



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

2020/4a

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:
CHF 30.-
Preis Jahresabonnement:
CHF 120.- Schweiz
CHF 120.- Ausland (portofrei)
(Form: 727.000.20/4a)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la
concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Diffusion:
OFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

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

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della
concorrenza
CH-3003 Berna
(Editore)

Distribuzione:
UFCL
Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

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

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

2020/4a

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

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

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

Januar/janvier/gennaio 2021

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

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

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

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

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

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

B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
1.	Vorabklärung Enquêtes préalables Inchieste preliminari	
	1. SwissZinc AG	1541
	2. [Lieferkonditionen eines Getränkeherstellers]	1575
	3. Service Après-Vente für Uhren	1603
3.	Stellungnahmen Préavis Preavvisi	
	1. Wiederaufnahme SFL-Fussballsaison 2019/20	1628
4.	Beratungen Conseils Consulenze	
	1. Verkauf [eines Unternehmensteils]	1656
	2. Einzelfasermanagement	1659
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
	1. Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II	1661
	2. Bauleistungen Graubünden	1721
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	1854
	Index (deutsch, français e italiano)	1856

B Verwaltungsverfahrenliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa

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

B 1	1. Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	1. SwissZinc AG

Schlussbericht vom 25. August 2020 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend: SwissZinc AG wegen potentiell unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 KG und des potentiellen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG

A Verfahren

A.1 Gegenstand des Verfahrens

1. Die SwissZinc AG beabsichtigt, eine Aufbereitungsanlage zu bauen und zu betreiben: Die SwissZinc-Anlage. In dieser Anlage sollen Metalle, vor allem Zink, aus aufbereiteten Rückständen verbrannter Abfälle gewonnen werden. Das zurückgewonnene Zink will die SwissZinc AG anschliessend auf dem internationalen Metallmarkt zu marktüblichen Konditionen absetzen.

2. Gemäss dem vorliegenden Projekt soll möglichst die Gesamtheit aller relevanten Rückstände verbrannter und aufbereiteter Abfälle der 30 in der Schweiz betriebenen Kehrrechtverbrennungsanlagen (KVA) der SwissZinc-Anlage geliefert und dort verarbeitet werden. Die SwissZinc AG plant, nach Möglichkeit alle KVA als Aktionärinnen oder Gönnerinnen zu gewinnen (vgl. zum Projekt unten B.2, Rz 15 ff.). Die SwissZinc AG würde dadurch bei der Metallrückgewinnung aus aufbereiteten Rückständen verbrannter Abfälle eine sehr starke Marktstellung erreichen.

3. Die Vorabklärung zielt darauf ab, die Wettbewerbsrechtskonformität des SwissZinc-Projektes zu beurteilen und der SwissZinc AG Anregungen im Sinne von Art. 26 Abs. 2 KG zur allfälligen wettbewerbskonformen Durchführung ihres Projektes zu unterbreiten. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) klärte ab, ob die Realisierung des Projektes in der jetzigen Form zu Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne der Art. 5 (Abs. 3, 4) KG und 7 KG führen könnte.

A.2 Verfahrensadressatin

4. Die Mitglieder des Verbands der Betreiber Schweizerischer Abfallverwertungsanlagen (VBSA)¹ beauftragten

2016 den Verband, die SwissZinc AG zu schaffen. Dem Verband gehören Kaderleute und Betreiber von Abfallanlagen an. Praktisch alle Anlagen, welche Siedlungsabfälle verarbeiten, sind im Verband vertreten. Zusätzlich zählen auch Spezial- und Sonderabfallbetreiber zu den Mitgliedern.² Rund 45 % der Mitgliederbetriebe sind privatwirtschaftliche Unternehmen. Etwa 55 % sind Zweckverbände oder Kapitalgesellschaften, die ganz oder mehrheitlich im Besitz der öffentlichen Hand sind.³

5. Am 4. November 2016 schuf der VBSA die SwissZinc AG als Alleinaktionär.⁴ Die SwissZinc AG erarbeitete das Projekt, welches Gegenstand dieses Verfahrens ist. Sie ist die Adressatin der vorliegenden Vorabklärung.

A.3 Verfahrensgeschichte

6. Vertreter der SwissZinc AG stellten am 22. Januar 2019 das vorliegend zu beurteilende Projekt zwei Mitarbeitern des Sekretariats vor. Die SwissZinc AG reichte schliesslich am 2. Mai 2019 eine erste Fassung einer Meldung im Sinne von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG ein. Am 22. Mai 2019 erklärte das Sekretariat die Meldung für unvollständig und stellte der SwissZinc AG eine Reihe von Fragen zur Beantwortung zu. Die Antworten der SwissZinc AG gingen am 3. Juni 2019 beim Sekretariat ein. Das Sekretariat zeigte mit Schreiben vom 17. Juni 2019 die Vollständigkeit der Meldung an.

7. Die von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG vorgesehene Frist von fünf Monaten zur Mitteilung der Eröffnung eines allfälligen Verfahrens nach den Art. 26–30 KG begann am 4. Juni 2019 zu laufen. Das Fristenende war dementsprechend der 3. November 2019. Nach Rücksprache mit der SwissZinc AG entschied das Sekretariat

¹ Association suisse des exploitants d'installations de traitement des déchets (ASED), Associazione svizzera dei dirigenti e gestori di impianti di trattamento dei rifiuti (ASIR).

² <https://vbsa.ch/verband/ueber-uns/> (12.8.2019).

³ <https://vbsa.ch/verband/ueber-uns/> (12.8.2019).

⁴ Act. II.6, Präambel, Bst. C.

innerhalb der fünfmonatigen Frist am 8. Oktober 2019, ein Verfahren im Sinne von Art. 26 KG zu eröffnen. Das Sekretariat informierte die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) über die Verfahrenseröffnung in der Plenarsitzung vom 21. Oktober 2019 und die SwissZinc AG am 29. Oktober 2019.⁵

8. In der Folge führte das Sekretariat sieben Einvernahmen mit Unternehmen, welche auf die Verwertung von Sonderabfällen spezialisiert sind⁶, mit Betreibern von Kehrverbrennungsanlagen⁷ und der SwissZinc AG⁸ durch. Das Sekretariat informierte sich zudem anlässlich eines protokollierten Treffens mit dem Bundesamt für Umwelt (BAFU) über den Stand der Gesetzgebung, das SwissZinc-Projekt und umwelttechnische Belange.⁹ Darüber hinaus führte das Sekretariat einen Augenschein am vorgesehenen Standort der SwissZinc-Anlage bei der KEBAG AG in Zuchwil im Kanton Solothurn durch.¹⁰ Schliesslich stellte das Sekretariat eine Zusammenfassung seiner Untersuchungsergebnisse der SwissZinc AG vorab zu¹¹ und präsentierte seine Anregungen der SwissZinc AG aufgrund der Pandemie anlässlich einer protokollierten Telefonkonferenz. Dabei hörte es die Standpunkte der SwissZinc AG an und passte daraufhin seine Anregungen soweit möglich und rechtskonform an. Am 27. April 2020 versandte das Sekretariat die endgültige Fassung der Anregungen und eine summarische Begründung an die SwissZinc AG. Der vorliegende Schlussbericht vom 29. September 2020 begründet diese bereits mitgeteilten Anregungen ausführlich, ändert daran aber nichts.

B Sachverhalt

B.1 Rechtlicher und faktischer Hintergrund des SwissZinc-Projekts

9. Die Hauptaufgabe der KVA besteht darin, brennbare, nicht verwertbare Haus-, Gewerbe- und Industrieabfälle zu entsorgen. Bei der Verbrennung dieser Abfälle entsteht ein Rauchgas, aus welchem im Reinigungsprozess ein pulverförmiger Rauchgasrückstand abgeschieden wird, die sogenannte Flugasche.¹²

10. Die revidierte Verordnung über die Vermeidung und die Entsorgung von Abfällen (Abfallverordnung, VVEA)¹³ verpflichtet die KVA, ab 1. Januar 2021 Metalle aus dieser Flugasche zurückzugewinnen (Art. 32 Abs. 2 Bst. g VVEA i.V.m. Art. 54 Abs. 3 VVEA). Dies hat zur Folge, dass die Entsorgung von Flugasche auf Deponien ab dem 1. Januar 2021 nicht mehr zulässig ist. Dies betrifft rund 43 % der gesamten Schweizer Flugasche (vgl. Rz 43).¹⁴ Den betroffenen KVA stehen daher zwei Möglichkeiten offen: Entweder gewinnen sie die Metalle aus der von ihnen produzierten Flugasche in Zukunft selber zurück oder sie beauftragen Dritte damit.

11. Zurzeit stehen den Schweizer KVA die nachfolgenden Wege zur Verfügung, um sich ab dem 1. Januar 2021 bei der Entsorgung von Flugasche gesetzeskonform zu verhalten:

- Erstens können die KVA ihre Flugasche an die KVA KEBAG in Zuchwil (SO) liefern. Sie betreibt ein sogenanntes Flugaschen-Recycling (FLUREC), indem sie Zink direkt aus der Flugasche gewinnt.

- Zweitens können KVA ihre Flugasche einer sauren Flugaschenwäsche (FLUWA) unterziehen. Diejenigen KVA, die über eine eigene entsprechende FLUWA-Anlage verfügen (nachfolgend: FLUWA-KVA), führen diese saure Wäsche selbst durch. KVA, die über keine solche FLUWA-Anlage verfügen, liefern ihre Flugasche an eine FLUWA-KVA. Den aus der FLUWA resultierenden Hydroxidschlamm exportieren auf Sonderabfall spezialisierte Unternehmen (Chiresa AG, Spaltag AG, Air Mercury AG, Sovag Veolia) an Anlagen im Ausland, die das Metall aus den Hydroxidschlämmen zurückgewinnen.¹⁵

12. Das Umweltgesetz statuiert das Verursacherprinzip. Entsprechend trägt derjenige, der Massnahmen nach dem Umweltschutzgesetz verursacht, die Kosten dafür (Art. 2 USG). Die Entsorgung von Flugasche respektive Hydroxidschlamm ist eine solche Massnahme (Art. 2 USG i.V.m. Abfallverordnung VVEA), weshalb die Kosten dafür von den KVA zu tragen sind. Die KVA können diese Kosten für die Entsorgung ihrer Flugasche bzw. ihrer Hydroxidschlämme z. B. über höhere Verbrennungspreise auf die Nachfrager der Verbrennung von Abfällen überwälzen.

13. Sowohl die Flugasche als auch die Hydroxidschlämme stellen Sonderabfälle dar (Art. 30 Abs. 1 USG i.V.m. Art. 3 Bst. c VVEA und Art. 2 VeVA¹⁶). Der Verkehr mit Sonderabfällen ist bewilligungspflichtig. Das BAFU ist für die Bewilligungen des Exports von Sonderabfällen zuständig (Art. 30f Abs. 2 Bst. c USG),¹⁷ die Kantone für die Einfuhr und den inländischen Verkehr von Sonderabfällen (Art. 30f Abs. 2 Bst. b und d i.V.m. Art. 8 Abs. 1 VeVA).

14. Das zu beurteilende SwissZinc-Projekt ist vor dem Hintergrund dieser neuen gesetzlichen Metallrückgewinnungspflicht entstanden und wird nachfolgend dargestellt.

⁵ Act. I.12.

⁶ Act. III.2; Act. III.5.

⁷ Act. III.3; Act. III.6; Act. III.7.

⁸ Act. III.1; Act. III.8.

⁹ Act. I.32.

¹⁰ Act. III.4.

¹¹ Act I.48.

¹² Act. II.8, 2; Bemerkung: In der Widerspruchsmeldung an die Wettbewerbsbehörden werden die Begriffe Flugasche und Filterasche als Synonyme gebraucht, wobei hauptsächlich der Begriff Flugasche verwendet wird. Der Einheitlichkeit halber wird im vorliegenden Bericht nur der Begriff «Flugasche» verwendet.

¹³ Verordnung über die Vermeidung und die Entsorgung von Abfällen (Abfallverordnung, VVEA) vom 4. Dezember 2015, SR 814.600.

¹⁴ Act. II.1, S. 11.

¹⁵ Act. II.8, 4 i.V.m. 7.

¹⁶ Verordnung über den Verkehr mit Abfällen (VeVA) vom 22. Juni 2005, SR 814.610; gestützt auf Art. 2 VeVA erliess das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) die Verordnung des UVEK über Listen zum Verkehr mit Abfällen vom 18. Oktober 2005, SR 814.610.1.

¹⁷ Act. II.8, 6.

B.2 Das zu beurteilende Projekt

B.2.1 Zweck

15. Der Gesellschaftszweck der SwissZinc AG besteht darin, eine gemeinsame Aufbereitungsanlage zur Rückgewinnung von hochreinem Zink und anderen Wertstoffen¹⁸ zu planen, zu bauen und zu betreiben: die SwissZinc-Anlage. Das primäre Ziel der SwissZinc-Anlage liegt in der Entgegennahme von Hydroxidschlamm, um daraus Metall, insbesondere Zink, zurückzugewinnen.¹⁹

16. Als Standort der SwissZinc-Anlage ist die KEBAG AG in Zuchwil im Kanton Solothurn vorgesehen. Die KEBAG AG ist die zweitgrösste KVA der Schweiz.²⁰ Ferner bezweckt die SwissZinc AG, Dienstleistungen zur Optimierung der Behandlung von Flugaschen, der Analytik und dergleichen zu erbringen.²¹ Nebst der Rückgewinnung der Metalle beabsichtigt die SwissZinc AG, das zurückgewonnene, hochreine Zink auf dem internationalen Metallmarkt abzusetzen.

B.2.2 Beteiligte, Beteiligungsform sowie vorgesehene Verpflichtungen und Rechte der Beteiligten

17. Möglichst alle der 30 in der Schweiz betriebenen KVA sollen sich als Aktionärinnen oder Gönnerinnen an der SwissZinc AG beteiligen und zugleich Kundinnen der SwissZinc AG werden. Nur öffentlich-rechtliche KVA können sich an der SwissZinc AG beteiligen.²² Folgende Beteiligungsformen sind vorgesehen:

- FLUWA-KVA produzieren Hydroxidschlämme und würden die SwissZinc AG direkt damit beliefern. Sie können sich nur als Aktionärinnen an der SwissZinc AG beteiligen.²³ Zu diesem Zweck müssen sie den von der SwissZinc AG aufgestellten Aktionärsbindungsvertrag und eine Beitrittserklärung unterzeichnen. Die Beitrittserklärung ist unwiderruflich und verpflichtet die KVA, im Zeitpunkt der initialen Kapitalerhöhung der SwissZinc AG 50 % ihrer Aktien zu liberieren.²⁴
- KVA, die selbst keine Hydroxidschlämme produzieren, können Gönnerinnen oder Aktionärinnen der SwissZinc AG werden. Diese KVA liefern die durch die Kehrichtverbrennung produzierte Flugasche zuerst an eine FLUWA-KVA, die die FLUWA vornimmt und die produzierten Hydroxidschlämme an die SwissZinc AG liefert.²⁵ Um Gönnerin zu werden, müssen die KVA einen Gönnervertrag unterzeichnen und einen Gönnerbeitrag einzahlen.²⁶ Der Gönnerbeitrag wird «à fonds perdu» geleistet. Das bedeutet, die SwissZinc AG bezahlt den einbezahlten Beitrag der Gönnerin nicht zurück. Der Gönnerbeitrag wird auch nicht verzinst.²⁷

18. Die Beteiligung der FLUWA-KVA als Aktionärinnen bietet gemäss der SwissZinc AG den Vorteil, dass es sich bei der Lieferung der Hydroxidschlämme an die SwissZinc AG um sogenannte «in-house-Lieferungen» handle. Der Transport von «in-house-Lieferungen» müsse nicht von den einzelnen KVA öffentlich ausgeschrieben werden.²⁸ Vielmehr genüge eine einzige öffentliche Ausschreibung der SwissZinc AG für den Transport sämtlicher Hydroxidschlämme von den FLUWA-Anlagen (Aktionärinnen) an die SwissZinc-Anlage. Ob diese Pro-

jektannahme in beschaffungsrechtlicher Hinsicht zutrifft, ist nicht Gegenstand der Vorabklärung des Sekretariats.

19. Zur Deckung der gesamten Transportkosten gelangt ein Kostenausgleich zur Anwendung. Das bedeutet, dass alle Aktionärinnen und Gönnerinnen unabhängig von der Transportdistanz und der Trockensubstanz des transportierten Hydroxidschlammes den gleichen Transportpreis bezahlen.²⁹ Der einheitliche Transportkostenpreis soll vom Verwaltungsrat festgelegt werden.³⁰

20. Jede KVA, die über eine FLUWA-Anlage verfügt und regelmässig Flugasche im Auftrag anderer KVA annimmt und behandelt, hat ein Anrecht auf einen Sitz im Verwaltungsrat. Die Mitglieder des Verwaltungsrats werden für die Dauer von einem Jahr von der Generalversammlung gewählt und sind wiederwählbar.³¹ Bei Wahlen gilt das absolute Mehr der vertretenen Aktienstimmen, im Falle eines zweiten Wahlgangs das relative Mehr und bei Stimmengleichheit das Los. Die Wahlen finden grundsätzlich offen statt.³²

21. Die SwissZinc AG ist verpflichtet, alle an die Gesellschaft gelieferten Hydroxidschlämme anzunehmen und gesetzeskonform zu verwerten oder im Notfall verwerten zu lassen.³³ Die Annahmepflicht besteht unabhängig von der Qualität der gelieferten Hydroxidschlämme. Bei nichtbeteiligten Unternehmen könnte die mindere Qualität von Hydroxidschlämmen zu Preisauflagen führen.³⁴

22. Graphisch lässt sich das gemeldete Vorhaben folgendermassen darstellen:

¹⁸ Bei der Aufbereitung von Hydroxidschlamm in der SwissZinc AG entstehen neben hochreinem Zink zusätzlich Zementat sowie zwei Rückstände aus der Laugung und der Abwasserbehandlung. Das Zementat und der Abwasserrückstand können stofflich verwertet werden. Der Rückstand aus der Laugung wird analog zur sauer gewaschenen Flugasche deponiert (vgl. Projektbeschrieb, Act. II.4, 11).

¹⁹ Act. II.8, 8.

²⁰ <https://www.kebag.ch/> (13.8.2019).

²¹ Act. II.6, Präambel Bst. C; Act. II.5, Art. 2 Abs. 3 f.

²² Act. II.5, Art. 6 Abs. 2 Ziff. 1 Bst. b.

²³ Act. II.4, 2.

²⁴ Act. II.6, Anhang 1.

²⁵ Act. II.4, 2.

²⁶ Act. II.6, Bst. G; Act. II.7, Bst. G.

²⁷ Act. II.7, 4.3 Abs. 1.

²⁸ Act. II.4, 2.

²⁹ Act. II.6, Punkt 6 Abs. 3; Act. II.7, Punkt 5.

³⁰ Act. II.5, Art. 20 Abs. 1 Ziff. 8.

³¹ Act. II.5, Art. 16 Abs. 2 und 3.

³² Act. II.5, Art. 15 Abs. 1 bis 3.

³³ Act. II.3, Punkt 5; Act. II.7, Punkt 5.

³⁴ Act. III.8, Zeilen 195 ff.

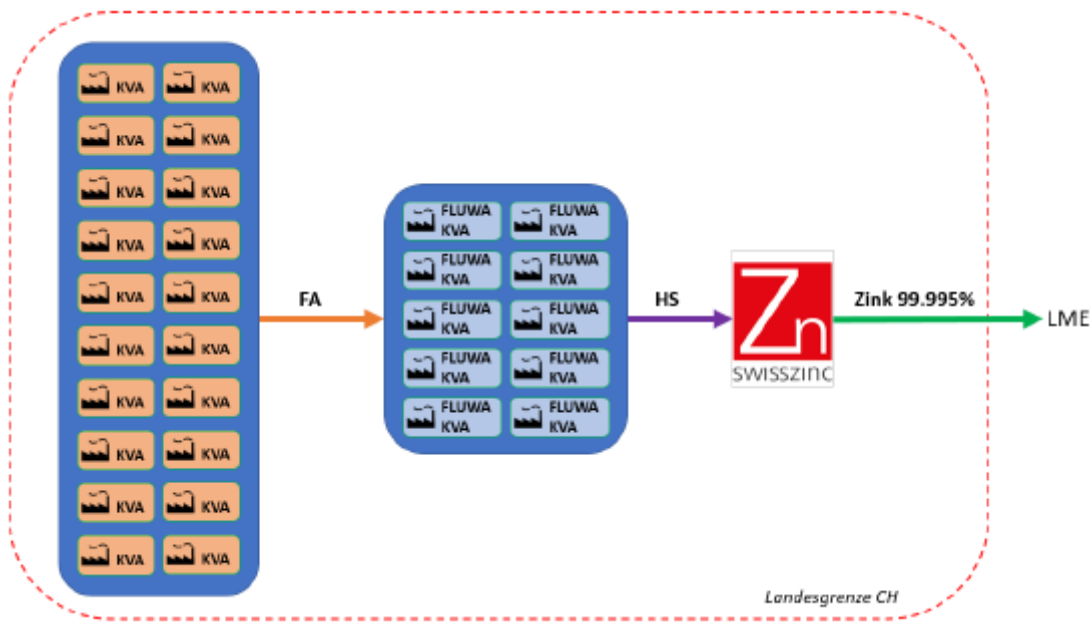


Abbildung 1: Angestrebte Marktsituation der SwissZinc AG nach Inbetriebnahme der gemeinsamen Rückgewinnungsanlage im Jahr 2025, Abkürzungen: KVA: Kehrichtverbrennungsanlage; FLUWA-KVA: KVA, die Filterasche (= Flugasche) zu Hydroxidschlamm aufbereiten; FA: Filterasche; HS: Hydroxidschlamm; LME: London Metal Exchange (stellvertretend für int. Metallmarkt) (Quelle: Act. II.8, 8).

B.2.3 Vorgesehene Finanzierung und damit zusammenhängende Verpflichtungen

B.2.3.1 Gate Fee und Zinkverkäufe

23. Die SwissZinc AG will den KVA eine kostendeckende Verwertungsgebühr (nachfolgend: Gate Fee) verrechnen, die für alle Gönnerinnen und Aktionärinnen gleich hoch ausfällt.³⁵ Die Gate Fee für nicht an der SwissZinc AG beteiligte Unternehmen ist höher als diejenige für beteiligte KVA.³⁶ Die Betriebskosten der SwissZinc-Anlage sollen einerseits durch Zink-Verkäufe und andererseits durch die Gate Fee gedeckt werden.³⁷ Die SwissZinc AG ist nicht gewinnorientiert und schüttet keine Dividenden aus.³⁸ Sollte ein Jahresgewinn resultieren, beabsichtigt die SwissZinc AG jedoch, den Betrag nach Bildung der gesetzlichen Reserven zur Senkung der einheitlichen Gate Fee einzusetzen.³⁹ Auf diese Weise erhalten die Aktionärinnen zwar keine Dividenden ausbezahlt, profitieren aber vom Gesellschaftsgewinn durch tiefere Entsorgungskosten. Die Gate Fee soll vom Verwaltungsrat der SwissZinc AG festgelegt werden.⁴⁰

B.2.3.2 Eigenkapital, zinsloses Darlehen und Kapitalmarkt

24. Das Eigenkapital der SwissZinc AG besteht aus Aktienkapital und Gönnerbeiträgen und muss gemäss Aktionärsbindungsvertrag zur Sicherstellung der Finanzierung mindestens 13 Millionen Franken betragen.⁴¹ Dies entspricht rund 81 % der massgebenden Abfallmenge gemäss Anhang 2 des Aktionärsbindungsvertrags.⁴² Diese 81 % weichen von der Angabe der SwissZinc AG in der Widerspruchsmeldung ab, wonach das Projekt nur realisiert werden kann, wenn ausreichend Inhaberinnen von KVA sich beteiligen, so dass [75-95] % der jährlich anfallenden Hydroxidschlämme (entspricht 7 500 t) an die SwissZinc-Anlage geliefert

werden müssen.⁴³ Die Beteiligungshöhe der Aktionärinnen am Aktienkapital richtet sich nach der von jeder KVA verbrannten Abfallmenge im Referenzjahr 2017.⁴⁴ Die Höhe der Gönnerbeiträge ist ebenfalls proportional zur verbrannten Abfallmenge.⁴⁵ Die SwissZinc AG erhält schliesslich ein zinsloses Darlehen des Bundes in der Höhe von max. 3 Millionen Franken. Das Darlehen ist innert 10 Jahren zurückzuzahlen.⁴⁶ Die SwissZinc AG plant, weitere 53 Millionen Franken zur Finanzierung des Vorhabens auf dem Kapitalmarkt zu besorgen.⁴⁷

B.2.3.3 Exklusivlieferverträge und Konkurrenzverbot

25. Um die Auslastung der SwissZinc AG sicherzustellen, werden die KVA mittels Gönnervertrag oder Aktionärsbindungsvertrag verpflichtet, «den aus der Behandlung ihrer Filterasche anfallenden Hydroxidschlamm exklusiv an die Gesellschaft zu liefern bzw. liefern zu lassen und über diese gemäss den jeweils geltenden

³⁵ Act. II.4, 3.

³⁶ Act. III.8, Zeilen 188 ff.

³⁷ Act. II.1, 7.

³⁸ Act. II.5, Art. 2 Abs. 3.

³⁹ Act. II.6, 15 Abs. 1.

⁴⁰ Act. II.5, Art. 20 Abs. 1 Ziff. 9.

⁴¹ Act. II.6, Bst. H.

⁴² Act. II.3, Anhang 2. Sofern sämtliche 30 KVA Aktionärinnen der SwissZinc AG werden, beträgt das Aktienkapital gemäss Beilage 2 15 992 000 Franken. Da sich der Aktienanteil nach der produzierten Abfallmenge richtet, lässt sich daraus ableiten, welcher prozentuale Anteil der Abfallmenge in 13 Millionen Franken enthalten sind.

⁴³ Act. II.8, 9; vgl. auch Act. II.6, Art. 16.1; Act. II.7, Anhang 1.

⁴⁴ Act. II.6, Bst. K.

⁴⁵ Act. II.7, Bst. G Abs. 2.

⁴⁶ Act. I.28, 4, 7; Act. II.8, 10.

⁴⁷ Act. II.4, 2.

gesetzlichen Vorgaben verwerten zu lassen.» Diese Verpflichtung gilt während mindestens 15 Jahren ab Inbetriebnahme der SwissZinc-Anlage.⁴⁸ Gemäss Aussagen der SwissZinc AG können an der SwissZinc AG beteiligte KVA ihre Flugasche auch in einer FLUWA-Anlage waschen lassen, die nicht an der SwissZinc AG beteiligt ist. Diese FLUWA-Anlage braucht auch nicht im Eigentum der öffentlichen Hand zu stehen.⁴⁹

26. Der Aktionärsbindungsvertrag und der Gönnervertrag können mit einer Kündigungsfrist von 24 Monaten gekündigt werden, jedoch erstmals nach Ablauf von 15 Jahren ab Inbetriebnahme der Anlage. Die Dauer verlängert sich automatisch bis zum nächsten Kalenderjahresende.⁵⁰ Die Dauer von 15 Jahren entspricht der Abschreibungsdauer der Anlage und der Dauer der Rückzahlung von Fremdmitteln.⁵¹

27. Rechte und Pflichten der Aktionärinnen aus dem Aktionärsbindungsvertrag können nur mit schriftlicher Zustimmung sämtlicher anderer Aktionärinnen an Dritte übertragen oder abgetreten werden.⁵² Zudem enthalten sowohl der Aktionärsbindungsvertrag als auch der Gönnervertrag Konkurrenzverbote während der Vertragsdauer. Konkret verpflichten sich die Aktionärinnen und die Gönnerinnen während 15 Jahren keine Tätigkeit auszuüben, die den Interessen der SwissZinc AG zuwiderläuft. Die Pflicht erstreckt sich auch auf allfällige von den Aktionärinnen bzw. den Gönnerinnen beherrschte Gesellschaften.⁵³

B.3 Marktverhältnisse

B.3.1 Einleitung

28. Zur Beurteilung der wettbewerbsrelevanten Auswirkungen des gemeldeten Vorhabens sind das Wettbewerbsumfeld und die Funktionsweise des vorliegend betroffenen Marktes, sowie der vorgelagerten und nachgelagerten Märkte zu analysieren. Folgende Märkte sind von Relevanz:

- Der Markt für die Verbrennung von Siedlungsabfällen: Aus der Verbrennung von Siedlungsabfällen resultiert Flugasche, welche das Ausgangsprodukt für die Metallrückgewinnung darstellt. Die Schweizer KVA sind auf diesem Markt in einer gesetzungsbedingten Monopolstellung, so dass es auf diesem Markt keinen relevanten Wettbewerb zwischen den KVA gibt (dazu B.3.2.1, Rz 30 f.).
- Der Markt für die Verbrennung von Marktkehrricht: Für die Verbrennung von Abfällen von Grossunternehmen verfügen die KVA über kein gesetzliches Monopol. Auf diesem Markt stehen die KVA potentiell im Wettbewerb zueinander (dazu B.3.2.2, Rz 32 f.).
- Der Markt für die Entsorgung von Flugasche respektive Hydroxidschlamm: Die gesetzeskonforme Entsorgung von Flugasche kann sowohl direkt, ohne die Zwischenetappe der Produktion von Hydroxidschlamm, als auch indirekt, per saurer Flugaschenwäsche, stattfinden (dazu B.3.3, Rz 34 ff.).
- Der Markt für die Produktion von Hydroxidschlamm: Hydroxidschlamm entsteht aus dem Verfahren der sauren Flugaschenwäsche. Sofern die Flugasche nicht direkt entsorgt wird (z. B. mittels des FLUREC-Verfahren), wird die Flugasche zwingend in einer

FLUWA-Anlage zu Hydroxidschlamm verarbeitet, um so entsorgt zu werden (dazu B.3.4, Rz 49 ff.).

- Der Markt für den Transport: Die aus der Verbrennung von Siedlungsabfällen oder Marktkehrricht entstandene Flugasche sowie der aus der sauren Flugaschenwäsche gewonnene Hydroxidschlamm werden von einem Transportunternehmen in eine FLUWA-Anlage, die SwissZinc-Anlage oder ins Ausland transportiert (dazu B.3.5, Rz 59 ff.).
- Der Markt für den Verkauf von Zink: die SwissZinc AG beabsichtigt Zink gewinnbringend auf dem Weltmarkt zu verkaufen (dazu B.3.6, Rz 62 ff.).

B.3.2 Markt für Verbrennung von Abfällen

29. Die 30 Schweizer KVA verbrennen jährlich ca. 4 Mio. Tonnen Abfall aus Haushalten und Gewerbe. Aus der Verbrennung entstehen ca. 80 000 t Flugasche.⁵⁴

B.3.2.1 Markt für Verbrennung von Siedlungsabfällen

30. Die Entsorgung von Siedlungsabfällen liegt in der Schweiz im Monopolbereich und steht in der Kompetenz der Kantone.⁵⁵ Die Kantone kümmern sich um die Abfallplanung, die Entsorgung und legen die Einzugsgebiete fest. Das heisst, dass die KVA auf diesem Markt in keinem freien Wettbewerb zueinanderstehen.

31. Als Siedlungsabfälle gelten alle aus Haushalten stammende Abfälle und solche Abfälle, die aus Klein- und Mittelunternehmen (weniger als 250 Vollzeitstellen) stammen.⁵⁶

B.3.2.2 Markt für Verbrennung von Marktkehrricht

32. Grössere Unternehmen oder die Filialen solcher Grossunternehmen⁵⁷ können frei wählen, bei welcher KVA sie ihren Abfall entsorgen. Sie sind bei der Entsorgung ihres Abfalls nicht an ein Einzugsgebiet gebunden und können nach freier Wahl auf dem freien Markt entsorgen. Für die Entsorgung dieser Abfälle durch die KVA besteht kein gesetzliches Monopol.

33. Auf diesem Markt sind die KVA somit in Konkurrenz zueinander und können z. B. durch kompetitive Preise oder gute Konditionen in der Annahme des Abfalls die Kunden für sich gewinnen.⁵⁸

⁴⁸ Act. II.6, 4 Abs. 1 i.V.m. 16.2 und 16.3 Abs. 2; Act. II.7, 3 Abs. 2 i.V.m. 6 Abs. 2 und 6 Abs. 2.

⁴⁹ Act. III.8, Zeilen 128 ff.

⁵⁰ Act. II.6, 16.3 Abs. 2 und 3 sowie Act. II.7, 6.3 Abs. 2 und 3.

⁵¹ Act. II.4, 2.

⁵² Act. II.6, 17.3.

⁵³ Act. II.6, 2 Abs. 2; Act. II.7, 2 Abs. 2.

⁵⁴ Act. II.8, 4.

⁵⁵ Art. 31 und Art. 31b Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (Umweltschutzgesetz, USG, SR 814.01).

⁵⁶ Art. 3 Abs. a Verordnung über die Vermeidung und die Entsorgung von Abfällen vom 4. Dezember 2015 (Abfallverordnung, VVEA, SR 814.600).

⁵⁷ Siehe hierzu die Definition in Art. 3 Abs. b der VVEA.

⁵⁸ Act. III.6, 8, Zeilen 267 ff.; Act. III.7, 8, Zeilen 268 ff.

B.3.3 Markt für Entsorgung von Flugasche respektive Hydroxidschlamm

34. Um den Markt für die Entsorgung von Flugasche respektive Hydroxidschlamm näher zu bestimmen, wird in einem ersten Schritt das Angebot (dazu B.3.3.1, Rz 36 ff.) und die Nachfrage oder Marktgegenseite (dazu B.3.3.2, Rz 39 ff.) bestimmt. In einem zweiten Schritt wird die Kapazitätsausweitung (dazu B.3.3.3, Rz 43 ff.), sowie die Markteintritts- und Marktaustrittsschranken (dazu B.3.3.4, Rz 46 ff.) auf dem Markt für die Metallrückgewinnung aus Flugasche respektive Hydroxidschlamm aufgezeigt.

35. Da die revidierte VVEA vorsieht, dass ab 2021 eine obligatorische Metallrückgewinnung aus der Flugasche stattfinden muss (dazu Rz 10), wird fortan die Entsorgung von Flugasche ohne Metallrückgewinnung in Oberflächen- oder Untertagedeponien nicht berücksichtigt.

B.3.3.1 Angebot auf dem Markt für Entsorgung von Flugasche respektive Hydroxidschlamm

36. Zurzeit werden 57 % der Schweizer Flugasche zur Metallrückgewinnung behandelt (bezüglich der übrigen 43 %, vgl. Rz 43). Hierzu stehen in der Schweiz zwei Varianten zur Verfügung:

- i. Die erste Variante (blauer Entsorgungsweg in Abbildung 2) umfasst eine saure Flugaschenwäsche mit einem anschliessenden Export des Hydroxidschlammes zur weiteren Verarbeitung zu Zink ins Ausland.⁵⁹ Ungefähr 86 % der behandelten Schweizer Flugasche (dies entspricht ca. 49 % der in der Schweiz produzierten Flugasche) wird in einer der 10 FLUWA-KVA zu Hydroxidschlamm aufbereitet, bevor einer der vier in der Schweiz ansässigen Sonderabfallverwerter den Transport ins Ausland und die Organisation der Entsorgung für die FLUWA-KVA vornimmt (blau in der Abbildung 3): Die Spaltag AG und die Chiresa AG sind mit einem Marktanteil von [30-40] % respektive [30-40] % die grössten Wettbewerber auf dem Markt. Die Air Mercury AG verfügt über einen Marktanteil von [5-15] %, die Sovag Veolia über einen solchen von [0-5] %. Die Spaltag AG entsorgt die Schlämme anschliessend über das belgische Unternehmen Hydrometal S.A. oder die Norzinco GmbH in Goslar (Teil der Recylex Gruppe). Die Chiresa AG arbeitet mit dem Unternehmen Befesa zusammen, welche über mehrere Anlagen verfügt. Die Chiresa AG hat eine exklusive Bindung zu der Befesa-Anlage in Freiberg (Deutschland).⁶⁰
- ii. Die zweite Variante (grün/oranger Entsorgungsweg in Abbildung 2) ist das FLUREC-Verfahren, eine Weiterentwicklung des FLUWA-Verfahrens, das in der KVA in Zuchwil betrieben wird.⁶¹ Der gesamte Verwertungsprozess von der Flugasche bis zum Endprodukt (Zink) wird direkt in der KVA vollzogen. Rund 14 % der behandelten Flugasche werden im FLUREC-Verfahren aufbereitet (grün in der Abbildung 3). In diesem Verfahren erfolgt die Metallrückgewinnung direkt aus der Flugasche ohne den Zwischenschritt über die FLUWA. Das «Zwischenprodukt» Hydroxidschlamm fällt entsprechend nicht an. Neben der eigenen Flugasche behandelt die FLUREC-KVA in Zuchwil auch noch die Flugasche aus der KVA KEZO

in Hinwil. Beim FLUREC-Verfahren wird Zink als hochreines Metall mit einer Reinheit von über 99,99 % abgeschieden. Dieses kann auf dem internationalen und nationalen Markt für Zink verkauft werden.⁶²

37. Die SwissZinc AG wird auf diesem Markt für die Entsorgung von Hydroxidschlamm einsteigen. Somit wird die SwissZinc AG auf dem Markt für Metallrückgewinnung aus Flugasche respektive Hydroxidschlamm mit den in der Schweiz ansässigen Sonderabfallverwerter (Chiresa AG, Spaltag AG, Sovag Veolia und Air Mercury AG) in Wettbewerb stehen. Da das Projekt SwissZinc vorsieht die FLUREC-Anlage ausser Betrieb zu setzen, fällt die FLUREC-KVA als Wettbewerber der SwissZinc AG weg (vgl. Kapitel B.4.1, Rz 67 ff.). Es verblieben bei der Realisierung des Projekts lediglich die vier Schweizer Sonderabfallverwerter als mögliche Konkurrenten der SwissZinc-Anlage übrig.

38. Die aktuellen Anbieter und Nachfrager werden in Abbildung 2 und die aktuellen Marktverhältnisse in Abbildung 3 dargestellt.

⁵⁹ Act. II.4, 8.

⁶⁰ Act. III.5, 6, Zeile 185.

⁶¹ Act. II.8, 3.

⁶² Website der KEBAG, abrufbar unter: <https://www.kebag.ch/abfall-energie/flurec.html> (24.7.2019).

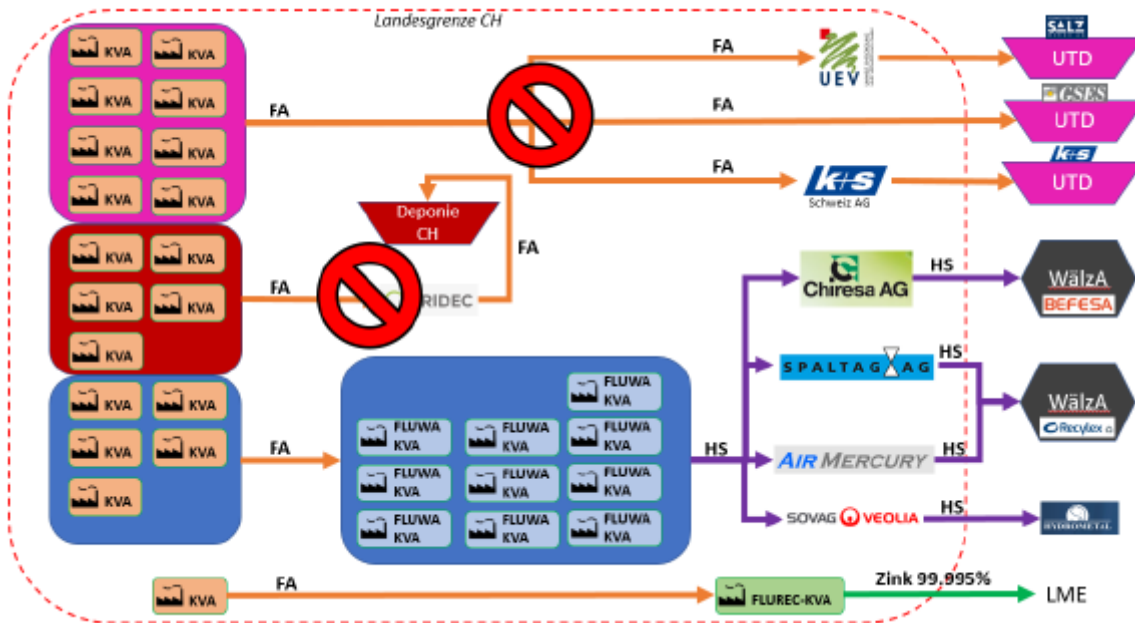


Abbildung 2: Aktuelle Anbieter und Nachfrager auf dem Markt für die Entsorgung von Flugasche (Quelle: Act. II.8, 7).

