von mindestens 9 % zur Anwendung kommt.⁷⁰⁰ Ein Basisbetrag von 10 % ist mit Blick auf diese Entscheidungen insbesondere angemessen, da vorliegend ein besonders hoher Organisationsgrad gegeben ist und Anteilsquoten vereinbart wurden (siehe nur Rz 579). Zudem ist der festgestellte Preiseffekt zu berücksichtigen (siehe nur Rz 581).

C.8.2.4.2 Dauer des Verstosses

586. 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).

587. 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 2004 bis Mai 2010 und wurde stetig und wiederholt umgesetzt (vgl. nur Rz 413 ff.).

588. Da dieser Dauerverstoss ab dem Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes am 1. April 2004 sanktioniert werden kann und bis Mai 2010 dauerte, ist für die Sanktionierung von einer Dauer der Abrede von rund sechs Jahren auszugehen. Entsprechend den vorgenannten Kriterien ist eine Erhöhung des Basisbetrags um 60 % angemessen.

⁶⁹⁸ Act. V.232, Rz 7 ff. (22-0457).

⁶⁹⁹ Vgl. die Stellungnahmen dieser Untersuchungsadressatinnen zum Antrag des Sekretariats (Rz 79 ff.).

⁷⁰⁰ Vgl. RPW 2017/3, 421 Rz 279 ff., *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*. Im Fall *Tunnelreinigung* wurde für eine submissionsbezogene Gesamtabrede, welche den Wettbewerb nur erheblich beeinträchtigte, sogar ein Basisbetrag von 10 % festgelegt: RPW 2015/2, 193 Rz 290 ff., *Tunnelreinigung*.

C.8.2.4.3 Erschwerende und mildernde Umstände

589. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen.

Anstiftung oder führende Rolle (Art. 5 Abs. 2 Bst. a SVKG)

590. 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. Zwar übernahmen der damalige VBU-Präsident [...] von der Palatini/Cellere und der VGR-Präsident [...] von der Hew (Gruppe Nord) sowie [...] von der VAGO/KIBAG (Gruppe Süd) in den jeweiligen Gruppen gewisse Organisationsaufgaben (insbesondere Einladung zu Zuteilungstreffen; siehe auch Rz 192 ff.). Auch ist für die Gruppe Nord anzunehmen, dass sich dort bestimmte Unternehmen in einer Art Obergruppe (siehe dazu Rz 178 ff., 195) engagierten, damit die Zuteilung funktionierte. Damit ist aber nicht erwiesen, dass einzelne der beteiligten Unternehmen – gesamthaft betrachtet – merklich bedeutendere Rollen im Hinblick auf die Stabilität und Funktionsweise der Gesamtabrede einnahm als andere Unternehmen.

Aufgabe der Wettbewerbsbeschränkung (Art. 6 Abs. 1 SVKG)

591. 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. Die Höhe der Milderung richtet sich nach den konkreten Umständen der autonomen Aufgabe der Wettbewerbsbeschränkung und – entgegen den Ausführungen der A. Käppeli's Söhne AG und der Bianchi Holding AG, der Foser, der Hew, der Schlub-Gesellschaften, der Zindel und der Prader⁷⁰¹ – nicht danach, wie viel Zeit zwischen der Aufgabe und der Untersuchungseröffnung gelegen hat.⁷⁰²

592. Die beteiligten zwölf Unternehmen haben die Gesamtabrede von sich aus und mit Blick auf kartellrechtliche Bedenken aufgegeben. Es ist nicht erstellt, dass sie danach noch an der sanktionierbaren Wettbewerbsbeschränkung teilgenommen haben, wenn auch teilweise Indizien dafür vorliegen (vgl. Rz 197). Aus diesen Gründen erscheint für diese Unternehmen vorliegend eine Milderung in Höhe von 10 % gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG angemessen.

Sachverhaltsanerkennung (Art. 6 Abs. 1 SVKG)

593. Die WEKO kann als mildernden Umstand gemäss Art. 6 Abs. 1 SVKG berücksichtigen, dass der in der Untersuchung festgestellte Sachverhalt (z. B. gemäss einem vorläufigen Ermittlungsergebnis oder gemäss Antrag des Sekretariats) von Verfahrensparteien anerkannt wird.⁷⁰³ Dies stellt eine besonders gute Kooperation ausserhalb einer Selbstanzeige dar und erleichtert den Wettbewerbsbehörden die Verfahrensführung und den Verfahrensabschluss. Die Höhe der Reduktion muss verhältnismässig sein. Dies setzt voraus, dass sie in einem vernünftigen Verhältnis zu den weiteren Bemessungskriterien und damit zur Gesamtsanktion steht. Soweit Selbstanzeigerinnen derartige Erklärungen abgegeben haben, wird dies im Rahmen der Würdigung der Selbstanzeige berücksichtigt.⁷⁰⁴

594. Vorliegend erachtet die WEKO bei denjenigen Verfahrensparteien, welche als Nicht-Selbstanzeigerinnen den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannt haben und glaubhaft zugesichert haben, künftig keine Abreden zu treffen, wie sie im Antrag als unzuläs-

⁷⁰¹ Vgl. die Stellungnahmen dieser Untersuchungsadressatinnen zum Antrag des Sekretariats (Rz 79 ff.).

⁷⁰² Vgl. Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1401, publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

⁷⁰³ Vgl. Jahresbericht 2017 der Wettbewerbskommission (WEKO), RPW 2018/1, 1 Abschnitt 5.2.

⁷⁰⁴ Siehe etwa RPW 2018/1, 78 Rz 245, *Verzinkung*.

sig erachtet wurden (dies trifft auf die Frey/Toldo, die Hew, die Schlub-Gesellschaften sowie die Zindel und die Prader zu; siehe Rz 88, 94 f., 97), eine weitere Reduktion um 15 % als angemessen. Soweit die Selbstanzeigerinnen Aktiengesellschaft Cellere und Cellere Bau AG sowie Centorame vergleichbare Erklärungen abgegeben haben, wird dies im Rahmen der Würdigung der Selbstanzeige berücksichtigt (siehe unten Rz 625, 629).

Kompensationszahlungen an Kartellopfer (Art. 6 Abs. 1 SVK)

595. Als Milderungsgründe gemäss Art. 6 SVKG können nicht nur (benannte) Milderungsgründe und kooperative Verhaltensweisen gegenüber den Wettbewerbsbehörden berücksichtigt werden. Die WEKO berücksichtigt darüber hinaus Kompensationsleistungen von Unternehmen, welche einen Kartellrechtsverstoss begangen habe, an Geschädigte dieses Kartellrechtsverstosses, sofern diese Kompensationsleistungen bereits vor der WEKO-Entscheidung hinreichend konkret und bestimmt sowie gesichert vorliegen.

596. Dass eine kartellrechtliche Sanktion infolge von Kompensationszahlungen von gegen das Kartellrecht verstossenden Unternehmen an Geschädigte reduziert werden kann, ist mit allgemeinen Überlegungen zum Zweck der kartellrechtlichen Sanktionen zu begründen: Die Sanktion gemäss Art. 49a KG hat einerseits einen pönalen Zweck (Spezial- und Generalprävention) und dient andererseits auch der Abschöpfung des widerrechtlich erzielten Gewinns (Kartellrente).⁷⁰⁵ Werden Geschädigte vor der Sanktionsentscheidung entschädigt, so wird hierdurch der Gewinn des Kartellanten geschmälert, womit im Hinblick auf den Zweck der Gewinnabschöpfung eine Reduktion infolge Kompensationsleistungen tatangemessen erscheinen kann. Die Möglichkeit der Sanktionsreduktion infolge Kompensationsleistungen stellt einen wichtigen Anreiz dar, Kartellopfer zu entschädigen. Es trägt dazu bei, die (mutmassliche) Kartellrente oder Teile davon den Kartellopfern zukommen zu lassen.