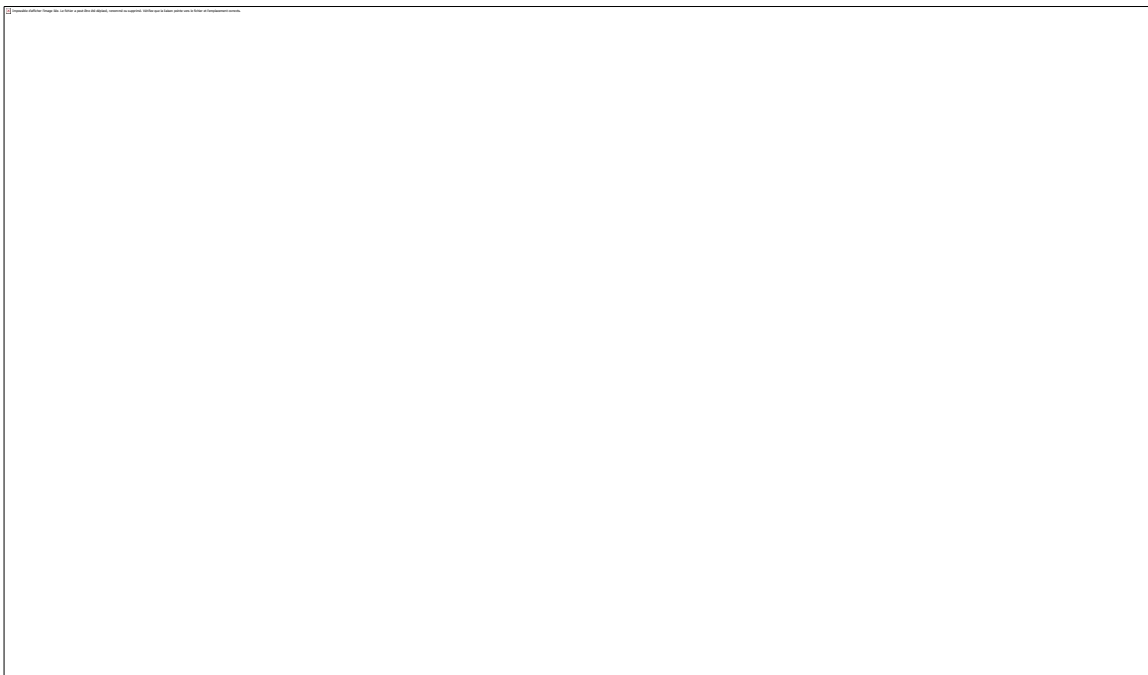


Abbildung 3: Aktuelle Marktverhältnisse auf dem Markt für die Metallrückgewinnung aus Schweizer Flugasche respektive Hydroxidschlamm (Eigene Darstellung).⁶³

B.3.3.2 Marktgegenseite

39. Auf der Marktgegenseite befinden sich die Unternehmen und KVA, die die Dienstleistung Metallrückgewinnung aus Flugasche respektive Hydroxidschlamm nachfragen. Da das FLUREC-Verfahren mit Inbetriebnahme der SwissZinc-Anlage eingestellt werden soll, wird diese Marktsituation nicht analysiert. Aus diesem Grund begrenzt sich die Analyse der Marktgegenseite auf den Entsorgungsweg des Exports ins Ausland und das neue SwissZinc-Verfahren.

⁶³ Eigene Berechnungen auf der Grundlage der Daten aus: SwissZinc AG Act. II.1, 11 sowie Act. II.4, 8.

40. Alle an der SwissZinc AG beteiligten KVA sind verpflichtet, den aus der Behandlung ihrer Flugasche anfallenden Hydroxidschlamm exklusiv an die SwissZinc AG zu liefern oder liefern zu lassen.⁶⁴ Somit sind alle 30 Schweizer KVA mögliche Kundinnen der SwissZinc AG und gehören damit zur Marktgegenseite.

41. Die Chiresa AG plant den Bau einer FLUWA-Anlage und könnte somit zusätzlich zu den KVA Teil der Marktgegenseite werden.⁶⁵ Damit wäre die Anlage der Chiresa AG voraussichtlich als einzige private FLUWA-Anlage in der Schweiz in Betrieb.⁶⁶ Die Chiresa AG kann den aus den an der SwissZinc AG beteiligten KVA stammenden Hydroxidschlamm an die SwissZinc-Anlage liefern. Auch eine Lieferung von Hydroxidschlamm, der aus KVA stammt, die nicht an der SwissZinc AG beteiligt sind, ist möglich. Bei der letzteren Option ist jedoch eine maximale Quote von 20 % des SwissZinc AG Umsatzes zu beachten: maximale 20 % des Umsatzes dürfen durch Aufträge von Nicht-Aktionärinnen ausgeführt werden.⁶⁷ Somit ist die Chiresa AG potentiell, wenn auch nur limitiert, auf der Marktgegenseite von der SwissZinc AG aktiv.

42. Es ist technisch möglich, dass die SwissZinc AG auch den Hydroxidschlamm aus der Galvanikindustrie annimmt. Allerdings sind die Kapazitäten der SwissZinc-Anlage nicht auf diesen Schlamm ausgelegt.⁶⁸

B.3.3.3 Steigende Nachfrage und Kapazitätsausweitung

43. Insgesamt dreizehn KVA entsorgen ihre Flugasche zurzeit unbehandelt in Deponien. 27 %⁶⁹ der gesamten Schweizer Flugasche (rosa Entsorgungsweg in Abbildung 2) wird in sogenannten Untertagedeponien in Deutschland endgelagert. Weitere 16 %⁷⁰ der gesamten Schweizer Flugasche (roter Entsorgungsweg in Abbildung 2) wird von der Cridac SA durch Zugabe von Zement verfestigt und in der Oberflächendeponie in Oulens (VD) abgelagert. Da ab dem 1. Januar 2021 die Metallrückgewinnung aus der Flugasche rechtlich vorgeschrieben ist, müssen diese 13 KVA neue Entsorgungswege finden. Die Nachfrage für die Dienstleistung der Entsorgung von Flugasche respektive Hydroxidschlamm mit Metallrückgewinnung wird somit um 43 % steigen.

44. Im FLUREC-Verfahren wurden im Jahr 2018 insgesamt 8 % der gesamten Schweizer Flugasche behandelt. Die Kapazität der FLUREC-Anlage in Zuchwil (SO) ist dadurch ausgelastet. Sie verfügt über keine frei bleibende zusätzliche Kapazität für die Behandlung von Flugasche aus zusätzlichen KVA.⁷¹ Zudem soll mit der Inbetriebnahme von der SwissZinc-Anlage der Betrieb bei der FLUREC-Anlage eingestellt werden.

45. Gemäss eigenen Angaben bietet die SwissZinc AG bei Inbetriebnahme ihrer Anlage im Jahr 2025 einen alternativen Entsorgungsweg für Hydroxidschlämme an. Die SwissZinc-Anlage soll so konzipiert sein, dass sie über ausreichend Kapazität verfüge, um sämtliche Schweizer Hydroxidschlämme anzunehmen und Metall daraus zurückzugewinnen.⁷²

B.3.3.4 Markteintrittsschranken

46. Der Aufbau und der Betrieb einer Metallrückgewinnungsanlage ist mit hohen Investitionskosten verbunden.

Die voraussichtlichen Kosten bei der SwissZinc-Anlage belaufen sich auf 69 Mio. Fr.⁷³ Die SwissZinc AG rechnet mit einer Abschreibungsdauer und Rückzahlung der Fremdfinanzierung von 15 Jahren für die Investitionskosten für den Bau der Anlage.⁷⁴

47. Anders sieht es aus, wenn ein Unternehmen die Metallrückgewinnung über den Transport in ausländische Wälzanlagen anbietet. In diesem Fall sind die Investitionskosten eher gering. Der Sonderabfallverwerter kümmert sich hier vor allem um die Logistik und kauft Dienstleistungen wie den Transport bei externen Anbietern ein.⁷⁵

48. Die Markteintrittsschranken würden sich jedoch auch für das Segment der Sonderabfallverwerter erheblich erhöhen, wenn die SwissZinc AG [75-95] % des Marktes für die Entsorgung von Hydroxidschlamm erreichen würden. In dem Falle würden die [5-25] % Restmarkt kaum Kapazität für einen zusätzlichen Sonderabfallverwerter bieten. Erst nach Ablauf der 15-Jahre Exklusivitätsdauer würden die Markteintrittsschranken wieder sinken.

B.3.4 Markt für Produktion von Hydroxidschlamm

49. Wie erwähnt (vgl. Rz 36), findet die Metallrückgewinnung aus Flugasche (Ausnahme FLUREC) über das Zwischenverfahren der FLUWA statt. Ab dem 1. Januar 2021 ist mit dem Inkrafttreten der neuen VVEA eine Ablagerung in Deponien des Typ C oder Untertagedeponien der Flugasche ohne vorherige Metallrückgewinnung nicht mehr möglich.

50. Das SwissZinc-Projekt sieht vor, dass die KVA ihre Flugasche zuerst sauer waschen müssen oder lassen müssen, bevor sie den daraus entstandenen Hydroxidschlamm an die SwissZinc AG liefern können.

B.3.4.1 Angebot und Nachfrage auf dem Markt für die Produktion von Hydroxidschlamm

51. Momentan gibt es in der Schweiz zehn FLUWA-Anlagen (vgl. Rz 36i). Diese werden allesamt von KVA betrieben, welche sowohl ihre eigene Flugasche als auch diejenige, die von den KVA ohne FLUWA-Anlage angeliefert werden, zu Hydroxidschlamm verarbeiten. Zudem sind zwei neue KVA-FLUWA-Anlagen und eine private FLUWA-Anlage in Planung. Die FLUWA-Anlagen stehen in Konkurrenz zueinander um die Flugasche von KVA ohne FLUWA-Anlage.⁷⁶

⁶⁴ Act. II.6, 4 Abs. 1 und Act. II.7, 3 Abs.2.

⁶⁵ Website der Chiresa AG unter Kompetenzen (Filterasche-Aufbereitung), abrufbar unter: <https://www.chiresa.ch/de/kompetenzen/teil-2/filterasche-aufbereitung.html> (4.9.2019).

⁶⁶ Vgl. Act. III.5, Zeile 264.

⁶⁷ Vgl. Act. III.8, Zeilen 132 ff. und Act. II.4, 35, Frage 5.

⁶⁸ Act. III.8, 5, Zeilen 177 ff.

⁶⁹ Act. II.1, 11.

⁷⁰ Act. II.1, 11.

⁷¹ Act. II.4, 1; Act. III.1, 2, Zeilen 36 f.

⁷² Act. II.8, 8.

⁷³ Act. II.4, 15.

⁷⁴ Act. II.4, 2.

⁷⁵ Siehe z. B. Act. III.5, 4, Zeilen 110 ff. oder Act. III.5, 6, Zeilen 176 ff.

⁷⁶ Act. III.3, 7, Zeilen 223 ff.

52. Einzig und allein die in der Schweiz ansässigen KVA fragen die Produktion von Hydroxidschlamm aus Filterasche, wie sie bei der Verbrennung aus Siedlungsabfällen oder Marktkehricht entsteht, nach.⁷⁷ Diese bilden folglich die Marktgegenseite.

B.3.4.2 Kapazitäten und steigende Nachfrage

53. Im Moment sind die Kapazitäten zur FLUWA eher knapp, so dass es vor allem darum geht «irgendwo unterzukommen».⁷⁸

54. Wie angemerkt (vgl. Rz 43), wird die Nachfrage für die Produktion von Hydroxidschlamm aufgrund der ab 2021 geltenden Pflicht Metalle aus der Flugasche zurückzugewinnen steigen. Da das FLUREC-Verfahren mit der Inbetriebnahme von der SwissZinc-Anlage ausser Betrieb genommen wird, steht den KVA nur noch die gesetzeskonforme Entsorgung über das Verfahren der FLUWA zur Verfügung. Alle KVA, die bis jetzt ihre Flugasche in Oberflächen oder Untertagedeponien entsorgt haben, müssen nun auf das FLUWA-Verfahren umschwenken. Dieser Anstieg in der Nachfrage beläuft sich auf 43 % der in der Schweiz produzierten Flugasche.

55. Die Gesamtkapazität zur Durchführung einer FLUWA in der Schweiz wird sich in naher Zukunft jedoch vergrössern. Die zwei KVA IWB Basel und die SATOM Monthey beabsichtigten den Bau von je einer neuen FLUWA-Anlage, was zu einer Kapazitätserweiterung von insgesamt etwa 20 000 t Flugasche pro Jahr führen wird. Die dritte KVA (Tridel Lausanne) plant mittelfristig ihre Kapazität um 5 600 t Flugasche pro Jahr auszubauen.⁷⁹ Zudem plant die Chiresa AG, wie bereits in Rz 41 erwähnt, den Bau einer FLUWA-Anlage und wird somit eine privatwirtschaftliche Alternative auf dem Markt anbieten. Die FLUWA-Anlage der Chiresa AG hat eine geschätzte Kapazität von 10 000 t Flugasche pro Jahr, wobei eine Erweiterung um 25 % bei Schichtbetrieb möglich wäre.⁸⁰ Die KEBAG AG plant im Rahmen des Neubaus der KVA im Jahr 2025 eine Kapazitätserweiterung von 6 000 t pro Jahr auf maximal 12 000 t pro Jahr. Werden die aufgeführten Anlagen in der beschriebenen Form realisiert, ist laut SwissZinc AG genügend Kapazität vorhanden, um sämtliche in der Schweiz anfallende Flugasche in einem ersten Schritt einer FLUWA zu unterziehen.⁸¹

B.3.4.3 Markteintritts-/Marktaustrittsschranken

56. Durch die geringen Kapazitäten und steigende Nachfrage (siehe B.3.4.2) bleibt der Markt für die Produktion von Hydroxidschlamm voraussichtlich auch in Zukunft noch offen. Die KVA, welche sich für eine kurze Zeit (z. B. 2 bis 3 Jahre) an eine FLUWA-Anlage binden⁸², sind nach Ablauf dieser Frist frei, die Dienstleistung bei alternativen FLUWA-Anlagen nachzufragen.

57. Allerdings erfordert der Bau einer FLUWA-Anlage eine grosse Erstinvestition sowie Nachrüstungskosten.⁸³ Manche KVA haben den Bau einer FLUWA in Betracht gezogen, sich dann aber aufgrund technischer oder logistischer Schwierigkeiten gegen den Bau einer eigenen FLUWA entschieden.⁸⁴

58. Somit werden womöglich auch ab der Inbetriebnahme der SwissZinc-Anlage die Markteintrittsschranken für die FLUWA-Betreiber relativ niedrig bleiben.

B.3.5 Markt für den Transport

59. Flugasche und Hydroxidschlamm sind Sonderabfälle und der Transport ist somit bewilligungspflichtig (vgl. Rz 13). Gemäss Angaben der SwissZinc AG sei der Transport von Hydroxidschlamm einfach, weshalb nicht speziell auf den Transport von Hydroxidschlamm spezialisierte Unternehmen eingesetzt werden müssen. Da die SwissZinc AG, welche den Transport der Hydroxidschlämme von den FLUWA-KVA zur SwissZinc-Anlage über ein externes Transportunternehmen organisiert, möglichst viel Hydroxidschlamm mit der Bahn transportieren wolle, werde die Auswahl an möglichen Transportunternehmen eingeschränkt.⁸⁵

60. Die FLUWA-KVA übergeben den Hydroxidschlamm aktuell an die vier Schweizer Sonderabfallverwerter (Chiresa AG, Spaltag AG, Sovag Veolia, Air Mercury AG), welche diesen zu den ausländischen Verwertern exportieren.⁸⁶ Der Transport wird schliesslich von einem externen Transportunternehmen per Bahn oder LKW durchgeführt.⁸⁷

61. Gemäss Angaben der Transportunternehmen kann der Transport von Flugasche und/ oder Hydroxidschlamm von jedem Strassentransporteur durchgeführt werden.⁸⁸ Neben der Bewilligung für Sonderabfälle müssen lediglich spezielle Fahrzeuge eingesetzt werden, z. B. Silo bei Flugasche und Containerfahrzeuge bei Hydroxidschlamm.⁸⁹ Dies sind relativ geringe Hürden für einen Strassentransporteur den Transport von Flugasche respektive Hydroxidschlamm anzubieten, so dass man von einem Markt für den Transport ausgehen kann.

B.3.6 Markt für den Verkauf von hochreinem Zink

62. Die SwissZinc AG plant, das aus der Aufbereitung von Hydroxidschlamm gewonnene Zink auf dem Schweizer und allenfalls europäischen Zinkmarkt zu verkaufen. Als Zinknachfrager kommen in der Schweiz beispielsweise die Verzinkereien, welche Zink als Korrosionsschutz einsetzen, als mögliche Kunden der SwissZinc AG in Frage.⁹⁰

⁷⁷ Hydroxidschlamm kann auch aus anderen Verfahren als die Abfallverbrennung gewonnen werden. Die FLUWA-Anlagen wie sie bei den KVA oder zukünftig auch bei Chiresa betrieben werden, sind jedoch ausschliesslich für die Produktion für Hydroxidschlamm aus Abfall konzipiert.

⁷⁸ Act. III.3, 6, Zeilen 188 ff.

⁷⁹ Act. II.1, 16 f.

⁸⁰ Website der Chiresa AG unter Kompetenzen (Filterasche-Aufbereitung), abrufbar unter: <https://www.chiresa.ch/de/kompetenzen/teil-2/filterasche-aufbereitung.html> (4.9.2019).

⁸¹ Act. II.1, 16 f.

⁸² Act. III.7, 6, Zeilen 169 f.

⁸³ Act. III.5, 9, Zeile 283 und Act. III.3, 5, Zeilen 165 ff.

⁸⁴ Act. III.6, 6, Zeilen 209 ff. und Act. III.7, 7, Zeilen 245 f.

⁸⁵ Act. III.1, Zeilen 64-68 und Act. IV.1, 3, Frage 4.

⁸⁶ Act. II.8, 4.

⁸⁷ Act. III.2, Zeilen 208 ff. und Act. III.5, Zeilen 176 ff.

⁸⁸ Act. IV.3., Antwort auf Frage 5.

⁸⁹ Act. IV.4., Antwort auf Frage 5.

⁹⁰ Act. IV.1, 3, Frage 3c.

63. Das in der SwissZinc AG gewonnene Zink weist einen Reinheitsgrad von mehr als 99,99 % auf. Seit 2012 wird in der Schweiz nur noch solches hochreines Zink importiert.⁹¹ Das in der SwissZinc-Anlage gewonnene Zink wird in Form von Kathodenblech gelagert und kann bei Bedarf mit einem relativ kleinen finanziellen Aufwand in Barren als eigentliche Standardform gegossen werden.⁹²

64. Die einzige Anbieterin von Zink auf dem Schweizer Markt ist zurzeit die KVA KEBAG, welche im FLUREC-

Verfahren rund 250–300 t Zink pro Jahr produziert. Die Zinknachfrage betrug im Jahr 2018 in der Schweiz etwas über 7 000 t. Die Nachfrage überstieg das Angebot von Zink somit bei weitem und der grösste Teil des Zinks wurde von ausländischen Anbietern importiert.⁹³

B.4 Mögliche Auswirkungen des gemeldeten Vorhabens

65. Abbildung 4 gibt eine Übersicht über die möglichen Auswirkungen, wenn das Projekt SwissZinc AG in der gemeldeten Form realisiert wird.

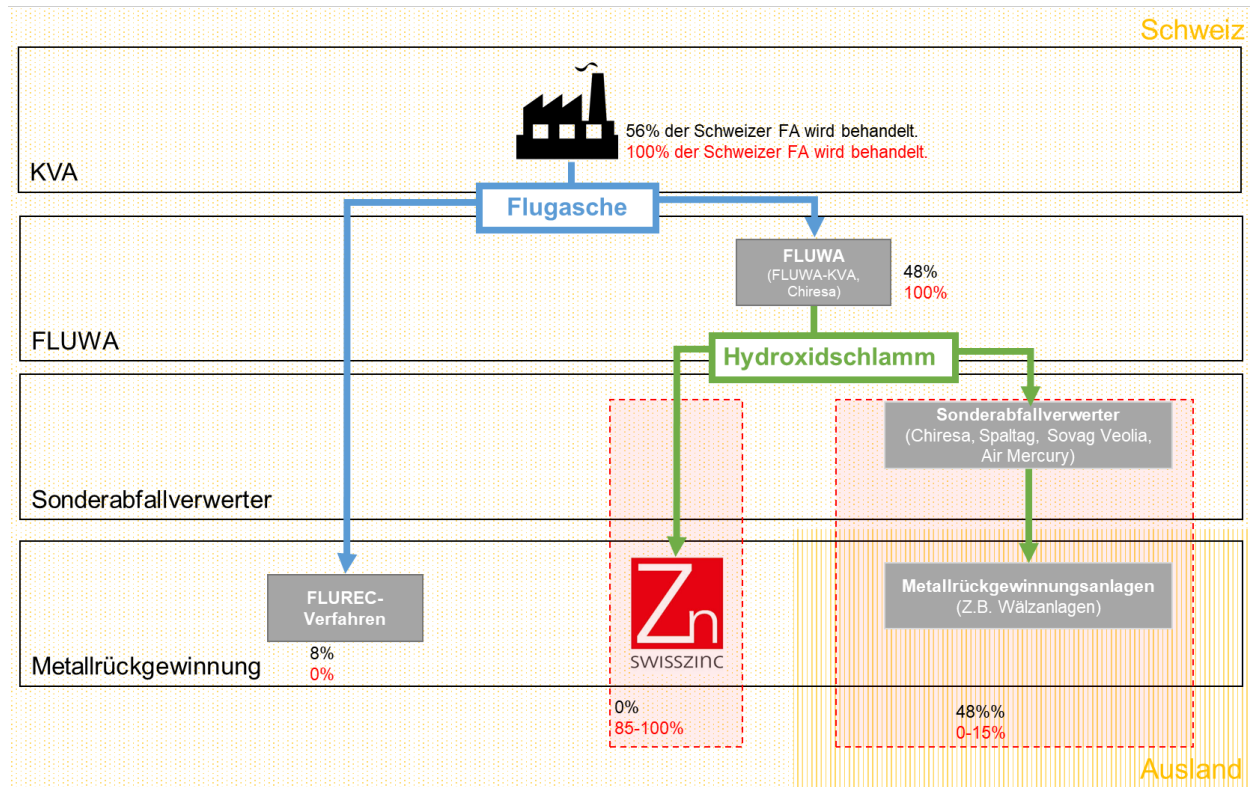


Abbildung 4: Grafische Darstellung der Auswirkungen bei der Realisierung des SwissZinc-Projekts (Eigene Darstellung).

66. Unter den folgenden Titeln werden die aus Sicht des Sekretariats wichtigsten Auswirkungen analysiert. Folgende Punkte sind für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Wirkung des SwissZinc-Projekts von Bedeutung:

- Einstellung des FLUREC-Verfahrens (dazu Rz 67 ff.),
- Dominante Stellung der SwissZinc AG (dazu Rz 70 ff.),
- Die Auswirkungen auf die möglichen Handelspartner der SwissZinc AG (dazu Rz 75 ff.),
- Die Auswirkungen auf die Konkurrenten der SwissZinc AG (dazu Rz 87 ff.),
- Die Auswirkungen auf die Preise (dazu Rz 91 ff.),
- Die Auswirkungen auf die technische Entwicklung (dazu Rz 100 ff.).

B.4.1 Einstellung des FLUREC-Verfahrens

67. Es ist geplant, dass die SwissZinc-Anlage auf dem Areal der KVA KEBAG in Zuchwil (SO), auf welchem

aktuell die FLUREC-Anlage betrieben wird, gebaut wird. Mit der Inbetriebnahme der SwissZinc AG wird das FLUREC-Verfahren eingestellt.

68. Laut SwissZinc AG diene die FLUREC-Anlage dazu, die technische Machbarkeit der Rückgewinnung von Zink aus Flugasche zu beweisen und die ökologischen Vorteile durch belastbare Messdaten zu belegen.⁹⁴ Die sich über fünf Jahre bewährte FLUREC-Performance könne auf das zukünftige Verfahren der SwissZinc AG übertragen werden.⁹⁵

⁹¹ Act. IV.1, 3, Frage 3c, Abbildung.

⁹² Act. II.4, 9.

⁹³ Act. IV.1, 3, Frage 3c.

⁹⁴ Act. IV.1, 3, Frage 6a 2.

⁹⁵ Act. II.4, 1.

69. Aktuell wird in der FLUREC-KVA KEBAG neben der eigenen Flugasche auch noch die Flugasche der KVA Hinwil behandelt (dazu oben Rz 36). Beide KVA müssten bei der Einstellung des FLUREC-Verfahrens für die Entsorgung ihrer Flugasche auf andere Entsorgungswege (vgl. Abbildung 4) umsteigen. Folglich würde die Nachfrage für die Aufbereitung von Flugasche respektive von Hydroxidschlamm zusätzlich um die Menge aus diesen beiden KVA steigen (dazu oben Rz 44).

B.4.2 Dominante Marktstellung der SwissZinc AG auf dem Markt für die Entsorgung von Hydroxidschlamm

70. Mit Beginn des Projekts SwissZinc AG wird das Verfahren der FLUREC, bei welchem eine Metallrückgewinnung direkt aus dem Produkt Flugasche (ohne zusätzliche Etappe Hydroxidschlamm) erfolgt, eingestellt (vgl. dazu B.4.1, Rz 67 ff.). Somit wird es in absehbarer Zukunft keine direkte gesetzeskonforme Entsorgungsmöglichkeit von Flugasche mehr geben. Daher wird der Markt für die Entsorgung von Flugasche fortan nicht mehr berücksichtigt.

71. An der SwissZinc AG beteiligte KVA ohne FLUWA-Anlage (Gönnerinnen oder Aktionärinnen) können frei entscheiden, an welche FLUWA-KVA oder allenfalls private FLUWA-Anlage sie ihre Flugasche liefern.⁹⁶ Der aus ihrer Flugasche gewonnene Hydroxidschlamm muss aber zwingend an die SwissZinc AG geliefert werden.⁹⁷ Diese exklusive Lieferpflicht von Hydroxidschlamm aus der eigenen Flugasche gilt ebenfalls für alle beteiligten FLUWA-KVA.⁹⁸ Aus dem angelieferten Hydroxidschlamm gewinnt SwissZinc AG reines Zink, welches sie auf dem internationalen Zinkmarkt weiterverkauft.

72. Um die Finanzierung ihres Projekts zu sichern, sei die SwissZinc AG gemäss eigenen Angaben auf die Anlieferung von mindestens [75-95] % des jährlich in der Schweiz produzierten Hydroxidschlammes angewiesen. Nur in diesem Fall könne das Projekt SwissZinc AG so realisiert werden, dass es konkurrenzfähig sei.⁹⁹ Die «marktbeherrschende Stellung» sei gerade die notwendige Voraussetzung für den Bau der SwissZinc-Anlage.¹⁰⁰

73. Die SwissZinc AG verfügt mit der angestrebten Ausgestaltung des Projektes ab dem ersten Tag ihrer Inbetriebnahme über einen Marktanteil von mindestens [75-95] % auf dem Markt für die Entsorgung von Hydroxidschlamm. Dieser Marktanteil ist für mindestens 15 Jahre gesichert, da die Aktionärinnen und Gönnerinnen sich für mindestens 15 Jahre zu einer Exklusivlieferung und einem umfassenden Wettbewerbsverbot (dazu B.2.3.3) verpflichten müssen.

74. Folglich herrscht höchstens auf einem Anteil von maximal [5-25] % des Marktes für Entsorgung von Hydroxidschlamm Wettbewerb. Einzig auf diesem Teil des Marktes steht die SwissZinc AG mit den aktuellen Schweizer Sonderabfallverwertern (dazu Rz 36; Chiresa AG, Spaltag AG, Air Mercury AG und Sovag Veolia) in Konkurrenz.

B.4.3 Auswirkungen auf die möglichen Handelspartner von SwissZinc

B.4.3.1 Chiresa AG

75. Die Chiresa AG plant den Bau einer FLUWA-Anlage mit einer Kapazität von 10 000 t Flugasche pro Jahr, welche gemäss Planung zu mehr als 80–90 % durch feste Projektpartner ausgelastet ist (vgl. auch Rz 41). Somit wäre die Chiresa AG nicht mehr nur als Schweizer Sonderabfallverwerterin, welche die Entsorgung mitsamt Logistik von Hydroxidschlamm für die FLUWA-KVA übernimmt, sondern auch auf dem Markt für die Produktion von Hydroxidschlamm tätig. Die Chiresa AG tritt so in Konkurrenz zu den FLUWA-KVA, welche aktuell neben ihrer eigenen auch die Flugasche von KVA ohne FLUWA-Anlage annehmen.

76. Nach der FLUWA muss die Chiresa AG den daraus resultierenden Hydroxidschlamm entsorgen. Grundsätzlich gibt es mit der Inbetriebnahme der SwissZinc AG zwei Entsorgungswege für Hydroxidschlamm: Entweder erfolgt die Entsorgung über die SwissZinc AG in der Schweiz oder über den Export durch einen Schweizer Sonderabfallverwerter zu einem ausländischen Verwerter. Die Chiresa AG kann sich nicht als Aktionärin oder Gönnerin an der SwissZinc AG beteiligen. Die SwissZinc-Statuten sehen nämlich vor, dass sich nur Schweizer KVA im Besitz der öffentlichen Hand an der SwissZinc AG beteiligen können.

77. Allerdings kann die Chiresa AG die SwissZinc-Anlage mit Hydroxidschlamm von nicht beteiligten KVA oder von nicht-Aktionärinnen beliefern, sofern die Liefermenge maximal 20 % des Umsatzes von der SwissZinc AG ausmacht.¹⁰¹ Es ist unklar, ab welcher exakten Umsatzschwelle die Chiresa AG nicht mehr liefern kann. Der Preis zu dem die Chiresa AG ihren Hydroxidschlamm an die SwissZinc-Anlage liefern kann, liegt zudem höher als der Preis für beteiligte KVA.¹⁰² Die einheitliche Gate Fee und die einheitlichen Transportkosten (siehe dazu Rz 81) gelten nämlich nur für beteiligte KVA. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die SwissZinc AG diskriminierende Preise gegenüber der Chiresa AG anwenden könnte.

⁹⁶ Act. III.8, 4, Zeile 130.

⁹⁷ Act. II.7, 5, Punkt 3.

⁹⁸ Act. II.6, 6, Punkt 4.

⁹⁹ Act. III.8, 8, Zeilen 276 ff.

¹⁰⁰ Act. II.8, 9.

¹⁰¹ Act. III.8, 4, Zeilen 132 ff. Es bleibt allerdings zum Teil unklar, ob die 20 % auch die Gönnerinnen betreffen oder nur nicht beteiligte KVA. Wenn maximal 20 % des Umsatzes von der SwissZinc AG von nicht-Aktionärinnen stammen dürfen (vgl. Act. III.8, 5, Zeilen 136 ff. und Act. II.4, 35, Frage 5) und dieses Kontingent bereits von beteiligten KVA Gönnerinnen erreicht wird, so kann es zu einer Situation kommen, wo die Chiresa AG de facto nicht an die SwissZinc AG liefern kann.

¹⁰² Act. III.8, 6, Zeilen 184 ff.

78. Schliesslich ist die Chiresa AG in der Auswahl potentieller FLUWA Kunden eingeschränkt. Die Tatsache, dass beteiligte KVA ihren Hydroxidschlamm zwingend an die SwissZinc liefern müssen, bewegt womöglich die beteiligten KVA ohne FLUWA-Anlage dazu, ihre Flugasche bei beteiligten FLUWA-KVA waschen zu lassen. Auch wenn die FLUWA bei der Chiresa AG billiger wäre, könnte dieser Preisvorteil womöglich durch eine erschwerte Logistik (z. B. in der Trennung der Hydroxidschlämme von beteiligten und nicht beteiligten KVA) wieder zunichtegemacht werden.

B.4.3.2 Potentielle FLUWA-Anlagen Betreiber

79. Aufgrund derselben soeben beschriebenen Überlegungen werden auch potentielle FLUWA-Anlagen im In- und Ausland ihren Hydroxidschlamm nur erschwert an die SwissZinc AG liefern können, wenn sie Flugasche von nicht beteiligten KVA waschen. Sie fallen unter die 20 %-Regel und könnten den Hydroxidschlamm nur zu dem verteuerten Tarif bei der SwissZinc AG entsorgen (vgl. Rz 77).

B.4.3.3 KVA

80. Mit dem Beitritt zur SwissZinc AG verpflichten sich die KVA (mit und ohne FLUWA-Anlage), die Gesamtheit der aus ihrer Flugasche gewonnenen Hydroxidschlämme an die SwissZinc AG zu liefern bzw. liefern zu lassen.¹⁰³ Es ist ihnen nicht möglich, nur einen Teil über die SwissZinc AG und den restlichen Teil über weitere Sonderabfallverwerter abzusetzen. Zwar können beteiligte KVA ohne FLUWA-Anlage im ersten Schritt frei zwischen beteiligten oder nicht beteiligten FLUWA-Anlagen auswählen, der aus der Flugasche gewonnene Hydroxidschlamm muss aber in einem zweiten Schritt integral an die SwissZinc AG weitergeleitet werden. Im Gegenzug besteht für die SwissZinc AG eine Annahmepflicht für Hydroxidschlamm von Aktionärinnen und Gönnerinnen.¹⁰⁴

81. Zudem haben die beteiligten KVA (mit und ohne FLUWA-Anlage) kein Recht, das Unternehmen für den Transport ihres Hydroxidschlammes von der FLUWA-Anlage zur SwissZinc-Anlage frei zu wählen. Alle Aktionärinnen und Gönnerinnen der SwissZinc AG müssen das gleiche Transportunternehmen zu einem einheitlichen Preis pro Tonne Hydroxidschlamm benutzen.¹⁰⁵ Die SwissZinc AG könne so von einem Vorzugspreis beim Transportunternehmen profitieren. Zudem ermögliche diese Vorgehensweise erst den Transportkostenausgleich (dazu Rz 18 f.). Für KVA, welche ihre Flugasche in von der SwissZinc-Anlage weit entfernten FLUWA-KVA behandeln lassen, wirkt sich der Transportkostenausgleich kostensenkend aus. Anders verhält es sich für KVA, welche ihre Flugasche nahe der SwissZinc-Anlage behandeln lassen. Diese KVA subventionieren mit dem Transportkostenausgleich einen Teil von den Transportkosten der anderen KVA.¹⁰⁶

B.4.3.4 Auswirkungen auf die Transportunternehmen

82. Laut SwissZinc AG ist die Vergabe der Transportdienstleistung des Hydroxidschlammes von den FLUWA-KVA zur SwissZinc-Anlage eine «quasi-in-house»-Vergabe. Aus diesem Grund müsse die Vergabe dieser Transportdienstleistung nicht von jeder KVA einzeln

öffentlich ausgeschrieben werden, sondern nur von der SwissZinc AG (dazu Rz 18). Über den Ausschreibungsrhythmus des Transportauftrages hat sich die SwissZinc AG noch nicht abschliessend geäußert. Eine Ausschreibung alle zwei bis drei Jahre wäre allenfalls denkbar.¹⁰⁷

83. Die Transportunternehmen, welche Hydroxidschlämme bis zur Anlage in Zuchwil transportieren, erhalten somit bei jeder Ausschreibung der SwissZinc AG die Möglichkeit, den Auftrag über einen gewissen Zeitraum zu erhalten. Der Transport soll soweit als möglich per Bahn erfolgen.¹⁰⁸

84. Der vorgelagerte Transport, z. B. der Transport der Flugasche in eine FLUWA-Anlage, bleibt jedoch frei und wird von jeder KVA selbst organisiert.¹⁰⁹ In diesem Segment können möglicherweise auch Transportunternehmen, welche nicht ausschliesslich den Transport per Bahn anbieten, ihre Dienstleistungen anbieten.

85. Die technischen Voraussetzungen an das Transportunternehmen für den Transport von Flugasche oder Hydroxidschlamm sind relativ gering (vgl. auch Rz 59 ff.).¹¹⁰ Somit macht der Transport von Flugasche und Hydroxidschlamm auch nur einen sehr geringen Teil des Umsatzes der Transportunternehmen aus.¹¹¹

B.4.3.5 Auswirkungen auf dem Zinkmarkt

86. Die SwissZinc AG schätzt, rund 2 000 t Zink pro Jahr zu gewinnen. Das Zink soll auf dem internationalen Zinkmarkt zu Weltmarktpreisen (London Metal Exchange) nach Abzug einer Schmelzgebühr verkauft werden.¹¹² Die SwissZinc AG hat keinen Einfluss auf diesen Preis und folglich auf den Zinkmarkt.

B.4.4 Auswirkungen auf Konkurrenten

87. Das SwissZinc-Projekt wird voraussichtlich realisiert, wenn die Inhaberinnen von KVA, welche insgesamt [75-95] % der gesamten Schweizer Abfallmengen verbrannt haben, den Aktionärsbindungs- respektive Gönnervertrag unterzeichnet haben.¹¹³ Die Mindestvertragsdauer entspricht 15 Jahren.¹¹⁴ Folglich können bei einer erfolgreichen Realisierung des SwissZinc-Projekts Konkurrenten einzig einen Marktanteil von 0 bis [5-25] % erreichen.

¹⁰³ Act. II.6, 6, Punkt 4 und Act. II.7, 5, Punkt 3.

¹⁰⁴ Act. II.6, 7, Punkt 5 und Act. II.7, 6, Punkt 5.

¹⁰⁵ Act. II.6, 7, Punkt 6 und Act. II.7, 6, Punkt 5.

¹⁰⁶ Act. II.4, 22.

¹⁰⁷ Protokoll der Befragung der SwissZinc AG vom 5. September 2019, Zeile 92.

¹⁰⁸ Act. III.8, 5, Zeile 164.

¹⁰⁹ Act. III.8, 5, Zeile 166.

¹¹⁰ Vgl. Rz 59, Act. IV.4, Antwort auf Frage 5, Act. IV.3, Antwort auf Frage 5.

¹¹¹ Act. IV.4, Antwort auf Frage 3, Act. IV.3, Antwort auf Frage 3.

¹¹² Act. II.8, 8; Act. II.4, 9.

¹¹³ Act. II.6, Art. 16.1; Act. II.7, Anhang 1.

¹¹⁴ Act. II.6, Art. 16.3; Act. II.7, Art. 6.3.

88. Die Schweizer Sonderabfallverwerter, welche den Transport und die Entsorgung der Hydroxidschlämme zu den ausländischen Verwertern organisieren sowie die FLUREC-KVA sind zurzeit die einzigen Konkurrenten gegenüber der SwissZinc AG auf dem Markt für die Metallrückgewinnung aus Flugasche respektive Hydroxidschlamm.¹¹⁵ Die FLUREC-KVA fällt von vornherein als mögliche Konkurrentin der SwissZinc AG weg, da das FLUREC-Verfahren bei einer Realisierung der SwissZinc-Anlage eingestellt wird. Die einzigen verbleibenden Konkurrenten der SwissZinc AG wären somit die Schweizer Sonderabfallverwerter: die Chiresa AG, die Spaltag AG, die Air Mercury AG sowie die Sovag Veolia. Wie sich die restlichen Marktanteile von höchstens [5-25] % auf die vier Schweizer Sonderabfallverwerter verteilen würden, ist offen.

89. Am wahrscheinlichsten scheinen dem Sekretariat zwei Szenarien:

- i. Die SwissZinc AG schafft es direkt oder auch über die Zeit alle KVA über einen Gönner- respektive Aktionärsbindungsvertrag an sich zu binden. Dies hätte zur Folge, dass die SwissZinc AG das faktische Monopol auf dem Markt für die Metallrückgewinnung aus Flugasche hätte. Die Konkurrenten könnten bis zum Ende der Mindestvertragsdauer nicht mehr in den Markt eintreten. Erst nach Ablauf der Mindestvertragsdauer wäre ein Markteintritt von potentiellen Konkurrenten wiederum möglich, jedoch eher unwahrscheinlich. Die Markteintrittsschranken wären zu dem Zeitpunkt hoch, insbesondere auch weil die Aktionärinnen immer noch Mitinhaberinnen der SwissZinc AG wären. Zudem hätten sich die Marktstrukturen über 15 Jahre verfestigen können (dazu Rz 48).
- ii. Die SwissZinc AG schafft es nicht, den gesamten Markt für die Metallaufbereitung aus Flugasche respektive Hydroxidschlamm auf sich zu vereinen. Die restlichen Marktanteile wären mit maximal [5-25] % relativ klein. Ob auf diesem Markt alle aktuellen Konkurrenten überleben könnten, ist fraglich. Aufgrund der Tatsache, dass die Chiresa AG eine eigene FLUWA-Anlage baut und somit auf dem vorgelagerten Markt der Produktion von Hydroxidschlamm tätig sein wird, hat die Chiresa AG womöglich grössere Chancen, sich auf dem «Restmarkt» zu behaupten. Nach Ablauf der Mindestvertragsdauer der SwissZinc-Aktionärsbindungsverträge bestünde grundsätzlich die Möglichkeit der verbleibenden oder potenziellen Konkurrenten, sich wieder grössere Marktanteile zu sichern, da die [75-95] % grundsätzlich nicht mehr an die SwissZinc-Anlage gebunden wären. Auch ein Markteintritt würde wiederum einfacher (dazu Rz 48).

90. Die geschilderte Konzentration des Marktes und der (mögliche) Wegfall von Konkurrenten von den hier in Frage stehenden Märkten würde den Wettbewerbsdruck stark verringern und würde allenfalls zu höheren Preisen für die Verwertung von Hydroxidschlamm führen. Die Preise der Konkurrenz für die Aufbereitung und den Transport von Hydroxidschlamm liegen nämlich aktuell leicht tiefer als der Transportpreis und die Gate Fee der SwissZinc AG.¹¹⁶

B.4.5 Auswirkung auf die Preise

B.4.5.1 Preise bei der SwissZinc AG: Einheitliche Transportkosten und einheitliche Gate Fee

91. Der Entsorgungspreis für die Flugasche im FLUWA-Verfahren und anschliessender Aufbereitung in der SwissZinc-Anlage besteht aus dem Preis für die FLUWA (im Durchschnitt ca. Fr. [200-400] pro Tonne Flugasche), den Kosten für den Transport (ca. Fr. [1-30] pro Tonne Flugasche) sowie der Gate Fee (Fr. [50-200] pro Tonne Flugasche¹¹⁷).¹¹⁸ Folglich würde der geschätzte mittlere Entsorgungspreis bei Fr. [200-500] pro Tonne Flugasche betragen.