597. Die Möglichkeit der Sanktionsreduktion entspricht im Grundsatz dem Bussen- bzw. Sanktionsregime anderer Schweizer Rechtsgebiete sowie ausländischer Rechtsordnungen. So ist etwa im Strafrecht anerkannt, dass die Wiedergutmachung durch den Täter zu einer Strafmilderung führen kann (vgl. insbesondere Art. 48 Bst. d StGB).⁷⁰⁶ Auch im Wettbewerbsrecht der EU und in anderen ausländischen Wettbewerbsordnungen⁷⁰⁷ ist die Möglichkeit der Sanktionsreduktion infolge Kompensationsleistungen grundsätzlich anerkannt. Zu verweisen ist insbesondere auf Art. 18 Abs. 3 EU-Schadensersatzrichtlinie⁷⁰⁸ sowie Art. 14 Abs. 2 ECN+-Richtlinie⁷⁰⁹, wonach Wettbewerbsbehörden Schadensersatzzahlungen, die in-

⁷⁰⁵ Vgl. etwa Urteil des BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016, E. 8.1.4; ROBIN LANDOLT, Die Gewinnabschöpfung im Kartellrecht, in: Prävention und freiheitliche Rechtsordnung, Coninx/Ege/Mausbach (Hrsg.), 2017, S. 200, 209 f. m.w.N.

⁷⁰⁶ Gemäss Strafrecht werden indes hohe Anforderungen an die «Aufrichtigkeit» gestellt. Wird ein Ausgleich erst wegen der unmittelbar bevorstehenden Verurteilung vorgenommen und erscheint eher als blosses taktisches Manöver, so ist eine Strafmilderung nicht möglich; BGE 96 IV 109. Siehe dazu auch STEFAN TRECHSEL/MARC THOMMEN, in: Trechsel/Pieth (Hrsg.), Praxiskommentar StGB, 3. Aufl. 2014, Art. 48 N 22 f.

⁷⁰⁷ Siehe dazu nur: Siehe etwa Global Forum on Competition, Sanctions in antitrust cases, summary of discussion, 1–2 December 2016, DAF/COMP/GF(2016)14, Rz 38; Global Forum on Competition, Sanctions in antitrust cases, Background Paper by the Secretariat, 1–2 December 2016, DAF/COMP/GF(2016)6, Rz 35 Table 4.

⁷⁰⁸ Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union

⁷⁰⁹ Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts.

folge eines Vergleichs vor der Verhängung einer Geldbusse geleistet werden, bei der Sanktionsbemessung berücksichtigt werden können.⁷¹⁰

598. Der Umfang der konkreten Sanktionsreduktion infolge Kompensationszahlungen ist abhängig vom Ausmass der Entschädigung der Geschädigten, namentlich ist die Anzahl der entschädigten Kartellopfer sowie die Höhe der effektiven Kompensationszahlungen von Bedeutung. Mit Blick auf den pönalen Zweck der kartellrechtlichen Sanktion zieht die WEKO die effektive Kompensation im Grundsatz nicht vollständig von der Sanktion ab. Die tatsächliche Kompensationsleistung wird vielmehr im Rahmen des Sanktionsermessens anteilmässig berücksichtigt. In jedem Fall muss ein pönales Element verbleiben. Die Höhe der Reduktion muss verhältnismässig sein. Dies setzt voraus, dass sie in einem vernünftigen Verhältnis zu den weiteren Bemessungskriterien und zur Gesamtsanktion steht. Mit Blick auf den Schutz des Instituts der Selbstanzeige muss insbesondere der Anreiz, Selbstanzeige einzureichen, hinreichend gross bleiben. Damit ist die konkrete Sanktionsreduktion infolge Kompensationsleistungen von mehreren Umständen abhängig und je nach Wettbewerbsverstoss und erfolgter Kompensationszahlung unterschiedlich zu beurteilen.

599. Vorliegend haben neun Strassenbauunternehmen, nämlich die A. Käppeli's Söhne AG, die Aktiengesellschaft Cellere und die Cellere Bau AG, die Centorame, die Foser, die Hew, die Prader, die Schlub, die Toldo Strassen- und Tiefbau AG, die Schlub sowie die Walo Bertschinger AG Chur, die Walo Bertschinger AG, die Walo Bertschinger Central AG und die Walo Bertschinger Holding AG, vor der WEKO-Entscheidung mit dem Kanton Graubünden betreffend den vom Sekretariat festgestellten Kartellrechtsverstoss im Bereich Strassenbau einen Vergleich geschlossen (siehe auch oben Rz 74 ff.). Mit den Vergleichsverträgen verpflichteten sich die neun Unternehmen unabhängig vom Ausgang des WEKO-Verfahrens dazu, Kompensationszahlungen in Höhe von insgesamt knapp über CHF 6 Mio. an den Kanton Graubünden sowie die Graubündner Gemeinden (ohne Misox) zu leisten. [...]. Folgende Kompensationsleistungen wurden vereinbart:

Unternehmen	Kompensationsleistung (in CHF)
Cellere	[...]
Centorame	[...]
Foser	[...]
Hew	[...]
Käppeli	[...]
Schlub	[...]
Toldo	[...]
Walo	[...]
Prader	[...]

Tabelle 18: Kompensationsleistungen je Unternehmen (in CHF)

⁷¹⁰ Soweit aus öffentlichen Dokumenten ersichtlich, liegt bislang indes kein von der EU-Kommission entschiedener Fall vor, in dem vor der Sanktionsentscheidung Schadensersatz von den Kartellanten an Kartellopfer geleistet wurde. Damit stellte sich bislang konkret nicht die Frage, inwiefern geleistete Schadensersatzleistungen bei der Sanktionierung zu berücksichtigen sind.

600. Die Höhe dieser individuellen Kompensationsleistungen bestimmt sich gemäss den vorliegenden Vergleichsverträgen ausgehend von den individuellen Umsätzen der Vergleichsparteien [...] im Bereich Strassenbau mit dem Kanton Graubünden und den Graubündner Gemeinden (ohne Misox). Bei der Bestimmung dieser Umsätze wurde die Marktabgrenzung des Sekretariats verwendet, welche von der WEKO bestätigt wurde (siehe oben Rz 439 ff.). Die konkrete Kompensationshöhe berechneten die Vergleichsparteien anhand von Prozentsätzen: In Bezug auf den Kanton Graubünden wurden [...] der vorgenannten individuellen Umsätze [...] mit dem Kanton Graubünden als Kompensation festgelegt. In Bezug auf die Graubündner Gemeinden wurden [...] der vorgenannten individuellen Umsätze [...] mit den Graubündner Gemeinden als Kompensation festgelegt. Bei allen Vergleichsparteien ist die Kompensationszahlung im Verhältnis zu den individuellen Umsätzen [...] also gleich hoch.

601. Die neun Unternehmen haben mithin alle Kartellopfer entschädigt und einen nicht unerheblichen Teil ihres durch den Kartellrechtsverstoss erzielten mutmasslichen Gewinns an den Kanton Graubünden und die Graubündner Gemeinden gezahlt. Mit Blick auf die Erwägungen in Rz 595–598 reduziert die WEKO die Sanktionsbeträge der in Rz 599 genannten Unternehmen daher um je 50 % der individuellen Kompensationsleistungen gemäss Tabelle 18.

Zwischenfazit unter Berücksichtigung der Maximalsanktion gemäss Art. 7 SVKG

602. Ohne Berücksichtigung der Selbstanzeigen ergeben sich gemäss Art. 3–6 SVKG für die an der unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen damit die folgenden Sanktionsbeträge:

Unternehmen	Sanktion gemäss Art. 3–6 SVKG (in CHF)
Casty	[0,9–1,1 Mio.]
Cellere	[2–2,5 Mio.]
Centorame	[0,8–1 Mio.]
Foser & Hitz	[0,7–0,9 Mio.]
Hew	[0,8–1 Mio.]
Implenia	[10–15 Mio.]
Käppeli	[0,8–1 Mio.]
KIBAG	[1,7–2 Mio.]
Schlub	[0,7–0,9 Mio.]
Toldo	[0,3–0,4 Mio.]
Walo	[2–2,5 Mio.]
Zindel	[1,2–1,5 Mio.]

Tabelle 19: Sanktionen pro Unternehmen gemäss Art. 3–6 SVKG

603. Die gemäss der Art. 3–6 SVKG gebildete Sanktion darf 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) betragen. Massgeblich sind in casu die Gesamtumsätze der Jahre 2016–2018.