92. Der Verwaltungsrat der SwissZinc AG, welcher aus gewählten Aktionärinnen besteht, würde die einheitliche Gate Fee und den einheitlichen Transportpreis für alle Gönnerinnen und Aktionärinnen festlegen. Zwar beabsichtigt die SwissZinc AG gemäss Statuten kostendeckend zu arbeiten, doch hindert dies den Verwaltungsrat rechtlich nicht daran, Preise nach freiem Ermessen festzulegen (die Statuten können zudem in Zukunft abgeändert werden). Insbesondere kann der Verwaltungsrat die Gate Fee für nichtbeteiligte Unternehmen höher ansetzen als für Aktionärinnen und Gönnerinnen. Eine solche Unterscheidung ist von der SwissZinc AG auch vorgesehen.¹¹⁹ Diese Unterscheidung ist in Anbetracht dessen, dass nichtbeteiligte Unternehmen dieselbe Leistung (Entsorgung von Hydroxidschlamm) wie Aktionärinnen oder Gönnerinnen der SwissZinc AG beziehen wollen, nicht zwingend nachvollziehbar.¹²⁰

93. Sowohl die Gate Fee als auch der Transportpreis ist für alle beteiligten KVA gleich hoch und ist lediglich vom Gewicht abhängig. Aufgrund des Transportkostenausgleichs spielt die Entfernung der FLUWA-KVA zur SwissZinc-Anlage für den Transportpreis keine Rolle.¹²¹ Gemäss Angaben der SwissZinc AG, hat zudem die Qualität des Hydroxidschlammes auf die Höhe der Gate Fee keinen Einfluss.¹²²

94. Mit dem Transportkostenausgleich würden näher gelegene KVA weiter entfernte KVA subventionieren. Denn diese KVA würden für den Transport des Hydroxidschlammes von den FLUWA-KVA an den Standort der SwissZinc-Anlage einen Einheitspreis zahlen, der voraussichtlich unter den tatsächlichen Transportkosten

¹¹⁵ Vgl. B.3.4, Rz 49 ff. zum Angebot auf dem Markt für Metallrückgewinnung.

¹¹⁶ Detaillierte Ausführungen zu den Preisen in Titel B.4.5, Rz 91 ff.

¹¹⁷ Im Schlussbericht wurde von einer Gate Fee von Fr. [100-300] pro Tonne Hydroxidschlamm ausgegangen, diese wurde inzwischen auf Fr. [...] angepasst (vgl. Act. II.4, 22). Die Kosten für die Behandlung von 330 kg Hydroxidschlamm, welche aus einer Tonne Flugasche entstehen, belaufen sich bei einer Gate Fee von Fr. [...] auf Fr. [50-200].

¹¹⁸ Act. II.1, 38.

¹¹⁹ Act. III.8, Zeilen 191 ff.

¹²⁰ Wenn sich die tiefere Gate Fee allein darin begründet, dass die beteiligten KVA Aktionärskapital investiert haben und somit ein gewisses Investitionsrisiko auf sich nehmen, so könnte dies anstatt über die Gate Fee über die Aktionärsrechte abgegolten werden (z. B. Ausschüttung einer Dividende).

¹²¹ Act. II.4, 22.

¹²² Act. II.4, 22.

liegen würde. Der Transportkostenausgleich hat dadurch das Potential, ausserhalb der Schweiz gelegene alternative Entsorger von Hydroxidschlamm preislich unattraktiv zu machen, da der Transportpreis in diese ausländischen Werke gegebenenfalls höher ist, obwohl die Transportdistanz kürzer wäre. Der Transportkostenausgleich hätte damit zur Folge, dass die SwissZinc AG von ansonsten konkurrenzfähigen ausländischer Konkurrenz geschützt wäre. Der natürliche Distanzschutz würde sich durch den Transportkostenausgleich erhöhen.

B.4.5.2 Preisvergleich mit andern Entsorgungswegen

95. Grundsätzlich sind drei Wege für die Entsorgung von Flugasche möglich: das FLUREC-Verfahren, die FLUWA mit anschliessendem Export ins Ausland oder neu die FLUWA mit anschliessender Aufbereitung des Hydroxidschlammes in der SwissZinc-Anlage. Abbildung 5 gibt die mittleren Preise für die Aufbereitung von einer Tonne Flugasche (inklusive Transport¹²³) wieder.

Entsorgungswege	Mittlerer Entsorgungspreis (inkl. Transport und VASA) [Fr./t Flugasche]
FLUREC (wird eingestellt)	[300-500] ¹²⁴
FLUWA/SwissZinc («geschätzt»)	[300-500]
FLUWA / Export ins Ausland	[300-500] (ohne Trocknung) ¹²⁵

Abbildung 5: Preisvergleich für die Entsorgung von einer Tonne Flugasche.

96. Der Entsorgungspreis im FLUREC-Verfahren liegt bei Fr. [300-500] pro Tonne Flugasche. Das FLUREC-Verfahren wird mit der Inbetriebnahme der SwissZinc AG eingestellt.

97. Der geschätzte Preis des Entsorgungsweges über die FLUWA-KVA mit anschliessender Aufbereitung des Hydroxidschlammes in der SwissZinc-Anlage von Fr. [300-500] pro Tonne Flugasche ist fast identisch mit dem Preis des FLUREC-Verfahrens von Fr. [300-500] pro Tonne Flugasche. Dies liegt daran, dass sich das SwissZinc-Verfahren der identischen Technologie bedient wie das FLUREC-Verfahren. Die beiden Verfahren unterscheiden sich nur mit Bezug auf das Inputmaterial.

98. Der durchschnittliche Preis für die Entsorgung einer Tonne Flugasche im FLUWA-Verfahren mit anschliessendem Export des Hydroxidschlammes (ohne Trocknung) beträgt Fr. [300-500] pro Tonne Flugasche und liegt damit etwas tiefer als die anderen Entsorgungswegen. In den letzten zwei Jahren sind die Verwertungskosten für Hydroxidschlamm von Fr. [200-500] pro Tonne Hydroxidschlamm auf rund Fr. [200-300] pro Tonne Hydroxidschlamm gesunken.¹²⁶

99. Wie sich dieser Preis vor und nach der Inbetriebnahme der SwissZinc AG entwickelt, lässt sich nicht vorhersehen. Da die SwissZinc AG eine zumindest teilweise Verdrängung der alternativen Verwertungsdienstleistungen zur Folge hätte und die SwissZinc AG eine Monopolstellung anstrebt, besteht zumindest die Gefahr, dass die Preise langfristig über dem Wettbewerbsniveau liegen könnten.

B.4.6 Auswirkungen auf die technische Entwicklung

100. Da die SwissZinc AG sich aufgrund der exklusiven Bindung der Aktionärinnen und Gönnerinnen während 15 Jahren keiner namhaften Konkurrenz stellen muss und sie eine Anbindung von [75-95] % des Marktes für die Amortisierung ihrer Investitionen anstrebt, ist nicht zu erwarten, dass die SwissZinc AG in dieser Zeit in die technische Weiterentwicklung investieren wird.

101. Der Innovationsanreiz bei den Konkurrenten der SwissZinc AG ist gering, da die Markteintrittsschranken aufgrund der exklusiven Bindung der Kundinnen der SwissZinc AG über 15 Jahre sehr hoch sind.

C Rechtliche Würdigung

102. In der vorliegenden Vorabklärung ist zu prüfen, ob die Umsetzung des SwissZinc-Projekts zu unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen führen könnte. Gegebenenfalls regt das Sekretariat Massnahmen zu deren Beseitigung oder Verhinderung gemäss Art. 26 Abs. 2 KG an.

C.1 Geltungsbereich

103. Das Kartellgesetz (KG) gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten als auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Sowohl die SwissZinc AG als auch die KVA erfüllen den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG. Damit ist das KG vorliegend in persönlicher Hinsicht anwendbar.

¹²³ Die Transportkosten des Hydroxidschlamm werden deshalb mitberücksichtigt, da beim FLUREC-Verfahren anders als bei den andern Verfahren die Flugasche direkt in hochreines Zink verwertet wird und somit kein Hydroxidschlamm transportiert werden muss und folglich keine Transportkosten anfallen.

¹²⁴ Act. II.1, 14; Act. IV.1, 5, Frage 6 d.

¹²⁵ Der aus der FLUWA entstehende Hydroxidschlamm kann direkt in der vorliegenden Form oder in getrockneter Form (70 % der Trockensubstanz) zu den ausländischen Verwertern exportiert werden. Bei der SwissZinc AG wird keine Trocknung des Hydroxidschlammes vorgesehen, daher wird vorliegend der Preis ohne Trocknung angegeben. Wird der Hydroxidschlamm vor dem Export getrocknet, resultiert ein leicht tieferer Preis mit [300-500] Franken pro Tonne Flugasche (Act. II.1, 38).

¹²⁶ Act. II.1, 15.

104. 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). In der vorliegenden Vorabklärung prüfen die Wettbewerbsbehörden ex ante, ob das SwissZinc-Projekt zu einer unzulässigen Wettbewerbsabrede führen könnte (Art. 4 i. V. m. 5 KG). Ferner überprüfen sie ex ante, ob die SwissZinc AG voraussichtlich eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die Metallextraktion von Hydroxidschlamm erlangen würde und die Möglichkeit besteht, dass sie diese Marktstellung missbrauchen könnte. Das KG ist somit auch in sachlicher Hinsicht anwendbar. Schliesslich fallen die vorliegend zu beurteilenden Sachverhalte in den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

C.2 Adressaten der Vorabklärung

105. Die SwissZinc AG reichte ursprünglich eine Meldung im Sinne von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG ein, die in die vorliegende Vorabklärung mündete. Adressatin der Vorabklärung ist daher die SwissZinc AG.

C.3 Vorbehaltene Vorschriften

C.3.1 Rechtsgrundlage und Vorbringen der SwissZinc AG

106. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen (Art. 3 Abs. 1 KG). Vorbehalten sind insbesondere Vorschriften,

- die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG);
- die einzelne Unternehmen mit besonderen Rechten zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben ausstatten (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG).

107. Vorliegend ist nicht fraglich, ob eine vorbehaltene Vorschrift vorliegt, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG begründen würde. Dies wird von der SwissZinc AG auch nicht vorgebracht. Es ist einzig zu prüfen, ob Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG vorliegen, die die SwissZinc AG zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten, die keinen Wettbewerb auf dem relevanten Markt zulassen. Die SwissZinc AG bringt nämlich sinngemäss vor, Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG gelange zur Anwendung. Sie argumentiert folgendermassen:

- Abfälle müssten nach dem Stand der Technik verwertet werden (Art. 12 Abs. 3 [recte Abs. 2] VVEA). Mit grosser Wahrscheinlichkeit erkläre der Bund das SwissZinc-Verfahren zum Stand der Technik. Aus diesem Grund müssten Hydroxidschlämme in der SwissZinc-Anlage verwertet werden.
- Der Bundesrat erkläre gestützt auf Art. 31c Abs. 3 USG die ganze Schweiz als Einzugsgebiet der SwissZinc-Anlage. Dies komme einer behördlichen Zuweisung sämtlicher Hydroxidschlämme aus FLU-WA-KVA an die SwissZinc-Anlage gleich. Dies führe faktisch zu einer staatlichen verordneten Ausschalt-

ung des Markts für die Entsorgung von Hydroxidschlamm.¹²⁷

C.3.2 Beurteilung

C.3.2.1 Erstes Vorbringen: Erklärung zum Stand der Technik

108. Dem ersten Vorbringen, der Bund werde das SwissZinc-Verfahren zum Stand der Technik erklären, weshalb Hydroxidschlämme nur noch in der SwissZinc-Anlage verwertet werden dürften, ist Folgendes anzufügen: Gemäss Auskunft des BAFU entspricht auch etwa das Wälzrohrverfahren dem Stand der Technik, wodurch Hydroxidschlämme auch weiterhin ins Ausland an Wälzrohranlagen geliefert werden können.¹²⁸ Es besteht daher aus umweltrechtlicher Hinsicht kein Zwang, Hydroxidschlämme an die SwissZinc-Anlage zu liefern. Eine Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG liegt nicht vor.

C.3.2.2 Zweites Vorbringen: Staatliche angeordnete Ausschaltung des Marktes

109. Zum zweiten Vorbringen, die Entsorgung des Hydroxidschlammes sei staatlich verordnet, weil der Bundesrat die Schweiz als Einzugsgebiet der SwissZinc-Anlage erkläre, sei zuerst erklärt, in welchen Bereichen der Abfallentsorgung gesetzliche Monopole bestehen und zweitens, was die Zuweisung von Einzugsbieten bedeutet. Anschliessend sei erklärt, ob aufgrund gesetzlicher Monopole oder einer solchen Zuweisung das Kartellgesetz gestützt auf Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG nicht anzuwenden ist.

1. Bereiche der Abfallentsorgung

110. Für Siedlungsabfälle und sogenannte übrige Abfälle statuiert das Umweltschutzgesetz unter anderem eine Entsorgungspflicht (vgl. Art. 31b USG und Art. 31c USG). Während zur Entsorgung von Siedlungsabfällen die Kantone verpflichtet sind, also ein staatliches Entsorgungsmonopol besteht (Art. 31b Abs. 1 USG),¹²⁹ gilt dies für übrige Abfälle nicht. Zur Entsorgung übriger Abfälle ist deren Inhaber verpflichtet (Art. 31b Abs. 1 USG i.V.m. Art. 31c Abs. 1 USG). Für die Entsorgung übriger Abfälle ist gemäss Gesetzgeber folglich kein staatliches Monopol vorgesehen. Die Entsorgung kann der Privatwirtschaft überlassen werden.¹³⁰ Hydroxidschlämme sind sogenannte Sonderabfälle und gehören der Kategorie der übrigen Abfälle an.¹³¹ Für deren Entsorgung besteht also kein gesetzlich vorgesehenes Monopol des Staates.

2. Zuweisung von Einzugsgebieten

111. Die Kantone können Einzugsgebiete festlegen, um die Entsorgung der Abfälle durch die privaten Inhaber von Abfallanlagen zu erleichtern (Art. 31c Abs. 2 USG). Durch die Festlegung der Einzugsgebiete zugunsten von

¹²⁷ Act. II.8, 10.

¹²⁸ Act. I.33, Zeilen 58 ff.

¹²⁹ BGE 123 II 359, E. 5b; PIERRE TSCHANNEN, in: Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2004, Vereinigung für Umweltrecht (VUR)/Helen Keller (Hrsg.), Art. 31b USG N 10.

¹³⁰ TSCHANNEN (Fn 129), in: Kommentar USG, Art. 31c USG N 2.

¹³¹ TSCHANNEN (Fn 129), in: Kommentar USG, Art. 31b USG N 9.

privatwirtschaftlich betriebenen Anlagen können die Kantone den betroffenen Abfallanlagen Versorgungssicherheit bieten und einen auf Dauer wirtschaftlichen Betrieb ermöglichen. Unter Umständen kann die Festlegung von Einzugsgebieten zu staatlich abgesicherten privaten Monopolen führen. Diese Möglichkeit der Kantone, soweit notwendig Einzugsgebiete festzulegen, ändert nichts an der gesetzgeberischen Grundentscheidung, wonach die übrigen Abfälle durch die Privatwirtschaft zu entsorgen sind.¹³² Legen die Kantone Einzugsgebiete fest, haben sie mit den privaten Betreibern Verträge abzuschliessen, worin u. a. die Abnahmepflicht der Anlagebetreiber festgeschrieben wird. Weiter ist gemäss Botschaft zur Änderung des USG mit geeigneten Befristungen und Kündigungsklauseln sicherzustellen, dass die künftige Realisierung ökologisch und wirtschaftlich bessere Lösungen nicht verhindern.¹³³

112. Auch der Bundesrat kann gesamtschweizerisch wenige Einzugsgebiete (Art. 31c Abs. 3 USG) oder sogar ein einzelnes Einzugsgebiet festlegen, wenn die Entsorgung der Abfälle dies erfordert. Dieser Kompetenz des Bundesrats liegt die Überlegung zugrunde, dass es in solchen Fällen nicht zweckmässig wäre, wenn zahlreiche Kantone über den Weg der interkantonalen Zusammenarbeit oder jeder Kanton einzeln ein Einzugsgebiet festlegen müssten.¹³⁴ Der Bundesrat bestimmt jedoch die Einzugsgebiete erst, wenn die betroffenen Wirtschaftskreise zur Selbsthilfe nicht in der Lage sind.¹³⁵

3. Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf das zu beurteilende Vorhaben

113. Da das Umweltschutzgesetz im Bereich der übrigen Abfälle kein staatliches Entsorgungsmonopol vorschreibt, kann der Staat ein solches Monopol auch nicht etwa via Monopolkonzession an einen Privaten übertragen. Der Staat wäre zwar verpflichtet, die Entsorgungsleistung sicherzustellen, falls sich keine leistungsfähige Unternehmen fänden,¹³⁶ ein staatliches Entsorgungsmonopol bestünde aber auch in diesem Fall nicht.¹³⁷ Auf den vorliegenden Fall angewendet, bedeutet dies, dass der Bundesrat gestützt auf Art. 31c Abs. 3 USG durch die Festlegung der gesamten Schweiz als einzelnes Einzugsgebiet ein faktisches Monopol der SwissZinc AG schaffen könnte. Für die Errichtung eines rechtlichen Monopols fehlt ihm jedoch die Kompetenzgrundlage. Besondere Rechte im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG, die einzelnen Unternehmen die Erfüllung öffentlicher Aufgaben ermöglichen, stellen einzig die staatlichen durch Rechtssatz geschaffenen Monopole dar.¹³⁸

114. Abschliessend steht fest, dass der von der SwissZinc AG sinngemäss vorgebrachte Art. 31c Abs. 3 USG keine Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG ist, die den sachlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes einschränkt. Es spielt daher auch keine Rolle, ob der Bundesrat tatsächlich beabsichtigt, die Schweiz als einziges Einzugsgebiet auszuscheiden. Auch die Pflicht, Abfälle nach dem Stand der Technik zu verwerten (Art. Abs. 2 VVEA), vermag am vorgenannten Resultat nichts zu ändern. Sie räumt der SwissZinc AG keine besonderen Rechte im Sinn von Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG ein. Das Kartellgesetz gelangt vollumfänglich zur Anwendung.

C.4 Beurteilung der Marktstellung

C.4.1 Die zu beurteilenden Märkte

115. Das von der SwissZinc AG gemeldete Vorhaben hat potentiell einen Einfluss (zu den Auswirkungen des Projekts, vgl. B.4, Rz 65 ff.) auf den Markt für die Entsorgung von Hydroxidschlamm (dazu vorne B.3.3, Rz 34 ff.), den Markt für die Produktion von Hydroxidschlamm (dazu vorne B.3.4, Rz 49 ff.), den Markt für den Transport (dazu vorne B.3.5, Rz 59 ff.) und den Markt für die Verbrennung von Marktkehrriech (dazu vorne B.3.2.2, Rz 32 f.). Es bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, dass die SwissZinc AG ausser auf dem Markt für die Entsorgung für Hydroxidschlamm eine marktbeherrschende Stellung einnehmen würde. Im Markt für die Produktion von Hydroxidschlamm, im Markt für Transport und im Markt für die Verbrennung von Marktkehrriech ist die SwissZinc AG gar nicht direkt tätig. Aus diesem Grund sei in der Folge zuerst der im Sachverhalt dargestellte Markt für die Entsorgung von Hydroxidschlamm nach dem kartellrechtlichen Prüfschema in einen relevanten Markt abgegrenzt (dazu C.4.1.1, Rz 117 ff.), bevor die Marktstellung der SwissZinc AG auf dem relevanten Markt kartellrechtlich qualifiziert wird (C.4.2, Rz 126 ff.).

116. Vorab sei klargestellt, dass durch die Marktabgrenzung keine allgemeingültige Marktdefinition für einen Wirtschaftsbereich geschaffen, sondern die (ökonomischen) Wirkungen einer konkret untersuchten Wettbewerbsbeschränkung beurteilt wird.¹³⁹ Die Marktabgrenzung hängt folglich von der untersuchten Wettbewerbsbeschränkung ab und kann je nach untersuchter Verhaltensweise divergieren, obwohl sie denselben Wirtschaftsbereich betrifft.¹⁴⁰

¹³² BGer, ZBI 1999 423, E. 5a = URP 1998 520; Botschaft zu einer Änderung des Bundesgesetzes über den Umweltschutz (USG) vom 7. Juni 1993, BBI 1993, 1445, 1497; TSCHANNEN (Fn 129), in: Kommentar USG, Art. 31c USG N 20.

¹³³ Botschaft zu einer Änderung des Bundesgesetzes über den Umweltschutz (USG) vom 7. Juni 1993, BBI 1993, 1445, 1497.

¹³⁴ Botschaft zu einer Änderung des Bundesgesetzes über den Umweltschutz (USG) vom 7. Juni 1993, BBI 1993, 1445, 1497 f.; TSCHANNEN (Fn 129), in: Kommentar USG, Art. 31c USG N 22.

¹³⁵ TSCHANNEN (Fn 129), in: Kommentar USG, Art. 31c USG N 23.

¹³⁶ Botschaft zu einer Änderung des Bundesgesetzes über den Umweltschutz (USG) vom 7. Juni 1993, BBI 1993, 1445, 1497.

¹³⁷ TSCHANNEN (Fn 129), in: Kommentar USG, Art. 31c USG N 20.

¹³⁸ BGE 129 II 497, 516 E. 3.3.1.; ROLF H. WEBER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 3 KG N 32.

¹³⁹ Exemplarisch OECD, Market Definition, DAF/COMP(2012)19, S. 11; RAINER TRAUOGOTT, Zur Abgrenzung von Märkten, WuW 1998, 929–939, 929; TILL STEINVORTH, Probleme der geografischen Markt-abgrenzung, WuW 10/2014, S. 924–937; vgl. auch ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz 532; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 2 KG N 94; MARCEL MEINHARDT/ASTRID WASER/JUDITH BISCHOF, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 10 KG N 40; BEAT ZIRLICK/MARC BLATTER/SIMON BANGERTER, Äpfel mit Birnen vergleichen?, Jusletter 11. September 2017, v.a. Rz 63.

¹⁴⁰ 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 139), 924 ff. Vgl. zuletzt RPW 2018/1, 109, Rz 137, *Verzinkung*.

C.4.1.1 Markt für die Entsorgung von Hydroxid-schlamm

(i) Sachlich relevanter Markt

117. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als sachlich substituierbar angesehen werden (vgl. Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU, der hier analog anzuwenden ist).

118. Die SwissZinc AG plant die Entsorgung von Hydroxidschlämmen mit Rückgewinnung von Metallen, insbesondere Zink. Da aufgrund der Revision der VVEA ab 1. Januar 2021 nur noch die Metallrückgewinnung als gesetzeskonformer Entsorgungsweg von Flugasche möglich ist, bilden lediglich Verfahren der Entsorgung mit Metallrückgewinnung mögliche Substitute für die angebotenen Dienstleistungen der SwissZinc AG. Mit der Realisierung der SwissZinc-Anlage wird das FLU-REC Verfahren eingestellt, womit keine direkte Metallgewinnung aus Flugasche mehr angeboten. Der sachliche Markt betrifft somit die Entsorgung von Hydroxidschlämmen (mit Metallrückgewinnung).

119. Die Wettbewerber auf dem Markt für Entsorgung von Hydroxidschlamm sind die Schweizer Sonderabfallverwerter, welche die Entsorgung von Hydroxidschlamm mit Export in die ausländischen Wälzanlagen anbieten. Für die FLUWA-KVA, welche die direkte Marktgegenseite der SwissZinc darstellen, stehen zur Entsorgung von Hydroxidschlamm mit Metallrückgewinnung im Falle der Realisierung des Projekts zwei Varianten im Vordergrund:

- die Lieferung des Hydroxidschlammes an einen Sonderabfallverwerter, der den Hydroxidschlamm anschliessend ins Ausland exportiert.
- die Lieferung des Hydroxidschlammes direkt an die SwissZinc AG.

120. Die KVA, welche über keine FLUWA-Ablage verfügen, müssen ihre Flugasche zuerst extern sauer waschen lassen, bevor der daraus entstandene Hydroxidschlamm entsorgt werden kann. Diese KVA stellen somit indirekt die Marktgegenseite der SwissZinc AG dar. Auch für die an der SwissZinc AG beteiligten KVA, welche über keine FLUWA-Ablage verfügen, besteht eine Lieferpflicht an die SwissZinc-Anlage.

121. Zudem bilden in diesem Markt private FLUWA-Betreiber wie z. B. die Chiresa AG Marktgegenseite der SwissZinc AG.

(ii) Räumlich relevanter Markt

122. Der räumlich relevante 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).

123. Die Marktgegenseite (vgl. B.3.3.2, Rz 39 ff.) fragt die Dienstleistung der Entsorgung von Hydroxidschlamm entweder bei der SwissZinc AG oder den Export ihres Hydroxidschlammes durch einen Sonderabfallverwerter in der Schweiz nach. Der räumlich relevante Markt beschränkt sich somit soweit ersichtlich auf die Schweiz,

da die Aufbereitung und der Transport des Hydroxidschlammes bei inländischen Unternehmen nachgefragt wird. Der räumlich relevante Markt erstreckt sich daher auch nach der Realisierung des SwissZinc-Projekts soweit ersichtlich (mindestens) auf die Schweiz.

(iii) Zeitlich relevanter Markt

124. Die SwissZinc AG wird voraussichtlich 2025 in Betrieb genommen. Folglich ist in zeitlicher Hinsicht die Nachfrage nach der Entsorgung von Hydroxidschlamm spätestens ab dem Jahr 2025 relevant.

(iv) Zwischenfazit

125. Das Sekretariat geht vom Markt für die Entsorgung von Hydroxidschlamm in der Schweiz spätestens ab 2025 aus.

C.4.2 Marktbeherrschende Stellung der SwissZinc AG auf dem Markt für die Entsorgung von Hydroxidschlamm

126. Ein Unternehmen gilt nach Art. 4 Abs. 2 KG als marktbeherrschend, wenn es auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage ist, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Diese Stellung wird nicht anhand fester Kriterien, sondern anhand der Tatbestände im Einzelfall festgestellt.¹⁴¹ Die Frage nach der Möglichkeit, sich unabhängig von den anderen Marktteilnehmern zu verhalten, steht dabei im Mittelpunkt. Praxisgemäss wird hierzu die aktuelle und potenzielle Konkurrenz geprüft und schliesslich die Stellung der Marktgegenseite analysiert.

(i) Aktuelle Konkurrenz

127. Die SwissZinc AG verfügt bei Realisierung des Projekts über einen Marktanteil von mindestens [75-95] % auf dem relevanten Markt, d.h. dem Markt für die Entsorgung von Hydroxidschlamm in der Schweiz ab 2025 bis zumindest 2040. Dies bestreitet die SwissZinc AG auch nicht (dazu oben Rz 24, Rz 72 f.). Die beteiligten KVA (Gönnerinnen und Aktionärinnen) werden durch vertragliche Bindungen über 15 Jahre an die SwissZinc AG gebunden. Folglich wird der Marktanteil von mindestens [75-95] % über mindestens 15 Jahre Bestand haben. Lediglich auf den restlichen (maximal [5-25] %) des relevanten Marktes besteht in dieser Zeit aktueller Wettbewerb.

128. Die aktuellen Konkurrenten bei der Entsorgung von Hydroxidschlamm sind die Schweizer Sonderabfallunternehmen, die den Hydroxidschlamm zur Aufbereitung ins Ausland transportieren. Aufgrund der 15-jährigen Bindung der beteiligten KVA an die SwissZinc sind diese lediglich auf maximal [5-25] % des Marktes tätig. In der Schweiz sind aktuell die Sonderabfallverwerter Chiresa AG, Spaltag AG, Air Mercury AG und Sovag Veolia tätig. Ob all diese Konkurrenten bei Realisierung des

¹⁴¹ BGE 139 I 72, 97, E. 9.3.1.; LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 2012, 238, 696.

SwissZinc Projektes auf dem Markt verbleiben, ist nicht klar. Es ist denkbar, dass der eine oder andere Konkurrent aus dem relevanten Markt ausscheidet (vgl. B.4.4, Rz 87 ff.). Die FLUREC-KVA ist momentan als einziges Unternehmen im Markt der Metallrückgewinnung aus Flugasche in der Schweiz tätig. Die FLUREC-KVA ist als Pilotprojekt für die SwissZinc-Anlage gedacht und wird bei Inbetriebnahme der SwissZinc-Anlage im Jahr 2025 aus dem Markt ausscheiden.

129. Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass mit der Realisierung des SwissZinc Projektes auf mindestens [75-95] % des relevanten Marktes kein Wettbewerb stattfinden und auf den restlichen maximal [5-25] % die SwissZinc in Konkurrenz mit den genannten aktuellen Konkurrenten stehen wird, wobei möglicherweise einer oder mehrere Konkurrenten aufgrund des kleinen übrigbleibenden Marktvolumens aus dem Markt ausscheiden wird.¹⁴²

(ii) Potenzielle Konkurrenz

130. Zurzeit sind den Wettbewerbsbehörden keine weiteren Konkurrenten bekannt, die in naher Zukunft planen in den Markt für die Entsorgung von Hydroxidschlamm in der Schweiz einzusteigen. Allerdings ist mit der Inbetriebnahme der SwissZinc AG frühestens ab 2025 zu rechnen und die Beurteilung dahingehend schwierig vorzunehmen.

131. Da bei der Realisierung des SwissZinc-Projektes aufgrund der langen Bindung der KVA an die SwissZinc AG für die Konkurrenten nur ein kleiner Teil des relevanten Marktes (maximal [5-25] %) übrig bleibt, wird der Anreiz für Konkurrenten in diesen Markt einzusteigen vermutlich eher gering sein. Daher geht das Sekretariat vorliegend eher davon aus, dass es in absehbarer Zeit keine potentielle Konkurrenz gibt.

(iii) Stellung der Marktgegenseite

132. Die Marktgegenseite (vgl. B.3.3.2; 39 ff.) kann bezüglich ihrer Stellung im Markt in zwei Gruppen aufgeteilt werden:

- Beteiligte KVA (mit oder ohne FLUWA) sind mit der Unterzeichnung des Aktionärbindungs- respektive Gönnervertrages über 15 Jahre an die SwissZinc AG gebunden. Sie haben aus dieser Perspektive eine schwache Stellung, da sie nicht anderweitig ihre Flugasche entsorgen können. Für die Aktionärinnen besteht allenfalls die Möglichkeit in den Verwaltungsrat gewählt zu werden und somit ihre Anliegen durchzusetzen. Das Anrecht für einen Verwaltungsratsitz haben lediglich die FLUWA-KVA. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass auch andere KVA in den Verwaltungsrat gewählt werden.
- Nicht beteiligte KVA (mit oder ohne FLUWA) oder private FLUWA-Betreiber haben als Nachfrager gegenüber der SwissZinc AG eine schwache Stellung. Sie produzieren insgesamt maximal [5-25] % des Hydroxidschlammes. Zudem haben nicht beteiligte KVA nur eine begrenzte Möglichkeit an die SwissZinc AG zu liefern (vgl. Rz 41, 77, 79) und die SwissZinc AG ist auch nicht auf deren Hydroxidschlämme angewiesen, da die SwissZinc AG auf die Menge Hydroxidschlämme der beteiligten KVA ausgelegt ist.

133. Folglich ist die Stellung der Marktgegenseite insgesamt zu schwach, um eine disziplinierende Wirkung auf die SwissZinc AG zu haben.

(iv) Konklusion

134. Würde die SwissZinc-Anlage wie geplant umgesetzt, gäbe es neben der SwissZinc AG kein anderes Unternehmen in der Schweiz, welches die Entsorgung von Hydroxidschlamm bis zur Endetappe der Produktion von reinem Zink anbieten könnte. Sie würde auf dem Markt für die Entsorgung von Hydroxidschlamm Marktanteile von [75-95] %¹⁴³ erwerben. Auf den restlichen maximal [5-25] % des relevanten Marktes können die Sonderabfallunternehmen mit der SwissZinc AG aktuell in Konkurrenz treten. Potentielle Konkurrenz besteht auf absehbare Zeit keine. Die Marktgegenseite hat keine disziplinierende Wirkung auf die SwissZinc AG.

135. Das Sekretariat kommt daher zum Schluss, dass die SwissZinc AG bei der Umsetzung des Projekts in seiner hier beurteilten Form über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für die Entsorgung von Hydroxidschlamm in der Schweiz ab 2025 verfügen würde.

C.5 Potentieller Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Artikel 7 Kartellgesetz

C.5.1 Einleitung

136. Bei den nachfolgenden Abhandlungen ist zu beachten, dass die SwissZinc-Anlage gemäss dem vorliegend zu beurteilenden Projekt nur operationell tätig wird, wenn sie [75-95] % der Hydroxidschlämme verarbeitet (vgl. Rz 134). Die marktbeherrschende Stellung der SwissZinc AG ist demnach gemäss dem beurteilten Projekt die Grundvoraussetzung für den Bau der SwissZinc-Anlage. Die nachfolgend betrachteten Verhaltensweisen der SwissZinc AG auf dem relevanten Markt werden folglich rechtlich als Verhaltensweisen eines marktbeherrschenden Unternehmens behandelt.

¹⁴² Gemäss Urteil des Bundesgerichts in Sachen Publigroupe ist ein Marktanteil von über 50 % ein Indiz für eine marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens, BGE 139 I 72, E. 9.3.3.2; das Bundesverwaltungsgericht entschied im DCC Fall, dass bei Marktanteilen über 60 % oder 70 % die Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung bestehe. Die Schwelle für die Widerlegung der Vermutung durch gegenteilige Faktoren sei bei solchen Marktanteilen umso höher, Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 442, DCC.

¹⁴³ Der Marktanteil eines Unternehmens auf dem relevanten Markt gehört gemäss Literatur zu einem der wichtigsten Elemente bei der Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens. Ein Marktanteil von über 50 % wird als kritische Schwelle angesehen und gilt somit als Indiz für eine marktbeherrschende Stellung, vgl. JÜRGEN BORER, Wettbewerbsrecht, Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2011, N 19 zu Art. 4 KG; REINERT/BLOCH (Fn 139) N 277; EVELYNE CLERC/PRANVERA KÉLLEZI, in: Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], 2013, N 116; RETO ANDREAS HEIZMANN, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, 2005, 168, 171, 172. Gemäss Urteil des Bundesgerichts in Sachen Publigroupe ist ein Marktanteil von über 50 % ein Indiz für eine marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens, BGE 139 I 72, E. 9.3.3.2; das Bundesverwaltungsgericht entschied im DCC-Fall, dass bei Marktanteilen über 60 % oder 70 % die Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung bestehe. Die Schwelle für die Widerlegung der Vermutung durch gegenteilige Faktoren sei bei solchen Marktanteilen umso höher, Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 442, DCC.

137. Das Kartellrecht verbietet eine marktbeherrschende Stellung nicht.¹⁴⁴ Allerdings trägt das marktbeherrschende Unternehmen eine besondere Verantwortung für sein Marktverhalten.¹⁴⁵ Nach Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Gemäss Rechtsprechung bedeutet dies, dass eine Marktbeherrscherin aktuelle oder potentielle Konkurrenten und andere Marktteilnehmer¹⁴⁶ nicht behindern (Behinderungsmissbrauch)¹⁴⁷ sowie Lieferanten, Abnehmer oder Verbraucher nicht ausbeuten bzw. benachteiligen darf (Ausbeutungs- oder Benachteiligungsmissbrauch)¹⁴⁸.

138. Die Behinderung und Benachteiligung nach Art. 7 Abs. 1 KG werden durch den Beispielkatalog in Art. 7 Abs. 2 KG konkretisiert. Ob die darin aufgeführten Verhaltensweisen missbräuchlich sind, ist allerdings im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 1 KG zu beurteilen. Verhaltensweisen, die unter die Tatbestände des Art. 7 Abs. 2 KG fallen, sind nicht per se unzulässig. Es ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung i.S. des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt.¹⁴⁹ Der Beispielkatalog von Art. 7 Abs. 2 KG kann folglich nicht getrennt von Art. 7 Abs. 1 KG betrachtet werden. Ferner ist stets zu prüfen, ob sachliche Gründe der Rechtfertigung («legitimate business reasons») vorliegen. Liegen keine Rechtfertigungsgründe vor, ist die Behinderung oder Ausbeutung bzw. Benachteiligung unzulässig.¹⁵⁰ Gemäss Bundesgericht kann für die Auslegung von Art. 7 KG die Literatur und Praxis von Art. 102 AEUV¹⁵¹ herangezogen werden.¹⁵²

139. Für den Nachweis des Missbrauchs genügt es, wenn die Behörden im Sinne eines konkreten Gefährdungsdelikts die Behinderung oder Ausbeutung bzw. Benachteiligung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 KG aufzeigen. Sie brauchen keine zusätzliche volkswirtschaftliche Auswirkungsanalyse vorzunehmen.¹⁵³ Schliesslich liegt es an den Unternehmen, die Rechtfertigungsgründe der von ihnen begangenen Behinderung oder Ausbeutung bzw. Benachteiligung hinreichend detailliert darzulegen.¹⁵⁴

140. In der Folge werden die verschiedenen vorgesehenen Verhaltensweisen der SwissZinc AG in Übereinstimmung mit der Praxis folgendermassen abgehandelt:

- Ist ein Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 KG erfüllt?¹⁵⁵
- Ist das tatbestandsmässige Verhalten gemäss Art. 7 Abs. 2 KG
 - als eine Behinderung oder Benachteiligung bzw. Ausbeutung gemäss Art. 7 Abs. 1 KG zu qualifizieren,¹⁵⁶
 - das geeignet ist, den Wettbewerb zu behindern?¹⁵⁷
- Ist die Behinderung oder die Benachteiligung bzw. die Ausbeutung sachlich gerechtfertigt («legitimate business reasons»)?¹⁵⁸

C.5.2 Potentielle Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen und anderen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Bst. b KG)

C.5.2.1 Überprüfter Sachverhalt und Ablauf der Prüfung

141. Die SwissZinc AG beabsichtigt, Aktionärinnen und Gönnerinnen für die Entsorgung von Hydroxidschlamm eine günstigere Gate Fee zu verrechnen als nichtbeteiligten Unternehmen (vgl. vorne Rz 23). Ferner können beteiligte Unternehmen Hydroxidschlamm unabhängig von der Qualität des Hydroxidschlammes zu einer einheitlichen Gate Fee an die SwissZinc AG liefern. Die Statuten sehen schliesslich eine Annahmegarantie für beteiligte Unternehmen vor.

142. Im Gegensatz zu dieser Ausgangslage haben nichtbeteiligte Unternehmen für die Lieferung einer geringeren Qualität von Hydroxidschlämmen Preisaufschläge zu bezahlen (vgl. vorne Rz 21). Die SwissZinc AG würde zudem Hydroxidschlämme von Dritt-Unternehmen und nicht-Aktionärinnen nur annehmen, solange diese Hydroxidschlämme insgesamt 20 % des Umsatzes der SwissZinc AG nicht überschreiten.

143. Nachfolgend wird geprüft, ob dieses Verhalten die Tatbestände von Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG erfüllt. Gemäss diesen Normen missbrauchen marktbeherrschende Unternehmen ihre Marktstellung unter anderem dann, wenn sie Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen diskriminieren.

144. In der Folge wird zunächst die Praxis der Behörden aufgezeigt (dazu C.5.2.2, Rz 145 ff.), zweitens die Diskriminierung bzw. Ungleichbehandlung der Handelspartner geprüft (dazu C.5.2.3, Rz 151 ff.), drittens deren

¹⁴⁴ Zuletzt Urteil des BGer 2C_985/2015 vom 9. Dezember 2019, E.4.1.; BGE 139 I 72, 101, E. 10.1.1 mit zahlreichen Hinweisen.

¹⁴⁵ Zuletzt Urteil des BGer 2C_985/2015 vom 9. Dezember 2019, E.4.1.; BGE 139 I 72 E. 10.1.1 mit zahlreichen Hinweisen; siehe auch für die EU z. B. Urteil des EuGH vom 6. September 2017 C-413/14 P Intel, Rz 135.

¹⁴⁶ Vgl. BGE 139 I 72, 101 E. 10.1.1 mit weiteren Hinweisen.

¹⁴⁷ BGer 2C_985/2015 vom 9. Dezember 2019, E.4.1.

¹⁴⁸ Zuletzt BGer 2C_985/2015 vom 9. Dezember 2019, E.4.1.; BGE 139 I 72 E. 10.1.1 S. 102 mit zahlreichen Hinweisen.

¹⁴⁹ BGer 2C_985/2015 vom 9. Dezember 2019, E.4.2.; BGE 139 I 72, 103, E. 10.1.1 mit zahlreichen Hinweisen.

¹⁵⁰ BGer 2C_985/2015 vom 9. Dezember 2019, E.4.2.; BGE 139 I 72, 104 f. E. 10.2.2.

¹⁵¹ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union; ABl. C 115/47 vom 9. Mai 2008.

¹⁵² BGer 2C_985/2015 vom 9. Dezember 2019, E.4.2.; BGE 139 I 72, 89, E. 8.2.3 mit zahlreichen Hinweisen.

¹⁵³ BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1206-1209, *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹⁵⁴ BGer 2C_985/2015 vom 9. Dezember 2019, E.4.2.; BGE 139 I 72, 109, E. 10.4.2.

¹⁵⁵ BGE 139 I 72, 104 f. E. 10.2.2.