604. Ein solches Überschreiten der Gesamtumsätze ist mit Blick auf die vorliegenden Gesamtumsatzzahlen der Unternehmen aus den Jahren 2014–2016⁷¹¹ bei keinem der zwölf Unternehmen anzunehmen.

C.8.2.4.4 Selbstanzeigen

605. 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.

Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion

606. 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.⁷¹²

607. 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).

608. 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 unaufgefordert 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.

609. 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 unaufgefordert mitgewirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat.

610. In allen Fällen ist für das Vorliegen einer Selbstanzeige Voraussetzung, dass das eine Selbstanzeige einreichende Unternehmen Klarheit über den Sachverhalt schafft. Dies betrifft

⁷¹¹ Vgl. Antworten der Verfahrensparteien in Act. III.001 ff. (22-0457) auf die Frage 25 des Fragebogens des Sekretariats vom 27.9.2017.

⁷¹² So bereits RPW 2009/3, 196 Rz 153 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

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 der Wettbewerbsbeschränkung).⁷¹³

Beurteilung

(i) Implenia

611. Die Implenia reichte im vorliegenden Verfahren am 1. November 2012, d. h. als erste, formell eine Selbstanzeige ein (siehe Rz 34). Damit ist grundsätzlich ein vollständiger Sanktionserlass möglich. Da die Implenia ihre Selbstanzeige nach der Eröffnung der Untersuchung einreichte, kann der Erlass für eine Feststellungskooperation gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG erfolgen.

612. Die Implenia Schweiz AG hat vorliegend mit ihren schriftlichen und mündlichen Eingaben den Nachweis eines Wettbewerbsverstosses gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG ermöglicht. So hat sie die für den Nachweis der unzulässigen Gesamtabrede notwendigen Sachverhaltselemente eindeutig geschildert (insbesondere Angaben zum Konsens und zur Zwecksetzung; vgl. Rz 255; sowie zu Umständen, welche das Vorliegen des Konsenses indizieren [Treffen, Beteiligte, Umsetzungen und Auswirkungen]; vgl. Rz 167, 200, 303). Die Implenia benannte z. B. auch insgesamt rund 470 in Nordbünden und Südbünden vergebene Strassenbauprojekte aus den Jahren 2006 bis und mit 2010 (Auftragswert insgesamt ca. CHF 115 Mio.), bei denen die Implenia jeweils von Teilen der übrigen 11 Unternehmen Stützofferten erhalten hat.

613. Dass infolge einer Anzeige vor Einreichung der Selbstanzeige bereits Anhaltspunkte für Wettbewerbsabreden in der Baubranche im Kanton Graubünden bestanden (vgl. Rz 30), steht dem Sanktionserlass von 100 % nicht entgegen. Denn wie erwähnt kann ein vollständiger Sanktionserlass auch dann noch gewährt werden, wenn die Wettbewerbsbehörden von Amtes wegen oder infolge Anzeige eines Dritten eine Vorabklärung oder Untersuchung eröffnet haben.⁷¹⁴ Kommt hinzu, dass den Wettbewerbsbehörden erst durch die Selbstanzeige der Implenia bekannt wurde, dass sich der mutmassliche Wettbewerbsverstoss über das Engadin hinaus erstrecken und es sich um eine systematische Gesamtabrede im Bereich Strassenbau handeln könnte (vgl. Rz 41 sowie Rz 167, 200, 255 und 303).

614. Die Voraussetzungen für den vollständigen Sanktionserlass gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG liegen mithin vor. Es liegen keine Ausschlussgründe gemäss Art. 8 Abs. 2, 3 und 4 Bst. b SVKG vor. Insbesondere ist keine führende oder anstiftende Rolle der Implenia gegeben (siehe Rz 590); auch lagen im Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung noch keine ausreichenden Beweismittel vor, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen (siehe Rz 612). Damit ist der Implenia die sich für sie aus Tabelle 19 ergebende Sanktion zu erlassen.

⁷¹³ Zum Ganzen Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO Bonusregelung (Selbstanzeige) vom 8.9.2014, Rz 5.

⁷¹⁴ So bereits RPW 2009/3, 196 Rz 153 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

(ii) Walo

615. Die Walo-Gruppe (Walo Bertschinger AG Chur, Walo Bertschinger Holding AG und Walo Bertschinger Central AG) reichte betreffend die festgestellte unzulässige Gesamtabrede formell am 29. April 2013 eine Selbstanzeige ein (siehe Rz 49). Gemäss den Regelungen über den Sanktionserlass bei der Einreichung von Selbstanzeigen kann der Walo mithin grundsätzlich ihre Sanktion für eine Feststellungskooperation reduziert werden, sofern die Voraussetzungen dafür vorliegen (vgl. Art. 12 SVKG).

616. Nach Art. 12 Abs. 1 SVKG ist für eine Reduktion der gemäss Art. 3–7 SVKG gebildeten Sanktion erforderlich, dass eine Partei an einem Verfahren unaufgefordert mitwirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat.

617. Diese Voraussetzungen sind für die Walo-Gruppe erfüllt, denn sie hat von sich aus Informationen und Beweismittel betreffend den hier beurteilten Wettbewerbsverstoss eingereicht und laufend ergänzt (vgl. insbesondere Rz 168, 201, 256, 304) sowie ihre Teilnahme vor Einreichung der Selbstanzeige eingestellt (siehe Rz 592).

618. Gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG beträgt die Höhe der Reduktion bis zu 50 % des nach Art. 3–7 SVKG berechneten Sanktionsbetrags. Sie richtet sich massgeblich nach der Wichtigkeit des Beitrags, den eine Selbstanzeigerin zum Verfahrenserfolg liefert. Dabei ist auch zu berücksichtigen, zu welchem Zeitpunkt im Verfahren die Selbstanzeige eingereicht wurde. Die Reduktion beträgt insgesamt bis 80 %, wenn ein Unternehmen unaufgefordert Informationen liefert oder Beweismittel vorlegt über weitere Wettbewerbsverstösse gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG.

619. Die Walo-Gruppe reichte ihre Selbstanzeige früh im Verfahren ein. Mit ihren schriftlichen und mündlichen Eingaben hat sie zudem den Nachweis eines Wettbewerbsverstosses gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG ermöglicht. So hat sie die für den Nachweis der unzulässigen Gesamtabrede notwendigen Sachverhaltselemente eindeutig geschildert (insbesondere Angaben zum Konsens und zur Zwecksetzung; vgl. Rz 256; sowie zu Umständen, welche das Vorliegen des Konsenses indizieren [Treffen, Beteiligte, Umsetzungen und Auswirkungen]; vgl. Rz 168, 201, 304). Die Walo benannte z. B. insgesamt rund 460 in Nordbünden und Südbünden vergebene Strassenbauprojekte der Jahre 2004 bis 2009 (Auftragswert insgesamt rund CHF 135 Mio.), bei denen der damalige Geschäftsführer der Walo davon ausgeht, dass Abreden getroffen worden sind. Allerdings hat die Walo entgegen dem bewiesenen Sachverhalt (siehe dazu vor allem Rz 223 ff.) angegeben, dass sie selbst im Jahr 2010 nicht mehr an der kartellrechtswidrigen Verhaltensweise beteiligt gewesen sei, sondern die Zusammenarbeit bereits im Jahr 2009 eingestellt habe (vgl. insbesondere Rz 168, 201).

620. Die Walo hat als zweite Selbstanzeigerin damit zwar einen grossen Beitrag zum Verfahrenserfolg erbracht, hingegen nicht den grösstmöglichen. Der Walo ist die sich für sie aus Tabelle 19 ergebende Sanktion mithin lediglich um 45 % zu reduzieren. Eine weitere Reduktion gemäss Art. 12 Abs. 3 SVKG kommt nicht in Betracht, da die Walo keinen anderen mutmasslichen Wettbewerbsverstoss angezeigt hat.

(iii) Cellere

621. Die Cellere-Gruppe (Cellere Bau AG und Aktiengesellschaft Cellere) reichte betreffend die festgestellte unzulässige Gesamtabrede formell am 25. Oktober 2013 eine Selbstanzeige ein (siehe Rz 51). Gemäss den Regelungen über den Sanktionserlass bei der Einreichung von Selbstanzeigen kann der Cellere mithin ihre Sanktion für eine Feststellungskooperation reduziert werden, sofern die Voraussetzungen dafür vorliegen (vgl. Art. 12 SVKG).

622. Die Voraussetzungen für die Reduktion der Sanktion nach Art. 12 Abs. 1 SVKG sind vorliegend erfüllt. Denn die Cellere-Gruppe hat von sich aus Informationen und Beweismittel

betreffend den hier beurteilten Wettbewerbsverstoss eingereicht und laufend ergänzt (vgl. insbesondere Rz 169, 202, 257, 305) sowie ihre Teilnahme vor Einreichung der Selbstanzeige eingestellt (siehe Rz 592).

623. Wie erläutert, kann damit die nach Art. 3–7 SVKG berechneten Sanktion um bis zu 50 % reduziert werden. Das Ausmass richtet sich massgeblich nach der Wichtigkeit des Beitrags, den eine Selbstanzeigerin zum Verfahrenserfolg liefert. Dabei ist auch zu berücksichtigen, zu welchem Zeitpunkt im Verfahren die Selbstanzeige eingereicht wurde.

624. Die Cellere-Gruppe reichte ihre Selbstanzeige ebenfalls noch früh im Verfahren ein. Mit ihren schriftlichen und mündlichen Eingaben hat sie zudem den Nachweis eines Wettbewerbsverstosses gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG ermöglicht. So hat sie die für den Nachweis der unzulässigen Gesamtabrede notwendigen Sachverhaltselemente eindeutig geschildert (insbesondere Angaben zum Konsens und zur Zwecksetzung; vgl. Rz 257; sowie zu Umständen, welche das Vorliegen des Konsenses indizieren [Treffen, Beteiligte, Umsetzungen und Auswirkungen]; vgl. Rz 169, 202, 305). Kommt hinzu, dass die Cellere über bedeutsame Sachverhaltselemente (wie die Quotenregelung und die Wirkungen auf das Preisniveau) zusätzliche Klarheit schuf (vgl. insbesondere Rz 257 und Rz 305). Dies indem sie die Anteilquoten konkret benannte, deren Herkunft erläuterte und ausführte, die Aufgabe der Zusammenarbeit im Sommer 2010 habe zum Absinken der Preise geführt.

625. Die Cellere hat damit als dritte Selbstanzeigerin den grösstmöglichen Beitrag zum Verfahrenserfolg erbracht. Der Cellere ist die sich für sie aus Tabelle 19 ergebende Sanktion mithin um 50 % zu reduzieren. Eine weitere Reduktion gemäss Art. 12 Abs. 3 SVKG kommt nicht in Betracht, da die Cellere keinen anderen mutmasslichen Wettbewerbsverstoss angezeigt hat. Auch eine weitere Reduktion wegen der erfolgten Sachverhaltsanerkennung ist nicht möglich, da die Cellere durch ihre Sachverhaltsbeschreibungen im Rahmen der Selbstanzeige bereits den grösstmöglichen Beitrag zum Verfahrenserfolg erbracht hat.

(iv) Centorame

626. Die Centorame reichte betreffend die festgestellte unzulässige Gesamtabrede formell am 13. Oktober 2016 eine Selbstanzeige ein (siehe Rz 58). Gemäss den Regelungen über den Sanktionserlass bei der Einreichung von Selbstanzeigen kann der Centorame mithin ihre Sanktion für eine Feststellungskooperation reduziert werden, sofern die Voraussetzungen dafür vorliegen (vgl. Art. 12 SVKG).

627. Die Voraussetzungen für die Reduktion der Sanktion nach Art. 12 Abs. 1 SVKG sind vorliegend erfüllt. Denn die Centorame hat von sich aus Informationen und Beweismittel betreffend den hier beurteilten Wettbewerbsverstoss eingereicht und laufend ergänzt (vgl. insbesondere Rz 170, 203, 258, 306) und ihre Teilnahme vor Einreichung der Selbstanzeige eingestellt (siehe Rz 592). Damit kann die Sanktion um bis zu 50 % reduziert werden.

628. Die Centorame reichte ihre Selbstanzeige indes recht spät im Verfahren ein. Zu diesem Zeitpunkt lagen bereits drei Selbstanzeigen vor und die sichergestellten Beweismittel waren bereits gesichtet. Gleichwohl hat die Centorame mit ihren schriftlichen und mündlichen Eingaben den Nachweis eines Wettbewerbsverstosses gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG ermöglicht. Denn zum einen wird durch das Vorliegen einer weiteren Selbstanzeige die Beweislage insgesamt verbessert. Es ist deshalb zu berücksichtigen, dass die Centorame die für den Nachweis der unzulässigen Gesamtabrede notwendigen Sachverhaltselemente ebenfalls eindeutig geschildert hat (insbesondere Angaben zum Konsens und zur Zwecksetzung; vgl. Rz 258; sowie zu Umständen, welche das Vorliegen des Konsenses indizieren [Treffen, Beteiligte, Umsetzungen und Auswirkungen]; vgl. Rz 170, 203, 306). Zum anderen schuf die Centorame über bedeutsame Sachverhaltselemente (wie den «Preiszerfall» nach Mai 2010) zusätzliche Klarheit (vgl. insbesondere Rz 306), indem sie ausführte, die Zusammenarbeit habe zu um 5–10 % überhöhten Preisen im Nordbündner Strassenbau geführt.

629. Die Centorame hat mithin als vierte Selbstanzeigerin den grösstmöglichen Beitrag zum Verfahrenserfolg erbracht, wobei sie ihre Selbstanzeige recht spät im Verfahren einreichte. Der Centorame wäre die sich für sie aus Tabelle 19 ergebende Sanktion mithin um 40 % zu reduzieren.⁷¹⁵ Da sie aber den Sachverhalt gemäss Antrag des Sekretariats anerkannt hat und glaubhaft zugesichert hat, künftig keine Abreden mehr zu treffen, wie sie im Antrag als unzulässig erachtet wurden (siehe Rz 84), ist die sich für sie aus Tabelle 19 ergebende Sanktion um 50 % zu reduzieren. Eine weitere Reduktion gemäss Art. 12 Abs. 3 SVKG kommt nicht in Betracht, da die Centorame keinen anderen mutmasslichen Wettbewerbsverstoss angezeigt hat.

C.8.2.4.5 Verhältnismässigkeitsprüfung

630. Schliesslich muss eine Sanktion als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein.⁷¹⁶ Vorliegend machten die Foser sowie die Schlub AG Nordbünden und die Schlub AG Südbünden [...].⁷¹⁷ [...]. Das Sekretariat forderte von den Gesellschaften (wiederholt) Belege für ihre Behauptung, welche diese einreichten und mehrfach konkretisierten. Die Prüfung all dieser Unterlagen ergab Folgendes:

631. [...].⁷¹⁸ [...].

632. In Bezug auf die Schlub-Gruppe ist Derartiges nicht zu befürchten, da die Muttergesellschaft der Gruppe, die Schlub AG, nach ihrem eigenen Vorbringen in der Lage ist, die vom Sekretariat beantragte Sanktion zu tragen. [...] Massgeblich ist die Finanzkraft aller konzernmässig verbundenen Gesellschaften.

633. [...] Unter Berücksichtigung der genannten Kriterien geht die WEKO davon aus, dass die Foser [...] zu tragen. Die finanzielle Belastung der Foser aus Sanktion und Verfahrenskosten ist mithin [...].