¹⁵⁶ BGE 139 I 72, 104 f. E. 10.2.2.

¹⁵⁷ Untersuchung 32-0260 gemäss Art. 27 KG betreffend Eishockey im Pay-TV, Stand August 2020, 5.3.1.3, Rz 277 ff.

¹⁵⁸ BGer 2C_985/2015 vom 9. Dezember 2019, E.4.2.; BGE 139 I 72, 89.

Eignung zur Wettbewerbsbehinderung bzw. Wettbewerbsbeschränkung geprüft (dazu C.5.2.4, Rz 167 ff.) und schliesslich untersucht, ob allfällige Rechtfertigungsgründe («legitimate business reasons») vorliegen (dazu C.5.2.5, Rz 169 ff.).

C.5.2.2 Praxis der WEKO

(i) Sport im Pay TV

145. Im diesem Fall ortete die WEKO eine nicht gerechtfertigte Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG darin, dass die Swisscom das Basisangebot ihrer Tochter Teleclub günstiger beziehen konnte als andere Plattformanbieter. Ferner konnte die Swisscom das Teleclub-Sportangebot (PPC) losgelöst vom erwähnten Basisangebot von Teleclub anbieten, während andere Plattformanbieter das Teleclub-Sportangebot nur gekoppelt mit dem Teleclub-Basisangebot erwerben konnten. Dadurch zahlten Swisscom-Kunden für das Bündel von Teleclub-Basisangebot plus Sportangebot deutlich weniger als Kunden einer anderen Plattform.¹⁵⁹

(ii) Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA

146. Im Zentrum der Untersuchung um die Schweizerische Depeschagentur AG (SDA) stand die Gewährung von Exklusivitätsrabatten in Form von Treuerabatten. Exklusive Treuerabatte eines marktbeherrschenden Unternehmens wurden von der WEKO als missbräuchlich qualifiziert, weil sie dem Abnehmer die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen erschwerten oder gar verunmöglichten und ihn vom Wechsel zur Konkurrenz abhielten.¹⁶⁰ Ferner diskriminierte die SDA ihre Handelspartner, indem sie die Treuerabatte nur denjenigen Handelspartnern gewährte, die ausschliesslich den Basisdienst der SDA abonnierten und vergleichbare Dienste nicht auch noch bei anderen Agenturen bezogen. Damit bezahlten Medienkunden für denselben Basisdienst ungleiche Preise. Diese Art von Treuerabatten erfüllten gemäss WEKO den Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG.¹⁶¹

(iii) SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)

147. Multipay entschied, die den Händlern angebotene DCC-Funktion nur für die ep2 POS-Terminals der eigenen Konzernschwester Card Solutions freizugeben. Den Wettbewerbern von Card Solutions auf dem Terminalmarkt wurde der Zugang zu dieser Funktion verweigert, was gemäss WEKO eine geschäftsverweigernde Diskriminierung während der massgebenden Zeitperiode darstellte.¹⁶² Durch das diskriminierende Verhalten wurden die Terminalanbieter gegenüber der Card Solutions auf dem Terminalmarkt behindert, da sie Multipay-Händlern keine DCC-fähigen Terminals anbieten konnten.¹⁶³ Die WEKO erachtete den Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG als erfüllt.¹⁶⁴ Mit anderen Worten greift das Diskriminierungsverbot von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG auch dann, wenn das marktbeherrschende Unternehmen die zum gleichen Konzern gehörenden Gesellschaften anders behandelt als deren Konkurrenten.¹⁶⁵

(iv) Publikation von Arzneimittelinformationen

148. Die Documed AG publiziert eine vollständige Sammlung von Arzneimittelinformationen (Fachinformationen) für Medizinalpersonen und den Arzneimittelfachhandel in Buchform sowie eine Zusammenstellung von Patienteninformationen in Form von Packungsbeilagen eines Medikaments.¹⁶⁶ Die Documed AG war sowohl auf dem Markt für Publikation von Fach- als auch Patienteninformationen marktbeherrschend.¹⁶⁷ Im Zentrum der Untersuchung stand das Verhalten der Documed AG gegenüber Pharmaunternehmen, die zur Publikation der genannten Fach- und Patienteninformationen verpflichtet sind.¹⁶⁸ Die Documed AG verrechnet anfänglich den Pharmaunternehmen abhängig vom Umfang der zu publizierenden Informationen einen Volumenpreis und abhängig von der Anzahl zu publizierender Fach- und Patienteninformationen einen Basispreis. Der Basispreis verbilligte sich mit steigender Anzahl publizierter Informationen.¹⁶⁹ Von diesem ursprünglich rein kostenbasierten System wich die Documed AG nachfolgend ab. Bei den Basispreisen führte die Documed AG sogenannte Verhandlungspreise ein. Das heisst, der Basispreis richtete sich nicht mehr nach der Anzahl zu publizierender Informationen. Das führte dazu, dass gewisse Pharmaunternehmen höhere Basispreise zu zahlen hatten als andere, ohne dass sich die Preisunterschiede durch die Anzahl der zu publizierenden Informationen erklären liessen. Die WEKO beobachtete, dass grössere Unternehmen von wesentlich umfangreicheren Basispreissenkungen profitieren konnten [15 % bis 40 %] als kleinere Unternehmen [10 %].¹⁷⁰ Sie erachtete diesen Umstand als sachlich ungerechtfertigt (keine «legitimate business reasons») und qualifizierte dies als Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG.¹⁷¹

¹⁵⁹ RPW 2016/4, 1011 f. Rz 729 ff., *Sport im Pay-TV* (noch nicht rechtskräftig).

¹⁶⁰ RPW 2014/4, 685 Rz 113, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.

¹⁶¹ RPW 2014/4, 689 Rz 143 f., *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.

¹⁶² RPW 2011/1, 179 Rz 488 f., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

¹⁶³ RPW 2011/1, 180 Rz 496, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

¹⁶⁴ RPW 2011/1, 181 Rz 499, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

¹⁶⁵ RPW 2011/1, 179 Rz 488, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

¹⁶⁶ RPW 2008/3, 385 f. Rz 1, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

¹⁶⁷ RPW 2008/3, 385 f. Rz 126, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

¹⁶⁸ RPW 2008/3, 385 f. Rz 86 f., *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

¹⁶⁹ RPW 2008/3, 385 f. Rz 131 ff., *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

¹⁷⁰ RPW 2008/3, 385 f. Rz 144 f., *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

¹⁷¹ RPW 2008/3, 385 f. Rz 154, 157, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

(v) Gemeinsamkeiten der genannten Fälle

149. Aus der soeben aufgeführten Kasuistik geht hervor, dass die WEKO von einer unzulässigen Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG ausgeht, wenn das marktbeherrschende Unternehmen Tochter- oder Schwestergesellschaften im Vergleich zu Gesellschaften derselben Marktstufe, die einem Konkurrenzunternehmen angehören, beim Bezug derselben Leistungen ungleich behandelt (insbesondere wesentlich tiefere Preise verrechnet). Ferner erachtet die WEKO eine Diskriminierung dann als gegeben, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen Rabatte (insbesondere Treuerabatte) vergibt, die dem Abnehmer die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen erschweren oder gar verunmöglichen und ihn vom Wechsel zur Konkurrenz abhalten. Ferner erachtete die WEKO solche Rabatte als unzulässig, wenn sie an Exklusivbezüge gebunden waren. Schliesslich erachtete die WEKO unterschiedliche Preise für die Publikationsdienstleistungen bei gleicher Anzahl zu publizierenden Informationen als unzulässig. Die genannten Ungleichbehandlungen sind nur unzulässig, wenn keine «legitimate business reasons» vorliegen.

150. Diese Kasuistik ist bei der nachfolgenden Abhandlung der Tatbestandselemente der Diskriminierung bzw. Ungleichbehandlung von Handelspartnern und bei der Beurteilung der Eignung der Ungleichbehandlung zur Wettbewerbsbehinderung zu beachten.

C.5.2.3 Potentielle Diskriminierung bzw. Ungleichbehandlung von Handelspartnerinnen

151. Das Diskriminierungsverbot von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG führt dazu, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen alle potenziellen Handelspartner in sachlich vergleichbarer Lage grundsätzlich gleich behandeln muss. Marktbeherrschende Unternehmen haben die Pflicht, Wettbewerber in vor- oder nachgelagerten Handelsstufen gleich zu behandeln wie die zum marktbeherrschenden Unternehmen gehörenden Wirtschaftseinheiten. Das marktbeherrschende Unternehmen muss die Wettbewerber zu Bedingungen beliefern, die nicht ungünstiger sind als für die eigenen Wirtschaftseinheiten wie Tochter- oder Muttergesellschaften.¹⁷² Mit anderen Worten schränkt der Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern die Vertragsfreiheit des marktbeherrschenden Unternehmens ein. Es darf aktuelle und potenzielle Geschäftspartner nicht ohne sachliche Gründe mit Bezug auf Preise oder andere Geschäftsbedingungen ungleich behandeln. Der Unrechtsgehalt der Norm liegt darin, dass Mitbewerber ohne sachliche Rechtfertigung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite ausgebeutet wird.¹⁷³

152. Die Ungleichbehandlung liegt gemäss Bundesgericht darin, dass gleiche Sachverhalte ungleich behandelt werden oder ungleiche Sachverhalte gleich behandelt werden.¹⁷⁴ In der Folge sind diese Tatbestandselemente zu prüfen.

Handelspartner

153. Handelspartner im Sinne dieser Norm sind Personen, die im Verhältnis zum marktbeherrschenden Unternehmen auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe stehen und mit diesem im geschäftlichen Kontakt

sind.¹⁷⁵ Vorliegend sind die KVA (mit oder ohne FLUWA) Handelspartnerinnen der SwissZinc AG. Ein Teil dieser KVA sind Aktionärinnen und Gönnerinnen der SwissZinc AG, der andere Teil ist nicht an der SwissZinc AG beteiligt. Ferner ist auch eine Konkurrentin der SwissZinc AG, die Chiresa AG, gleichzeitig eine Handelspartnerin der SwissZinc AG. Denn die Chiresa AG ist zurzeit das einzige auf Sonderabfälle spezialisierte Unternehmen in der Schweiz, das nebst dem Transport von Hydroxidschlamm auch eine FLUWA anbietet und den von ihr produzierten Hydroxidschlamm an die SwissZinc AG liefern könnte.

Ungleichbehandlung

154. Die an der SwissZinc AG beteiligten KVA bzw. FLUWA-KVA und die nicht an der SwissZinc AG beteiligten KVA bzw. FLUWA-KVA liefern der SwissZinc AG beide Hydroxidschlamm vergleichbarer Qualität. Die SwissZinc AG bietet den beteiligten und den nichtbeteiligten KVA bzw. FLUWA-KVA dieselbe Dienstleistung an, nämlich die Annahme und Entsorgung ihres (qualitativ vergleichbaren) Hydroxidschlammes gegen Bezahlung einer Gate Fee. Es liegen folglich mit Bezug auf beteiligte und nicht beteiligte Unternehmen gleichartige Sachverhalte vor.

155. In casu ist zu untersuchen, ob die folgenden Sachverhaltskonstellationen eine Ungleichbehandlung der Handelspartner und dadurch eine Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG darstellen:

- Höhere Gate Fee für die Verwertung von Hydroxidschlamm von Nichtbeteiligten
- Annahmepflicht des Hydroxidschlammes der Mitglieder
- Preissetzung in Abhängigkeit von der Hydroxidschlammqualität für Nichtbeteiligte

Zur höheren Gate Fee für die Verwertung von Hydroxidschlamm von Nichtbeteiligten

156. In Bezug auf die Höhe der den KVA bzw. FLUWA-KVA verrechneten Gate Fee stellt die SwissZinc AG einzig auf die Beteiligung der KVA bzw. FLUWA-KVA an der SwissZinc AG ab und verrechnet den Nichtbeteiligten eine höhere Gate Fee als den Aktionärinnen und Gönnerinnen der SwissZinc AG. Es steht fest, dass nicht an der SwissZinc AG Beteiligte für die Annahme und Verarbeitung des Hydroxidschlammes eine höhere Gate Fee zu bezahlen hätten, weil sie nicht Aktionärinnen oder Gönnerinnen der SwissZinc AG sind. Dies gilt selbst dann, wenn die Hydroxidschlammqualität Nichtbeteiligter besser ist als diejenige von Mitgliedern.

¹⁷² Vorabklärungen: RPW 2011/1, 93 Rz 50, *Switch/Switchplus*; RPW 2012/3, 467 Rz 74, *Erdgas Zentralschweiz*; RPW 2014/1, 125 f. Rz 115, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

¹⁷³ LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: Zäch et al. (Hrsg.), DIKE KG, Art. 7 N 285 f. mit Hinweisen auf die Literatur.

¹⁷⁴ BGE 139 I 72, 106 E. 10.2.3.

¹⁷⁵ BGE 139 I 72, 104 f. E. 10.2.2.

157. Auch nichtbeteiligte KVA, die über keine FLUWA-Anlage verfügen und die FLUWA von einem an der SwissZinc AG beteiligten Unternehmen erledigen lassen, werden gegenüber beteiligten Unternehmen ungleich behandelt. Da das Grundmaterial des Hydroxidschlammes nicht von einem Mitglied stammt, zahlt die betreffende KVA eine höhere Gate Fee als Mitglieder.

158. Da die Chiresa AG sich nicht an der SwissZinc AG beteiligen kann, weil sie keine KVA ist, gilt für sie das oben Ausgeführte sinngemäss. Auch sie muss eine höhere Gate Fee für die Entsorgung von Hydroxidschlamm, welchen sie aus der Flugasche von nicht beteiligten KVA hergestellt hat, bezahlen und zwar auch dann, wenn die von ihr gelieferten Hydroxidschlämme qualitativ besser sind als diejenigen eines an der SwissZinc AG beteiligten Unternehmens.

159. Durch diese Vorgehensweise werden die nicht an der SwissZinc AG beteiligten KVA (mit oder ohne FLUWA) sowie die Chiresa AG in Bezug auf die Höhe der Gate Fee gegenüber den Mitgliedern ungleich behandelt. Wie in der genannten Kasuistik liegt folglich eine Ungleichbehandlung von nicht beteiligten Gesellschaften für den Bezug derselben Leistung vor.

160. Ob eine Ungleichbehandlung von Gönnerinnen und nichtbeteiligten Unternehmen in jedem Fall besteht, da die Gönnerinnen einen à-fonds-perdu-Beitrag zu bezahlen haben, braucht vorliegend nicht näher betrachtet zu werden, da weder feststeht, ob sich überhaupt jemals KVA als Gönnerinnen an der SwissZinc AG beteiligen werden. Die mögliche Ungleichbehandlung zwischen Aktionärinnen und Drittunternehmen reicht für die vorliegenden Betrachtungen, welche einzig darauf gerichtet sind, Anhaltspunkte für eine mögliche Wettbewerbsbeschränkung aufzuzeigen und nicht darauf, künftige Marktentwicklungen abschliessend zu beurteilen.

Zur Annahmepflicht des Hydroxidschlammes der Mitglieder

161. Es steht fest, dass die SwissZinc AG verpflichtet ist, Hydroxidschlamm von Mitgliedern anzunehmen. Gegenüber nicht an der SwissZinc AG Beteiligten besteht dagegen keine Annahmegarantie. Deren Lieferungen akzeptiert die SwissZinc AG nur solange, als diese Drittlieferungen 20 % des Umsatzes der SwissZinc AG nicht überschreiten (zu diesen 20 % werden nach Erachten des Sekretariats ebenfalls die Umsätze der Gönnerinnen gezählt, siehe hierzu Fn 101).

162. Auch nichtbeteiligte KVA, die über keine FLUWA-Anlage verfügen und die FLUWA von einem an der SwissZinc AG beteiligten Unternehmen erledigen lassen, werden gegenüber beteiligten Unternehmen ungleich behandelt. Da das Grundmaterial des Hydroxidschlammes nicht von einem Mitglied stammt, besteht für dessen Annahme keine Garantie.

163. Auch gegenüber der Chiresa AG ist die SwissZinc AG im Gegensatz zu beteiligten Unternehmen nicht zur Annahme des Hydroxidschlammes verpflichtet. Spätestens wenn der Hydroxidschlamm von Drittunternehmen 20 % des SwissZinc-Umsatzes ausmacht, würde die SwissZinc AG gemäss den vorliegenden Informationen die Annahme verweigern. Eine solche Verweigerung könnte gemäss dem Kenntnisstand des Sekretariats

aber auch auf Entschluss der SwissZinc AG vor Erreichen der 20 %-Hürde stattfinden.

164. Es liegt also auch in Bezug auf die Annahme des Hydroxidschlammes eine Ungleichbehandlung nicht beteiligter KVA (mit oder ohne FLUWA) und der Chiresa AG vor.

Zur Preissetzung in Abhängigkeit von der Hydroxidschlammqualität für Nichtbeteiligte

165. Die SwissZinc AG differenziert bei der Preisfestlegung für Aktionärinnen und Gönnerinnen nicht nach der Hydroxidschlammqualität. Beteiligte KVA bzw. FLUWA-KVA bezahlen unabhängig von der Qualität ihres Hydroxidschlammes eine (tiefere) einheitliche Gate Fee. Demgegenüber legt die SwissZinc AG die Preise der nichtbeteiligten KVA bzw. FLUWA-KVA in Abhängigkeit der Qualität des Hydroxidschlammes fest. Sie verrechnet diesen höhere Preise als Mitgliedern, wenn der Hydroxidschlamm von minderer Qualität (d.h. tieferem Zink-Gehalt) ist. Auch für die Chiresa AG würde die Gate Fee höher ausfallen, falls der Zink-Gehalt ihres Hydroxidschlammes aus Sicht der SwissZinc AG von minderer Qualität ist. Insgesamt würden also Nichtmitglieder für die Verarbeitung von Hydroxidschlamm vergleichbarer Qualität höhere Preise bezahlen als Mitglieder.

166. Damit liegt schliesslich auch bei der Preisfestlegung eine Ungleichbehandlung der nichtbeteiligten KVA (mit oder ohne FLUWA) und der Konkurrenz vor.

C.5.2.4 Eignung der Ungleichbehandlung zur Wettbewerbsbehinderung bzw. Wettbewerbsbeschränkung

167. Gesamthaft profitieren die an der SwissZinc AG beteiligten Unternehmen von verbesserten Konditionen im Vergleich zu den Nichtbeteiligten. Insbesondere würden die Unternehmen, die nicht an der SwissZinc AG beteiligt sind (unbeteiligte KVA mit oder ohne FLUWA-Anlage und die Sonderabfallverwerterin Chiresa AG), für die Entsorgung von Hydroxidschlämmen bei der SwissZinc AG mehr bezahlen, obwohl die Qualität der gelieferten Hydroxidschlämme gegebenenfalls besser ist als diejenige von an der SwissZinc AG beteiligten KVA. Wäre dem so, läge darin eine erste Ungleichbehandlung. Ferner können Drittunternehmen nur solange an die SwissZinc AG liefern, als ihre Lieferungen bestenfalls nicht mehr als 20 % des Gesamtumsatzes ausmachen. Aufgrund dieser Vorteile nehmen die an der SwissZinc AG beteiligten Unternehmen auch eine stärkere Stellung gegenüber ihren Kunden ein, indem sie ihnen tiefere Preise verrechnen können. Dadurch würden die Nichtbeteiligten einen Wettbewerbsnachteil erleiden. Daneben müssten die nicht an der SwissZinc AG beteiligten KVA bzw. FLUWA-KVA im Gegensatz zu beteiligten KVA bzw. FLUWA-KVA stets bemüht sein, qualitativ hochwertigen Hydroxidschlamm an die SwissZinc AG liefern zu können, um von tieferen Preisen zu profitieren. Daraus würde eine weitere Ungleichbehandlung resultieren. Vordergründig bestünde also eine Benachteiligung dieser Drittunternehmen gegenüber den an der SwissZinc AG beteiligten KVA für den Bezug derselben Dienstleistung.

168. Je nachdem, wie stark sich die Ungleichbehandlung auf die Marktstellung der nichtbeteiligten KVA aus-

wirkt, würden diese dazu bewegt, sich an der SwissZinc AG zu beteiligen. Dieses Szenario würde möglicherweise dazu führen, dass die Chiresa AG vom Markt verdrängt würde. Für die Chiresa AG würde die Ungleichbehandlung durch die SwissZinc AG daher neben einer Wettbewerbsbenachteiligung gleichzeitig eine Wettbewerbsbehinderung bedeuten.

C.5.2.5 Voraussichtlich keine sachlich gerechtfertigte Ungleichbehandlung (keine «legitimate business reasons»)

169. Gemäss Rechtsprechung liegt eine sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung bzw. «legitimate business reasons» vor, wenn sich das betreffende Unternehmen auf kaufmännische Grundsätze (z. B. Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners) stützen kann.¹⁷⁶ Andere sachliche Gründe sind etwa die veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten, technische Gründe.¹⁷⁷ Die WEKO geht praxisgemäss von sachlich gerechtfertigten Verhaltensweisen aus, wenn diese objektiv notwendig und verhältnismässig sind.¹⁷⁸ Dies ist regelmässig dann der Fall, wenn keine alternativen Verhaltensweisen zur Verfügung standen, welche sich weniger wettbewerbsverfälschend ausgewirkt hätten («Gebot der Unerlässlichkeit»)¹⁷⁹

170. Die SwissZinc AG bringt als Rechtfertigungsgrund sinngemäss vor, dass sie insbesondere die beteiligten KVA (Gönnerinnen und Aktionärinnen) besserstellen wolle, weil diese durch die Investition von Aktionärskapital respektive Gönnerbeiträgen ein finanzielles Risiko tragen würden. Ferner wolle die SwissZinc AG keine Dividenden auszahlen, weil einige KVA aufgrund rechtlicher Vorgaben keine Aktionärinnen erzielten dürften. Wie gesagt werden Gönnerinnen von den nachfolgenden Betrachtungen ausgeklammert (vgl. Rz 160).

171. Dazu ist Folgendes anzufügen: Es trifft zwar zu, dass die beteiligten KVA ein finanzielles Risiko tragen. Das finanzielle Risiko der Aktionärinnen steht dagegen in keinem direkten Zusammenhang mit der Höhe der Gate Fee und der Annahmepflicht des Hydroxidschlammes durch die SwissZinc AG. Das finanzielle Risiko würde normalerweise durch die Ausschüttung einer Dividende an die Aktionärinnen abgegolten. Die Bevorzugung der Aktionärinnen und Gönnerinnen durch eine qualitätsunabhängige Gate Fee mit Annahmepflicht ist folglich nicht mit dem finanziellen Risiko verbunden,¹⁸⁰ sondern mit dem Umstand, dass gewisse KVA keine Dividenden erzielen dürfen. Selbst wenn die SwissZinc AG keine Dividenden auszuschütten gedenkt, kompensiert sie die fehlenden Dividenden durch Aktionärspreise. Die vorteilhaften Aktionärspreise kämen daher einer verdeckten Gewinnausschüttung/Dividende gleich. Die Aktionärinnen würden also auch ohne Ausschüttung der Dividenden einen verdeckten Aktiengewinn erzielen.

172. Des Weiteren wird die Beteiligung auch dadurch abgegolten, dass die Aktionärinnen nicht nur Eigentümerinnen eines Anteils am Unternehmen sind und damit über einen Gegenwert zu ihrer Investition verfügen, den sie veräussern können. Schliesslich kommen ihnen auch Aktionärsrechte zu. Sie können etwa im Rahmen der Generalversammlung und im Verwaltungsrat Unternehmensentscheidungen, Wahlen, Statutenänderungen und

dergleichen mitbestimmen. Zusammengefasst heisst das, sie können die Unternehmenspolitik mitbestimmen. Je höher ihre Beteiligung ist, desto höher ist auch der Einfluss einer Aktionärin.

173. Die Privilegierung der an der SwissZinc AG beteiligten Unternehmen ist, zumindest was die Aktionärinnen betrifft, weder objektiv notwendig noch unerlässlich, um die Funktionsweise der SwissZinc AG sicherzustellen. Zentral für die SwissZinc AG ist die Auslastung des Werkes und gemäss eigenen Angaben das kostendeckende Wirtschaften (vgl. vorne Rz 23). Auslastung und kostendeckendes Wirtschaften setzt allerdings nicht voraus, dass die Auslastung einzig durch beteiligte Unternehmen zu erfolgen hat. Ferner setzt das Kostendeckungsprinzip nicht voraus, dass beteiligte Unternehmen für die Verwertung qualitativ gleichstehender Hydroxidschlämme weniger bezahlen müssen als nichtbeteiligte Unternehmen. Die preisliche Schlechterstellung nichtbeteiligter Unternehmen scheint vielmehr zwei Zwecke zu verfolgen: die Marktverdrängung von Konkurrenten vom Markt für Entsorgung von Hydroxidschlamm und gleichzeitig die Anbindung sämtlicher KVA an der SwissZinc AG, um eine Monopolstellung zu erreichen. Diese beiden Zwecke stellen keine sachliche Rechtfertigung für die vorliegende Ungleichbehandlung dar. Es liegen daher Anhaltspunkte vor, wonach die SwissZinc AG ihre Handelspartner zumindest gegenüber ihren Aktionärinnen ungerechtfertigt diskriminieren könnte.

C.5.3 Potentielle Einschränkung des Absatzes und der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG)

C.5.3.1 Überprüfter Sachverhalt und Ablauf der Prüfung

174. Die SwissZinc AG möchte [75-95] % der jährlich anfallenden Hydroxidschlämme verwerten und die beteiligten KVA entweder als Aktionärinnen oder Gönnerinnen mit Exklusivlieferverträgen über 15 Jahre an sich binden. Ferner auferlegt sie den beteiligten Unternehmen ein 15-jähriges Konkurrenzverbot (dazu B.2.3.3, v.a. Rz 27).

175. Die SwissZinc AG verlangt von ihren Aktionärinnen und Gönnerinnen zusätzlich, dass sie die von der SwissZinc AG ausgeschriebenen Transportdienstleistungen in Anspruch nehmen. Die SwissZinc AG sieht

¹⁷⁶ BGer 2C_985/2015 vom 9. Dezember 2019, E.4.2.; BGE 139 I 72, 104, E. 10.1.2.

¹⁷⁷ BGE 139 I 72, 104, E. 10.1.2.

¹⁷⁸ Vgl. RPW 2016/4, 1006 Rz 680, *Sport im Pay-TV*; Vgl. Mitteilung der Kommission — Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABI. C 45 vom 24.2.2009 zu Art. 82 EGV, Rz 29 ff.

¹⁷⁹ Vgl. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 7 KG N 69 ff. und 135; EVELYNE CLERC/PRANVERA KËLLEZI, in: Droit de la concurrence, Commentaire romand, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2013, Art. 7 LCart N 83; Mitteilung zu Art. 82 EGV (Fn 178), Rz 29 ff.

¹⁸⁰ Vgl. RPW 2008/1, 108 Rz 167, *Strassenbeläge Tessin*.

einen Transportkostenausgleich vor, wonach jedes Unternehmen für den Transport einer Tonne Hydroxidschlamm den gleichen Preis bezahlt, und zwar unabhängig von der Entfernung zur SwissZinc-Anlage. Damit subventionieren die KVA, die ihre Flugasche bei einer zur SwissZinc-Anlage nahegelegenen FLUWA-Anlage waschen lassen, diejenigen KVA, die ihre Flugasche in einer weiter entfernten FLUWA-Anlage waschen lassen.

176. Nachfolgend wird geprüft, unter welchen Umständen diese Exklusivverträge, das Konkurrenzverbot und der Transportkostenausgleich die Tatbestände von Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG erfüllen. Gemäss diesen Normen missbrauchen marktbeherrschende Unternehmen ihre Marktstellung, wenn ihre Verhaltensweisen zu einer Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung führen könnte.

177. Um die potentielle Wettbewerbsbeschränkung zu beurteilen, wird in der Folge zunächst die Praxis der Behörden aufgezeigt (dazu C.5.3.2, Rz 178 ff.), zweitens die mögliche Einschränkung des Absatzes und der technischen Entwicklung erläutert (dazu C.5.3.3, Rz 190 ff.), drittens deren Eignung zur Wettbewerbsbehinderung bzw. -beschränkung geprüft (dazu C.5.3.4, Rz 196 ff.) und schliesslich untersucht, ob allfällige Rechtfertigungsgründe («legitimate business reasons») vorliegen (dazu C.5.3.5, Rz 199 ff.).

C.5.3.2 Praxis der WEKO und der EU-Kommission

178. Die Darstellung der Kasuistik dient der Übersichtlichkeit und soll die Entscheidungsfindung erleichtern. Die nachfolgend aufgeführte Praxis ist nicht immer direkt vergleichbar mit dem vorliegenden Sachverhalt.

(i) KTB-Werke

179. Zwei sich konkurrierende Bauunternehmen betrieben unter dem Namen KTB AG ein gemeinsames Inkassounternehmen. Die beiden KTB-Werke hatten im Raum Bern auf dem Markt für den Vertrieb von Baustoffen Sand, Kies und Transportbeton sowie deren Transport eine kollektive marktbeherrschende Stellung inne. Laut WEKO missbrauchten die KTB-Werke ihre kollektiv marktbeherrschende Stellung, indem sie gegenüber ihren Kundinnen einen gemeinsamen Mengenrabatt auszahlte, und Kundinnen, die Mitglieder des Baumeistertverbandes Region Bern (BVRB) waren, einen sogenannten «Kies- und Betonbatzen».¹⁸¹

180. Je grösser die während eines Jahres bei den der KTB angeschlossenen Betonwerken bezogene Menge war, desto höher fiel der Rabatt pro Kubikmeter aus. Entschied sich ein Kunde, einen Teil seiner Bezüge nicht bei einem KTB-Werk zu tätigen, reduzierte sich der Rabatt für seine übrigen Bezüge ebenfalls, z. B. reduzierte sich der Rabatt um Fr. 2.25 pro Kubikmeter, wenn er von jährlich 8000 m³ bezogenem Beton, 5000 m³ von einem Nicht-KTB-Lieferanten bezog. Der «Kies- und Betonbatzen» verfiel, wenn die Kundinnen nicht sämtliche Bezüge bei den KTB-Werken tätigten. Die KTB-Werke verpflichteten sich ihrerseits Nicht-Mitglieder des BVRB nicht zu günstigeren Preisen und Konditionen zu beliefern. Ferner sollten Private und Nichtbauherren einen Preiszuschlag bezahlen.¹⁸²

181. Durch den Kies- und Betonbatzen sowie den Mengenrabatt wurde der Eintritt neuer Anbieter in den relevanten Markt erschwert und das von den KTB-Werken belieferte Gebiet gegenüber Drittanbietern abgeschottet. Im Untersuchungszeitraum kam es entsprechend zu keinen neuen Markteintritten. Indem die marktbeherrschenden Verfahrensparteien die Produkte und Dienstleistungen der Konkurrenten weniger absetzbar machten, ohne dass dies der Folge ihrer höherwertigen Leistungen zuzuschreiben wäre, verhielten sie sich laut WEKO missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG.¹⁸³

(ii) Supermédia

182. Im Fall Supermédia hatte das Telekommunikationsunternehmen Naxoo in Genf auf dem Markt für Kabelfernsehanschlüsse eine marktbeherrschende Stellung inne. Die WEKO setzte sich unter anderem mit der Frage auseinander, ob Naxoo den Absatz und die technische Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. e KG eingeschränkt hatte. Naxoo hatte mit Eigentümern von Mehrfamilienhäusern vertraglich die exklusive Nutzung von Hausinneninstallationen vereinbart. Auf diese Weise erreichte Naxoo, dass Drittanbieter von Fernsehanschlüssen vom Wettbewerb um die Anschlüsse in diesen Immobilien ausgeschlossen waren. Im konkreten Fall konnte die Firma Gératronic mit ihrem System Supermédia, das es unter anderem erlaubte Kabel- und Satellitenfernsehen zu empfangen, nicht mehr in Konkurrenz zu Naxoo zu treten und ihr Produkt abzusetzen. Gemäss WEKO war das Vorgehen von Naxoo geeignet, den Wettbewerb zu beschränken, da in Genf zum grössten Teil Mehrfamilienhäuser stünden, die häufig über ein gemeinsames einzelnes Empfangssystem verfügten. Naxoos Vorgehen beschränkte folglich den Absatz und die technische Entwicklung.¹⁸⁴

(iii) Online Buchungsplattformen

183. Im Online-Buchungsplattformen-Fall untersuchte die WEKO sogenannten Paritätsklauseln in den Verträgen zwischen Hotels und Online-Buchungsplattformen. Die WEKO liess es letztlich offen, ob das Unternehmen Booking.com über eine marktbeherrschende Stellung im Markt für Vermittlung von Buchungen zwischen Hotels und Endkunden über Online-Buchungsplattformen verfügte.¹⁸⁵ Sie liess auch offen, ob Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG erfüllt war. Allerdings gab die WEKO insofern einen Hinweis auf die Auslegung der Norm, als dass sie festhielt, dass die von Booking.com vorgesehenen Paritätsklauseln von Hotels nicht verlangten, dass Hotels günstigere Preise, bessere Verfügbarkeiten oder bessere

¹⁸¹ Verfügung vom 10. Dezember 2018, KTB-Werke, Rz 905, Rz 910 (abrufbar unter: <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>).

¹⁸² Verfügung vom 10. Dezember 2018, KTB-Werke, Rz 911 f. (<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>).

¹⁸³ Verfügung vom 10. Dezember 2018, KTB-Werke, Rz 914 (<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>).

¹⁸⁴ RPW 2018/3, 570 Rz 481, 580, Rz 560 ff., *Supermédia* (noch nicht rechtskräftig).

¹⁸⁵ RPW 2016/1, 102 Rz 265; 125, Rz 456.

Konditionen anzubieten hätten als auf alternativen Vertriebskanälen, sondern lediglich gleich vorteilhaft sein sollten. Es lasse sich daher keine künstliche Verknappung des Angebots feststellen, wie sie der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG verlange. Dies gelte auch für die Verfügbarkeitsparität, da die entsprechenden Zimmer nicht exklusiv auf Booking.com zur Verfügung gestellt werden müssten, sondern die Zimmer auch von Konkurrenten vermittelt werden könnten. Daher verneinte die WEKO einen Missbrauch im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG.

(iv) Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA

184. Die Schweizerische Depeschagentur AG (SDA) hatte mit ihren Medienkunden vereinbart, dass diese den News-Basisdienst exklusiv bei der SDA beziehen, als Gegenleistung dazu gewährte die SDA ihren Kunden Exklusivitätsrabatte. Medienkunden der SDA kamen damit nicht mehr als Kunden ihrer Konkurrenten in Frage, da sie ansonsten den Rabatt verloren hätten. Entsprechend wurde die Absatzmöglichkeit der Konkurrenz der SDA in der Schweiz künstlich beschränkt, womit eine Einschränkung des Absatzes im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG vorliege.¹⁸⁶ Gemäss WEKO sind Ausschliesslichkeitsbindungen in Form von Alleinbezugsverpflichtungen oder Rabatten ein klassisches Mittel, um Kunden an sich zu binden, wodurch sowohl aktuelle als auch potenzielle Konkurrenten im Wettbewerb behindert würden.¹⁸⁷ Die Exklusivitätsrabatte beruhten weder auf einer wirtschaftlichen Gegenleistung der Medienkunden noch auf Kosteneinsparungen der SDA, weshalb sie aus Sicht der WEKO nicht gerechtfertigt waren.¹⁸⁸

(v) SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)

185. Multipay/Card Solutions hatte gegenüber konkurrierenden Terminalherstellern die rasche Entwicklung von Terminals verhindert, die bei Multipay-Händlern DCC-fähig sind. Sie hatte die Offenlegung von Schnittstellinformationen verhindert bzw. verspätet mitgeteilt. Einerseits erblickte die WEKO darin eine künstliche Verknappung des Terminal-Angebots für Multipay-Händler, welche sich für DCC interessierten, andererseits hätten die anderen Terminalhersteller die Produkteigenschaften ihrer Terminals nur beschränkt zur Geltung bringen können. Dies sei geeignet, die Investitionsanreize für die anderen Terminalhersteller zu beeinträchtigen. Die Einschränkung der technischen Entwicklung habe dazu geführt, dass die Händler in ihrer Wahl beschränkt gewesen seien.¹⁸⁹

(vi) Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern

186. Der marktbeherrschende Schweizerische Verband für künstliche Besamung (SVKB) hatte Exklusivverträge mit Tierärzten und Besamungstechnikern abgeschlossen. Aus Sicht der WEKO behinderten diese Exklusivverträge neu in den Markt tretenden Unternehmen im Aufbau eines eigenen konkurrenzfähigen Verteilnetzes und gefährdeten dadurch deren wirtschaftliche Existenz. Die WEKO beurteilte daher die Alleinbezugsvereinba-

rung als Einschränkung des Absatzes im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG.¹⁹⁰

(vii) Tetra Pak Rausing SA

187. Die EU-Kommission stellte einen Verstoss gegen den Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG entsprechenden Art. 102 Abs. 2 Bst. b AEUV in folgender Konstellation fest: Tetra Pak hatte sich bei einer Übernahme eines Konzerns exklusive Lizenzen erworben. Tetra Pak konnte dadurch eine konkurrierende Sterilisierungstechnologie ausschliesslich nutzen und weiterentwickeln. Laut Kommission stärkte dies die marktbeherrschende Stellung von Tetra Pak und behinderte oder verzögerte den Markteintritt von Konkurrenten erheblich.¹⁹¹ Tetra Pak hinderte dadurch auch Konkurrenten, selbst technologische Fortschritte zu machen und den Absatz aufrecht zu erhalten oder zu steigern. Die Marktzugangsschranken seien dadurch erheblich bis unüberwindlich hinaufgesetzt worden.¹⁹²

(viii) Gemeinsamkeiten der Fälle

188. In den Fällen Supermedia, Preispolitik SDA, Stiersamen und KTB-Werke bejahte die WEKO die Einschränkung des Absatzes im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG, da die Exklusivitätsklausel dazu geführt hatte, dass Gérardonic gar keine Verträge mehr abschliessen konnte, die Konkurrenten von SDA vom Wettbewerb um Medienkunden ausgeschlossen wurden und keine Konkurrenten des SVKB bzw. der KTB-Werke neu in den Markt eintreten konnten. Im Fall Online Buchungsplattformen wurde die Anwendung von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG verneint, weil Booking.com weder exklusiv bessere Preise und Konditionen noch exklusiv freie Zimmer zu diesen Preisen und Konditionen anbieten konnte.

189. Die WEKO sah die technische Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Bst. e KG dadurch eingeschränkt, dass Multipay/Card Solutions Schnittstellen nicht oder verspätet offenlegte. Das führte gemäss WEKO dazu, dass die Investitionsanreize anderer Terminalhersteller beeinträchtigt worden waren. Ähnlich verhinderte gemäss EU-Kommission Tetra Pak ihre marktbeherrschende Stellung indem sie durch den Erwerb von Exklusivlizenzen die Konkurrenz am Markteintritt und am technologischen Fortschritt hinderte.

¹⁸⁶ RPW 2014/4, 688 Rz 132 f., *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.

¹⁸⁷ RPW 2014/4, 688 Rz 134, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.

¹⁸⁸ RPW 2014/4, 688 Rz 136, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.

¹⁸⁹ RPW 2011/1, 181 Rz 501 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

¹⁹⁰ RPW 1999/1, 89 f. insbesondere Rz 66 f., *Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern*.

¹⁹¹ KommE IV/31.043, ABl. 1988 L 272, 27 ff., insbesondere Rz 45; bestätigt durch EuG, Rs T-51/89, ECLI:EU:T:1990:41, *Tetra Pak Rausing SA/Kommission*.

¹⁹² KommE IV/31.043, ABl. 1988 L 272, 27 ff., insbesondere Rz 47; bestätigt durch EuG, Rs T-51/89, ECLI:EU:T:1990:41, *Tetra Pak Rausing SA/Kommission*.

C.5.3.3 Potentielle Einschränkung des Absatzes und der technischen Entwicklung

190. Bei der Beurteilung der Einschränkung des Absatzes und der technischen Entwicklung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG sind zwei Sachverhaltskonstellationen zu beurteilen. Einerseits die Exklusivbelieferungspflicht und das Wettbewerbsverbot und andererseits der Transportkostenausgleich.

C.5.3.3.1 Exklusivbelieferungspflicht und Wettbewerbsverbot

191. Exklusivvereinbarungen können unter normalen Wettbewerbsbedingungen zulässig sein. Wie aus der soeben dargelegten Kasuistik hervorgeht, gilt dies jedoch in der Regel nicht in einem Markt, in dem der Wettbewerb aufgrund der marktbeherrschenden Stellung eines Geschäftspartners bereits eingeschränkt ist.¹⁹³

192. Würden ein Teil oder sämtliche unabhängigen KVA, die im Aktionärbindungsvertrag oder dem Gönnervertrag vorgesehene 15-jährige Exklusivbelieferungspflicht und das Konkurrenzverbot (vgl. B.2.3.3, v.a. Rz 27) unterzeichnen, hätten die Konkurrentinnen der SwissZinc AG während dieser Zeit keine Möglichkeit, beteiligte KVA, welche der SwissZinc AG direkt oder indirekt (über FLUWA-KVA) [75-95] % des Hydroxidschlammes liefern, als Neukunden zu gewinnen.