634. Die KIBAG machte in ihrer Stellungnahme zum Antrag geltend, ihre Sanktion sei aus Verhältnismässigkeitsgründen zu reduzieren, da die KIBAG bei ihren Strassenbautätigkeiten im Kanton Graubünden «massive Verluste» erlitten habe.⁷¹⁹ Ob ein Unternehmen «massive Verluste» im relevanten Markt erlitten hat, ist für die Sanktionierung hingegen nicht relevant, solange die Sanktion im Sinne der WEKO-Praxis finanziell tragbar ist.⁷²⁰ Denn gemäss SVKG, welche Art. 49a KG unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips ausgestaltet, wird die Höhe des Gewinns einzig als erschwerender Umstand berücksichtigt, sofern ein besonders hoher Gewinn vorliegt (Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG). Es ist zudem zu berücksichtigen, dass durch Wettbewerbsverstösse teilweise «nur» Überkapazitäten gesichert werden und gegen das Kartellrecht verstossende Unternehmen trotz Gesetzesverstoss keine oder nur sehr geringe Gewinne erzielen. Der «Gewinn» besteht dann in der Strukturhaltung. Die KIBAG hat nicht geltend gemacht, dass die Sanktion für sie finanziell nicht tragbar

⁷¹⁵ So der Antrag des Sekretariats; vgl. Act. V.16–V.29 (22-0457); Rz 539 des Antrags.

⁷¹⁶ Vgl. dazu etwa RPW 2009/3, 196 Rz 150 m.w.Hw., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1419 und Verfügung der WEKO vom 26.3.2018 i.S. *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 1085 ff., beide publiziert im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

⁷¹⁷ [...].

⁷¹⁸ [...].

⁷¹⁹ Act. V.192, Rz 68 (22-0457).

⁷²⁰ Vgl. etwa Verfügung der WEKO vom 8.7.2016 i.S. *Bauleistungen See-Gaster*, Rz 1379, im Internet unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

sei. Damit ist ihr der gemäss SVKG bestimmte Sanktionsbetrag aufzuerlegen (siehe Tabelle 19).

C.8.2.4.6 Ergebnis

635. 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 den Verstössen der zwölf Unternehmen gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen.⁷²¹

⁷²¹ In der nachfolgenden Tabelle werden folgende Abkürzungen für Strassenbauunternehmen verwendet: CAS für Casty Bau AG; CEL für Cellere/Palatini; CEN für Centorame; FOS für Foser & Hitz; HEW für Hew; IMP für Implenia/Batigroup; KÄP für Käppeli; KIB für KIBAG/Vago; SCH für Schlub; TOL für Toldo/Frey; WAL für Walo und ZIN für Zindel/Mettler AG und Prader AG bzw. METTLER PRADER AG.

	CAS	CEL	CEN	FOS	HEW	IMP	KÄP	KIB	SCH	TOL	WAL	ZIN
Umsatz (in CHF) auf dem relevanten Markt	[5–10 Mio.]	[15–20 Mio.]	[0,5–10 Mio.]	[5–10 Mio.]	[10–15 Mio.]	[70–80 Mio.]	[5–10 Mio.]	[10–15 Mio.]	[5–10 Mio.]	[1–5 Mio.]	[15–20 Mio.]	[15–20 Mio.]
Basisbetragsprozentsatz (Art. 3 SVKG)	10 %	10 %	10 %	10 %	10 %	10 %	10 %	10 %	10 %	10 %	10 %	10 %
Dauerzuschlag gem. Art. 4 SVKG	+60 %	+60 %	+60 %	+60 %	+60 %	+60 %	+60 %	+60 %	+60 %	+60 %	+60 %	+60 %
Reduktion gem. Art. 6 Abs. 1 SVKG	-10 %	-10 %	-10 %	-10 %	-25 %	-10 %	-10 %	-10 %	-25 %	-25 %	-10 %	-25 %
Reduktion für Kompensation		-50 % der Zahlung	-50 % der Zahlung	-50 % der Zahlung	-50 % der Zahlung		-50 % der Zahlung		-50 % der Zahlung	-50 % der Zahlung	-50 % der Zahlung	-50 % der Zahlung
Kappung gem. Art. 7 SVKG	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Bonus gemäss Art. 8 SVKG	-	-	-	-	-	-100 %	-	-	-	-	-	-
Bonus gemäss Art. 12 SVKG	-	-50 %	-50 %	-	-	-	-	-	-	-	-45 %	-
Sanktion (in CHF)	[0,9–1,1 Mio.]	[0,9–1,2 Mio.]	[0,4–0,6 Mio.]	[0,7–0,9 Mio.]⁷²²	[0,8–1 Mio.]	0	[0,8–1 Mio.]	[1,7–2 Mio.]	[0,7–0,9 Mio.]	[0,3–0,4 Mio.]	[1–1,3 Mio.]	[1,2–1,5 Mio.]

Tabelle 20: Sanktionen gemäss Art. 49a KG i.V.m. SVKG pro Unternehmen

722

Beachte Rz 636.

636. Wie erläutert, ist die Foser nach derzeitigem Stand aus Gründen der Verhältnismässigkeit mit [...] zu sanktionieren (siehe oben Rz 633). Unter Abzug der Verfahrenskosten in Höhe von CHF 56 203 (siehe unten Tabelle 22) ist der Foser mithin ein Betrag [...] aufzuerlegen.

C.8.3 Beschlagnahmte Dokumente und gespiegelte elektronische Daten

637. Anlässlich der Hausdurchsuchungen wurden bei den durchsuchten Gesellschaften diverse Papierdokumente beschlagnahmt sowie elektronische Daten kopiert und gespiegelt. 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 und Parteientschädigung

D.1 Gebührenpflicht

638. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG⁷²³ ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

639. 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 wird⁷²⁴. 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 wird⁷²⁵.

640. Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfahrensparteien zu bejahen, soweit die von ihnen getragenen Unternehmen gegen das Kartellrecht verstossen haben. Damit besteht für alle Verfahrensparteien ausser der Catram AG eine Gebührenpflicht.

D.2 Höhe der Verfahrenskosten

641. Die vorliegende Untersuchung wurde mit Verfügung vom 23. November 2015 von der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden getrennt (siehe Rz 53 f.). Vom aus der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden bis dahin entstandenen Verfahrensaufwand wird ein Anteil von CHF 550 000 dem vorliegenden Verfahren zugerechnet. Insbesondere führte die Behörde vor der Verfahrenstrennung in Bezug auf die vorliegend zu beurtei-

⁷²³ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

⁷²⁴ 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.

⁷²⁵ 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*.

lenden Wettbewerbsverstösse Hausdurchsuchungen, diverse Einvernahmen und mündliche Ergänzungen der Selbstanzeigen, Amtshilfebegehren und Auskunftsbegehren durch.

642. Die Implenia machte in ihrer Stellungnahme zum Antrag geltend (vgl. Rz 91), vom Verfahren 22-0433: Bauleistungen Graubünden seien weniger als CHF 550 000 dem vorliegenden Verfahren zuzurechnen. Sie begründet dies damit, dass im Verfahren *Engadin I* lediglich ein Kostenanteil von CHF 440 000 des Verfahrens 22-0433: Bauleistungen Graubünden den Verfahrenskosten zugerechnet wurde. Dies überzeugt nicht. Durch die Zurechnung von CHF 550 000 werden rund ein Drittel der gesamten Verfahrenskosten des Verfahrens 22-0433: Bauleistungen Graubünden dem Verfahren 22-0457: Bauleistungen Graubünden zugerechnet. Die übrigen Kosten des Verfahrens 22-0433: Bauleistungen Graubünden wurden zu einem Teil den Parteien der übrigen Verfahren, welche aus dem Verfahren 22-0433 hervorgingen (siehe Rz 53 f.), auferlegt. Der andere Teil der Kosten des Verfahrens 22-0433 geht zu Lasten der Staatskasse. Die Höhe des diesem Verfahren zugerechneten Anteils in Höhe von CHF 550 000 ergibt sich aus den in Rz 641 genannten Gründen. Zu betonen ist insbesondere, dass die Ermittlungen für den Bereich Strassenbau (siehe Rz 118 ff.) den Hauptteil des Verfahrensaufwandes in der Zeit vor dem 23. November 2015 generiert haben, weshalb eine Zurechnung von rund einem Drittel angemessen ist.

643. 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).

644. Nach der Verfahrenstrennung ergeben sich folgende zusätzliche Gebühren:

- 10,38 Stunden zu CHF 130, ergebend CHF 1349.
- 1255,50 Stunden zu CHF 200, ergebend CHF 251 100.
- 140 Stunden zu CHF 290, ergebend CHF 40 600.

645. Die Verfahrenskosten nach Verfahrenstrennung belaufen sich demnach auf CHF 293 049. Insgesamt betragen die Verfahrenskosten damit CHF 843 049.