193. Die Konkurrenz der SwissZinc AG kann für den Zeitraum von mindestens 15 Jahren unabhängig davon, wie innovativ, qualitativ hochstehend und günstig ihr Angebot ist, nicht in Wettbewerb mit der SwissZinc AG um die Entsorgung von Hydroxidschlamm aus Flugasche von beteiligten KVA treten. Mit anderen Worten beschränkt bzw. verunmöglicht die SwissZinc AG, indem sie die KVA mittels den Exklusivverträgen, dem Konkurrenzverbot und den einheitlichen Transportkosten an sich bindet, den Absatz ihrer Konkurrenten für den Zeitraum von 15 Jahren.

194. De facto könnten aufgrund der Vereinbarungen während 15 Jahren kaum alternative Anbieter zur Verarbeitung oder Entsorgung von Hydroxidschlämmen in den Schweizer Markt eindringen. Einerseits bestünde dadurch ein nur geringer Anreiz für bereits bestehende Konkurrentinnen der SwissZinc AG während 15 Jahren mit innovativen Techniken in den Schweizer Markt einzudringen, selbst wenn sie technisch überlegene Verarbeitungsmethoden anbieten würden, da Marktanteils-gewinne von vorneherein ausgeschlossen oder stark begrenzt wären. Andererseits wäre es den gebundenen KVA aufgrund der Exklusivbindung und des Konkurrenzverbotes nicht möglich, in irgendeiner Weise mit der SwissZinc AG in Konkurrenz zu treten und allenfalls selbst höherwertige technische Entwicklungen voranzutreiben. Die weitgehende Verschliessung des Schweizer Marktes während 15 Jahren würde sich folglich voraussichtlich negativ auf die Entwicklung neuer Techniken auswirken. Aufgrund der Exklusivbindungen würde selbst der Innovationsdruck aus dem Ausland während 15 Jahren keine technischen Anpassungen der SwissZinc-Anlage erfordern.

C.5.3.3.2 Transportkostenausgleich

195. Die SwissZinc AG sieht einen Transportkostenausgleich vor, wonach jedes Unternehmen für den Transport einer Tonne Hydroxidschlamm den gleichen Preis bezahlt, und zwar unabhängig von der Entfernung zur SwissZinc-Anlage. Damit subventionieren die KVA, die ihre Flugasche bei einer zur SwissZinc-Anlage nahegelegenen FLUWA-Anlage waschen lassen, diejenigen KVA, die ihre Flugasche in weiter entfernten FLUWA-Anlagen waschen lassen. Dies führt möglicherweise dazu, dass weiter entfernte KVA tiefere Transportkosten zu vergegenwärtigen haben, als dies bei funktionierendem Wettbewerb der Fall wäre. Durch den Ausgleich würden allenfalls ähnlich wie im KTB-Verfahren bei den Mengenrabatten und dem Kies- und Betonbatzen, der Markteintritt von Drittunternehmen erschwert und deren Dienstleistungen weniger attraktiv gemacht. Der Transportkostenausgleich ist zudem eine Vorzugskondition, die sich ähnlich wie ein Exklusivrabatt auswirken könnte. In den Genuss des Transportkostenausgleichs kommt nämlich nur, wer zugleich die Exklusivlieferungsvereinbarung und das Konkurrenzverbot mit der SwissZinc AG abschliesst. Der Transportkostenausgleich schafft für diejenigen KVA, welche davon profitieren würden, einen zusätzlichen ökonomischen Anreiz, sich an die SwissZinc AG zu binden.

C.5.3.4 Eignung zur Wettbewerbsbehinderung

196. Die 15-jährige Exklusivliefervereinbarung und/oder das Wettbewerbsverbot sind geeignet, die Entsorgungsdienstleistungen der Konkurrenzunternehmen der SwissZinc AG zu be- oder verhindern. Der Marktzugang der Konkurrenz wird im Sinne der Praxis künstlich beschränkt, ohne dass dies eine Folge der normalen Marktentwicklung bzw. des Leistungswettbewerbs wäre.¹⁹⁴ Vielmehr droht das marktbeherrschende Unternehmen die Konkurrenz durch diese Vereinbarung gezielt vom Wettbewerb auszuschliessen.

197. Der Transportkostenausgleich ist wie gesagt eine Vorzugskondition, die nicht unabhängig von der Exklusivliefervereinbarung gewährt würde. Er würde sich aus demselben Grund potentiell marktverdrängend auswirken. Der Transportkostenausgleich könnte zudem einen marktabschottenden Effekt haben, indem ökologisch sinnvolle kürzere Transportwege ins benachbarte Ausland mit Hilfe von Transportunternehmen oder Sonderabfallverwertern nicht unternommen würden, weil die Quersubventionierung in Form des Transportkostenausgleichs den Transport in die weiter entfernte SwissZinc-Anlage gebietet. Allerdings lässt sich dies vorliegend nicht abschliessend beurteilen. Die Transportkosten machen erwartungsgemäss einen verhältnismässig kleinen Anteil der Kosten aus.

¹⁹³ Vgl. auch DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 138), Art. 7 N 469.

¹⁹⁴ Vgl. RPW 2016/1, 125 Rz 455, *Online-Buchungsplattformen für Hotels*; RPW 2014/4, 688 Rz 130, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*; DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 138), Art. 7 N 466.

198. Die hier betrachteten Verhaltensweisen der SwissZinc AG sind insgesamt geeignet, ihre Konkurrenten sowohl im Absatz als auch in der technischen Entwicklung zu behindern. In der Folge ist daher noch zu prüfen, ob sich die potentielle Wettbewerbsbehinderung sachlich rechtfertigen liesse.

C.5.3.5 Voraussichtlich keine sachliche gerechtfertigte Einschränkung von Absatz oder der technischen Entwicklung (keine «legitimate business reasons»)

199. Die Exklusivliefervereinbarung oder das Wettbewerbsverbot könnten gemäss einem Teil der Literatur beim Vorliegen der nachfolgenden Gründe gerechtfertigt sein: Sicherheits- oder Umweltschutzgründe, Kapazitätsengpässe zur Aufrechterhaltung des bisherigen Produktions- oder Vertriebsumfangs und Rationalisierungsprozesse.¹⁹⁵ Die Botschaft anerkennt Umweltschutzgründe als möglichen Effizienzgrund, wenn dadurch eine rationellere Nutzung von Ressourcen oder öffentlichen Gütern erreicht werden soll.¹⁹⁶ Ob Umweltschutzgründe tatsächlich als Effizienzgründe herangezogen werden können, wurde von der Rechtsprechung noch nicht rechtskräftig geprüft.

200. Die WEKO prüfte in ihrer Praxis zu den «legitimate business reasons» auch im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG, ob kaufmännische Grundsätze (z. B. das Verlangen der Zahlungsfähigkeit des Vertragspartners) eine veränderte Nachfrage, Kosteneinsparungen, administrative Vereinfachungen, Transport- und Vertriebskosten oder technische Gründe die Einschränkung rechtfertigten. In der vorliegenden Konstellation fallen insbesondere Umwelt- und Investitionsschutzgründe als mögliche Rechtfertigungsgründe in Betracht.

201. Vorliegend steht fest, dass die neue Umweltschutzgesetzgebung in Zukunft eine Rückgewinnungspflicht von Zink aus Abfallverbrennungsrückständen vorschreibt. Die Idee zum Bau einer SwissZinc-Anlage entstand aus diesem Grund. Der Umweltschutz steht also fraglos im Zentrum der Gesetzesänderung und des SwissZinc-Projekts. Die SwissZinc-Anlage entspricht denn auch gemäss BAFU dem gesetzlichen Stand der Technik. Gleichzeitig gibt es aber alternative Anbieter, deren Entsorgungsangebot ebenfalls dem geforderten Stand der Technik entspricht und die die Anforderungen der Umweltschutzgesetzgebung erfüllen. Konkret können die KVA Hydroxidschlämme auch exportieren und in ausländischen Wälzanlagen verwerten lassen. Aus umweltrechtlicher Hinsicht gibt es keinen Grund, weshalb diese Alternativen nicht genutzt werden sollten. Selbst wenn man also Umweltschutzgründe als Effizienzgründe zulässt (wobei dazu noch keine rechtskräftige Praxis besteht), könnten sie vorliegend nicht als Rechtfertigungsgrund dienen.

202. Kartellrechtlich untersuchenswert ist denn auch nicht der Umstand, dass die SwissZinc AG Umweltziele verfolgen will, sondern die Tatsache, dass sie auf der Hypothese konzipiert wurde, sie müsse ab dem ersten Tag der Inbetriebnahme der SwissZinc-Anlage marktbeherrschend sein. Der alternative Aufbau der SwissZinc-Anlage als nicht-marktbeherrschendes «normales» Unternehmen, das die neuen gesetzlichen Umweltziele verfolgt, wurde vorerst gar nicht in Betracht gezogen. Da

die Anlage aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung entsprechend gross ausgestaltet ist, soll mit den Exklusivliefervereinbarungen die Amortisierung der Investitionskosten für die Anlage der marktbeherrschenden SwissZinc AG sichergestellt werden. Die SwissZinc AG bewirkt oder bezweckt dadurch, dass ab dem ersten Tag der Inbetriebnahme der SwissZinc-Anlage die Konkurrenz ausgeschaltet ist, obwohl es auch gesetzeskonforme alternative Anbieter für die Entsorgung von Hydroxidschlämmen gibt. Die Exklusivvereinbarungen und das Wettbewerbsverbot dienen folglich nicht nur dem Aufbau eines Unternehmens, das sich den Umweltschutz zum Ziel gesetzt hat. Vielmehr stellen sie auch die Gründung eines marktbeherrschenden Unternehmens sicher, das zwar einerseits die Umweltgesetzgebung einhält, doch andererseits durch die Exklusivvereinbarungen und das Konkurrenzverbot alternative Anbieter vom Markt zu verdrängen droht, die die Umweltgesetzgebung ebenfalls einhalten. Das Ziel des Umweltschutzes kann daher nicht als Rechtfertigungsgrund für die Einschränkung des Absatzes der alternativen Anbieter dienen.

203. Auch der Investitionsschutz kann nicht als Rechtfertigungsgrund dienen. Denn erst die Konzipierung eines marktbeherrschenden Unternehmens mit dem Ziel der Errichtung eines Monopols, das eine entsprechend grosse Anlage notwendig macht, führt überhaupt erst dazu, dass 15-jährige Exklusivvereinbarungen mit zusätzlichem Konkurrenzverbot mit [75-95] % der Marktteilnehmer abgeschlossen werden müssen, um die Kosten dieses Projektes amortisieren zu können. Würde der Investitionsschutz als Rechtfertigungsgrund für die Bildung eines marktbeherrschenden Unternehmens zugelassen, stünde es letztlich jedem Unternehmen frei, sich unter Berufung darauf dem gesetzgeberisch gewünschten Wettbewerb zu entziehen.

204. Der Vollständigkeit halber sei Folgendes angemerkt: Wäre die SwissZinc AG nicht von ihrer marktbeherrschenden Stellung als Grundannahme für die Realisierung des Projektes ausgegangen, sondern hätte sie mit wesentlich geringeren Marktanteilen gerechnet, sähe die rechtliche Ausgangslage wohl anders aus. Eine nichtmarktbeherrschende SwissZinc AG könnte den Investitionsschutz allenfalls als Rechtfertigungsgrund für eine zeitlich begrenzte Exklusivliefervereinbarung und ein temporäres Konkurrenzverbot anführen. Solche Massnahmen zum Investitionsschutz für nichtmarktbeherrschende Unternehmen sind nämlich nicht per se unzulässig.¹⁹⁷ Ein solcher Sachverhalt wurde dem Sekretariat aber weder zur Beurteilung vorgelegt, noch steht diese Frage vorliegend zur Beurteilung. Die vorliegenden Ausführungen dienen einzig zur Information, es

¹⁹⁵ DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 138), Art. 7 N 476; a.A. BEAT ZIRLICK/SIMON BANGERTER, in: KG Kommentar, Zäch/Arnet et al. (Hrsg.), 2018, Art. 5 N 261.

¹⁹⁶ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl. 1995, 558.

¹⁹⁷ Vgl. auch DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 138), Art. 7 N 469; Vgl. auch Verordnung Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010, ABl. 2010 L 102, 1 ff.

handelt sich hierbei folglich nicht um eine behördliche Zusicherung an die SwissZinc AG mit Bezug auf ein allfällig angepasstes Projekt.

205. Andere Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich und wurden von der SwissZinc AG auch nicht (sinnge-mäss) vorgebracht. Insgesamt würden voraussichtlich durch die Exklusivbelieferungsvereinbarung und das Konkurrenzverbot der Absatz und die technische Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG behindert.

C.5.4 Mögliche gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen und sonstigen Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. d KG)

206. Gemäss der SwissZinc AG ist der Markt für die Entsorgung von Hydroxidschlamm aufgrund der wenigen Endabnehmer und der vier Zwischenhändler, namentlich die Chiresa AG, die Spaltag AG, die Air Mercury AG und die Sovag Veolia oligopolistisch strukturiert. Durch den Bau der SwissZinc-Anlage und den damit verbundenen vertraglichen Bindungen versucht die SwissZinc AG, gemäss eigenen Angaben, die Entsorgung von Hydroxidschlamm durch die vier Sonderabfallverwerter zu vermeiden und diese dadurch vom Markt zu verdrängen. Ultimativ zielt die SwissZinc AG gemäss eigenen Angaben nämlich darauf, dass sich sämtliche KVA in der Schweiz an ihr beteiligen. Damit zielt sie mit anderen Worten auf die Errichtung eines Monopols im Markt für die Entsorgung von Hydroxidschlamm. Zur Erreichung dieses Ziels könnte die SwissZinc AG nach der Amortisation der Investitionskosten die Gate Fee (Verwertungsgebühr) zeitweise unter ihren eigenen Kosten ansetzen, um so die Sonderabfallverwerter aus dem Markt zu verdrängen. Nach dem Marktaustritt dieser Unternehmen könnte die SwissZinc AG mangels Konkurrenten ihre Gate Fee über das Wettbewerbsniveau anheben, um die entstandenen Verluste durch die Preisunterbietung wieder zu decken. Es kann vorliegend dahingestellt bleiben, ob dieses Szenario plausibel wäre. Käme es aber zu einem solchen Verhalten, wären aller Voraussicht nach die Tatbestände von Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. d KG erfüllt. Ein möglicher Rechtfertigungsgrund läge kaum vor.¹⁹⁸

C.5.5 Koppelungsgeschäfte (Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG)

207. Man könnte sich auf den Standpunkt stellen, dass der Transportkostenausgleich für diejenigen KVA, welche nahe an einer FLUWA-KVA gelegen sind bzw. selbst eine FLUWA-KVA betreiben und mit dem sie die weiter von einer FLUWA-KVA entfernten KVA quersubventionieren, eine Koppelung für die Entsorgungsdienstleistung der SwissZinc AG darstellt. Es kann vorliegend dahingestellt bleiben, ob es zutrifft, dass der Transportkostenausgleich auch ein Koppelungsgeschäft im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG darstellt, da der Transportkostenausgleich bereits als Einschränkung des Absatzes und der technischen Entwicklung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG qualifiziert wurde.

C.5.6 Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG)

208. Mit Bezug auf die Lieferungen von Dritten, welche über die 20 % des Umsatzes der SwissZinc AG hinausgehen und deren Annahme die SwissZinc AG verweigern würde, wäre allenfalls auch der Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG (Verweigerung von Geschäftsbeziehungen) erfüllt. Auf die genauere Prüfung dieses Tatbestands wird vorliegend verzichtet, weil die Anwendung von Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG zu demselben Resultat führt: Eine prinzipielle Lieferbeschränkung für Drittunternehmen ohne Vorliegen eines sachlichen Rechtfertigungsgrunds wäre wohl verboten. Dadurch werden Handelspartner in ihrer Geschäftstätigkeit benachteiligt. Diese Benachteiligung ist geeignet, die Wettbewerbsfreiheit der Handelspartner einzuschränken.

C.6 Potentielle Abreden

C.6.1 Einleitung und überprüfter Sachverhalt

209. Die Unterzeichnung des Aktionärsbindungsvertrags bzw. des Gönnervertrags durch die KVA ist kein Unternehmenszusammenschluss. Aus diesem Grund sind sämtliche Abreden im Rahmen der SwissZinc AG nicht durch das Konzernprivileg geschützt und wären grundsätzlich auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 5 KG zu überprüfen.¹⁹⁹ Selbst wenn das SwissZinc-Projekt als Unternehmenszusammenschluss zu qualifizieren wäre, müsste das Sekretariat prüfen, ob Abreden zulässige Nebenabreden im Rahmen eines Zusammenschlusses sind oder separat zu prüfende Wettbewerbsabreden. Da im vorliegenden Fall diverse Vertragsklauseln unter Anwendung von Art. 7 KG bereits als unzulässig qualifiziert wurden, werden dieselben Klauseln nicht einer erneuten rechtlichen Prüfung gemäss Art. 5 KG unterzogen. Die doppelte rechtliche Qualifizierung hätte zwar rein juristisch-dogmatischen Erkenntniswert, würde aber an den Rechten und Pflichten für die SwissZinc AG nichts ändern. Das Sekretariat verzichtet daher auf eine doppelte rechtliche Beurteilung derselben Sachverhalte und prüft nur diejenigen Sachverhalte gemäss Art. 4 i.V.m. Art. 5 KG, die einen zusätzlichen Einfluss auf die Rechte und Pflichten der SwissZinc AG haben.

210. Unter dem Aspekt von Art. 4 i.V.m. Art. 5 KG ist einzig noch die folgende Sachverhaltskonstellation zu prüfen: Laut Art. 20 Abs. 1 Ziff. 9 der Statuten bestimmt der Verwaltungsrat einen einheitlichen Transportpreis und eine einheitliche Gate Fee für die Verwertung von Hydroxidschlamm. Die Gate Fee kann sowohl an der SwissZinc AG beteiligte Unternehmen (Aktionärinnen und Gönnerinnen) betreffen, als auch Dritte. Die Preise für Dritte sollen, wie bereits dargelegt (Rz 23), höher liegen als diejenigen für Aktionärinnen und Gönnerinnen.

¹⁹⁸ Vgl. dazu RPW 2016/1, 130 Rz 1 f., 201 f. Rz 506 ff, 205 Rz 530, *Swisscom WAN-Anbindung*; LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER, in: Zäch et al. (Hrsg.), DIKE KG, Art. 7 N 425; AMSTUTZ/CARRON, (Fn 179), Art. 7 N 322; Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl. 1995, 573 f.

¹⁹⁹ JÜRIG BORER/JUHANI KOTSKA, in: Basler Kommentar, Amstutz/Reinert (Hrsg.), Art. 32 N 87; SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: KG Kommentar, Zäch/Armet et al. (Hrsg.), 2018, Art.4 Abs. 1 N 23 e contrario.

211. Vorab sei geprüft, ob die Festlegung der Gate Fee als Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist. Daran anschliessend wird die Tatbestandsmässigkeit der allfälligen Abrede mit Bezug auf Art. 5 KG überprüft.

C.6.2 Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG

212. 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. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor, wenn erstens ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der beteiligten Unternehmen (Konsens) und zweitens ein Bezwecken oder ein Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung durch die Vereinbarung gegeben ist. Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen.

C.6.3 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken (Konsens)

213. Es steht fest, dass die Festlegung der Gate Fee durch den Verwaltungsrat durch die Statuten geregelt ist. Die KVA wirken folglich bewusst und gewollt zusammen. Es besteht ein Konsens. Es ist nachfolgend zu prüfen, ob sie damit auch eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Für die Qualifikation als Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG genügt es, eines der beiden Tatbestandsmerkmale zu prüfen.

C.6.4 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

214. Da das SwissZinc-Projekt gar noch nicht umgesetzt wurde, beschränkt sich das Sekretariat darauf, den Zweck der Festlegung der Gate Fee, hingegen nicht deren Auswirkung zu untersuchen. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, ist für die Qualifikation als Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG nicht erforderlich.²⁰⁰

215. Der Verwaltungsrat der SwissZinc AG legt die Fee einerseits für KVA fest, welche nicht an der SwissZinc AG beteiligt sind, und andererseits für beteiligte KVA. Diese beiden Konstellationen sind nachfolgend getrennt zu betrachten:

- Es steht fest, dass die SwissZinc AG die Gate Fee für nichtbeteiligte KVA höher ansetzen will als für an der SwissZinc AG beteiligte KVA. Damit könnte sich die Preisfestsetzung wettbewerbschädigend auf nicht beteiligte KVA und erwartungsgemäss auch auf deren Kunden (Privathaushalte, Unternehmen) auswirken, auf welche die KVA die Kosten für die Entsorgung überwälzen dürften.²⁰¹ Daneben setzt die SwissZinc AG mit der tieferen Gate Fee für beteiligte KVA einen zusätzlichen Anreiz, dass sich unabhängige KVA an ihr beteiligen, wodurch der ohnehin schon eingeschränkte Wettbewerb zusätzlich ge-

schwächt werden könnte. Folglich kann die Festlegung der höheren Gate Fee für nichtbeteiligte Unternehmen geeignet sein, den Wettbewerb zu beschränken, weshalb eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegen könnte.

- Der Verwaltungsrat legt die Gate Fee auch für die SwissZinc-Aktionärinnen und Gönnerinnen fest. Der festgelegte Preis ist unabhängig von der Qualität des angelieferten Hydroxidschlamm einheitlich. Das bedeutet, dass die Annahme und Verwertung von minderwertigem bzw. zinkarmem Hydroxidschlamm gleich viel kostet wie die Annahme und Verwertung von qualitativ hochstehendem bzw. zinkreichem Hydroxidschlamm. Diejenigen KVA, welche hochwertigen Hydroxidschlamm liefern, verzichten also auf bessere Preise für ihren zinkreichen Hydroxidschlamm. KVA, welche niedrigere Qualität bzw. zinkarmen Hydroxidschlamm anliefern, haben keinen Anreiz, höhere Qualität zu liefern, da der Preis ohnehin gleich ausfällt. Mit anderen Worten verzichten die beteiligten KVA auf effektiven Preis- und Qualitätswettbewerb.
- Darüber hinaus könnte das einheitliche Preissystem auch negative Konsequenzen für einen Teil der Konsumenten haben. Der Konsument finanziert die Gate Fee nämlich indirekt über die Kehrichtgebühren. Die Kehrichtgebühren derjenigen KVA, welche qualitativ hochstehenden Hydroxidschlamm liefern, fallen tendenziell zu hoch aus, da die von ihr finanzierten Gate Fees höher als unter normalen Wettbewerbsverhältnissen ausfallen.
- Insgesamt ist die Festlegung der einheitlichen Gate Fee durch den Verwaltungsrat für Aktionärinnen und Gönnerinnen ebenfalls potentiell geeignet eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken.

216. In beiden Fällen liegt somit potentiell eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

C.6.5 Abrede zwischen Unternehmen gleicher und verschiedener Marktstufen

217. Primär sollen im Verwaltungsrat die FLUWA-Aktionärinnen vertreten sein. Sie sind auf derselben Marktstufe tätig und als solche Konkurrentinnen bei der Produktion von Hydroxidschlamm. Dasselbe gilt für das Verhältnis zwischen den KVA ohne FLUWA, die im Verwaltungsrat vertreten sind. Sie stehen ebenfalls in einem horizontalen Verhältnis zueinander. Sofern gleichzeitig FLUWA-KVA und andere KVA im Verwaltungsrat vertreten sind, stehen sie in einem vertikalen Verhältnis zueinander. Da die Aktionärinnen in der Generalversammlung den Verwaltungsrat bestimmen, tragen sie dessen Entschlüsse mit. In der Generalversammlung sind ebenfalls FLUWA-KVA und andere KVA vertreten. Insgesamt

²⁰⁰ BGE 144 II 246, 253 E. 6.4.2; 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*.

²⁰¹ Es ist unklar, ob eine beteiligte KVA, welche die FLUWA durch ein nichtbeteiligtes Unternehmen ausführen lässt, ebenfalls eine tiefere Gate Fee zu tragen hat. Diese Variante wurde daher nicht abgehandelt.

bestehen damit im Rahmen der SwissZinc AG gleichzeitig Abreden zwischen Unternehmen gleicher und verschiedener Marktstufen.

C.6.6 Fazit

218. Die gemeinsame Festlegung der Gate Fee durch den Verwaltungsrat ist als Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

C.6.7 Mögliche Qualifikation der einheitlichen Gate Fee als Preisabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG

219. Es ist zu prüfen, ob die Abreden über die Gate Fee den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG erfüllen könnten. Aus dem Wortlaut der Norm folgt, dass das direkte oder indirekte Festsetzen von Preisen eine Preisabrede darstellt. Der Begriff der Preisabrede wird von den Wettbewerbsbehörden und den Gerichten weit ausgelegt. So bezieht sich Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG gemäss Praxis auf jede Art des Festsetzens von Preisen, Preiselementen²⁰² und Preiskomponenten. Preisabreden können folglich den gesamten Preis eines Produktes oder einer Dienstleistung betreffen oder bloss Teile davon.²⁰³ Preisabreden liegen auch vor, wenn den Abredeteilnehmern ein gewisser Preisgestaltungsspielraum verbleibt.²⁰⁴

220. Die Festsetzung der Gate Fee durch den Verwaltungsrat ist eine Abrede im Sinn von Art. 4 Abs. 1 KG. Die Gate Fee ist ein Endpreis für die Verwertung des Hydroxidschlammes und wird von Konkurrentinnen bestimmt. Damit erfüllt die Abrede über die Festlegung der Gate Fee den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG und ist als horizontale Preisabrede zu qualifizieren.

C.6.7.1.1 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

C.6.7.1.2 Einleitung

221. Bei Abreden über Preise (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG) besteht die gesetzliche Vermutung, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt ist. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (d.h. Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (d.h. Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt. Die Beweisführungslast dafür liegt grundsätzlich bei den Wettbewerbsbehörden, da im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren der Untersuchungsgrundsatz gilt (Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 39 KG). Die Parteien trifft jedoch eine Mitwirkungspflicht (Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 39 KG).

222. Es braucht vorliegend nicht eingehend geprüft zu werden, ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umgestossen werden kann. Im Rahmen der Vorabklärung ist einzig zu eruieren, ob ein Anfangsverdacht für eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung besteht, welcher das Anregen von Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 26 Abs. 2 KG oder die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG rechtfertigt.

223. Vorab sei bei der Prüfung der Erheblichkeit der beurteilten Verhaltensweise noch einmal auf den relevanten Markt hingewiesen.

C.6.7.1.3 Relevanter Markt

224. Die Marktabgrenzung wurde im Rahmen der Prüfung der Tatbestandsmässigkeit des gemeldeten Vorhabens gemäss Art. 7 KG vorgenommen. Sie unterscheidet sich im vorliegenden Fall mit Bezug auf Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG nicht. Der Markt braucht daher nicht erneut dargestellt zu werden. Das Sekretariat geht vom Markt für die Entsorgung von Hydroxidschlamm aus. Es sei auf die obigen Ausführungen zum sachlich (Rz 117 ff.), räumlich (Rz 122 f.) und zeitlich (Rz 124) relevanten Markt verwiesen.

C.6.7.2 Mögliche erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

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

226. Das Bundesgericht hat im *Gaba*-Urteil festgehalten, dass das Kriterium der Erheblichkeit eine Bagatellklausel ist. Die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten besonders schädlichen Abreden erfüllen grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG.²⁰⁵ Dies gilt ohne Bezug auf einen Markt bzw. ungeachtet einer Marktabgrenzung.²⁰⁶ Mit anderen Worten sind solche Wettbewerbsabreden grundsätzlich bereits aufgrund

²⁰² RPW 1997/3, 341, *Sammelrevers für Musiknoten*.

²⁰³ JUHANI KOSTKA, *Harte Kartelle*, 2010, 443 Rz 1298; ROLF DÄHLER/PATRICK KRAUSKOPF/MARIO STREBEL, *Aufbau und Nutzung von Marktposition*, in: *Handbücher für Rechtsanwältinnen, Schweizerisches und Europäisches Wettbewerbsrecht*, Geiser/Krauskopf/Münch (Hrsg.), 2005, 273 N 8.14. Unter den Vermutungstatbestand fällt demnach nicht nur die Abrede von Preisen an sich, sondern auch die gemeinsame Festlegung von Preisspannen, Margen, Rabatten, Vergünstigungen, Preisbestandteilen oder Preiskalkulationen; vgl. auch RPW 2012/3, 642 Rz 257 ff., *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*; RPW 2016/3, 667 Rz 106, *Flügel und Klaviere*; BANGERTER/ZIRLICK (Fn 199) Art. 5 N 400; ANDREAS HEINEMANN, *Bruttopreisabsprachen*, in: *Hochreutener/Stoffel/Armstutz* (Hrsg.), 2017, 133; FRANZ HOFFET, in: *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 5 N 117. Zudem stellen auch das Festsetzen von Bruttopreisen bzw. Preislisten Preisabreden dar, vgl. auch RPW 2019/3b, 982 Rz 2458, *Badezimmer* (2. Teil); RPW 2012/3, 642, Rz 257 ff., *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*; RPW 2016/3, 667 Rz 106, *Flügel und Klaviere*; BANGERTER/ZIRLICK (Fn 199), Art. 5 N 402; HEINEMANN (oben a.a.O.), 133, HOFFET (oben a.a.O.), Art. 5 N 117. Vgl. für die EU: EuG, Urteil vom 16. Juni 2015, ECLI:EU:T:2015:383, T-655/11, *FSL Holdings et al./Kommission*, Rz 5, 433 bestätigt durch EuGH, Urteil vom 27. April 2017, ECLI:EU:C:2017:308, C-469/15 P. Auch Preisnachlässe sind von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG erfasst, JÜRGEN BORER, *Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetzbuch*, 3. Aufl. 2011, Art. 5 N 34; PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert* (Hrsg.), 2010, Art. 5 KG N 410; ROLF H. WEBER/STEPHANIE VOLZ, *Fachhandbuch Wettbewerbsrecht*, 2013, N. 2.191. Schliesslich stellen auch Abreden über Preisrelationen zwischen verschiedenen Produkten, Teuerungszuschlägen, Skonti und Verrechnungs- oder Provisionsmodellen Preisabreden dar, BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (oben a.a.O.), Art. 5 N 409 ff.

²⁰⁴ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 203), Art. 5 KG N 401 ff.

²⁰⁵ BGE 143 II 297, 324 E. 5.1; bestätigt in Urteil des BGer 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, *BMW*; zuletzt: Entscheidung der WEKO vom 2.10.2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*, Rz 131, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide.

²⁰⁶ BGE 143 II 297, 324 E. 5.5.

ihres Gegenstandes erheblich.²⁰⁷ Es ist nicht erforderlich, dass sich die betreffenden Abreden tatsächlich negativ auf den Wettbewerb ausgewirkt haben. Es genügt, dass sie den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.²⁰⁸ Ausnahmen zur grundsätzlichen Erheblichkeit können sich in Fällen von Einkaufskooperationen von Unternehmen ergeben, die gemeinsam über weniger als 15 % an Marktanteilen verfügen.²⁰⁹ Die SwissZinc AG nähme im gemeldeten Projekt eine marktbeherrschende oder eine Monopol-Stellung ein, weshalb sich der vorliegende Sachverhalt nicht mit demjenigen der soeben genannten Einkaufskooperationen vergleichen lässt.

227. Gemäss der europäischen Praxis sind Preisabreden im Rahmen von Produktionsvereinbarungen nicht notwendigerweise per se erheblich. Allerdings können auch Produktionsvereinbarungen zu einer Wettbewerbsverfälschung führen, wenn sie – wie vorliegend – eine Marktverschliessung zur Folge haben kann, indem die Marktmacht der beteiligten Unternehmen zunimmt.²¹⁰

228. Wie dargelegt, betrifft die Abrede über die einheitliche Gate Fee die Wettbewerbsparameter Preis und Qualität. Die Abrede im Rahmen der marktbeherrschenden SwissZinc AG betrifft die Festlegung eines Endpreises und könnte sich tatsächlich wettbewerbschädigend auf den Preis- und Qualitätswettbewerb auswirken, weshalb ihr Schädigungspotential zukommt. Die Abrede über die Festlegung der Gate Fee könnte somit eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG darstellen.

229. Im Folgenden ist daher noch zu untersuchen, ob mögliche wirtschaftliche Effizienzgründe vorliegen, welche die genannte Abrede rechtfertigen könnten.

C.6.8 Kein Vorliegen von Effizienzgründen

C.6.8.1 Einleitung

230. Liegen Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG vor, sind Wettbewerbsabreden zulässig. Dies ist der Fall, wenn:

- ein spezifischer Effizienzgrund gemäss Gesetz vorliegt (Senken der Herstellungs- oder Vertriebskosten, Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren, Förderung der Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen oder rationellere Nutzung von Ressourcen);
- die Abreden notwendig sind, um das angestrebte Effizienzziel zu erreichen;
- sich den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

231. Diese drei gesetzlichen Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen, um eine Abrede zu rechtfertigen.²¹¹ Die Rechtfertigungsgründe sind trotz Untersuchungsmaxime vom Unternehmen geltend zu machen und zu substantiieren.²¹² Die Aufzählung der Rechtfertigungsgründe in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG ist abschliessend, wobei die aufgezählten Gründe grundsätzlich weit zu verstehen sind. Zur Rechtfertigung genügt es, dass einer von ihnen gegeben ist.²¹³ Die Berücksichtigung anderer, nichtökonomischer Gründe ist den Wettbewerbsbehörden verwehrt.²¹⁴ Allfällige öffentliche Interessen, die für eine

ausnahmsweise Zulassung einer an sich kartellrechtlich unzulässigen Abrede sprechen mögen, sind einzig vom Bundesrat zu beurteilen (Art. 8 KG). Die Prüfung der wirtschaftlichen Rechtfertigungsgründe erfolgt stets im Einzelfall.

232. Anzuführen ist, dass nicht bereits Gründe der wirtschaftlichen Effizienz vorliegen, wenn ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus Sicht der beteiligten Unternehmen betriebswirtschaftlich effizient ist. Vielmehr muss die Abrede gesamtwirtschaftlich oder aus Sicht der Marktgegenseite als effizient betrachtet werden können.²¹⁵

233. In der Folge werden die einzelnen Effizienzgründe analysiert.

C.6.8.2 Senken der Herstellungs- oder Vertriebskosten

234. Das SwissZinc-Verfahren sieht eine vertikale Integration aller Produktionsschritte vor. Aus ökonomischer Sicht besteht bei einer vertikalen Integration ein Potential auf Kostengewinne, da dadurch das Zurückgreifen auf externe Leistungsunternehmen mit den damit verbundenen Transaktionskosten vermieden werden kann.

235. Aus den dem Sekretariat vorliegenden Akten ist nicht ersichtlich, dass das SwissZinc-Verfahren tatsächlich zu einer Senkung der Preise für die KVA führen würde (dazu oben Rz 91 ff.). Die Entsorgung über die Sonderabfallverwerter mit anschliessendem Export ins Ausland würde nach wie vor eine billigere Alternative darstellen. Mit dem SwissZinc-Verfahren könnten zwar möglicherweise Transaktionskosten vermieden werden, allerdings muss diese Kosteneinsparung nicht zwingend an die Kunden (KVA und schliesslich die Bürgerinnen und Bürger, die den Abfall produzieren) weitergegeben werden. Da die SwissZinc AG ausserdem hohe Investitionskosten hat (dazu oben Rz 24), ist eine erhebliche Preisreduktion unwahrscheinlich.

²⁰⁷ BGE 143 II 297, 315 ff. E. 5.2; bestätigt in Urteil des BGER 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, *BMW*; Urteil des BGER 2C_1017/2014 vom 9.10.2017, E. 3.1, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BGER 2C_1016/2014 vom 9.10.2017, E. 1, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; zuletzt: Entscheid der WEKO vom 2.10.2017, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V, Rz 131, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide.

²⁰⁸ BGE 143 II 297, 323 f. E. 5.4.2; bestätigt in Urteil des BGER 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.2, *BMW*. zuletzt: Entscheid der WEKO vom 2.10.2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*, Rz 131, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide.

²⁰⁹ RPW 2020/2, 408 Rz 28, 413 Rz 65, *Einkaufskooperationen*.

²¹⁰ Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendbarkeit von Artikel 101 AEUV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11, 1 Rz 165.

²¹¹ MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT in: *Droit de la concurrence, Commentaire romand, Martenet/Bovet/Tercier* (Hrsg.), 2013, Art. 5 N 264.

²¹² BEAT ZIRLICK/SIMON BANGERTER, in: *KG Kommentar, Zäch/Armet et al.* (Hrsg.), 2018, Art. 5 N 280.

²¹³ AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 211), N 269.

²¹⁴ AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 211), N 268.

²¹⁵ AMSTUTZ/CARRON/REINERT (Fn 211), N 256.

236. Selbst wenn eine Kosteneinsparung zu einer Senkung der Preise führen würde und diese Preissenkung an den Endkunden weitergegeben würde, so wäre die Festlegung der einheitlichen Gate Fee nicht notwendig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG. Selbst wenn man davon ausginge, dass die SwissZinc-Anlage nur mit einer abgesicherten Auftragsmenge funktionieren könnte, könnte die notwendige Auftragsmenge etwa durch eine Preissenkung zugunsten der KVA ohne Exklusivbindung gesichert werden. Die KVA würden die SwissZinc AG dadurch aufgrund ihres Preis-Leistungsverhältnisses wählen. Das Gleiche gilt für das Wettbewerbsverbot und die Festlegung der gemeinsamen Gate Fee.

C.6.8.3 Verbesserung der Produkte und des Produktionsverfahrens

237. Die einheitliche Gate Fee würde zu keiner ersichtlichen Verbesserung der Produkte oder des Produktionsverfahrens führen. Solches wurde von der SwissZinc AG auch nicht vorgebracht. Im Gegenteil dürften sich aufgrund der Marktabschottung durch die SwissZinc AG andere Prozessinnovationen zwischen 2025 und 2040 kaum durchsetzen. Die SwissZinc AG würde den Grossteil der Marktanteile halten und dürfte versuchen, die eigenen Investitionskosten zu amortisieren, bevor sie in erheblichem Masse in Innovationen investiert.

C.6.8.4 Förderung der Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen

238. Die einheitliche Gate Fee würde die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen nicht fördern. Im Gegenteil dürften sich aufgrund der Marktabschottung durch die SwissZinc AG andere technische Lösungen kaum zwischen 2025 und 2040 durchsetzen, wodurch auch der Anreiz sinkt, entsprechende Forschung zu betreiben.

C.6.8.5 Rationelle Nutzung von Ressourcen

239. Ab Januar 2021 trifft die KVA die Pflicht, Metalle aus ihrer Flugasche zurückzugewinnen. Das Projekt der SwissZinc AG ermöglicht es den Schweizer KVA ihrer rechtlichen Pflicht ab 2025 vereinfacht nachzukommen. Die Umsetzung des Projekts würde es erlauben, das gesamte Verfahren vom Verbrennen des Kehrtrichs bis zur Rückgewinnung von reinem Zink in der Schweiz abzuwickeln. Aktuell können KVA ihrer Zinkrückgewinnungspflicht nachkommen, indem sie das FLUREC-Verfahren in Anspruch nehmen oder die Hydroxidschlämme exportieren. Die FLUREC-Anlage in Zuchwil hat nicht die Kapazität sämtliche Flugaschen aufzunehmen. Aus diesem Grund wird ein Grossteil der KVA ab 2021 ins Ausland exportieren müssen, bis die SwissZinc-Anlage operativ wird. Die SwissZinc-Anlage wird an die Stelle des FLUREC-Verfahrens treten.

240. Das SwissZinc-Verfahren ermöglicht es ausserdem, die Schritte ab der Produktion des Hydroxidschlammes bis zur Gewinnung des Zinks innerhalb des gleichen Unternehmens zu konzentrieren. Der Transport des Schlammes von den Standorten der FLUWA-Anlagen bis zur SwissZinc AG Anlage würde durch ein einziges Unternehmen ausgeführt werden. Eine öffentliche Aus-

schreibung würde regelmässig organisiert werden. Der Transport soll wenn möglich per Bahn erfolgen.

241. Es ist fraglich, ob durch die Verfolgung von Umweltzielen die Ressourcen rationeller genutzt würden. Bei der Beantwortung dieser Frage ist Folgendes zu beachten: Das Projekt der SwissZinc AG ist nicht zwingend notwendig, um den neuen gesetzlichen Umweltauflagen der Rückgewinnung von Metallen aus Flugasche nachzukommen. Alle Schweizer KVA können auch nach dem Inkrafttreten der neuen gesetzlichen Rahmenbedingungen wie bisher mithilfe von Sonderabfallverwertern, Transportunternehmen und ausländischen Metallrückgewinnungsunternehmen aus ihrer Flugasche Metall zurückgewinnen lassen. Lediglich das Deponieren auf Untertage- und Oberflächendeponien ist künftig aufgrund der neuen Gesetzesbestimmungen nicht mehr möglich. Zwar dürfte das SwissZinc-Verfahren über die gesetzlichen Mindeststandards hinausgehen, dies rechtfertigt es jedoch nicht, den Markt von anderen legalen Umweltschutzmassnahmen abzuschotten.

242. Das Projekt von SwissZinc AG sieht vor, dass der Transport des Hydroxidschlammes wenn immer möglich per Bahn erfolgen soll. Aus den verfügbaren Unterlagen geht allerdings nicht hervor, ob dies eine umwelttechnische Verbesserung gegenüber der aktuellen Situation ist. Immerhin steht fest, dass keine Abreden notwendig sind, um den Transport mittels Schienenverkehr sicherzustellen.

243. Die SwissZinc AG bringt vor, das SwissZinc-Verfahren werde voraussichtlich zum Stand der Technik erklärt. Die Pflicht, Abfälle nach dem Stand der Technik zu verwerten (Art. 32 Abs. 2 Bst. g VVEA), würde daher alle KVA zwingen das Verfahren der SwissZinc AG zu nutzen. Auch wenn man von dieser Hypothese ausgehen würde, ist die Notwendigkeit der Abrede nicht gegeben. Die Erklärung zum Stand der Technik bedeutet nicht, dass der SwissZinc AG die Konzession für ein an sich staatliches Entsorgungsmonopol zugesprochen würde (dazu oben Rz 108 ff.). Die Abrede über eine einheitliche Gate Fee wäre auch nach der Erklärung des SwissZinc-Verfahrens zum Stand der Technik nicht notwendig, um das Umweltziel der Zinkextraktion zu erreichen.

244. Zusammenfassend steht folglich fest, dass die Notwendigkeit der Abrede zur Erreichung des Effizienzziels der rationellen Nutzung der Ressourcen mittels Umweltschutz nicht dargetan ist. Der Umweltschutz könnte auch ohne eine einheitliche Gate Fee erzielt werden. Eine rechtmässige Entsorgung der Flugasche wäre mit oder ohne SwissZinc AG für alle KVA möglich.

C.6.8.6 Fazit

245. Zusammenfassend steht fest, dass Effizienzgründe nur berücksichtigt werden können, wenn sie den beteiligten Unternehmen nicht die Möglichkeit eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. Wie ausgeführt, ist die untersuchte Abrede geeignet, den wirksamen Wettbewerb erheblich zu beeinträchtigen, eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs durch die Abrede kann nicht ausgeschlossen werden. Die vorgebrachten Effizienzgründe sind zudem nicht notwendig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG. Da keiner der drei kumulativ zu erfül-

lenden gesetzlichen Gründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gegeben ist, kann die Abrede auch nicht durch wirtschaftliche Effizienzgründe gerechtfertigt werden.

C.7 Zusammenfassung

246. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission gelangt zusammenfassend zu den folgenden Schlüssen:

- Bei der Verbrennung von nicht verwertbaren Haus-, Gewerbe- und Industrieabfällen durch die KVA entsteht Rauchgas, aus dessen Reinigung Flugasche resultiert. Es besteht ab 2021 die gesetzliche Pflicht aus der Flugasche Metalle zurückzugewinnen. Zur Rückgewinnung wird die Flugasche meistens einer sauren Wäsche unterzogen. Aus der sauren Wäsche resultiert der sogenannte Hydroxidschlamm.
- Die SwissZinc AG plant den Bau und Betrieb einer gemeinsamen Aufbereitungsanlage zur Rückgewinnung von hochreinem Zink und anderen Wertstoffen. Das primäre Ziel der SwissZinc-Anlage liegt in der Entgegennahme von Hydroxidschlamm, um daraus Metalle, insbesondere Zink, zurückzugewinnen. Die SwissZinc AG würde durch die Umsetzung des Projekts (B.2, Rz 15 ff.) auf dem Markt für die Entsorgung von Hydroxidschlämmen eine marktbeherrschende Stellung einnehmen (C.4.2, Rz 126 ff.). Konkret würde sie [75-95] % der jährlich in der Schweiz anfallenden Hydroxidschlämme verarbeiten. Sie plant, KVA als Aktionärinnen und Gönnerinnen am Unternehmen zu beteiligen und mit Exklusivlieferungsverpflichtungen, Wettbewerbsverboten, einer einheitlichen Verarbeitungsgebühr (Gate Fee) und einem einheitlichen Transportpreis an sich zu binden.
- Dieses Verhalten würde gemäss den Abklärungen des Sekretariats voraussichtlich zu einer Marktverdrängung der Konkurrenten und zur dauerhaften Anbindung der beteiligten Aktionärinnen und Gönnerinnen führen, was mit anderen Worten die Schaffung eines Monopols zur Folge hätte, obwohl umweltgesetzkonform handelnde alternative Unternehmen im relevanten Markt tätig sind.
- Die Vorabklärung hat ergeben, dass die SwissZinc AG als marktbeherrschendes Unternehmen ihre marktbeherrschende Stellung potentiell unzulässig im Sinne von Art. 7 KG ausnützen würde, indem sie
 - für identische Dienstleistungen unterschiedliche Preise für die gleiche Qualität von Hydroxidschlamm verrechnet und die Annahme des Hydroxidschlammes garantiert, je nachdem ob ein Unternehmen an der SwissZinc AG beteiligt ist (Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG),
 - den beteiligten Unternehmen Exklusivlieferungsverpflichtungen und Konkurrenzverbote über eine Dauer von 15 Jahren auferlegt (Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG),
 - einen Transportkostenausgleich für die beteiligten Aktionärinnen und Gönnerinnen schafft und die Höhe der Transportkosten festlegt (Art. 7 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG),
- Die im Verwaltungsrat vertretenen Unternehmen würden zudem gegen Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG

verstossen, indem sie die Gate Fee im Rahmen des Verwaltungsrats festlegen.

D Anregungen gemäss Artikel 26 Absatz 2 KG

247. Das Sekretariat kommt gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen zum Schluss, dass Anhaltspunkte für potentiell unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen. Gestützt darauf und in Anbetracht des Ziels der Vorabklärung, das darin besteht mehr Rechtssicherheit für die SwissZinc AG zu schaffen und *Anregungen* zu formulieren, regt das Sekretariat gestützt auf Art. 26 Abs. 2 KG die Umsetzung der folgenden Massnahmen an:

1. Die SwissZinc AG verzichtet auf die Festschreibung eines Wettbewerbsverbots für alle Gönnerinnen und Aktionärinnen sowie alle Handelspartnerinnen der SwissZinc AG;
2. Die SwissZinc AG verzichtet auf eine Verpflichtung zu Exklusivlieferungen der Gönnerinnen, Aktionärinnen und Handelspartnerinnen an die SwissZinc AG;
3. Die SwissZinc AG verzichtet auf eine Mindestvertragsdauer von 15 Jahren für Gönnerinnen, Aktionärinnen und Handelspartnerinnen der SwissZinc AG;
4. Der Preis für die Transportdienstleistung der SwissZinc AG an die Bezüger der Transportdienstleistung soll nicht von konkurrenzierenden KVA (z. B. vom Verwaltungsrat) festgelegt werden;
5. Der Preis für die Entsorgung von Hydroxidschlamm (Gate Fee) soll nicht von konkurrenzierenden KVA (z. B. vom Verwaltungsrat) der SwissZinc AG festgelegt werden.

Für den Fall, dass die SwissZinc AG eine marktbeherrschende Stellung unter Beachtung der vorgenannten Anregungen erreichen sollte, *empfiehlt* das Sekretariat zudem Folgendes:

1. Nicht-Aktionärinnen der SwissZinc AG dürfen gegenüber Aktionärinnen beim Bezug von gleichen respektive gleichwertigen Leistungen preislich nicht diskriminiert werden. Sie haben für die identischen Dienstleistungen dieselben Preise zu bezahlen;
2. Die SwissZinc AG verzichtet auf die Festlegung eines Transportkostenausgleichs;
3. Sollte die Transportleistung von der SwissZinc AG ausgeschrieben werden, so soll dies in regelmässigen Abständen, jedoch mindestens alle 3 Jahre, geschehen.

E Kosten

248. Für die Behandlung der Meldung einer Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG erheben die Wettbewerbsbehörden Gebühren (Art. 1 Abs. 1 Bst. b GebV-KG²¹⁶). Gebührenpflichtig ist, wer das Widerspruchsverfahren verursacht hat (Art. 2 Abs. 1 GebV-KG). Die Meldung wurde vom SSHV eingereicht. Folglich trifft ihn die Gebührenpflicht.

²¹⁶ Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz vom 25.2.1998 (Gebührenverordnung KG; SR 251.2).

249. Gemäss Art. 4 Abs. 1 GebV-KG bemisst sich die Gebühr nach Zeitaufwand. Es gilt ein Stundenansatz von 100–400 Franken. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals (Art. 4 Abs. 2 GebV-KG). Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren nach Aufwand eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

250. Auf das vorliegende Widerspruchsverfahren entfallen somit folgende Gebühren, die auf Grundlage der aufgewendeten Stunden berechnet worden sind:

33 Stunden zu Fr. 130.00, ergebend Fr. 4290.00,

150 Stunden zu Fr. 200.00, ergebend Fr. 30 000.00,

5 Stunden zu Fr. 290.00, ergebend Fr. 1450.00.

251. Gebührenpflichtige Auslagen gemäss Art. 6 Allg-GebV²¹⁷ sind nicht angefallen. Ebenso wenig wurden besondere Untersuchungsmassen gemäss Art. 5 GebV-KG durchgeführt. Demnach beläuft sich die Gebühr insgesamt auf Fr. 35 740.00.

F Schlussfolgerungen

252. Gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen, entscheidet das Sekretariat wie folgt:

1. Das Sekretariat stellt fest, dass, falls das untersuchte Projekt unverändert umgesetzt werden sollte, Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen (im Sinne von Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 2 Bst. b, d, e und Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG) vorliegen würden. Für diesen Fall behält sich das Sekretariat vor im Einverständnis mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG zu eröffnen,
2. es beschliesst die Vorabklärung gegen die SwissZinc AG einzustellen und keinen Antrag auf Untersuchungseröffnung beim Präsidium zu stellen, sofern die SwissZinc AG die in Titel D genannten Anregungen gemäss Art. 26 Abs. 2 KG umsetzt,
3. es erhebt Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 35 740.00,
4. es beschliesst, diesen Schlussbericht nach erfolgter Geschäftsgeheimnisbereinigung zu publizieren.

²¹⁷ Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2008 (SR 172.041.1).

B 1.1	2. [Lieferkonditionen eines Getränkeherstellers]
-------	---------------------------------------------------------

Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 10. November 2015 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend [Lieferkonditionen eines Getränkeherstellers] wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweisen gemäss Art. 5 und 7 KG

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Vorabklärung

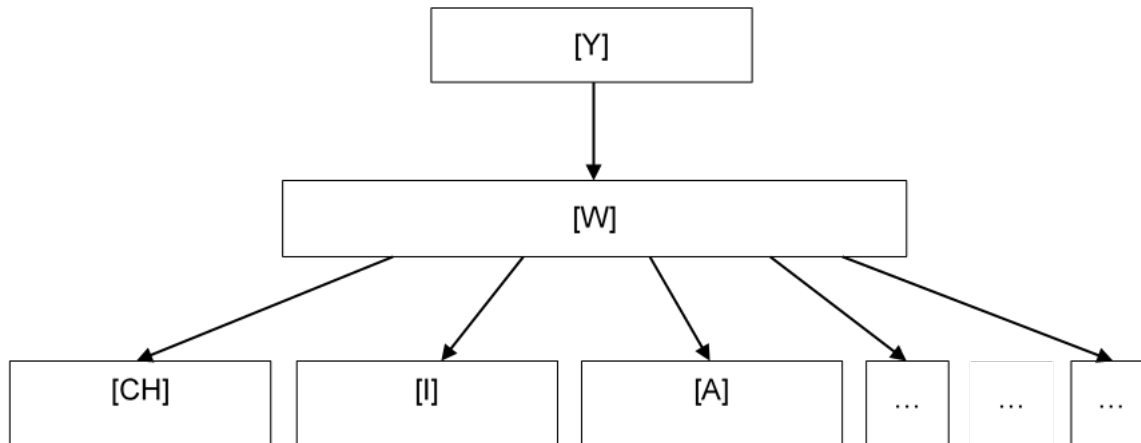
1. [Der Anzeiger] (nachfolgend: [G]) gelangte mit Schreiben vom 25. Oktober 2012 ans Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat), da er von der [...] AG (nachfolgend: [D]) in [...], Deutschland, telefonisch einen ablehnenden Bescheid bezüglich eine Direktbelieferung erhalten hatte. So hatte [G] den Abfüller [D] am 25. September 2012 angefragt, [...] [Marke], [Marke] [Varietät 2] und [Marke] [Varietät 3] in 33cl-Mehrweg-Flaschen (nachfolgend: Mehrweg=MW) direkt bei diesem zu beziehen.

2. Aus dem Schreiben des [G] ging weiter hervor, dass dieser zum damaligen Zeitpunkt bereits seit einem guten Jahr [Marke] (inkl. [Marke] [Varietät 2] und [Marke] [Varietät 3]) in 33cl-MW-Flaschen über eine Partnerfirma von Deutschland parallel importieren liess.¹ Der [G] zeigte auf, dass Gastronomiebetriebe durch diesen Parallelim-

port 33cl-MW-[Marke]-Flaschen deutlich günstiger beziehen konnten als in der Schweiz abgefüllte 33cl-MW-[Marke]-Flaschen. Mit dem Direktbezug beim Abfüller in [...] erhoffte sich der [G] eine weitere Ersparnis aufgrund des entfallenden Umladens in Deutschland.

3. Getränke der Marke [Marke] werden in der Schweiz von der [...] AG (nachfolgend: [CH]) an den Standorten [...]² und [...] abgefüllt. Zur [CH] gehören auch die [...] (nachfolgend: [P]) in [...].³ Der Schweizer Abfüller [CH] ist eine Tochtergesellschaft der [...] S.A. (nachfolgend: [W]), [...] (vgl. Abbildung 1). Letztere ist in 28 Ländern, hauptsächlich in Osteuropa, tätig, aber auch – nebst der Schweiz – in Italien und Österreich. Die [W] ist eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der [...] AG⁴ (nachfolgend: [Y]) mit Sitz in [...], Schweiz, die Holdinggesellschaft der [W] Gruppe⁵. Die Hauptaktionäre der [CH] sind die [...], mit einem Aktienanteil von ca. [> 20] % sowie [...] (nachfolgend: [X]) mit Sitz in [...], welche indirekt ca. [> 20] % der Aktien der [Y] hält.⁶ [X] gehören die Rechte an der Marke [Marke]. Lizenzgeberin der [CH] ist die [...] GmbH (nachfolgend: [U]), eine 100-prozentige Tochtergesellschaft von [X].

Abbildung 1: Struktur des Abfüller-Unternehmens [Y]



Bemerkung: Tochtergesellschaften der Ländergesellschaften sind nicht aufgeführt.

¹ Vgl. «[...]», <[www]> (13.05. 2014).

² Die Abfüllanlage in [...] wird per Ende [...] geschlossen. Vgl <[www]>, 17.02.2015, <[www]> (13.10.2015).

³ 2002 kaufte die [CH]-Gruppe ([W] und ihre Tochtergesellschaften), zusammen mit der [X], die [P] ([W], 2013 Annual Financial Report, 18). Während das Geschäft zu 100 % von der [CH]-Gruppe übernommen wurde, gehört die Mineralwasserquelle je hälftig der [X] und der [CH]-Gruppe und die [P]-Marke alleinig der [X] ([CH], Annual Report 2002, 66). Zu den von der [CH] vertriebenen Produkten siehe <[www]> (21.11.2012).

⁴ Vgl. <[www]> (24.06.2014). Im April 2013, nach der erfolgreichen Beendigung des Aktienumtauschangebots der [CH], sämtliche der ausgegebenen Stammaktien der [W] zu erwerben, wurde die [CH] mit einem Aktienanteil von 96,85 % an der [W] zur Holding Company. Seit Juni 2013, nach der erfolgreichen Beendigung des Squeeze-Out-Verfahrens, hält die [CH] 100 % an der [W].

⁵ <[www]> (24.06.2014).

⁶ Vgl. <[www]> (24.06.2014).

4. Die in der Schweiz tätige Abfüllerin [CH] produziert und vertreibt hauptsächlich Getränke der Marken der [X]. Hierzu gehören nebst [Marke]-Getränken insbesondere auch [...] - und [...] -Getränke sowie [P] und aromatisierte Mineralwässer. Daneben produziert sie Eistee der zur [Q] gehörenden Marke [R].⁷ Zu ihren Kunden gehören insbesondere Gastronomiebetriebe, Lebensmittel-detailhändler, Grossverbrauchermärkte und Getränkehändler. Sowohl Grossverbrauchermärkte als auch Getränkehändler zählen wiederum Gastronomiebetriebe zu ihren Kunden.

5. Konzessionäre der [X] erwerben über den Vertrag mit der [X] das Recht, Getränke in ihren jeweiligen Ländern und Märkten trinkfertig zu produzieren und zu verkaufen, wobei sie die Konzentrate für die [X]-Getränke von der [X] erhalten.⁸ Durch die von der [U] erhaltene Lizenz (vgl. Rz 3) ist die [CH] also berechtigt, den Schweizer Markt⁹ aktiv zu bewerben. Da nationale Lizenzen vergeben werden, haben die einzelnen Ländergesellschaften

einen nationalen Fokus und bearbeiten in aller Regel nur den ihnen zugewiesenen geographischen Markt aktiv. So gibt es auch relativ wenige Lieferungen von ausländischen Abfüllgesellschaften in den Schweizer Markt.

6. Auch in den Nachbarländern der Schweiz werden Getränke der Marke [Marke] durch Lizenznehmer abgefüllt, in Deutschland durch die [D], eine Tochtergesellschaft der [X],¹⁰ in Frankreich durch die [...] (nachfolgend: [F]), eine Tochtergesellschaft der [Z] Enterprises Inc., Atlanta (USA),¹¹ in Italien durch die [...] (nachfolgend: [I]), und in Österreich durch die [...] (nachfolgend: [A]) mit Sitz in Wien (vgl. Tabelle 1). Anzumerken ist, dass im August 2015 bekannt gegeben wurde, dass der [X]-Abfüller [E], der in Deutschland ansässige [X]-Abfüller [D] und sowie der [X]-Abfüller [Marke] Enterprises Inc., zu welcher u.a. der französische [X]-Abfüller gehört, zukünftig zu einem Unternehmen vereint werden, nämlich der [...]. An diesem Unternehmen wird die [X] einen Anteil von 18 % halten.¹²

Tabelle 1: Abfüller von [Marke]-Produkten in der Schweiz und ihren Nachbarländern

Land	[X]-Abfüller	Muttergesellschaft
Schweiz	[...] ([CH])	[Y]
Italien	[...] ¹³ ([I])	
Österreich	[...] ([A])	
Deutschland	[...] ¹⁴ ([D])	[...] ([X])
Frankreich	[...] ¹⁵ ([F])	[Z]

Bemerkung: in Klammern stehen die im vorliegenden Text verwendeten Abkürzungen der Unternehmen.

7. Ziel bei der Eröffnung der vorliegenden Vorabklärung war es, zu analysieren, ob Anhaltspunkte bestehen, dass es sich bei der Nichtbelieferung des [G] durch die [D] um einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 des Kartellgesetzes¹⁶ handelt und/oder eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 KG vorliegt.

8. Der Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Vorabklärung änderte sich jedoch gleich zu Beginn der Vorabklärung, da sich die [D] bereit erklärte, den [G] direkt zu beliefern. Den von der [D] im Januar 2013 offerierten Preis kritisierte der [G] insbesondere mit Hinweis darauf, dass ihm kein Werbebeitrag gewährt worden war. So verlagerte sich die Analyse der Vorabklärung auf die Frage, ob Anhaltspunkte bestehen, dass die Konditionen, zu welchen die [D] sich bereit erklärte, den [G] zu beliefern, den Tatbestand des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 KG und insbesondere von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG, also den Tatbestand der Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen, erfüllen.

⁷ Die [X] und die [Q], führen das Joint-Venture-Unternehmen [...], welches 2001 gegründet wurde und sich auf trinkfertige Teegetränke für den europäischen und den kanadischen Markt konzentriert (vgl. Medienmitteilung von [Q], [...] konzentriert sich auf Europa und Kanada, 06.01.2012, <[www]> (28.10.2014)).

⁸ Vgl. <[www]> (19.11.2014).

⁹ Vermutungsweise gehört ist auch das Fürstentum Liechtenstein in dieser Lizenz eingeschlossen. So gehört die Schweiz und das Fürstentum Liechtenstein zum gleichen Liefergebiet (vgl. die AGBs für Bestellungen über den E-Shop der [CH], Stand Juni 2008, zu finden unter <[www]> (19.11.2014)).

¹⁰ Gemäss der [D] (<[www]> unter Häufige Fragen zum Thema: Unternehmen (14.08.2014)) hält die [X] über Konzerngesellschaften 83 % der Aktien

¹¹ Dieser Abfüller ist gemäss eigenen Angaben für folgende Länder zuständig: Belgien, Frankreich, Grossbritannien, Niederlande, Norwegen und Schweden (vgl. <[www]> (30.09.2014)).

¹² Vgl. [...], Pressemitteilung vom 6. August 2015. Diese neuen Besitzverhältnisse sind in Tabelle 1 nicht berücksichtigt.

¹³ Vgl. <[www]> (30.09.2014).

¹⁴ Vgl. <[www]> (30.09.2014).

¹⁵ Vgl. <[www]> (30.09.2014).

¹⁶ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

9. Im Verlaufe der Vorabklärung versuchte der [G] zudem [Marke]-Produkte bei [Marke]-Abfüllern in Österreich und Frankreich zu beziehen und berichtete ausserdem über den Versuch [des Getränkehändlers 1], [Marke]-Produkte beim [Marke]-Abfüller in Italien zu beziehen. Nach mehreren Monaten hatte von diesen drei Abfüllern lediglich der österreichische Abfüller geantwortet und dem [G] eine Direktbelieferung verneint. Das Sekretariat ging den Gründen der Nichtbelieferung durch den österreichischen Abfüller, der Nichtbeantwortung der Anfrage des [G] durch den französischen Abfüller und der Nichtbeantwortung derjenigen [des Getränkehändlers 1] durch den italienischen Abfüller nach und befragte diesbezüglich die Abfüller resp. im Falle des französischen Abfüllers dessen Muttergesellschaft. So analysierte das Sekretariat, ob Anhaltspunkte bestehen, dass die [X]-Abfüller in Deutschland, Frankreich, Österreich und Italien sich missbräuchlich verhalten, insbesondere indem sie Geschäftsbeziehungen verweigern und/oder Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen diskriminieren (Art. 7 Abs. 2 Bst. a und Bst. b KG). Ebenfalls wurde der Frage nachgegangen, ob Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen Art. 5 KG vorliegen, insbesondere dahingehend, ob Abfüller ihren Händlern Vorschriften machten bezüglich einer möglichen Belieferung an in der Schweiz ansässige Abnehmer (Art. 5 Abs. 4 KG).

A.2 Verfahren

10. Gestützt auf den ihr vom [G] mit Schreiben vom 25. Oktober 2012 eingereichten Informationen (vgl. Rz 1) eröffnete das Sekretariat am 6. Dezember 2012 eine Vorabklärung in dieser Sache und sandte gleichentags je einen Fragebogen an die [CH] und an die [D].

11. Ebenfalls am 6. Dezember 2012 informierte die [D] das Sekretariat darüber, dass sie bereit sei, den [G] zu beliefern, wobei sie keine konkreten Lieferpreise nannte. Am darauffolgenden Tag sandte die [D] dem Sekretariat eine Kopie eines Schreibens, welches sie am 4. Dezember 2012 dem [G] hatte zukommen lassen als Antwort auf dessen Anfrage vom 25. September 2012. Dieses Schreiben vom 7. Dezember 2012 wurde vom Sekretariat anstelle der Antwort der [D] auf den Fragebogen vom 6. Dezember 2012 entgegengenommen.

12. Mit Schreiben vom 22. Januar 2013 berichtete die [D] dem Sekretariat, dass der [G] am 21. Dezember 2012 um ein Angebot nachgesucht hatte, welches ihm die [D] mit Schreiben vom 14. Januar 2013 unterbreitete. Zu dieser Offerte äusserte sich der [G] mit Schreiben vom 29. Januar 2013 beim Sekretariat. Dabei kritisierte der [G] insbesondere, dass ihm im Gegensatz zu deutschen Händlern kein Werbebeitrag gewährt wird, von welchem der [G] vermutete, dass er sehr hoch sei.

13. Mit Schreiben vom 7. Februar 2013 stellte das Sekretariat der [D] mehrere Fragen zu den von ihr gewährten Werbebeiträgen. Diese Fragen beantwortete die [D] am 21. Februar 2013. Am 28. Februar 2013 beantwortete die [CH] den Fragebogen des Sekretariats vom 6. Dezember 2012.

14. Am 5. März 2013 empfing das Sekretariat Vertreter des [G] zu einem Gespräch. Am 9. April 2013 informierte der [G] das Sekretariat per Schreiben u.a. darüber, dass

er auf seine Offertanfrage vom 22. Januar 2013 an die [A] für den Bezug von Einweggebinden noch keine Antwort erhalten hatte. Auch eine Offertanfrage vom 1. März 2013 an den [Marke]-Abfüller [F] in Frankreich für 50cl-PET-Flaschen blieb gemäss Schilderung des [G] unbeantwortet. Per E-Mail vom 8. Mai 2013 informierte der [G] das Sekretariat, dass er per Schreiben vom 3. Mai 2013 einen abschlägigen Bescheid bezüglich einer Belieferung durch die [A] erhalten hatte. Per E-Mail vom 17. Mai 2013 unterrichtete der [G] das Sekretariat darüber, dass [der Getränkehändler 1] am 8. April 2013 den Lizenzgeber [...], Milano, und am 23. April 2013 den Abfüller [I], um eine Offerte gebeten hatte, wobei [der Getränkehändler 1] bis zum Datum jenes E-Mails noch keine Antwort erhalten hatte.

15. Am 22. Mai 2013 fand in den Räumlichkeiten des Sekretariats ein Gespräch mit Vertretern der [D] statt, [...]. Am 3. September 2013 sandte das Sekretariat der [A] einen Fragebogen bezüglich einer allfälligen Belieferung des [G] aus Österreich sowie einen Fragebogen bezüglich einer allfälligen Belieferung [des Getränkehändlers 1] aus Italien. Gleichentags verschickte es zudem einen Fragebogen an die [...], Belgien (nachfolgend: [B]), bezüglich einer allfälligen Belieferung des [G] aus Frankreich. Beantwortet wurden diese Fragebögen von der [B] am 3. Oktober 2013, von der [I] am 18. November 2013 und von der [A] am 18. November 2013.

16. Am 31. Oktober 2013 antwortete das Sekretariat dem [G] auf dessen E-Mail vom 24. Oktober 2013, in welchem dieser u.a. die Frage gestellt hatte, ob es stimme, dass das Sekretariat das sie diskriminierende Rabattsystem von [Marke] für unproblematisch halte. In seiner Antwort erläuterte das Sekretariat, dass die Werbekostenbeiträge der [D] für vom Getränkehändler in Deutschland durchgeführte Werbemassnahmen gewährt werden. Das Sekretariat teilte dem [G] auch mit, dass es gestützt auf die ihr vorliegenden Informationen derzeit keine genügenden Anhaltspunkte für eine unzulässige Diskriminierung des [G] durch die [D] sehen würde. Dieses Schreiben liess das Sekretariat am 26. November 2013 in Kopie der [D] zukommen.

17. Am 11. November 2013 ersuchte der [G] das Sekretariat, die Vorabklärung gegen den französischen Abfüller [F] weiterzuführen. Dabei verwies er auf das Angebot, welches dieser dem [G] am 21. Oktober 2013 gemacht hatte, und von welchem er vermutete, dass dieses deutlich unvorteilhafter war als dasjenige eines französischen Getränkehändlers, von welchem der [G] eine Offerte erhalten hatte.

18. Am 12. November 2013 sandte der [G] eine Offertanfrage an die [F], welches das Sekretariat als Kopie erhielt. Per Schreiben vom 27. November 2013 bat das Sekretariat den [G] darum, es über die Verhandlungsentwicklung mit der [F] zu informieren. Zudem teilte es ihm den Eingang der Antworten des österreichischen Abfüllers [A] und des italienischen Abfüllers [I] mit und dass [...] die [A] [...], [...] die: [I] sich zur Belieferung [des Getränkehändlers 1] bereit erklärt hatte. Da ihm die [F] nicht geantwortet hatte, sandte der [G] am 7. Februar 2014 diesem erneut sein Schreiben vom 11. November 2013 und informierte das Sekretariat per E-Mail am 8. Februar 2014 darüber.

19. In seiner E-Mail vom 8. Februar 2014 bat der [G] zudem, ihn darüber zu informieren, wenn das Sekretariat [Marke] nicht als marktbeherrschend einstufe, da er dann die Anzeigen gegen die Gesellschaften des [Marke]-Systems nicht weiterverfolgen würde. In seiner Antwort vom 12. Februar 2013 hielt das Sekretariat fest, dass es sehr wohl möglich ist, dass [Marke] im Bereich der Belieferung des Gastronomiesektors mit alkoholfreien Süssgetränken und insbesondere mit solchen mit Cola-Geschmack über eine marktbeherrschende Stellung gemäss Art. 4 Abs. 2 KG verfügt. Weiter zeigte es auf, dass auch beim allfälligen Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung die [Marke]-Gruppe nicht in jedem Fall verpflichtet ist, ein Unternehmen direkt zu beliefern. So verwies das Sekretariat darauf, dass der [G] [Marke]-Produkte bereits im Ausland beziehen kann.

20. Am 5. November 2014 bat das Sekretariat die [CH] telefonisch um präzisierende Informationen zu deren Antworten vom 28. Februar 2013 (vgl. Rz 13). Am 3. Dezember 2014 antwortete die [CH] auf diese telefonische Anfrage. Weitere präzisierende Fragen sandte das Sekretariat am 4. Dezember 2014 an die [CH], einen Teil der diesbezüglichen Antworten sandte die [CH] am 18. Dezember 2014, einen weiteren Teil am 16. Januar 2015.

A.3 Bezug aus dem benachbarten Ausland

21. Nachfolgend wird für jedes der vier Nachbarländer der Schweiz mit eigenen [X]-Abfüllbetrieben aufgezeigt, welche Schritte der [G] resp. [der Getränkehändler 1] unternahmen, um [Marke]-Getränke direkt bei diesen Abfüllern und teilweise auch indirekt über Händler zu beziehen und welche Ergebnisse sie dabei erzielten. Zudem werden einige Ergebnisse aus der Befragung der jeweiligen [Marke]-Abfüller durch das Sekretariat präsentiert, insbesondere hinsichtlich der Bereitschaft der [Marke]-Abfüller, in der Schweiz ansässige Unternehmen direkt oder indirekt zu beliefern. Im Weiteren wird dargelegt, wie die Bezugsmöglichkeiten von [Marke]-Getränken aus dem benachbarten Ausland verglichen mit einem Bezug von Produkten des schweizerischen Abfüllers von [X]-Produkten im untersuchten Zeitraum waren. Ein solcher Vergleich ist insbesondere wichtig für die Beurteilung, ob eine Diskriminierung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG vorliegen könnte.

A.3.1 Bezug aus Deutschland

22. Wie bereits in Rz 1 beschrieben, fragte der [G] am 25. September 2012 die [D] in [...], ob er [...] [Marke], [Marke] [Varietät 2] und [Marke] [Varietät 3] in 33cl-MW-Flaschen direkt bei der [D] beziehen könne. Diesbezüglich erhielt er am 8. Oktober 2012 telefonisch einen negativen Bescheid.

23. Zu diesem Zeitpunkt bezog [der Getränkehändler 2], ein in der Schweiz ansässiger Getränkehändler, für den [G] bereits seit einem Jahr [Marke] in 33cl-MW-Flaschen aus Deutschland, und zwar über einen Zwischenhändler in Deutschland. Damit konnten in der Schweiz ansässige Wirte [Marke] in 33cl-MW-Flaschen aus Deutschland via den [G] zu einem Preis von [...] beziehen, während der [G] angab, dass Wirte für einen Bezug einer 33cl-MW-[Marke]-Flasche in der Schweiz [...] bezahlen [...].

24. Nach der telefonischen Absage (vgl. Rz 22) antwortete die [D] dem [G] am 4. Dezember 2012 schriftlich auf dessen Anfrage vom 25. September 2012 und äusserte die Bereitschaft, den [G] zu beliefern. Dabei machte sie darauf aufmerksam, dass bei Lieferungen ins Ausland die üblichen Mengenrabatte und Belieferungskonditionen gewährt würden, nicht aber spezielle auf die Marktbearbeitung in Deutschland ausgerichtete Beiträge. Ihrem Schreiben legte die [D] eine Preis- und Sortimentsliste für das Verkaufsgebiet Nord bei, gültig ab 1. Oktober 2012. Gemäss dieser betrug der Listenpreis einer 33cl-MW-Flasche [Marke] [...] Cent.

25. Am 14. Januar 2013 unterbreitete die [D] dem [G] ein Angebot für den Bezug von 33cl-MW-Glasflaschen [Marke] und präziserte, dass sie dem [G] die Konditionen für Getränkefachgrosshändler gewähren würde, allerdings ohne den sog. „Werbebeitrag“. Für 24 MW-Flaschen [Marke] 33 cl betrug der Listenpreis zum damaligen Zeitpunkt € [...], also [...] Cent pro 33cl-MW-Flasche, nach Abzug verschiedener Vergütungen resultierte ein Preis von € [...] für 24 Flaschen resp. [...] Cent pro 33cl-MW-Flasche.¹⁷

26. Der [G] informierte das Sekretariat mit Schreiben vom 29. Januar 2013 darüber, dass ihre Partnerfirma, [der Getränkehändler 2 in ...], ab Februar 2013 [Marke] in 33cl-MW-Flaschen beim in Deutschland ansässigen Getränkehändler [Getränkehändler 3 in ...] für [...] Cent beziehen könne, ein Preis, der rund [...] Cent günstiger ist als derjenige, welcher dem [G] von der [D] bei Abholung der Waren ab Fabrik offeriert wurde (vgl. Rz 25). Im Jahr 2012 hatte die Partnerfirma des [G] 33-cl-MW-Flaschen [Marke] gemäss Angaben des [G] [...], im Januar 2012 für [...] Cent, von Februar bis April 2012 für [...] Cent und ab Mai 2012 bis Ende Januar 2013 für [...] Cent.

27. Gemäss Auskunft der [D] vom 21. Februar 2013¹⁸ betrug der allgemeine Werbebeitrag [...]. Wäre dem [G] dieser Beitrag ebenfalls gewährt worden, wäre der Preis der [D] für den [G] bei [...] Cent gelegen, und er hätte verglichen mit dem Einkaufspreis beim in Deutschland ansässigen Händler weitere [...] Cent pro Flasche sparen können, wie der Preisvergleich in Tabelle 3 aufzeigt (siehe auch Tabellen 4 und 5 für einen Vergleich mit den Listen- und Bezugspreisen in verschiedenen Nachbarländern der Schweiz 2013). Die [D] erklärte, dass [...].

¹⁷ Diese Vergütungen sind die folgenden: [...]. Alle genannten Preise sind ohne die gesetzliche MwSt.

¹⁸ Diese Auskunft wurde im Rahmen der Beantwortung von am 7. Februar 2013 gestellten Fragen des Sekretariats gegeben.

Tabelle 2: Preis pro 33cl-MW-Flasche [Marke] beim Bezug durch den [G] in Deutschland, 2013 (Basis: Netto/Netto-Preis, LKW-Komplettabholung)

	Bezug einer 33cl-MW-Flasche [Marke] ...	Preis pro Flasche ¹⁹	
		[Cent]	[Rp.]
a)	beim Getränkehändler in Deutschland (Stand: Februar 2013) ²⁰	[...]	[...]
b)	direkt beim Abfüller [D], ohne Werbekostenzuschüsse (Offerte an [G] vom 21. Januar 2013) ²¹	[...]	[...]
c)	direkt beim Abfüller [D], wenn Werbekostenzuschüsse gewährt würden (Jan./Feb. 2013)	[...]	[...]
	Ersparnis	Ersparnis pro Flasche	
	Differenz: a) – c): zusätzliche Ersparnis zum Bezug beim Getränkehändler, wenn die [D] dem [G] Werbekostenzuschüsse gewähren würde	[...]	[...]

Bemerkung: Preise ohne MwSt.

Quelle: Angaben gemäss der [D] vom 14. Januar 2013 und 21. Februar 2013, dem [G] vom 21. Januar 2013 sowie darauf basierende Berechnungen des Sekretariats.

A.3.2 Bezug aus Österreich

28. Am 22. Januar 2013 (und als Erinnerungsschreiben am 28. Februar 2013) sandte der [G] der [A] ein Schreiben, in welchem er schilderte, dass sie die Eröffnung eines Abholmarktes für Gewerbetreibende planen und gerne lastwagenweise direkt von der [A] Einwegprodukte aus deren Sortiment beziehen würden, wobei sie insbesondere 50cl-PET-Flaschen von [Marke], [Marke] [Varietät 3] und [Marke] [Varietät 2] hervorhoben.²² Den jährlichen Bedarf, den sie der [A] mitteilten, schätzten sie dabei auf [...].

29. Am 3. Mai 2013 schrieb die [A] dem [G], dass sie Gastronomiebetriebe grundsätzlich durch ihre Vertriebspartner beliefern würden. Weiter schilderte sie dem [G] [...].

30. Der [G] schickte dieses Schreiben dem Sekretariat am 8. Mai 2013 als Kopie zu und bemerkte, dass sie von der [A] missverstanden worden waren, und das, obwohl sie der [A] ausdrücklich mitgeteilt hatten, dass sie einen Abholmarkt für Gewerbetreibende eröffnen wollten. Weiter schilderte der [G], dass bei den Einweggebinden, für welche sie eine Offerte verlangt hatten, der Abholgrosshandel sehr verbreitet sei.

31. Am 3. September 2013 sandte das Sekretariat der [A] einen Fragebogen, welchen diese am 18. November 2013 per E-Mail beantwortete. Gemäss deren Antworten [...] ²³ [...] ²⁴ [...].

32. Auf eine Frage des Sekretariats zur Belieferung von Kunden in der Schweiz mit kohlenensäurehaltigen Süssgetränken der [X] antwortete die [A], dass sie Anfragen ausserhalb ihres Vertragsgebietes nachkommen würden, wobei sie eine Reihe von Bedingungen aufzählten, die dabei erfüllt sein müssten, u.a. diejenige, dass sie

über entsprechende Kapazitäten verfügten. Zur Frage, ob die Kunden solche Produkte an Unternehmen in der Schweiz weiterverkaufen dürften, meinte die [A], [...]. Bezüglich des Schreibens des [G] vom 22. Januar 2013 (vgl. Rz 28) gab die [A] dem Sekretariat zur Auskunft, [...] ²⁵ [...]. Sie verwies darauf, dass sie sich vorstellen könnten, eine Vergütung für ab Werk Bezug anzubieten. [...] ²⁶ [...].

33. Das Sekretariat informierte den [G] am 27. November 2013 über die Aussagen der [A] bezüglich einer möglichen Belieferung des [G] durch die [A].

A.3.3 Bezug aus Frankreich

34. Am 1. März 2013 schrieb der [G] der [F] und erklärte, dass sie planen, einen Cash & Carry-Getränkemarkt zu eröffnen und sie deshalb interessiert seien, Produkte direkt bei der [F] zu bestellen, insbesondere 50cl-PET-Flaschen [Marke], [Marke] [Varietät 3] und [Marke] [Varietät 2], und zwar in einem geschätzten jährlichen Umfang von [...]. Da der [G] auf dieses Schreiben keine Antwort erhielt, sandte er am 4. Oktober 2013 ein Erinnerungsschreiben. Auch dieses wurde nicht beantwortet.

¹⁹ Für 2013 betrug der durchschnittliche CHF/EURO-Wechselkurs gestützt auf Daten der SNB CHF/€ 1.2308.

²⁰ Bezug durch [den Getränkehändler 2].

²¹ Bei einem Bezug von [...].

²² Im Gegensatz zu Deutschland sind [Marke]-50cl-PET-Flaschen in Österreich pfandfrei.

²³ ARA ist eine Recycling-Abgabe und steht für Altstoff Recycling Austria AG.

²⁴ [...].

²⁵ Depositäre von Brauereien sind solche Verleger.

²⁶ Die [A] schilderte zudem, dass sie [...].

35. Am 3. September 2013 sandte das Sekretariat der [B], mit Sitz in Brüssel, der Muttergesellschaft der [F], einen Fragebogen (vgl. Rz 15), auf welchen diese am 3. Oktober 2013 antwortete. Ihre Antworten enthielten Angaben zu Listen- und durchschnittlichen Netto/Netto-Abgabepreisen²⁷ einer Reihe von [Marke]-Getränken ([Varietät 1], [Varietät 2] und [Varietät 3]) in verschiedenen Gebinden, die von der [F] verkauft werden (für eine Auswahl hiervon vgl. Tabellen 4 und 5).²⁸ Gemäss diesen Informationen betrug der Listenpreis [...] für [Marke] [Varietät 1], [Varietät 2] oder [Varietät 3] in der 33cl-MW-Glasflasche ab 1. Februar 2013 [...] Cent, der durchschnittliche Abgabepreis für 2013 [...] Cent. Bei 50cl-EW-PET betrug der Listenpreis für dieses Produkt und Händlersegment per 1. Februar 2013 [...] Cent, der durchschnittliche Netto/Netto-Abgabepreis für 2013 abhängig davon, ob [Varietät 1], [Varietät 2] oder [Varietät 3], [...] Cent (vgl. Tabelle 4). Bezüglich Lieferungen in die Schweiz sagte die [B], dass sämtliche Kundengruppen in der Schweiz direkt bei der [F] beziehen könnten. Sie sagte auch, dass sie seit 2011 kein Produkt direkt an Klienten in die Schweiz verkauft hatte und dass Kunden der [F] Produkte der [X] an Unternehmen in die Schweiz verkaufen dürften. Die [B] sagte weiter, dass es gemäss internen Recherchen scheint, dass die [F] das Schreiben des [G] vom 1. März 2013 nicht erhalten hatte. Zudem zeigte sie sich bereit, den [G] zu beliefern.