D.3 Verlegung

646. 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 ist vorliegend die Catram AG (vgl. Rz 425). Auszuscheiden sind zudem Kosten, die durch die Abklärung von Vorwürfen entstanden sind, die sich nicht erhärtet haben (z. B. Kalkulationsgrundlagen; siehe dazu Rz 424) bzw. die nicht in diesem Verfahren beurteilt werden (z. B. Dauer-ARGE; siehe dazu Rz 426). Von den gesamten Verfahrenskosten sind deshalb 10 % von der Staatskasse zu tragen. Den gebührenpflichtigen Verfahrensparteien sind damit noch 90 % der Verfahrenskosten, d. h. CHF 758 744 aufzuerlegen.

647. Die Implenia machte in ihrer Stellungnahme zum Antrag geltend (Rz 91), der auf die Staatskasse entfallende Teil müsse höher sein, da sich neben den vorgenannten konkreten Vorwürfen weitere Verdachtsmomente nicht erhärtet hätten. Sie verweist diesbezüglich auf die Begründung für die Verfahrenseröffnung. Eine weitere Reduktion ist jedoch nicht angezeigt. Soweit sich Verdachtsmomente nicht erhärtet haben, sind die diesbezüglichen Kosten dadurch zur Lasten der Staatskasse ausgeschieden, als dass nicht alle Kosten des Verfahrens 22-0433: Bauleistungen Graubünden den Verfahrensparteien auferlegt werden (vgl. Rz 642), und in dem 1/10-Anteil des Bundes gemäss Rz 646 sämtliche Kosten erfasst sind,

welche nach dem 23. November 2015 in Bezug auf Ermittlungsthemen entstanden sind, hinsichtlich derer kein KG-Verstoss festgestellt wurde.

648. 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 Wettbewerbsbehörden, gemäss welcher – in Ermangelung besonderer Umstände, die das Ergebnis als stossend erscheinen liessen – eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten vorgenommen wurde. Insbesondere Gleichheits-, aber auch Praktikabilitätsabwägungen stehen dabei im Vordergrund.⁷²⁶ Da die Verteilung der Verfahrenskosten nicht davon abhängig sein 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, wie viele Gesellschaften als unternehmenstragende Gesellschaften zu qualifizieren sind. Die aktuellen und/oder ehemaligen Unternehmensträgerinnen sind solidarisch zur Zahlung der jeweiligen «Unternehmensanteile» an den Gebühren zu verpflichten (vgl. auch Rz 559 ff.).

649. Vorliegend ist jedoch zu beachten, dass zwei unterschiedliche Wettbewerbsverstösse vorliegen: Erstens die Wettbewerbsabrede betreffend die Zuteilung von Strassenbauprojekten anhand der Anteilsquote und der gemeinsamen Festlegungen der Angebotssummen unter grundsätzlicher Anwendung der «Mittelwertmethode» (siehe Rz 394–479). Zweitens die Wettbewerbsabrede hinsichtlich des systematischen Interessensausstauschs im Bereich Hochbau (siehe Rz 480–528). An diesen Verstössen waren unterschiedliche Unternehmen beteiligt (vgl. Rz 385 f.) und sie sind verschieden gelagert und zu qualifizieren. Zudem hatten die untersuchten Wettbewerbsverstösse unterschiedliche Aufwendungen zur Folge. Vor diesem Hintergrund ist es angezeigt, bei der Verlegung der Verfahrenskosten zwischen den unterschiedlichen Beteiligungen der Parteien an den begangenen Wettbewerbsverstössen zu differenzieren. Aufgeschlüsselt nach den verschiedenen Kartellrechtsverstössen sind den Parteien im Einzelnen folgende Anteile aufzuerlegen:

Wettbewerbsverstoss	Anteil an den gesamten Verfahrenskosten	Anteil pro beteiligte Unternehmung am Anteil pro Wettbewerbsverstoss	
Strassenbaukartell (siehe Rz 394–479)	8/10 (CHF 674 439.20)	Casty Bau AG	1/12
		Cellere	1/12
		Centorame	1/12
		Foser & Hitz	1/12
		Hew	1/12
		Implenia	1/12
		Käppeli	1/12
		KIBAG	1/12
		Schlub	1/12

⁷²⁶ Ständige Praxis; vgl. zuletzt Verfügung der WEKO vom 26.3.2018 i.S. *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 1085 ff., publiziert im Internet unter <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019; siehe auch RPW 2009/3, 196 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

		Toldo	1/12
		Walo	1/12
		Zindel	1/12
Club Quattro (siehe Rz 480–528)	1/10 (CHF 84 304,90)	Hew	1/4
		Implenia	1/4
		Lazzarini	1/4
		Zindel	1/4
Total	9/10 (CHF 758 744)		

Tabelle 21: Übersicht der Verlegung der Verfahrenskosten

650. In der nachfolgenden Übersicht werden die auf die gebührenpflichtigen Unternehmen fallenden Verfahrenskosten zusammengefasst:

Unternehmen	Gebühr (in CHF)
Casty Bau AG ⁷²⁷	56 203
Cellere	56 203
Centorame	56 203
Foser & Hitz	56 203
Hew	77 279
Implenia	77 279
Käppeli	56 203
KIBAG	56 203
Lazzarini	21 076
Schlub	56 203
Toldo	56 203
Walo	56 203
Zindel	77 279
Total (gerundet)	758 744

Tabelle 22: Übersicht der Verfahrenskosten pro gebührenpflichtigem Unternehmen

D.4 Keine Parteientschädigung

651. Soweit die Hüppi AG Wallisellen eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 85 000 beantragt (siehe Rz 89), ist dieser Antrag abzuweisen. Dies deshalb, da die Hüppi AG Walli-

⁷²⁷ Solidarisch zu tragen von der Hüppi AG, der A. Käppeli's Söhne AG und Bianchi Holding AG; vgl. Rz 648 sowie Rz 559 ff.

sellen mit ihrem Hauptbegehren unterliegt (siehe Rz 635) und Parteien im erstinstanzlichen nichtstreitigen Verwaltungsverfahren ohnehin keine Parteientschädigung zu gewähren ist.⁷²⁸

E Ergebnis

652. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

Zusammenarbeit in der Strassenbaubranche im Kanton Graubünden

653. Zwischen den zwölf in Rz 385 genannten Strassenbauunternehmen (Casty Bau AG, Cellere/Palatini, Centorame, Foser & Hitz, Hew, Implenja [vor dem Zusammenschluss im Jahr 2005 Batigroup bzw. Zschokke], Käppeli, KIBAG [in Graubünden damals unter dem Namen Vago tätig], Schlub, Toldo [früher Frey], Walo und Zindel [unter den Namen Mettler und Prader bzw. METTLER PRADER]) bestand eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG über die Zuteilung von vom Kanton und den Gemeinden in Nord- und Südbünden ausgeschriebenen Strassenbauprojekten anhand von Anteilsquoten und der gemeinsamen Festlegung der Angebotssummen unter grundsätzlicher Anwendung der «Mittelwertmethode» (siehe Rz 396 ff.).

654. Diese Wettbewerbsabrede bestand mindestens zwischen 2004 bis und mit Mai 2010. Die Vereinbarung ist als eine von 2004 und bis Mai 2010 bestehende und wirkende Dauer- bzw. Gesamtabrede zu qualifizieren (siehe Rz 413 ff.).

655. Bei dieser Gesamtabrede handelt es sich um eine horizontale Abrede über die direkte und indirekte Festsetzung von Preisen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG und eine horizontale Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern gemäss Art. 5 Abs. 3 bst. c KG; damit wird gesetzlich vermutet, dass die Wettbewerbsabrede den Wettbewerb beseitigte (vgl. Rz 428 ff.).