36. Mit Schreiben vom 10. Oktober 2013 teilte das Sekretariat dem [G] mit, dass die [F] bereit sei, den [G] zu den in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen dargelegten Bedingungen zu beliefern. Am 21. Oktober 2013 antwortete die [F] dem [G] und legte ihrem Schreiben die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der [F] (ab 1. Januar 2013) sowie Listen ihrer [...] (gültig ab 1. Februar 2013) bei. In diesen Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind die Listenpreise verschiedener Produkte enthalten, so auch die in Rz 35 genannten Listenpreise.³⁰ Aus den [...] geht hervor, dass es einen [...] von [...] % auf [Marke] und von jeweils [...] % auf [Marke] [Varietät 3] und [Marke] [Varietät 2] in 50cl-PET-Flaschen gibt, was schliesslich einen Preis von [...] resp. [...] Cent ergibt. Diese Preise liegen somit [...] Cent über dem durchschnittlichen Netto/Netto-Abgabepreis der [F] für [...] für 2013 (vgl. Fn 29).³¹

37. Gemäss der Preisliste eines französischen Getränkehandlers, [des Getränkehandlers 4], die der [G] dem Sekretariat am 11. November 2013 (zusammen mit der Antwort der [F] vom 21. Oktober 2013) zukommen liess, bot dieser dem [G] im Jahr 2012 50cl-EW-PET-Flaschen [Marke] für [...] Cent, [Marke] [Varietät 2] für [...] Cent und [Marke] [Varietät 3] für [...] Cent an.³² Damit lag der dem [G] vom französischen Getränkehandler offerierte Preis für eine 50cl-EW-PET-Flasche für [Marke] [Varietät 1] [...] Cent, für [Marke] [Varietät 2] [...] Cent und für [Marke] [Varietät 3] [...] Cent unter dem Preis, den die [F] dem [G] im Jahr 2013 für die Belieferung (innerhalb des französischen Festlands) für eine solche Flasche offeriert hatte. [...] der durchschnittliche Netto/Netto-Abgabepreis für 50cl-MW-PET-Flaschen [Marke] im Jahr 2013 gegenüber dem Vorjahr je nach Sorte ([Varietät 1], [Varietät 3], [Varietät 2]) [...] Cent. Dies legt den Schluss nahe, dass dieser Getränkehandler von der [F] bedeutende Rabatte erhielt, die dem [G] nicht gewährt

wurden. Dazu, ob und wenn ja in welcher Art und Höhe die [F] seinen Abnehmern Werbekostenzuschüsse gewährt, liegen dem Sekretariat allerdings keine Angaben vor.

38. Am 12. November 2013 (und ein diesbezügliches Erinnerungsschreiben am 7. Februar 2014) sandte der [G] ein weiteres Schreiben an die [F] mit einer Reihe von Fragen zu Rabatten und Verkaufsbedingungen und mit dem Hinweis darauf, dass gemäss den Berechnungen des [G] die Preise, die dem [G] von der [F] offeriert worden waren, sehr viel höher seien als jene, welche sie den französischen Grossisten offerierten. Gemäss Auskunft des [G] vom 30. März 2015 hatte dieser bis zum selbigem Zeitpunkt noch keine Antwort hierauf erhalten.

A.3.4 Bezug aus Italien

39. In einem Schreiben vom 23. April 2013 fragte [der Getränkehandler 1] die [I] um eine Offerte für verschiedene [Marke]-Produkte, hauptsächlich für [Marke], [Marke] [Varietät 3] und [Marke] [Varietät 2] in Glasflaschen, PET-Flaschen und Dosen unterschiedlicher Grössen. [Der Getränkehandler 1] erhielt keine Antwort auf ihr Schreiben. Am 18. November 2013, in ihrer Antwort auf den Fragebogen des Sekretariats vom 3. September 2013, sagte die [I], dass sie kein Schreiben [des Getränkehandlers 1] erhalten hatte, erklärte sich aber bereit, diese zu beliefern, wobei sie darauf hinwies, dass die Lieferbedingungen vom Volumen und den Logistikvereinbarungen abhängen würden. Die allgemeinere Frage des Sekretariats dazu, ob Kunden aus der Schweiz kohlenstoffhaltige Getränke von ihr beziehen können, bejahte die [I] ebenfalls. Das Sekretariat berichtete dem [G] am 27. November 2013 in dieser Sache (bezüglich dieses Schreibens siehe auch Rz 18). In einem E-Mail an das Sekretariat vom 8. Februar 2014 schrieb der [G], dass die [I] [dem Getränkehandler 1] nicht geantwortet hatte. Bis am 15. Juli 2014 lagen dem [G] hierzu keine neuen Informationen vor.

²⁷ Bei den Netto/Netto-Abgabepreisen sind auch nachträgliche Konditionen wie Quartals- oder Jahresboni berücksichtigt (vgl. ALEX WINKELMANN, Preise und Konditionen in der Warenwirtschaft, in: Enzyklopädie der Wirtschaftsinformatik, Online-Lexikon, Karl Kurbel, Jörg Becker, Norbert Gronau, Elmar Sinz und Leena Suhl (Hrsg.), <http://www.enzyklopaedie-der-wirtschaftsinformatik.de/wi-enzyklopaedie/lexikon/informationssysteme/Sektorspezifische-Anwendungssysteme/Handel--Anwendungssysteme-im/Warenwirtschaftssystem/Preise-und-Konditionen-in-der-Warenwirtschaft> (09.07.2015)).

²⁸ Listenpreis, inkl. Getränkesteuer, inkl. Contribution Eco-Emballages, ohne MwSt., bei komplettem LKW, bei PET und Dosen inkl. Lieferung innerhalb des französischen Festlands, bei Pfand-Glasflaschen ab Rampe. Der durchschnittliche Abgabepreis entspricht dem durchschnittlichen Netto-Rechnungspreis ohne MwSt. aber inkl. andere Gebühren, Abgaben und Beiträge.

²⁹ [...]. Die durchschnittlichen Abgabepreise für 2013 für [...] für die in Rz 35 genannten Produkte waren die folgenden: [Marke] [Varietät 1], [Varietät 2] oder [Varietät 3] im 33cl-MW-Glas [...] Cent, [Marke] [Varietät 1], [Varietät 2] oder [Varietät 3] im 50cl-EW-PET [...] Cent.

³⁰ Als Geltungsdatum war ab 1. Januar 2013 angegeben.

³¹ Gemäss der von der [F] dem [G] in seinem Schreiben vom 21. Oktober 2013 beigelegten Rabattliste (vgl. Rz 36) gibt es für 33cl-MW-Glas [Marke] ([Varietät 1], [Varietät 2] oder [Varietät 3]) für [...].

³² Die genauen Bedingungen der Offerte sind dem Sekretariat nicht bekannt. 33cl-MW-Glas bot dieser Getränkehandler dem [G] nicht an. In Tabelle 5 sind stattdessen 33cl-Dosen aufgeführt. Die Preise für diese betragen: [Varietät 1] [...] Cent, [Varietät 3] [...] Cent und [Varietät 2] [...] Cent.

40. Die [I] gab dem Sekretariat in ihren Antworten vom 18. November 2013 nebst Informationen zur Belieferung an in der Schweiz ansässige Abnehmer (vgl. vorhergehende Rz) auch Auskunft zu den von ihr verlangten Preisen für verschiedene [Marke]-Produkte. Gemäss Berechnungen des Sekretariats gestützt auf Angaben der [I] betrug der Listenpreis pro 50cl-PET-Flasche [Marke] (im 24er Tray) bei Bezug ab Rampe für das Jahr 2012 (in Klammer: Jahr 2013) für Direktbezüger [...] Cent ([...] Cent), für Grosshändler [...] Cent ([...] Cent).³³ Gemäss Schätzungen der [I] betrug der durchschnittliche Netto/Netto-Abgabepreis 2012 für dieses Produkt für Direktbezüger [...] % des Listenpreises, also [...] Cent, für Grosshändler [...] % des Listenpreises, also [...] Cent.³⁴ Das Sekretariat fragte die [I] auch zu den Listen- und Netto/Netto-Abgabepreisen von 33-cl-MW-Flaschen [Marke], erhielt hierzu jedoch keine Informationen. Auch auf die Frage zur Höhe allfällig gewährter Werbekostenzuschüsse erhielt das Sekretariat keine konkrete Antwort.

A.3.5 Vergleich von Bezügen aus dem Ausland mit dem Bezug bei der [CH]

41. Nachfolgend soll der Bezug von [Marke]-Getränken aus dem benachbarten Ausland für in der Schweiz ansässige Unternehmen mit einem Bezug beim schweizerischen Abfüller verglichen werden, dies u.a. anhand der Offerten, welche der [G] von Getränkehändlern und Abfüllern im Ausland erhalten hat, aber auch anhand der

durchschnittlichen Netto/Netto-Abgabepreise der [X]-Abfüller. Dazu werden in einem ersten Schritt die Preise für verschiedene [Marke]-Produkte in der Schweiz aufgezeigt, in einem zweiten Schritt die Preise bei Anbietern im benachbarten Ausland. Gestützt auf diese Informationen werden in einem dritten Schritt die Preise in der Schweiz mit denjenigen des benachbarten Auslands für [Marke] in der 33cl-MW-Glasflasche und in einem vierten Schritt für [Marke] in der 50cl-EW-PET-Flasche verglichen. Schliesslich wird fünftens ein Fazit zum Bezug von [Marke]-Produkten in der Schweiz verglichen mit einem solchen im benachbarten Ausland gezogen.

A.3.5.1 Bezug von [Marke] in der Schweiz

42. In seinem Fragebogen vom 6. Dezember 2012 an die [CH] erfragte das Sekretariat die Listenpreise als auch die durchschnittlichen Netto/Netto-Abgabepreise für verschiedene [X]-Produkte und Kundensegmente für die Jahre 2011 und 2012. Wie aus den vorhergehenden Ausführungen zu den Bezugsmöglichkeiten von [Marke] in den Nachbarländern der Schweiz hervorgeht (Rz 22–40), zeigte der [G] (resp. [der Getränkehändler 1]) insbesondere Interesse am Bezug von [Marke] in 33cl-MW-Glasflaschen und in 50cl-EW-PET-Flaschen. Im Hinblick auf einen Vergleich der Bezugsmöglichkeiten im In- und Ausland werden deshalb in nachfolgender Tabelle 3 die Listen- und Netto/Netto-Abgabepreise der [CH] für das Jahr 2012 für 33cl-MW-Flaschen und 50cl-EW-Flaschen an [Marke] aufgeführt.³⁵

Tabelle 3: Bezug von [Marke] bei der [CH], Listenpreise und durchschnittliche

Bezug von ... durch ...	Listenpreis		durchschnittlicher Abgabepreis	
	[Rappen]	[Cent]	[Rappen]	[Cent]
33cl MW Glas				
Direktbezüger Horeka	[...]	[...]	[...]-[...]	[...]-[...]
Getränkehändler	[...]	[...]	[...]-[...]	[...]-[...]
Detailhandel/ Cash & Carry	[...]	[...]	[...]-[...]	[...]-[...]
50cl EW PET				
Direktbezüger Horeka	[...]	[...]	[...]-[...]	[...]-[...]
Getränkehändler	[...]	[...]	[...]-[...]	[...]-[...]
Detailhandel/ Cash & Carry	[...]	[...]	[...]-[...]	[...]-[...]

Bemerkungen: Preis ab Rampe, bei LKW-Komplettabholungen. Die Listenpreise sind für [Marke], [Marke] [Varietät 2] und [Marke] [Varietät 1] gleich. CHF/Euro-Wechselkurs 2012: 1.2053 gemäss SNB.

Quelle: Angaben der [CH] vom 28. Februar 2013 und darauf basierende Berechnungen des Sekretariats.

³³ Gemäss Informationen der [I] erhalten Grosshändler [...].

³⁴ Für 2013 machte die [I] keine Schätzung der durchschnittlichen Abgabepreise.

³⁵ Preise zu [Marke] in 33cl-Dosen erfragte das Sekretariat bei der [CH] nicht.

43. Wie aus Tabelle 3 hervorgeht, betrug der Listenpreis für [Marke] in 33cl-MW-Flaschen in der Schweiz für Getränkehändler im Jahr 2012 [...] Rappen, der effektive Netto/Netto-Abgabepreis, bei einer LKW-Komplett-Abholung [...]–[...] % hiervon, also [...]–[...] Rappen, d.h. [...]–[...] Cent. Für [Marke] in 50cl-EW-PET-Flaschen betrug der Listenpreis für Getränkehändler 2012 [...] Rappen, der effektive Netto/Netto-Abgabepreis [...]–[...] % hiervon, somit [...]–[...] Rappen, d.h. [...]–[...] Cent. Für Detailhändler/Cash & Carry galten für diese Produkte die gleichen Listenpreise, die durchschnittlichen Netto/Netto-Abgabepreise von [Marke] schätzte die [CH] bezüglich die 33cl-MW-Glasflasche [...] ein, bezüglich die 50cl-EW-PET-Flasche [...]. Für Direktbezüger Horeka galten verglichen mit den beiden vorgenannten Kundensegmenten höhere Listenpreisen, sie erhielten [...]. Gemäss der [CH] werden zahlreiche Konditionen in Abzug gebracht, namentlich Umsatzrabatte, Listing Fees, Marketingunterstützungen und Aktionen. Zudem wies sie in ihrem Schreiben vom 28. Februar 2013 darauf hin, dass die [CH] an gewisse Abnehmer Fixbeiträge leistet, die nicht einem einzelnen Produkt zugeordnet werden können. Weiter führte sie aus, dass ihre Konditionen und Rabatte u.a. die Marktent-

wicklung berücksichtigt, welche auf dem Prinzip Leistung und Gegenleistung beruhe, insbesondere im Bereich der Marktbearbeitung, wie beispielsweise Bewerbungen in Kundenmedien, Zurverfügungstellung von Getränkekühlern sowie Kommunikation auf der Fläche. Angaben zur konkreten Höhe von Werbekostenzuschüssen seitens der [CH] liegen dem Sekretariat nicht vor.

A.3.5.2 Bezug von [Marke] im benachbarten Ausland

44. Die beiden nachfolgenden Tabellen, Tabelle 4 für das Jahr 2013 und Tabelle 5 für das Jahr 2012, geben einen Überblick über die Listenpreise und die durchschnittlichen Netto/Netto-Abgabepreise der [X]-Abfüller im benachbarten Ausland. Weiter enthält Tabelle 4 Preisinformationen zu Offerten seitens der [X]-Abfüller in Deutschland und Frankreich an den [G] (vgl. Rz 25 und 35) als auch seitens desjenigen deutschen Getränkehändlers, welcher den [G] via [den Getränkehändler 2] beliefert (vgl. Rz 26), während in Tabelle 5 die Preise des vorgenannten deutschen Getränkehändlers als auch die Offerte des französischen Abfüllers an den [G] aus dem Jahr 2012 berücksichtigt sind (vgl. Rz 26 und 37).

Tabelle 4: Preise [Marke] beim Bezug in Nachbarländern der Schweiz, 2013 [Eurocent]

Bezug bei ... von	Listenpreis	Durchschnitt. Abgabepreis	Offerierter Preis
Abfüller in Deutschland			
33cl MW Glas	[...]	k. A.	[...]
Getränkehändler in Deutschland			
33cl MW Glas	–	k. A.	[...]³⁶
Abfüller in Frankreich [...], wo Bandbreiten, kein Einheitspreis für [Varietät 1], [Varietät 2] und [Varietät 3].			
33cl MW Glas	[...]	[...]	[...]
33cl Dose	[...]-[...]	[...]-[...]	[...]-[...]
50cl EW PET	[...]	[...]-[...]	[...]-[...]
Abfüller in Italien			
33cl Dose			
- an Direktbezüger	[...]	k. A.	k. A.
- an Grosshändler	[...]	k. A.	k. A.
50cl EW PET			
- an Direktbezüger	[...]	k. A.	k. A.
- an Grosshändler	[...]	k. A.	k. A.

³⁶ Preis Februar 2013. Im Januar 2013 betrug der Preis noch [...] Cent (Schreiben des [G] vom 29. Januar 2013).

Bezug bei ... von	Listenpreis	Durchschnitt. Abgabepreis	Offerierter Preis
Abfüller in Österreich			
33cl MW Glas			
- an Direktbezüger Horeka	[...]	[...]-[...]	k. A.
- an Depositäre der Brauereien	[...]	[...]-[...]	k. A.
33cl Dose			
- an Direktbezüger Horeka	[...]	[...]-[...]	k. A.
- an Depositäre der Brauereien	[...]	[...]-[...]	k. A.
50cl EW PET			
- an Direktbezüger Horeka	[...]	k. A.	k. A.
- an Depositäre der Brauereien	[...]	k. A.	k. A.

Quelle: Angaben von [B], [D], [A], [I], [G] und darauf basierende Berechnungen des Sekretariats.

Bemerkungen: Sämtliche Preise ohne MwSt., teilweise nicht direkt vergleichbar (unterschiedlich, welche Abgaben inbegriffen sind, ob ab Rampe etc.). Depositäre der Brauereien sind Verleger=Wiederverkäufer. EW: Einweg, MW: Mehrweg. Zu den Preisen des Getränkehandlers in Frankreich liegen dem Sekretariat für 2013 keine Daten vor.

Tabelle 5: Preise [Marke] beim Bezug in Nachbarländern der Schweiz, 2012 [Eurocent]

Bezug bei ... von	Listenpreis	Durchschnitt. Abgabepreis	Offerierter Preis
Getränkehandler in Deutschland			
33cl MW Glas	–	k. A.	[...]-[...] ³⁷
Abfüller in Frankreich [...]			
33cl MW Glas	[...]	[...]	k. A.
33cl Dose	[...]	[...]	k. A.
50cl EW PET	[...]	[...]	k. A.
Getränkehandler in Frankreich Bandbreiten, da kein Einheitspreis für [Varietät 1], [Varietät 2] und [Varietät 3].			
33cl Dose	–	k. A.	[...]-[...]
50cl EW PET	–	k. A.	[...]-[...]
Abfüller in Italien			
33cl Dose			
- an Direktbezüger	[...]	[...]	k. A.
- an Grosshändler	[...]	[...]	k. A.
50cl EW PET			
- an Direktbezüger	[...]	[...]	k. A.
- an Grosshändler	[...]	[...]	k. A.

³⁷ Der Preis änderte sich mehrmals im Jahr 2012, siehe Rz 26.

Bezug bei ... von	Listenpreis	Durchschnitt. Abgabepreis	Offerierter Preis
Abfüller in Österreich			
33cl MW Glas			
- an Direktbezüger Horeka	[...]	[...]-[...]	k. A.
- an Depositäre der Brauereien	[...]	[...]-[...]	k. A.
33cl Dose			
- an Direktbezüger Horeka	[...]	[...]-[...]	k. A.
- an Depositäre der Brauereien	[...]	[...]-[...]	k. A.

Quelle: Angaben von [B], [D], [A], [I], [G] und darauf basierende Berechnungen des Sekretariats.

Bemerkungen: Sämtliche Preise ohne MwSt., teilweise nicht direkt vergleichbar (unterschiedlich, welche Abgaben inbegriffen sind, ob ab Rampe etc.). Depositäre der Brauereien sind Verleger=Wiederverkäufer. EW: Einweg, MW: Mehrweg. Sofern nicht anders angegeben, gelten die Preise für [Marke] in den Varianten [Varietät 1], [Varietät 2] und [Varietät 3]. Das Sekretariat verfügt für das Jahr 2012 über keine Angaben zu Preisen des Abfüllers in Deutschland. Zudem liegen dem Sekretariat für 2012 keine Angaben vor zu Preisen des Abfüllers in Österreich bezüglich 50cl-EW-PET [Marke].

45. Anzumerken ist, dass bezüglich des [X]-Abfüllers in der Schweiz Listen- und Netto/Netto-Abgabepreise lediglich für die Jahre 2011 und 2012 vorliegen, nicht aber für das Jahr 2013 (vgl. Rz 41 und Tabelle 3). Somit können die Offerten des deutschen und des französischen [X]-Abfüllers, die beide aus dem Jahr 2013 stammen, nicht mit den Netto/Netto-Abgabepreisen der [CH] aus dem gleichen Jahr verglichen werden.

A.3.5.3 Bezug von 33cl-MW-Glas [Marke]

46. Wie bereits geschildert (vgl. Rz 25), bekam der [G] im Januar 2013 von der [D] ein Angebot zum direkten Bezug von 33cl-MW-Glasflaschen [Marke], allerdings mit der Einschränkung, dass dem [G] keine Werbekostenzuschüsse gewährt werden würden. Bei einem solchen Bezug hätte der Preis pro Flasche [...] Cent betragen. Es zeigte sich, dass es unter dieser Prämisse für den [G] vorteilhafter war, weiterhin via seinen Importeur [Getränkeshändler 2] über einen deutschen Getränkehändler zu beziehen, und zwar zu einem Stückpreis von [...] Cent ab Februar 2013 (vgl. Rz 26 und Tabelle 2). Verglichen mit der Offerte des deutschen [X]-Abfüllers fiel der dem [G] offerierte Preis des französischen Abfüllers für das gleiche Produkt mit [...] Cent erheblich höher aus. Der österreichische [X]-Abfüller machte dem [G] kein konkretes Angebot, sagte [...] gegenüber dem Sekretariat, dass [...] (vgl. Rz 31). Die in Tabellen 4 und 5 aufgeführten Depositäre der Brauereien sind solche Verleger. Der durchschnittliche Abgabepreis an diese betrug 2012 gemäss Angaben der [A] [...] Cent, zur konkreten Höhe der Werbekostenzuschüsse, welche in diesem durchschnittlichen Abgabepreis vermutungsweise schon eingerechnet sind, dem [G] aber nicht gewährt würden, liegen dem Sekretariat keine Informationen vor. Weder Preisofferten noch Abgabepreise zu 33cl-MW-Glas [Marke] hat das Sekretariat bezüglich den italienischen Abfüller (vgl. Rz 40).

47. Vergleicht man diese Daten mit einem Bezug beim schweizerischen Abfüller zeigt sich Folgendes. 2012 lag der durchschnittliche Abgabepreis für 33cl-MW-Glas

[Marke] für Getränkehändler bei [...] Rappen, d.h. bei umgerechnet [...] Cent (vgl. Tabelle 3). Der Preis, zu dem der [G] [Marke] in 33cl-MW-Glasflaschen bei einem in Deutschland tätigen Getränkehändler beziehen kann, ist somit [...] Cent ([...] Rappen) günstiger als derjenige, dem sich Getränkehändler gegenübersehen, wenn sie bei der [CH] in der Schweiz beziehen, gemessen am Preis der [CH] also [...] % tiefer. Könnte der [G] bei der [D] direkt und inkl. Werbekostenzuschüsse beziehen, könnte er, wie bereits erwähnt (vgl. Rz 27) weitere [...] Cent ([...] Rappen), gemessen am [CH]-Netto/Netto-Abholpreis für Getränkehändler also [...] Prozentpunkte, sparen.

A.3.5.4 Bezug von 50cl-EW-PET [Marke]

48. In Deutschland unterliegen 50cl-EW-PET-Flaschen einem gesetzlichen Pfand von 25 Cent.³⁸ Deshalb interessierte sich der [G] für einen Bezug von 50cl-EW-PET-Flaschen [Marke] aus anderen Nachbarländern der Schweiz, die kein Pfand für EW-PET-Flaschen kennen. Der 2012 vom [G] angefragte Getränkehändler in Frankreich offerierte diesem 50cl-EW-PET-Flaschen zu einem Stückpreis von [...] Cent für [Marke]- [Varietät 2], [...] Cent für [Marke] [Varietät 1] und [...] Cent für [Marke] [Varietät 3] (vgl. Rz 37), während der französische Abfüller dem [G] diese im Oktober 2013 zu einem Preis von [...] Cent ([Varietät 1]) resp. [...] Cent ([Varietät 2], [Varietät 3]) anbot (vgl. Rz 35). Wie bereits geschildert, [...] der österreichische Abfüller [...] (vgl. Rz 31), zur konkreten Höhe des Rabatts auf den Listenpreis einer 50cl-EW-PET-Flasche [Marke], der 2013 [...] Cent betrug, als auch zum durchschnittlichen Netto/Netto-Abgabepreis einer solchen Flasche liegen dem Sekretariat aber keine Angaben vor. Auch der italienische Abfüller von [X]-Produkten erklärte sich bereit, Abnehmer in der Schweiz zu beliefern, für 2013 gab die [I] den Listenpreis von 50cl-MW-PET [Marke] für Grosshändler mit [...] Cent an,

³⁸ Vgl. <de.wikipedia.org/wiki/Flaschenpfand> (05.05.2015).

den durchschnittlichen Netto/Netto-Abgabepreis für dieses Kundensegment mit [...] Cent (vgl. 39–40). Zu welchem Preis [der Getränkehändler 1] oder allenfalls auch der [G] konkret beziehen könnten, ist dem Sekretariat nicht bekannt.

49. Der durchschnittliche Netto/Netto-Abgabepreis von 50cl-EW-PET-Flaschen [Marke] des schweizerischen Abfüllers betrug 2012 für Getränkehändler [...]–[...] Rappen, also [...]–[...] Cent (vgl. Tabelle 3). Verglichen damit waren die Preise, zu welchem der vorgängig erwähnte französische Getränkehändler dem [G] [Marke] in 50cl-PET-Flaschen anbot, je nach Sorte [...] für [Marke] [Varietät 1] [...]–[...] Cent [...], für [Marke] [Varietät 2] [...]–[...] Cent [...] und für [Varietät 3]-[Varietät 1] [...]. Die Preise, zu welchen der französische Abfüller dem [G] 2013 50cl-EW-PET-Flaschen [Marke] offerierte, lag für [Marke] [Varietät 1] [...]–[...] Cent und für [Marke] [Varietät 2] und [Varietät 3] [...]–[...] Cent über dem durchschnittlichem Netto/Netto-Abgabepreis für 2012 des schweizerischen Abfüllers. Geht man davon aus, dass dieser durchschnittliche Netto/Netto-Abgabepreis in etwa der Preis ist, zu welchem der [G] beim schweizerischen Abfüller 2012 und 2013 hätte beziehen können, so hätte sich ein Bezug beim französischen Abfüller [...], [...] ein Bezug beim vorgängig erwähnten französischen Getränkehändler. Der [G] bezog schliesslich weder beim französischen Abfüller noch beim erwähnten französischen Getränkehändler.

A.3.5.5 Fazit zum Bezug aus dem Ausland verglichen mit Bezug bei der [CH]

50. Im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung erfragte das Sekretariat zu verschiedenen [Marke]-Produkten beim [X]-Abfüller in der Schweiz als auch bei den [X]-Abfüllern im benachbarten Ausland eine Reihe von Preisen, insbesondere Listenpreise und Netto/Netto-Abgabepreise. Zudem erhielt es vom [G] Informationen zu Angeboten gewisser [X]-Abfüller und solchen von Getränkehändlern im benachbarten Ausland. Diese Informationen bildeten die Grundlage für Preisvergleiche zwischen der Schweiz und dem benachbarten Ausland. Zwei [Marke]-Produkte standen dabei im Fokus, [Marke] in 33cl-MW-Glasflaschen und [Marke] in 50cl-EW-PET-Flaschen. Es sind dies die Produkte, an welchen der [G] das grösste Interesse zeigte. Anzumerken ist, dass teilweise Preise aufeinanderfolgender Jahre miteinander verglichen wurden, wenn keine Vergleiche mit Preisen aus dem gleichen Zeitraum möglich waren. Auch erhielt der [G] teilweise keine endgültigen Offerten.

51. Bezüglich [Marke] in der 33cl-MW-Glasflasche erhielt der [G] das vorteilhafteste Angebot durch einen Getränkehändler in Deutschland, der dieses Getränk gültig ab Februar 2013 [...] Cent günstiger anbot als die [D] bei einem Direktbezug ab Produktionsort ohne Werbekostenzuschüsse, was [...]–[...] % des durchschnittlichen Netto/Netto-Abgabepreises der [CH] für 2012 entspricht. Mit dem Bezug beim Getränkehändler ergab sich für den [G] somit verglichen mit dem Bezug bei der [CH] in der Schweiz, basierend auf dem durchschnittlichen Netto/Netto-Abgabepreis für 2012, ein Preisvorteil von [...]–[...] Cent resp. [...]–[...] Rappen und somit eine Ersparnis von [...]–[...] % gemessen mit einem Bezug in der Schweiz (vgl. Rz 47).

52. Aufgrund des in Deutschland bestehenden Pflichtpfands auf PET-Flaschen versuchte der [G] [Marke] in der 50cl-EW-PET-Flasche aus Österreich oder Frankreich zu beziehen. Es zeigte sich, dass ihm ein Getränkehändler in Frankreich 2012 [Marke] in diesem Gebinde zu vorteilhafteren Preisen anbot als der [X]-Abfüller in Frankreich, während der [G] von Österreich kein endgültiges Angebot erhielt (vgl. Rz 48). Preislich war das Angebot des französischen Getränkehändlers je nach Sorte ([Varietät 1], [Varietät 2], [Varietät 3]) [...] der durchschnittliche Netto/Netto-Abgabepreis der [CH] für 2012 (vgl. Rz 49). Die 2013 je nach Sorte offerierten Preise des [X]-Abfüllers in Frankreich waren [...] der durchschnittlichen Netto/Netto-Abgabepreis der [CH] für 2012 (vgl. Rz 49). Schliesslich resultierten keine Bezüge durch den [G] aus den Angeboten aus Frankreich.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

54. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die Markenrechtinhaberin [X] sowie ihre Tochtergesellschaften wie die [U] als auch die Abfüller von [Marke]-Produkten in der Schweiz und in deren Nachbarländern, namentlich die u.a. in der Schweiz, Italien und Österreich tätige [Y] und ihre Tochtergesellschaften (darunter [W], [CH], [A] und [I]), die u.a. in Frankreich tätige Abfüllgesellschaft [B] und deren Tochtergesellschaften wie die [F] sowie der in Deutschland tätige Abfüller [D] (welche eine Tochtergesellschaft der [X] ist, vgl. Rz 6) sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

55. Vorliegend kommen ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG sowie eine Gebietsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG in Frage. Nachfolgend wird geprüft, ob Anhaltspunkte für die Erfüllung dieser Tatbestände vorliegen, wobei zuerst auf den möglichen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung eingegangen wird (Abschnitt B.3) und daran anschliessend auf eine mögliche Gebietsabrede (Abschnitt B.4).

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

56. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben.

57. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbe-

halt von Art. 3 Absätze 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

58. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG).

B.3.1 Marktbeherrschende Stellung

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

60. Um festzustellen, ob sich die [X] und/oder einer oder mehrere Abfüllbetriebe von Produkten der [X] tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten können, sind vorab die relevante Märkte abzugrenzen.

B.3.1.1 Relevante Märkte

B.3.1.1.1 Sachlich relevante Märkte

61. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (in analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 12.3.2004 [VKU; SR 251.4]).

62. Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt somit aus Sicht der Marktgegenseite und fokussiert somit auf den strittigen Einzelfall: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.³⁹ Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden, also in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.⁴⁰ 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.⁴¹ Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung⁴² resp. der konkreten Vorabklärung.

63. Vorliegend werden sowohl ein allfälliger Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung seitens der [X] und ihre Abfüller gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a und/oder b KG analysiert (vgl. B.3.2) als auch eine mögliche unzulässige Gebietsabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 KG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. B.4). Marktgegenseite der Hersteller resp. Abfüller von alkoholfreien Erfrischungsgetränken sind v.a. in der Gastronomie tätige Unternehmen wie Restaurants, Cafés, Kantinen und Hotels (sog. Horeka-Kanal⁴³), Lebensmitteldetailhändler, Grossverbrauchermärkte (Lebensmittelgrosshändler) sowie Getränkehändler. Gastronomiekunden werden in der Regel nicht direkt von den Herstellern von alkoholfreien Erfrischungsgetränken bedient, sondern indirekt

via Getränkehändler/Depositäre und via Grossverbrauchermärkte.⁴⁴

64. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission (WEKO) ist der Getränkeabsatz an Gaststätten vom Getränkeabsatz an Privatpersonen zwecks Heimkonsum zu unterscheiden, dies aufgrund der grundsätzlich deutlich geringeren Preissensitivität der Kunden im Horeka-Kanal verglichen mit den Endkunden im Detailhandel.⁴⁵ So ist davon auszugehen, dass der Anteil an Markengetränken an sämtlichen Getränken im Gastronomiekanal höher ist als im Detailhandelskanal. Ein Unterschied zwischen dem Getränkeabsatz an Gaststätten und demjenigen an Privatpersonen zwecks Heimkonsum besteht auch bei den verwendeten Gebinden. So wird Behälterware wie Bag in Box (BIB), Post-Mix (POM, also Konzentrat) und Pre-Mix (PEM, trinkfertiges Produkt) fast ausschliesslich in der Gastronomie verwendet. Auch kleinere Glasflaschen wie z.B. die 33cl-MW-Glasflasche werden primär von Gaststätten nachgefragt. Zudem könnten auch Exklusivvereinbarungen, welche Gaststätten mit Getränkeherstellern treffen, dazu führen, dass Markengetränke einen wichtigeren Stellenwert im Gastronomiekanal verglichen mit dem Heimkonsumkanal haben.⁴⁶

65. Auch die Europäische Kommission unterscheidet beim Getränkeabsatz zwischen verschiedenen Kanälen. So ging sie in ihrem Entscheid *Cadbury Schweppes plc/Pernod Ricard S.A.* davon aus, dass der Absatzkanal für Heimkonsum (Home-Consumption) und derjenige für Ausser-Haus-Konsum (On-Premises-Consumption) bezüglich den Vertrieb alkoholfreier Getränke in Frankreich zu unterschiedlichen Märkten gehören.⁴⁷ Gemäss der Europäischen Kommission werden im Ausser-Haus-Kanal Getränke in Einzelpackungen verkauft oder kommen von Schankanlagen (fountain servings), während Produkte für den Heimkonsum in Multipackungen angeboten werden und von den Endkonsumenten oft in grossen Mengen gelagert werden.⁴⁸ Weiter weist sie darauf

³⁹ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigruppe SA et al./WEKO*; Urteil des BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, E. 3.2, *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

⁴⁰ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigruppe SA et al./WEKO*; BGE 129 II 18 E. 7.3.1 (= RPW 2002/4, 743 E 7.3.1), *Buchpreisbindung*.

⁴¹ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigruppe SA et al./WEKO*.

⁴² BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigruppe SA et al./WEKO*.

⁴³ Horeka: Hotels, Restaurants, Kantinen.

⁴⁴ Nebst Gastronomen (klassische Gastronomie, Betriebs- und Gemeinschaftsgastronomie und Zusatzgastronomie wie Raststätten und Catering) sind insbesondere unabhängige (Klein-)Detailisten Kunden der Grossverbrauchermärkte (vgl. RPW 2012/4, 886 Rz 22, *Migros/Angehrn (CCA)*).

⁴⁵ Vgl. RPW 2005/1, 118 Rz 55, *Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola Beverages AG*, sowie RPW 2001/4, 749 f. Rz 20 f., *Gemeinschaftsunternehmen von The Coca Cola Company und von Nestlé S.A.*

⁴⁶ Zu Exklusivvereinbarungen bezüglich Getränke im Gastronomiebereich siehe RPW 2005/1, 123 Rz 106, *Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola Beverages AG*.

⁴⁷ COMP/M.2504 (2001), 2 Rz 7 und 3 Rz 13, *Cadbury Schweppes plc/Pernod Ricard S.A.* Zum Home-Consumption gehören gemäss diesem Entscheid Lebensmitteldetailhändler und andere Detailhändler für Konsumenten, die zuhause konsumieren, zum On-Premises-Consumption z.B. Hotels, Restaurants und Cafés (sog. Horeka-Kanal).

⁴⁸ Vgl. COMP/M.2504 (2001), 3 Rz 13, *Cadbury Schweppes plc/Pernod Ricard S.A.*

hin, dass die Stückpreise beim Heimkonsum tiefer sind und dass sich die Art der Werbung in den beiden Absatzkanälen oft stark unterscheidet. Auch nimmt die Europäische Kommission in ihrem Entscheid vom 22. Juni 2005 eine Unterscheidung zwischen Haushalts- und Ausser-Haus-Vertriebskanal vor, und zwar für den KEG-Markt, also der Markt für kohlenensäurehaltige Erfrischungsgetränke.⁴⁹

66. In ihrem Entscheid Getränke Holding/Coca Cola AG/ Coca Cola Beverages AG unterschied die WEKO zuerst zwischen alkoholischen und alkoholfreien Getränken und zeigte dann auf, dass alkoholfreie Getränke, die in den Absatzkanal Gastronomie gehen, gemäss ihren Eigenschaften und ihres Verwendungszwecks insbesondere in vier Gruppen unterteilt werden können: Heisgetränke (Kaffee, Tee, Schokoladegetränke), Mineralwasser, kohlenensäurehaltige Softdrinks (nachfolgend: CSD)⁵⁰ inkl. Eistee (Getränke mit Cola-, Citro-, Orangengeschmack, Rivella etc.) sowie Fruchtsäfte.⁵¹ Die drei letztgenannten Gruppen betrachtete sie im selben Entscheid als sachlich relevante Märkte, liess die exakte Marktabgrenzung aber letztlich offen – auch dahingehend, ob der Markt enger abzugrenzen ist.

67. Während, wie vorgehend aufgezeigt (vgl. Rz 66), die WEKO CSD und Eistee zum selben sachlich relevanten Markt zählt, gehören diese beiden Getränkearten gemäss der Europäischen Kommission nicht zum selben sachlich relevanten Markt. So schilderte sie in ihrer Entscheidung bezüglich Coca-Cola vom 22. Juni 2005, dass gemäss der vorläufigen Beurteilung der Kommission der KEG-Markt der sachlich relevante Markt sei.⁵² Als ausdrücklich ausserhalb dieses sachlich relevanten Marktes wurde Eistee genannt, nebst einer Reihe weiterer Getränkearten, nämlich abgefülltes Wasser (auch mit Geschmack), Säfte und Nektar, stilles Wasser und Sport- und Energiegetränke.

68. Die Europäische Kommission hat auch erwogen, CSD für die sachliche Marktabgrenzung in weitere Getränkearten zu unterteilen. So ging die Europäische Kommission in Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB von einem eigenen sachlich relevanten Markt für das Angebot an resp. die Belieferung von CSD mit Cola-Geschmack (nachfolgend: Cola-Getränke) aus, liess aber offen, ob und wie der Markt weiter unterteilt werden könnte.⁵³ Die Frage, ob Cola-Getränke und CSD ohne Cola-Geschmack zu unterschiedlichen sachlich relevanten Märkten gehören, liess sie in späteren Entscheiden offen.⁵⁴ Ebenfalls liess sie offen, ob CSD ohne Cola-Geschmack weiter in verschiedene Geschmacksrichtungen unterteilt werden sollten.⁵⁵

69. Nachfolgend wird ein sachlich relevanter Markt für den Absatz von CSD inkl. Eistee in den Gastronomiekanal abgegrenzt. Es ist auch denkbar, diesen sachlichen Markt in Analogie zur Praxis der EU enger abzugrenzen, z.B. in einen Markt, welcher nur CSD und keinen Eistee beinhaltet oder in einen Markt, welcher CSD mit Cola-Geschmack von anderen Geschmacksrichtungen abgrenzt. So werden vorliegend alternativ auch sachlich relevante Märkte für den Absatz von CSD in den Gastronomiekanal und für den Absatz von CSD mit Cola-Geschmack in den Gastronomiekanal abgegrenzt. Wie in der nachfolgenden Analyse aufgezeigt wird, bleibt das

Ergebnis der Analyse der vorliegenden Vorabklärung unabhängig von der Marktabgrenzung dasselbe, weshalb die genaue sachliche Marktabgrenzung schliesslich offen gelassen werden kann.

B.3.1.1.2. Räumlich relevante Märkte

70. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (in analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

71. Wie bereits in Rz 63 erwähnt, stellen insbesondere in der Gastronomie tätige Unternehmen, Lebensmittel-detailhändler, Grossverbrauchermärkte und Getränke-händler die Marktgegenseite von Herstellern von alkoholfreien Erfrischungsgetränken dar. Dabei beziehen sie CSD hauptsächlich bei Anbietern in der Schweiz, in einem eher geringen Umfang finden aber auch Bezüge aus dem Ausland statt, bezüglich [Marke] beispielsweise durch den [G] (vgl. Rz 2) oder durch Denner.⁵⁶ Einfuhrzölle fallen beim Import von CSD oder Eistee aus dem EU-Raum nicht an,⁵⁷ dennoch kann die Einfuhr von CSD oder Eistee, nebst der allenfalls grösseren Transportdistanz, zusätzlichen Aufwand mit sich bringen, so bei-

⁴⁹ Vgl. COMP/A.39.116/B2 (2005), Rz 21, Coca-Cola. Als einen Grund für diese Unterteilung gibt die Europäische Kommission an, dass der Verkauf eines KEG im Ausser-Haus-Vertriebskanal im Gegensatz zum Haushalts-Vertriebskanal an die Erbringung zusätzlicher Leistungen geknüpft sei. Als weitere Gründe nennt sie erhebliche Preisunterschiede, die unterschiedliche Verwendung von Gebindemischungen, die technische Verkaufsausstattung und die unterschiedliche Rolle der Zwischenhändler in den beiden Vertriebskanälen.

⁵⁰ CSD ist die Abkürzung für carbonated soft drinks. Die Europäische Kommission übersetzt diesen Begriff mit kohlenensäurehaltigen Erfrischungsgetränken, kurz KEG (vgl. COMP/A.39.116/B2 (2005), Rz 1, Coca-Cola), während die WEKO in ihrem Entscheid *Getränke Holding/Coca Cola AG/ Coca Cola Beverages AG* von kohlenensäurehaltigen Softdrinks spricht und die Abkürzung CSD für kohlenensäurehaltige Softdrinks inkl. Eistee verwendet (vgl. RPW 2005/1, 118 Rz 59). Ein weiterer Begriff für CSD ist kohlenensäurehaltige Süssgetränke. Nachfolgend wird die Abkürzung CSD nur für kohlenensäurehaltige Softdrinks – und nicht auch für Eistee – verwendet.

⁵¹ Vgl. RPW 2005/1, 118 Rz 56–59, *Getränke Holding/Coca Cola AG/ Coca Cola Beverages AG*. In ihrem Entscheid Heineken/Eichhof grenzte die WEKO einen Markt für den Absatz von CSD (inkl. Eistee) in den Horeka-Kanal und einen solchen für den Absatz von CSD (inkl. Eistee) in den Detailhandelskanal ab (RPW 2008/3, 427 Rz 59 und 430 Rz 86).

⁵² Dabei nannte sie folgende Geschmacksrichtungen als zu diesem Markt zugehörig: Cola, Orange, Zitrone und/oder Limone, sonstiger Fruchtgeschmack und Bittergetränke. Vgl. COMP/A.39.116/B2 (2005), Rz 20, *Coca-Cola*.

⁵³ IV/794 (1997), Rz 23–94. So wurde auch eine weitere Unterscheidung nach drei Absatzkanälen diskutiert: erstens Verkäufe an Detailhandelsunternehmen für den Heimkonsum, zweitens Verkäufe an Pubs und Restaurants für den Konsum an Ort und Stelle und drittens Verkäufe an kleine unabhängige Lebensmittelhändler, multiple CTNs (CTN: Confectionary, Tobacco & News), Tankstellenshops, Catering-Unternehmen und andere.

⁵⁴ Siehe COMP/M.7057 (2013), 2–3 Rz 8–10, *SUNTORY/ GLAXOSMITHKLINE (RIBENA & LUCOZADE SOFT DRINKS BUSINESS)*, in welchem es um den Verkauf alkoholfreier Getränke an den Detailhandelssektor ging; COMP/M.2504 (2001), 2–3 Rz 7–12, *Cadbury Schweppes plc/Pernod Ricard S.A.*; IV/M.833 (1997), Rz 43, *The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S*.

⁵⁵ Vgl. COMP/M.7057 (2013) 2–3 Rz 8–10, *SUNTORY/ GLAXOSMITHKLINE (RIBENA & LUCOZADE SOFT DRINKS BUSINESS)*; COMP/M.2504, 3 Rz 11–12, *Cadbury Schweppes plc/Pernod Ricard S.A.*

⁵⁶ [...], Neue Zürcher Zeitung, 07.01.2014.

⁵⁷ Vgl. www.tares.ch, Tarifnummern 2202.1000, welches CSD enthält, sowie 2202.9090, welches Eistee enthält (03.06.2015).

spielsweise aufgrund eines Pflichtpfands im Herstellerland⁵⁸ oder wenn das Produkt neu etikettiert werden muss, z.B. um sicherzustellen, dass es in einer schweizerischen Landessprache angeschrieben ist.⁵⁹ Betreffend Getränke für den Gastronomiekanal dürfte ein Direktbezug aus dem Ausland am ehesten für volumenmässig grössere Bezüger, d.h. insbesondere für Getränkgrosshändler, in Frage kommen.

72. In der bisherigen Praxis der WEKO wurden die relevanten Märkte kohlenensäurehaltige Softdrinks inkl. Eistee, Mineralwasser und Fruchtsäfte, jeweils unterteilt in einen Getränkeabsatz an Gaststätten und einen solchen an Privatpersonen zwecks Heimkonsum, national abgegrenzt.⁶⁰ Dabei hielt die WEKO fest, dass bei homogenen Wettbewerbsverhältnissen in einem Gebiet dieses Gebiet als räumlich relevanter Markt aufgefasst werden kann, selbst wenn die einzelnen Marktteilnehmer auf der Marktgegenseite die Güter in einem begrenzteren räumlichen Gebiet nachfragen.⁶¹

73. Auch die Europäische Kommission hat in der Vergangenheit Märkte, welche CSD betreffen, national abgegrenzt.⁶² Als Gründe für eine nationale Marktabgrenzung der CSD-Märkte (d.h. desjenigen für den Haushalts- und den Ausser-Haus-Vertriebskanal) nannte die Europäische Kommission in ihrem Entscheid in Sachen *Coca-Cola* die je nach Land unterschiedlichen Konsumgewohnheiten und die Unterschiede bei den Anteilen an den nationalen Märkten.⁶³ Bei *Cadbury Schweppes plc/Pernod Ricard S.A.* nannte sie eine Reihe von Gründen, die in vorhergehenden Entscheidungen bezüglich alkoholfreier Getränke für eine nationale Abgrenzung genannt worden waren, so Lizenzverträge, welche in der Regel national abgegrenzte Gebiete umfassen, national gestaltete Vertriebsvereinbarungen, unterschiedliche Konsumpräferenzen in verschiedenen Mitgliedsstaaten, Preisunterschiede zwischen verschiedenen Ländern, hohe Transportkosten relativ zum Produktwert und beschränkte Handelsströme.

74. Gemäss der Verfügung i.S. BMW⁶⁴ besteht der Zweck von Gebietsabsprachen und Parallelimportverboten darin, einen potentiell grossen räumlichen Markt für die Marktgegenseite einzuengen und zu verkleinern. Ist die Abrede erfolgreich, kann die Marktgegenseite Waren oder Dienstleistungen nicht mehr im gesamten räumlichen Markt beziehen. Dabei wirken sich die Abreden in dem Teil des Marktes aus, in welchem sich die von der Abrede betroffene Marktgegenseite befindet.

75. Überträgt man diese Argumentationsweise auf die vorliegenden Märkte für den Absatz von CSD, CSD inkl. Eistee resp. für CSD mit Cola-Geschmack in den Gastronomiekanal, so umfassen diese Märkte – zumindest was die Getränke der [X]-Marken anbelangt – aufgrund der Gegebenheiten des vorliegenden Falles, namentlich die Lizenzverträge und national gestaltete Vertriebsvereinbarungen, die zu Beschränkungen der Handelsströme führen (können),⁶⁵ räumlich nur die Schweiz. Würden solche Regelungen aber nicht bestehen, ist es denkbar, dass Unternehmen in der Schweiz vermehrt CSD aus dem Ausland beziehen würden, was den Schluss zulässt, dass die diesbezüglichen Märkte weiter als schweizweit abzugrenzen sind.

76. Wie bereits erörtert (Rz 71–75), gibt es sowohl Elemente, die für eine nationale Abgrenzung der Märkte bezüglich den Absatz von CSD, CSD plus Eistee resp. CSD mit Cola-Geschmack in den Gastronomiekanal sprechen als auch solche, die auf eine weitere als nationale Marktabgrenzung hinweisen, z.B. für einen räumlichen Markt, der die Schweiz plus seine Nachbarländer oder auch nur die Schweiz und angrenzenden Regionen im benachbarten Ausland (z.B. bezüglich Deutschland Süddeutschland) umfasst. Ob die Märkte für den Absatz von CSD, CSD inkl. Eistee resp. CSD mit Cola-Geschmack in den Gastronomiekanal national oder weiter als national abzugrenzen sind, kann vorliegend offen gelassen werden, weil das Ergebnis der nachfolgenden Analyse unabhängig von der Marktabgrenzung dasselbe bleibt.

B.3.1.2 Marktstellung

77. Mit Ausnahme des in Deutschland tätigen Abfüllers [D] gehören die [X]-Abfüller in der Schweiz und deren Nachbarländern nicht zum [X]-Konzern. Als Konzessionäre der [X] haben sie sich aber an verschiedene Vorgaben der [X] zu halten und profitieren gleichzeitig selbst von der grossen Bekanntheit vieler [X]-Marken. Nachfolgend wird erstens der Frage nachgegangen, ob die [X] und die [X]-Abfüllbetriebe zur Abklärung, ob eine marktbeherrschende Stellung der [X]-Marken in den entsprechenden CSD-Märkten vorliegt, wirtschaftlich als eine Einheit zu betrachten sind (vgl. Art. 4 Abs. 2 KG).

78. Zweitens wird dargelegt, welche Daten zur Abklärung der Marktanteile der [X]-Abfüller resp. der [X]-Marken bezüglich der CSD-Märkte (für die zwei Absatzkanäle Gastronomie und Heimkonsum) vorliegen und

⁵⁸ Existiert ein solches Pflichtpfand, muss zur Pfandeinlösung der Rücklauf der Leergebinde zurück ins Ursprungsland organisiert werden. Dies ist z.B. bei 33cl-Glasflaschen aus Deutschland der Fall, vgl. Rz 22 ff.

⁵⁹ Gemäss Art. 26 Abs. 4 der Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständerverordnung vom 23. November 2005 (LGv; SR 817.02) müssen verpackte Lebensmittel in der Regel in mindestens einer Amtssprache abgefasst sein.

⁶⁰ RPW 2005/1, 118 f. Rz 55 ff., *Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola Beverages AG*. Trotz nationaler Marktabgrenzung sah die WEKO für PepsiCo das Abfüllen von Getränken im Ausland als eine Alternative zur Abfüllung bei Feldschlösschen (vgl. gleicher Entscheid, 121 Rz 82).

⁶¹ RPW 2005/1, 118 Rz 61, *Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola Beverages AG* mit Verweis auf RPW 1997/3, 369 Rz 25 ff., *Migros/Globus*.

⁶² Vgl. COMP/M.7057 (2013), Rz 30, *SUNTORY/GLAXOSMITHKLINE (RIBENA & LUCOZADE SOFT DRINKS BUSINESS)* für den Angebotmarkt von Marken-CSD; COMP/A.39.116/B2 (2005), Rz 21–22, *Coca Cola*, hier wurden der Markt für den Vertrieb von CSD im Haushalts-Vertriebskanal und derjenige für den Vertrieb von CSD im Ausser-Haus-Vertriebskanal national abgegrenzt; COMP/M.2504 (2001), 4 Rz 15–16, *Cadbury Schweppes plc/Pernod Ricard S.A.*, hier wurden verschiedene Märkte zu alkoholfreien Getränken frankreichweit abgegrenzt; IV/M.794 (1997), Rz 107, *Coca-Cola/ Amalgamated Beverages GB*, hier wurde der Markt für Cola-Getränke resp. die Untermärkte hiervon als Grossbritannien umfassend abgegrenzt.

⁶³ COMP/A.39.116/B2 (2005), Rz 22, *Coca-Cola*. Als weitere Argumente für nationale Märkte nannte sie zudem unterschiedliche Verbraucherpräferenzen, Preisunterschiede und Unterschiede bei Verpackungs- und Recyclingsystemen.

⁶⁴ RPW 2012/3, 562 Fn 129, *BMW*.

⁶⁵ Insbesondere die Ausgestaltung von Werbekostenzuschüssen, die [...] nur an in [...] Land ansässigen Unternehmen ausbezahlt werden, scheint Parallelimporte zu erschweren und unattraktiver zu machen (zu Werbekostenbeiträgen, vgl. insbesondere Rz 113 ff.).

wie hoch darauf gestützt die Marktanteile in einem möglichen nationalen Markt als auch in einem Markt, welche die Schweiz plus deren Nachbarländer umfasst, sind.

B.3.1.2.1. Kollektive Einheit der [X] und ihrer Abfüller

79. Die in der Schweiz und ihren Nachbarländern tätigen Abfüller von [X]-Getränken gehören zu drei unterschiedlichen Unternehmensgruppen. Zu ein und demselben Konzern gehören, wie bereits in Rz 3 geschildert, der schweizerische Abfüller [CH], der österreichische Abfüller [A] und der italienische Abfüller [I], während, wie in Rz 5 bereits aufgezeigt, der deutsche Abfüller [D] eine Tochter der [X] ist und der französische Abfüller [F] eine Tochter des in Belgien ansässigen Unternehmens [B]. Als Konzessionäre der [X] sind die Abfüller jeweils für die Vermarktung der [X]-Marken in dem Land zuständig, in welchem sie ansässig sind.

80. Gemäss der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 22. Juni 2005 in Sachen [Marke] vertrat diese in ihrer vorläufigen Beurteilung die Auffassung, «dass [X] und seine Abfüllbetriebe in einer Reihe von Ländern und Vertriebskanälen kollektiv eine beherrschende Stellung im Sinne von Artikel 82 EGV und Artikel 54 EWRA auf dem KEG-Markt einnehmen.»⁶⁶ Wie sie in ihrer Entscheidung vom 22. Juni 2005 weiter ausführte, beruhte diese Einschätzung darauf, «dass [X] und seine Abfüllbetriebe aufgrund von wirtschaftlichen Verflechtungen, ihrer Entscheidungsfindung, dem von ihnen errichteten Kommunikationssystem und der Art und Weise, wie das [Marke]-System ([X] und seine Abfüllgesellschaften) auf dem Markt auftritt und wahrgenommen wird, auf den KEG-Märkten die Macht zu einem einheitlichen Vorgehen haben⁶⁷, und in wirtschaftlicher Hinsicht [...] gemeinsam als kollektive Einheit auftreten oder handeln⁶⁸.»⁶⁹

81. Die Lizenznehmer der [X] bekommen jeweils voneinander abgegrenzte Gebiete für die aktive Marktbearbeitung zugewiesen und verkaufen im Wesentlichen die gleichen Produkte, die sie aus Konzentraten herstellen, welche von der [X] stammen. Es ist anzunehmen, dass die von den [X]-Abfüllern vertriebenen [X]-Produkte von Konsumenten in der Regel als vom gleichen Konzern stammend wahrgenommen werden, unabhängig davon, von welchem Unternehmen sie abgefüllt werden. Auch die Werbung der [X] und ihrer Abfüllbetriebe trägt dazu bei, dass nicht primär die Abfüllbetriebe vom Konsumenten wahrgenommen werden, sondern die Produkte der [X], unabhängig davon, von welchem Abfüller sie stammen.

82. In Übereinstimmung mit der Entscheidung der Europäischen Kommission in Sachen [Marke] vom 22. Juni 2005 wird deshalb vorliegend davon ausgegangen, dass die [X] und ihre in Rz 79 genannten Abfüller in wirtschaftlicher Hinsicht eine Einheit bilden und so für die Beurteilung bezüglich den Markt für den Absatz von CSD in den Gastronomiekanal, den Markt für den Absatz von CSD plus Eistee in den Gastronomiekanal resp. den Markt für den Absatz von CSD mit Cola-Geschmack in den Gastronomiekanal nicht deren Marktstellung einzeln sondern als kollektive Einheit zu analysieren ist.

B.3.1.2.2. Beurteilung der Marktstellung

83. Wie vorgängig beschrieben (vgl. Rz 82), geht das Sekretariat davon aus, dass für die Beurteilung der Marktstellung in den CSD-Märkten die [X] und ihre Abfüller eine kollektive Einheit bilden. Nachfolgend wird zuerst die Marktstellung der [X] und ihrer Abfüller bezüglich die CSD-Märkte mit Absatz in den Gastronomiekanal (CSD, CSD inkl. Eistee resp. CSD mit Cola-Geschmack) bei national abgegrenzten Märkten analysiert (Rz 84 ff.), daran anschliessend die Marktstellung der [X] und ihrer Abfüller bei diesen sachlichen Märkten, wenn diese geographisch als die Schweiz und deren Nachbarländer umfassend abgegrenzt werden (Rz 94 ff.).

84. Als konzessionierte Abfüllerin der [X] in der Schweiz produziert und vertreibt die [CH], wie in Rz 4 bereits erwähnt, Getränke der [X], insbesondere CSD wie [Marke], [...] und [...], aber auch Sportgetränke der Marke [...], Energydrinks der Marke [...] und Apfelsaftschorle der Marke [...]. Des Weiteren betreibt die [CH] die [P],⁷⁰ die Mineralwasser als auch aromatisierte Mineralwässer ([...], [...], [...]) herstellt. Zudem stellt die [CH] Eistee ([...]) her.⁷¹ Über 90 % der von ihr vertriebenen Getränke produziert die [CH] in der Schweiz.⁷²

85. Von [X] konzessionierte Abfüller im Ausland dürfen (dagegen) den Schweizer Markt nicht aktiv bewerben (vgl. Rz 5). Parallelimporte von [Marke]-Getränken sind zwar möglich, wie der Import von 33cl-MW-Flaschen [Marke] des [G] aus Deutschland (vgl. Rz 2) und Parallelimporte von Denner (vgl. Fn 56) zeigen, das Ausmass dieser ist aber verglichen mit dem Gesamtkonsum an [Marke] in der Schweiz gering. So entspricht das vom [G] bei der [D] angefragte Volumen weniger als [0–10] % des CSD-Absatzes der [CH] in den Gastronomiekanal.⁷³ Ob man für die Schweiz nur den Marktanteil der [CH] oder denjenigen sämtlicher [X]-Abfüller anschaut, macht deshalb praktisch keinen Unterschied, da in diesem räumlichen Markt bezüglich [X]-Produkten praktisch ausschliesslich die [CH] tätig ist.

86. Nebst der [CH] produzieren eine grössere Anzahl weiterer Unternehmen CSD in der Schweiz resp. bieten CSD im Schweizer Markt an. So werden auf der Homepage des Verbandes Schweizerischer Mineralquellen und Soft-Drink-Produzenten (nachfolgend: SMS) 16 Mitglieder als Erfrischungsgetränkeabfüller aufgeführt, 11 davon sind gleichzeitig auch Mineralwasserabfüller.⁷⁴ Zu den wichtigsten Konkurrenten der [CH] im Bereich CSD in der Schweiz dürften im Gastronomie-

⁶⁶ [...].

⁶⁷ [...].

⁶⁸ [...].

⁶⁹ [...].

⁷⁰ <[www]> (28.10.2014).

⁷¹ Vgl. <[www]> (16.10.2014) sowie <[www]> unter Marken (16.10.2014).

⁷² Vgl. <[www]> (16.10.2014).

⁷³ Aus dem Schreiben des [G] vom 25. Oktober 2012 geht hervor, dass dieser am 25. September 2012 den [X]-Abfüller in [...] angefragt hatte, [...] [Marke] zu beziehen. Bei [...] à 24 33cl-MW-Glasflaschen pro Palette entspricht dies in etwa einem jährlichen Volumen [...] [Marke], also < [0–10] % des von der [CH] in den Gastronomiekanal abgesetzten Volumens im Jahr 2011 (vgl. Tabelle 6).

⁷⁴ [...] (28.10.2014).

sektor die [...] ⁷⁵ und im Lebensmittelhandel die zur [...] -Gruppe gehörende [...] (nachfolgend: [...]) gehören. Letztere füllt nebst Mineralwasser auch aromatisierte Mineralwässer, Erfrischungsgetränke (u.a. [...]) und Sirup ab. ⁷⁶ Verschiedene Mineralquellen dürften in ihrer Region eine deutlich stärkere Marktstellung haben als in anderen Regionen der Schweiz. Ein Teil dieser stellt auch Erfrischungsgetränke her, so z.B. die [...] und die Mineralquellen [...]. [Marke] dürfte in der Schweiz mit Abstand die höchsten Absätze im Bereich CSD mit Cola-Geschmack aufweisen. Wichtigstes Konkurrenzprodukt zu [Marke] in diesem Markt dürfte [...] sein, weitere in der Schweiz erhältliche Cola-Getränke sind z.B. [...], [...], [...] und Eigenmarken der Detailhändler wie [...]. ⁷⁷

87. Gemäss SMS wurden in der Schweiz 2013 616 Mio. Liter (2011: 642 Mio. Liter) Erfrischungsgetränke und Soft-Drinks konsumiert und 549 Mio. Liter (2011: 562 Mio. Liter) Erfrischungsgetränke und Soft-Drinks produziert. ⁷⁸ 2011 setzte die [CH] [...] Mio. Liter CSD ab, ⁷⁹ was in Relation zu den insgesamt 2011 in der Schweiz konsumierten Erfrischungsgetränken und Soft-Drinks

gemäss SMS und korrigiert um aromatisierte Mineralwässer einem Marktanteil in diesem Bereich von [...] % entspricht (vgl. Tabelle 6). ⁸⁰ Damit ist die [CH] die Nummer eins beim schweizweiten Absatz von CSD. Zudem verkaufte die [CH] [...] Mio. Liter Süssgetränke ohne Kohlensäure, davon [...] Mio. Liter Eistee. Geht man von einem schweizweiten Konsum von Eistee von rund 227 Mio. Liter aus, ⁸¹ so beträgt der Marktanteil der [CH] bei CSD plus Eistee in der Schweiz rund [...] % (vgl. Tabelle 6). ⁸² Von den [...] Mio. Liter CSD, welche die [CH] 2011 absetzte, waren mit [...] Mio. Liter rund [...] % [Marke]-Getränke. Der schweizweite Marktanteil der [CH] im Markt für CSD mit Cola-Geschmack dürfte deshalb deutlich über demjenigen für CSD als auch über demjenigen für CSD inkl. Eistee liegen, also deutlich über [...] %. Konkrete Angaben zum effektiven diesbezüglichen Marktanteil liegen dem Sekretariat aber nicht vor, da dem Sekretariat weder Daten zum gesamtschweizerischen Absatz an CSD mit Cola-Geschmack noch zum gesamtschweizerischen Absatz an CSD mit Cola-Geschmack in den Gastronomiekanal vorliegen.

Tabelle 6: CSD resp. CSD plus Eistee – Absatz und Marktanteile des [Marke]-Abfüllers [CH] in der Schweiz, 2011

Absatzkanäle	CSD			CSD plus Eistee		
	[CH] Absatz [Mio. Liter]	MA [%]	Ge- sam- markt [Mio. Liter]	Absatz [Mio. Liter]	MA [%]	Ge- sam- markt [Mio. Liter]
Absatz insgesamt	[...]	[...]	625	[...]	[...]	851
davon in		Hypothese			Hypothese	
- Gastronomiekanal	[...]-[...]	> [...]	k. A.	[...]-[...]	> [...]	k. A.
- Heimkonsumkanal	[...]-[...]	< [...]	k. A.	[...]-[...]	< [...]	k. A.

Bemerkung: MA steht für Marktanteil.

Datenquellen: [CH] (Schreiben vom 28.02.2013 und 16.01.2015), Bundesamt für Statistik BFS, SMS, Gesundheitsförderung Schweiz mit Verweis auf eine Medienmitteilung von Canadean (vgl. Fn 81) und eigene Berechnungen basierend auf diesen Daten und Schätzungen (vgl. Rz 87 ff.). Aufteilung [CH]-Volumen in Gastronomie- und Heimkonsumkanal: [...] ⁸³ [...] ⁸⁴ [...].

⁷⁵ [...] (20.11.2014).

⁷⁶ Vgl. [...] (11.06.14).

⁷⁷ Vgl. [...] (13.10.2015).

⁷⁸ Ohne Eistee, Fruchtsäfte, Nektare, Energydrinks und isotonische Getränke, aber inklusive aromatisierte Mineralwässer (siehe <www.erfrischungsgetranke.ch> unter Kennzahlen (21.10.2014)). Gemäss SMS sind Erfrischungsgetränke Getränke mit oder ohne Kohlensäure aus Trinkwasser oder natürlichem Mineralwasser und Fruchtsaft oder Aromen mit oder ohne Zugabe von Zuckerarten, Coffein oder Chinin (vgl. <www.erfrischungsgetraenke.ch> unter Erfrischungsgetränke> Inhaltsstoffe allgemein (21.10.2014)).

⁷⁹ Daten der [CH] gemäss ihren Antworten auf den Fragebogen des Sekretariats vom 6. Dezember 2012 (vgl. Rz 10 und 13). Das Sekretariat vermutet, dass die [CH], die sich auf den schweizerischen Markt fokussiert, Süssgetränke [...] in der Schweiz absetzt und damit ihr Gesamtumsatz an CSD in etwa ihrem gesamtschweizerischen Absatz an CSD entspricht. Vermutungsweise nicht in dem von der diesem Umsatz der [CH] für CSD ausgewiesenen Umsatz enthalten sind aromatisierte Mineralwässer.

⁸⁰ Für die Korrektur wurden Daten für das Jahr 2007 genommen, da dem Sekretariat diesbezüglich keine neueren Daten vorliegen. 2007 wurden in der Schweiz 16,9 Mio. Liter aromatisierte Mineralwässer produziert und konsumiert (vgl. siehe <www.erfrischungsgetranke.ch> unter Kennzahlen (21.10.2014)).

⁸¹ Gemäss einer Studie der Gesundheitsförderung Schweiz, die sich auf eine Medienmitteilung von Lipton bezieht, schätzte das britische Marktforschungsinstitut Canadean den Eistee-Verbrauch in der Schweiz 2010 auf 28,5 Liter (Süssgetränke und Körpergewicht bei Kindern und Jugendlichen, September 2013). Nimmt man diesen Pro-Kopf-Verbrauch auch für 2011 an und multipliziert ihn mit der ständigen Wohnbevölkerung der Schweiz per Ende 2011 gemäss dem Bundesamt für Statistik (nachfolgend: BFS) (7'954'662), so ergibt sich ein gesamtschweizerischer Verbrauch bei Eistee von rund 227 Mio. Litern.

⁸² Die [CH] konnte bei der Befragung durch das Sekretariat (vgl. Rz 10 und 13) [...]. ⁸³ Diese Schätzung des Sekretariats des Sekretariats stützt sich darauf, dass gemäss *Distribution von Feldschlösschen-Hürlimann Bieren* (RPW 1999/1, 58 Rz 2–3) Depositäre 60 % ihres Umsatzes in den Gastronomie-Kanal, ca. 20 % an den traditionellen Lebensmitteleinzelhandel und ca. 20 % ihres Umsatzes an Privathaushalte und andere kleinere Kanäle liefern. Von diesen anderen kleinen Kanälen hat das Sekretariat vorliegend für CSD und Eistee die Hälfte zum Gastronomie-Kanal gerechnet.

⁸⁴ Bezüglich Cash&Carry-Märkte sagte die WEKO in ihrem Entscheid Heineken/Eichhof (RPW 2008/3, 428 Rz 67), dass Abholmärkte und Gastronomiebelieferungsbetriebe 90 % des von ihnen erworbenen Biers an Horeka-Betriebe weiterverkaufen. Diesen Prozentsatz hat das Sekretariat vorliegend auch für CSD und Eistee angenommen.

88. Wie bereits ausgeführt (vgl. u.a. Rz 69), umfassen die sachlich relevanten Märkte bezüglich CSD, CSD plus Eistee und CSD mit Cola-Geschmack nur den Absatz in den Gastronomiekanal und nicht den Absatz in sämtliche Kanäle. Wie ebenfalls schon geschildert (vgl. Rz 64), geht das Sekretariat davon aus, dass der Anteil an Markengetränken an sämtlichen Getränken im Gastronomiekanal höher sein dürfte als der Anteil, den Markengetränke an sämtlichen Getränken im Detailhandelskanal erzielen, dies aufgrund des höheren Markenbewusstseins im Gastronomiekanal verglichen mit dem Heimkonsum. So erwerben die Kunden im Horeka-Kanal mit dem Kauf des Getränkes neben dem physischen Produkt zusätzliche Dienstleistungen, was dazu führt, dass der Kaufpreis des Produkts, dessen sich der Gastronom gegenüber sieht, verhältnismässig weniger gewichtet wird als der Preis des Produkts im Detailhandel.⁸⁵ Somit ist davon auszugehen, dass die [CH] als Anbieterin starker Marken, allen voran der Marke [Marke], im Horeka-Kanal bei den CSD resp. bei den CSD plus Eistee in der Schweiz einen Marktanteil erreichen dürfte, der über demjenigen liegt, welcher für den Absatz im schweizweiten Markt für CSD resp. für CSD plus Eistee gilt, somit also über [...] % resp. über [...] % liegt, während für den Heimkonsum genau Umgekehrtes gilt (vgl. Tabelle 6). Wie in Rz 87 erwähnt, geht das Sekretariat davon aus, dass der Marktanteil der [CH] im schweizweiten Markt für CSD mit Cola-Geschmack deutlich über [...] % liegen dürfte. In Berücksichtigung der Annahme, dass Marken-CSD-Getränke im Gastronomiekanal einen höheren Marktanteil haben als im Detailhandel, dürfte der effektive Marktanteil der [CH] beim Absatz von CSD mit Cola-Geschmack in den Gastronomiekanal nochmals höher sein.

89. Die in Tabelle 6 angegebenen Bandbreiten des [CH]-Absatzes von CSD resp. CSD plus Eistee in den Gastronomiekanal einerseits und den Heimkonsumkanal andererseits errechnete das Sekretariat basierend auf Daten der [CH] zur Höhe der volumenbasierten Umsätze mit verschiedenen Kundengruppen als auch basierend auf eigenen Annahmen darüber, zu welchem Anteil diese Kundengruppen jeweils an die Gastronomie liefern resp. der Gastronomie zuzurechnen sind (vgl. hierzu die Erläuterungen zu den Datenquellen unterhalb von Tabelle 6). So flossen nach diesen Berechnungen im Jahr 2011 [...]–[...] Mio. Liter CSD und [...]–[...] Mio. Liter Eistee der [CH], also insgesamt [...]–[...] Mio. Liter CSD plus Eistee, direkt oder indirekt in den schweizerischen Gastronomiekanal (vgl. Tabelle 6).⁸⁶

90. Während sich der gesamtschweizerische Konsum an CSD resp. CSD inkl. Eistee anhand von Daten der SMS sowie gestützt auf Daten von Canadean, wie vorhergehend aufgezeigt (vgl. Rz 87, Fn 81 und Tabelle 6), gemäss Ansicht des Sekretariats plausibel schätzen lässt, erwies sich die weitere Unterteilung dieses gesamtschweizerischen Konsums in einen Gastronomiekanal und einen solchen für den Heimkonsum für das Sekretariat als ungleich schwieriger. So nimmt die SMS selbst auf ihrer Homepage keine Unterteilung der von ihr publizierten Daten in verschiedene Absatzkanäle vor.⁸⁷ Weiter sah sich die [CH] gegenüber dem Sekretariat gemäss ihrer Antwort vom 28. Februar 2013 auf den Fragebogen des Sekretariats vom 6. Dezember 2012 [...].

91. Gemäss dem Geschäftsbericht 2013 der [CH]-Gruppe gehen nahezu 38 % aller alkoholfreien, trinkfertigen Getränke in der Schweiz in den Horeka-Kanal.⁸⁸ In diesem Markt dürften nebst CSD auch Eistee, Energydrinks, Sportlergetränke, aromatisierte Mineralwässer, Nektare, Fruchtsäfte und Mineralwasser enthalten sein, wobei Mineralwasser gefolgt von CSD volumenmässig am wichtigsten sein dürften. Unter der Annahme, dass 2011 im Bereich CSD resp. CSD plus Eistee ebenfalls rund 38 % aller Getränke in den Horeka-Kanal gingen, kommt man gestützt auf die in Tabelle 6 angegebenen Gesamtmarktdaten auf einen schweizweiten Horeka-Markt für CSD von 237 Mio. (= 0.38 * 625 Mio.) resp. einen Horeka-Markt für CSD plus Eistee von 324 Mio. (= 0.38 * 851 Mio.) und somit in Verbindung mit den Daten zum Volumen der [CH] (wiederum aus Tabelle 6) auf einen Marktanteil der [CH] im Horeka-Kanal von [...]–[...] % resp. [...]–[...] %. Diese Annahme dürfte insbesondere dann zu einem passablen Ergebnis führen, wenn der Anteil des Konsums im Horeka-Kanal verglichen mit dem Heimkonsum bei den beiden volumenmässig wichtigsten alkoholfreien, trinkfertigen Getränken – Mineralwasser und CSD – ähnlich ist.⁸⁹

92. Mit [...]–[...] % für CSD resp. [...]–[...] % für CSD plus Eistee (vgl. Rz 91) fällt die vom Sekretariat basierend auf den Geschäftsbericht 2013 gemachte Schätzung der schweizweiten Marktanteile der [CH] im Gastronomiebereich etwas tiefer aus als die Marktanteile gemäss der in Rz 88 gemachten Überlegungen, wonach über [...] % aller CSD im Gastronomiekanal in der Schweiz auf die [CH] entfallen und über [...] % aller CSD plus Eistee (vgl. Tabelle 7). Es ist aber zu berücksichtigen, dass die Schätzung auf gewissen Annahmen beruht, welche das Sekretariat empirisch nicht überprüfen konnte. Somit kann die Höhe des Marktanteils der [CH] in der Schweiz beim Absatz für CSD resp. CSD plus Eistee in den Gastronomiekanal, welcher für die Beurteilung, ob eine Marktbeherrschung der [X] und dessen Abfüllbetriebe (insbesondere der [CH]) in der Schweiz vorliegt, notwendig ist, in der vorliegenden Vorabklärung nicht abschliessend geklärt werden.

⁸⁵ Vgl. RPW 2008/3, 428 Rz 71, *Heineken/Eichhof*.

⁸⁶ Demnach setzte die [CH] im Jahr 2011 [...]–[...] % ihres gesamtschweizerischen Absatzes an CSD und [...]–[...] % ihres gesamtschweizerischen Absatzes an CSD plus Eistee im Gastronomiekanal ab.

⁸⁷ www.erfrischungsgetraenke.ch (12.08.2015).

⁸⁸ <[www]> (13.08.2015).

⁸⁹ Abweichungen hiervon könnte es geben, wenn z.B. im Restaurant eher Mineralwasser, zuhause dagegen Leitungswasser getrunken wird und so der Anteil des insgesamt konsumierten Mineralwassers, welches in den Horeka-Kanal geht, grösser ist als 38 %. Dies würde dazu führen, dass das Volumen an CSD, welches im Gastronomiekanal konsumiert wird, eher zu hoch geschätzt wäre und so wiederum der Marktanteil der [CH] in diesem Bereich zu tief geschätzt wäre. Abweichungen könnte es aber auch geben, wenn im Horeka-Kanal der Anteil an CSD verglichen mit Mineralwasser höher ist als im Heimkonsumkanal, dann würde das Volumen an CSD, welches im Gastronomiekanal konsumiert wird, eher unterschätzt.

Tabelle 7: Absatz der [CH] von CSD resp. CSD + Eistee in den Gastronomiekanal, 2011

Schätzung/Hypothese	CSD, Gastronomiekanal		CSD plus Eistee, Gastronomiekanal	
	Gesamt- markt [Mio. Liter]	Marktanteil [CH] [%]	Gesamt- markt [Mio. Liter]	Marktanteil [CH] [%]
Schätzung basierend auf Geschäftsbericht 2013 der [Y]	237	[...]-[...]	324	[...]-[...]
Hypothese zur starken Marke (vgl. Rz 88 und Tabelle 6)	k. A.	> [...]	k. A.	> [...]

Datenquellen: Vgl. Rz 87 und 91, Fn 78–82 und 88 sowie Tabelle 6.

93. Bei der Beurteilung, ob eine marktbeherrschende Stellung zweier Zusammenschlussparteien vorliegt, führte die WEKO aus, dass nicht nur die Höhe der Marktanteile der Zusammenschlussparteien entscheidend sind, sondern auch wie hoch diese im Verhältnis zu denjenigen der Konkurrenten sind.⁹⁰ Dem Sekretariat liegen keine konkreten Angaben zu den Marktanteilen der Konkurrenten der [CH] beim schweizerischen Absatz von CSD resp. CSD plus Eistee in den Gastronomiekanal vor. Zu den nach der [CH] nächstgrösseren Wettbewerbern in diesen Märkten dürften die [...] Gruppe mit [...] und die [...] gehören (vgl. Rz 86). Das Sekretariat vermutet, dass die grössten Wettbewerber der [CH] in diesen Märkten ein deutlich kleineres Volumen absetzen als die [CH]. Der Umstand, dass die [CH] im schweizerischen Gastronomiekanal in diesen Märkten vermutlich viel grösser ist als sein nächstgrösster Konkurrent, verstärkt das Argument, dass [X] eine marktbeherrschende Stellung beim Absatz von CSD resp. CSD inkl. Eistee in den Gastronomiekanal haben könnte. Auch zu den Marktanteilen und/oder Volumina der Konkurrenten beim Absatz von CSD mit Cola-Geschmack in den Gastronomiekanal liegen dem Sekretariat keine konkreten Angaben vor. Nach [Marke] dürfte [...] das zweitmeistverkaufte CSD mit Cola-Geschmack im schweizerischen Gastronomiekanal sein. Das Sekretariat vermutet, dass dabei der Marktanteil von [...] deutlich kleiner ist als derjenige von [Marke]. So ist [Marke] in vielen Restaurants das einzige CSD mit Cola-Geschmack, und das Sekretariat geht davon aus, dass nur eine Minderheit der Gastronomiebetriebe in der Schweiz kein [Marke] anbieten.

94. Geht man für diese sachlichen Märkte jeweils von einem räumlichen Markt aus, der die Schweiz und seine Nachbarländer umfasst, so sind für die Berechnung des Marktanteils von [X]-Getränken im Absatzkanal Gastronomie in diesem Gebiet die Volumina sämtlicher [X]-Abfüller in diesem Gebiet zu addieren (vgl. Rz 79 ff.) und in Relation zur Gesamtvolumina an CSD, CSD inkl. Eistee resp. CSD mit Cola-Geschmack, der in diesem Gebiet im Gastronomiekanal abgesetzt wird, zu setzen. Gemäss der Europäischen Kommission betragen die Marktanteile der [X]-Marken im Jahr 2003 in den CSD-Märkten u.a. in Deutschland, Frankreich, Italien und Österreich [...] % und waren zudem mehr als doppelt so

hoch wie die Marktanteile der nächstfolgenden Wettbewerber.⁹¹ Gestützt auf Angaben der [W] betrug der Marktanteil der [I] in Italien (sämtliche Absatzkanäle) für 2013 bei CSD inkl. Eistee [...] % und bei CSD [...] %.⁹² Zu Deutschland, Frankreich und Österreich liegen dem Sekretariat keine vergleichbaren Daten vor. Zu den Marktanteilen von [Marke] im Bereich CSD mit Cola-Geschmack liegen dem Sekretariat keine Angaben für die Nachbarländer der Schweiz vor.

95. Das Sekretariat vermutet zwar, dass die [X] und ihre Abfüller mit den [X]-Marken nach wie vor der stärkste Wettbewerber in den CSD-Märkten in Deutschland, Frankreich, Italien und Österreich sind. Allerdings kann das Sekretariat aufgrund fehlender Daten keine Schätzung zur Höhe des Marktanteils der [X] und ihrer Abfüllbetriebe (als kollektive Einheit) im CSD-Markt, im CSD plus Eistee-Markt resp. im Markt für CSD mit Cola-Geschmack im Allgemeinen und in den Absatzkanälen Gastronomie und Heimkonsum im Speziellen vornehmen.

96. Auch im Gebiet, welches die Schweiz und ihre Nachbarländer umfasst, dürften die [X]-Marken und ihre Abfüller wie in der Schweiz selbst gemäss Einschätzung des Sekretariats Marktführer im Bereich des Absatzes von CSD resp. CSD plus Eistee in den Gastronomiekanal sein. Das Sekretariat vermutet, dass die nächstgrössten Konkurrenten der [X]-Abfüller in diesem Gebiet beim Absatz von CSD resp. CSD plus Eistee in den Gastronomiekanal deutlich kleiner sind als die [X] und ihre Abfüller zusammen, hat hierzu aber keine konkreten Angaben. Ebenso dürfte [Marke] beim Absatz von CSD mit Cola-Geschmack in den Gastronomiekanal in vorgeanntem geographischen Gebiet Marktführer sein und

⁹⁰ RPW 2006/2, 254 Rz 57, *Swisscom Fixnet AG - Cybernet (Schweiz)* AG, mit Verweis auf Roger Zäch, *Schweizerisches Kartellrecht*, 2. Auflage, Bern 2005, 385.

⁹¹ [...]. Dabei wurden der Haushalts- und Ausser-Haus-Vertriebskanal bei CSD jeweils als eigenständige sachliche Märkte angenommen (Rz 21 desselben Entscheids).

⁹² Eigene Berechnungen basierend auf Daten, welche folgendem Dokument entnommen wurden: DIMITRIS LOIS, [[www](#)] (23.04.2015). Errechnet wurden die Marktanteile anhand von Volumendaten (unit cases). Eine Differenzierung nach Heim- und Ausser-Haus-Konsum erlauben die Daten dieses Dokuments leider nicht.

deren Konkurrenten deutlich kleiner. Wiederum liegen dem Sekretariat hierzu aber keine konkreten Angaben vor. Sollte die in dieser Rz gemachte Einschätzung des Sekretariats aber zutreffen, so verstärkt dies das Argument einer möglichen Marktbeherrschung seitens der [X]-Abfüller resp. der [X]-Abfüller in diesen Bereichen und besagtem Gebiet (vgl. Rz 93).

97. Wie bereits in Rz 82 erwähnt, geht das Sekretariat davon aus, dass die [X] und ihre Abfüllbetriebe eine wirtschaftliche Einheit bilden und so deren Marktstellung zusammen als kollektive Einheit zu betrachten ist. Die Frage, ob sie als kollektive Einheit in der Schweiz resp. in einem Gebiet, welches grösser ist als die Schweiz und z.B. auch ihre Nachbarländer umfasst, beim Absatz von CSD, CSD plus Eistee und/oder CSD mit Cola-Geschmack in den Gastronomiekanal im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG marktbeherrschend sind, kann, wie vorgehend ausgeführt, aufgrund der ungenügenden Datenlage vorliegend nicht abschliessend beantwortet werden, auch wenn die Indizien eher für eine marktbeherrschende Stellung sprechen. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die [X] und ihre Abfüllbetriebe als