656. Die gesetzliche Vermutung, dass diese Dauer-Preis- und -Geschäftspartnerabrede den Wettbewerb beseitigte, kann in casu nicht widerlegt werden (siehe Rz 427 ff.). Relevanter Markt ist der Markt für Strassenbauleistungen, welche vom Kanton oder den Graubündner Gemeinden in Nord- und Südbünden (in der Zeit von 2004 bis und mit Mai 2010) nachgefragt wurden (Rz 439 ff.). Auf diesem Markt vermochte weder tatsächlicher oder potenzieller Aussenwettbewerb noch Innenwettbewerb die Teilnehmerinnen der Gesamtabrede in ihrer Abredetätigkeit zu disziplinieren und die negativen Folgen der Gesamtabrede auf die Wettbewerbsverhältnisse zu verhindern (siehe Rz 457 ff.). Eine Rechtfertigung ist damit ausgeschlossen. Die vorliegende Gesamtabrede zwischen den zwölf Strassenbauunternehmen ist folglich unzulässig.

657. Diejenigen Verfahrensparteien, welche aktuell Trägerinnen der zwölf Strassenbauunternehmen gemäss Rz 385 sind, sind durch behördliche Anordnungen zu einem Verhalten zu verpflichten, bei welchem vergleichbare Wettbewerbsbeschränkungen verhindert werden und nicht mehr drohen (siehe dazu Rz 533 ff.).

658. Die zwölf Strassenbauunternehmen gemäss Rz 385 sind nach Art. 49a KG zu sanktionieren. Unter Würdigung aller Umstände, der zu berücksichtigenden sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren sowie der Selbstanzeigen ist eine Belastung der Unternehmen mit folgenden Beträgen angemessen (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 2 ff. SVKG, vgl. Rz 540 ff.): Casty Bau AG: CHF [0,9–1,1 Mio.]; Cellere/Palatini: CHF [0,9–1,2 Mio.]; Centorame: CHF [0,4–0,6 Mio.]; Foser & Hitz: CHF [0,5–0,9 Mio.]; Hew: CHF [0,8–1 Mio.]; Implenja: CHF 0; Käppeli: CHF [0,8–1 Mio.]; KIBAG/Vago: CHF [1,7–2 Mio.]; Schlub: CHF [0,7–0,9 Mio.]; Toldo: CHF [0,3–0,4 Mio.]; Walo: CHF [1–1,3 Mio.]; Zindel/METTLER PRADER: CHF [1,2–

⁷²⁸ Vgl. RPW 2018/2, 237 Rz 62 m.w.N., Gym 80.

1,5 Mio.]. Zur Zahlung der Sanktionsbeträge zu verpflichten sind ehemalige und/oder aktuelle Unternehmensträgerinnen der genannten Unternehmen, sofern diese Trägerinnen Verfahrenspartei sind (siehe dazu Rz 559 ff.).

Zusammenarbeit in der Hochbaubranche im Churer Rheintal (Club Quattro)

659. Zwischen den vier Hochbauunternehmen gemäss Rz 386 (Hew, Implenia, Lazzarini und Mettler) bestand eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG über den regelmässigen Austausch ihrer Interessen an im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet (Teil des Churer Rheintals) vergebenen Hochbauprojekten; diese Wettbewerbsabrede bestand zwischen den vier Unternehmen jedenfalls im Zeitraum zwischen 2006 bis September 2012 (siehe Rz 483 ff.).

660. Es liegt keine gesetzliche Vermutung vor, dass die Wettbewerbsabrede den Wettbewerb beseitigte (siehe Rz 497 ff.).

661. Indes ist davon auszugehen, dass sie den Wettbewerb erheblich beeinträchtigte (siehe Rz 500 ff.). Relevanter Markt ist der Markt für Hochbauleistungen im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet (Teil des Churer Rheintals gemäss Rz 367) in der Zeit von 2006 bis und mit September 2012 (siehe Rz 501). Die Wettbewerbsabrede ist in der Gesamtbetrachtung sowohl nach qualitativen als auch nach quantitativen Kriterien als mindestens mittel-schwer anzusehen (vgl. Rz 513 ff., 517 ff.). Die Wettbewerbsabrede kann nicht gerechtfertigt werden (siehe Rz 526 f.). Die Wettbewerbsabrede zwischen den vier Unternehmen über den regelmässigen Austausch ihrer Interessen an im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet ausgedruckten Hochbauprojekten ist mithin unzulässig.

662. Diejenigen Verfahrensparteien, welche aktuell Trägerinnen der vier Hochbauunternehmen gemäss Rz 386 sind, sind durch behördliche Anordnungen zu einem Verhalten zu verpflichten, bei welchem vergleichbare Wettbewerbsbeschränkungen verhindert werden und nicht mehr drohen (siehe dazu Rz 536).

Sonstiges sowie Einstellung im Übrigen

663. Im Übrigen, insbesondere gegenüber der Catram AG, ist das Verfahren einzustellen (siehe dazu vor allem Rz 423 ff.). Vorbehalten bleibt die Untersuchung, ob vorliegend (bestimmte) Dauer-ARGE (zwischen Teilen der zwölf Unternehmen) gegen das Kartellrecht verstossen, im Rahmen einer zu eröffnenden Vorabklärung gemäss Art. 26 KG.

Verfahrenskosten und Parteientschädigung

664. Die Verfahrenskosten betragen CHF 843 049 und sind grundsätzlich von den Verfahrensparteien zu tragen (siehe Rz 638 ff., 641 ff.). Da das Verfahren teilweise eingestellt wird, tragen die Verfahrensparteien davon nur 9/10, d. h. CHF 758 744. Im Übrigen gehen die Verfahrenskosten zu Lasten der Staatskasse. Die Verlegung auf die Verfahrensparteien erfolgt abhängig davon, an welchem Kartellrechtsverstoss sie bzw. die von ihnen aktuell oder vormals getragenen Unternehmen beteiligt waren (siehe Rz 646 ff.). Konkret werden folgende Beträge auferlegt: A. Käppeli's Söhne AG und Bianchi Holding AG solidarisch: CHF 56 203; Cellere Bau AG und Aktiengesellschaft Cellere solidarisch: CHF 56 203; C Bauunternehmung Centorame AG: CHF 56 203; Foser AG: CHF 56 203; Hew AG Bauunternehmung AG: CHF 77 279; Hüppi AG, A. Käppeli's Söhne AG und Bianchi Holding AG solidarisch: CHF 56 203; Implenia Schweiz AG: CHF 77 279; KIBAG Bauleistungen AG: CHF 56 203; Lazzarini AG: CHF 21 076; Schlub AG, Schlub AG Nordbünden und Schlub AG Südbünden solidarisch: CHF 56 203; Toldo Strassen- und Tiefbau AG und Toldo Strassen- und Tiefbau AG Landquart solidarisch: CHF 56 203; Walo Bertschinger AG Chur, Walo Bertschinger Holding AG und Walo Bertschinger Central AG solidarisch: CHF 56 203; ZINDEL GRUPPE AG und METTLER PRADER AG solidarisch: CHF 77 279. Entgegen ihrem Antrag ist der Hüppi AG Wallisellen keine Parteientschädigung zuzusprechen.

F Dispositiv

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

1. Der A. Käppeli's Söhne AG, Bianchi Holding AG, Cellere Bau AG, Aktiengesellschaft Cellere, C Bauunternehmung Centorame AG, Foser AG, Hew AG Bauunternehmung Chur, Implenla Schweiz AG, KIBAG Bauleistungen AG, Schlub AG, Schlub AG Nordbünden, Schlub AG Südbünden, Toldo Strassen- und Tiefbau AG, Toldo Strassen- und Tiefbau AG Landquart, Walo Bertschinger AG Chur, Walo Bertschinger Holding AG, Walo Bertschinger Central AG, ZINDEL GRUPPE AG und METTLER PRADER AG wird untersagt,
 - 1.1. Konkurrenten und Konkurrentinnen im Zusammenhang mit der Erbringung von Strassenbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;
 - 1.2. sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Strassenbauleistungen mit Konkurrenten und Konkurrentinnen vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preislelemente 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. Der Hew AG Bauunternehmung Chur, Implenla Schweiz AG, Lazzarini AG, ZINDEL GRUPPE AG und METTLER PRADER AG wird untersagt,

Konkurrenten und Konkurrentinnen im Zusammenhang mit der Erbringung von Hochbauleistungen um Informationen über die Interessenslage der Konkurrenten und Konkurrentinnen an noch nicht vergebenen Hochbauprojekten anzufragen sowie Konkurrenten und Konkurrentinnen Auskünfte über die eigene Interessenslage an noch nicht vergebenen Hochbauprojekten anzubieten oder zu geben. 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.
3. Wegen Beteiligung an gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabreden mit folgenden Beträgen nach Art. 49a Abs. 1 KG belastet werden:
 - 3.1. Die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG solidarisch mit einem Betrag von CHF [0,8–1 Mio.].
 - 3.2. Die Cellere Bau AG und die Aktiengesellschaft Cellere solidarisch mit einem Betrag von CHF [0,9–1,2 Mio.].
 - 3.3. Die C Bauunternehmung Centorame AG mit einem Betrag von CHF [0,4–0,6 Mio.].
 - 3.4. Die Foser AG mit einem Betrag von CHF [0,5–0,9 Mio.].
 - 3.5. Die Hew AG Bauunternehmung Chur mit einem Betrag von CHF [0,8–1 Mio.].
 - 3.6. Die Hüppi AG, die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG solidarisch mit einem Betrag von CHF [0,9–1,1 Mio.].

- 3.7. Die Implenia Schweiz AG mit einem Betrag von CHF 0.
- 3.8. Die KIBAG Bauleistungen AG mit einem Betrag von CHF [1,7–2 Mio.].
- 3.9. Die Schlub AG, die Schlub AG Nordbünden und die Schlub AG Südbünden solidarisch mit einem Betrag von CHF [0,7–0,9 Mio.].
- 3.10. Die Toldo Strassen- und Tiefbau AG und die Toldo Strassen- und Tiefbau AG Landquart solidarisch mit einem Betrag von CHF [0,3–0,4 Mio.].
- 3.11. Die Walo Bertschinger AG Chur, die Walo Bertschinger Holding AG und die Walo Bertschinger Central AG solidarisch mit einem Betrag von CHF [1–1,3 Mio.].
- 3.12. Die ZINDEL GRUPPE AG und die METTLER PRADER AG solidarisch mit einem Betrag von CHF [1,2–1,5 Mio.].
4. Im Übrigen, insbesondere gegenüber der Catram AG, wird die Untersuchung eingestellt.
5. Die Verfahrenskosten betragen CHF 843 049 und werden folgendermassen auferlegt:
 - 5.1. Die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG tragen solidarisch CHF 56 203.
 - 5.2. Die Cellere Bau AG und die Aktiengesellschaft Cellere tragen solidarisch CHF 56 203.
 - 5.3. Die C Bauunternehmung Centorame AG trägt CHF 56 203.
 - 5.4. Die Foser AG trägt CHF 56 203.
 - 5.5. Die Hew AG Bauunternehmung Chur trägt CHF 77 279.
 - 5.6. Die Hüppi AG, die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG tragen solidarisch CHF 56 203.
 - 5.7. Die Implenia Schweiz AG trägt CHF 77 279.
 - 5.8. Die KIBAG Bauleistungen AG trägt CHF 56 203.
 - 5.9. Die Lazzarini AG trägt CHF 21 076.
 - 5.10. Die Schlub AG, die Schlub AG Nordbünden und die Schlub AG Südbünden tragen solidarisch CHF 56 203.
 - 5.11. Die Toldo Strassen- und Tiefbau AG und die Toldo Strassen- und Tiefbau AG Landquart tragen solidarisch CHF 56 203.
 - 5.12. Die Walo Bertschinger AG Chur, die Walo Bertschinger Holding AG und die Walo Bertschinger Central AG tragen solidarisch CHF 56 203.
 - 5.13. Die ZINDEL GRUPPE AG und die METTLER PRADER AG tragen solidarisch CHF 77 279.
 - 5.14. Die übrigen Verfahrenskosten gehen zulasten der Staatskasse.
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.

Die Verfügung ist zu eröffnen:

- **A. Käppeli's Söhne AG**, St. Gallerstrasse 72, 7320 Sargans,
- **Bianchi Holding AG**, Chriesilöserstrasse 64, 7310 Bad Ragaz,
beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Michael Tschudin, Wenger & Vieli AG,
Dufourstrasse 56, Postfach 1285, 8034 Zürich;
- **Aktiengesellschaft Cellere**, Hodlerstrasse 2, 9009 St. Gallen,
- **Cellere Bau AG**, Hodlerstrasse 2, 9009 St. Gallen,
beide vertreten durch Rechtsanwalt Kaspar Hemmeler, Schärer Rechtsanwälte, Hintere
Bahnhofstrasse 6, 5001 Aarau;
- **C Bauunternehmung Centorame AG**, Perfurka, 7493 Schmitten;
vertreten durch Rechtsanwalt Peder Cathomen, Veia Vedem 3, 7458 Mon;
- **Catram AG**, Ringstrasse 35d, 7000 Chur,
vertreten durch Rechtsanwalt Robert Vogel, SwissLegal (Aarau) AG, Jurastrasse 4,
Postfach 3623, 5001 Aarau;
- **Foser AG**, Karlihof 7, 7208 Malans,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Franz Hoffet und/oder Rechtsanwältin Carola Winzeler,
Homburger AG, Prime Tower, Hardstrasse 201, 8005 Zürich;
- **Hew AG Bauunternehmung Chur**, Maienweg 4, 7000 Chur,
vertreten durch Rechtsanwalt Marquard Christen und/oder Rechtsanwalt Fabian Martens,
CMS von Erlach Poncet AG, Dreikönigstrasse 7, Postfach, 8022 Zürich;
- **Hüppi AG**, Widenholzstrasse 1, 8304 Wallisellen,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Thomas Stäheli, Roesle Frick & Partner,
Churerstrasse 135, Postfach 228, 8808 Pfäffikon SZ;
- **Implenia Schweiz AG**, Industriestrasse 24, 8305 Dietlikon,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Marcel Meinhardt und/oder Rechtsanwalt Ueli Weber,
Lenz & Staehelin, Brandschenkestrasse 24, 8027 Zürich;
- **KIBAG Bauleistungen AG**, Seestrasse 404, 8038 Zürich,
vertreten durch [Rechtsanwalt Dr. Jürg Borer, Borer Rechtsanwälte AG, Olgastrasse 6,
8001 Zürich];
- **Lazzarini AG**, Cho d'Punt 11, 7503 Samedan,
vertreten durch Rechtsanwalt Andreas Amstutz, Amstutz Greuter Rechtsanwälte, Hal-
lerstrasse 6, Postfach 5122, 3001 Bern;

- **Schlub AG**, Raschärenstrasse 33, 7000 Chur,
- **Schlub AG Nordbünden**, Raschärenstrasse 33, 7000 Chur,
- **Schlub AG Südbünden**, Via da Spultri 276, 7742 Poschiavo,
alle drei vertreten durch Rechtsanwalt Jon Andri Moder und/oder Rechtsanwalt Henri Zegg, Vincenz & Partner, Masanserstrasse 40, 7000 Chur;
- **Toldo Strassen- und Tiefbau AG**, Arinstrasse 2, 9475 Sevelen,
- **Toldo Strassen- und Tiefbau AG Landquart**, Ringstrasse, 7302 Landquart,
beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Christian Wind, Bratschi AG, Bahnhofstrasse 70, Postfach, 8021 Zürich;
- **Walo Bertschinger AG Chur**, Raschärenstrasse 21, 7004 Chur,
- **Walo Bertschinger Central AG**, Heimstrasse 1, 8953 Dietikon,
- **Walo Bertschinger Holding AG**, Obere Zäune 24, 8001 Zürich,
alle drei vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Mani Reinert, Bär & Karrer AG, Brandschenkestrasse 90, 8027 Zürich;
- **ZINDEL GRUPPE AG**, c/o Zindel AG, Felsenaustrasse 47, 7000 Chur,
- **METTLER PRADER AG**, Felsenaustrasse 47, 7000 Chur,
beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Reto Jacobs und/oder Rechtsanwalt Dr. Daniel Zimmerli, Walder Wyss AG, Seefeldstrasse 123, Postfach 1236, 8034 Zürich.

Wettbewerbskommission

Prof. Dr. Andreas Heinemann
Präsident

Prof. Dr. Patrik Ducrey
Direktor

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen.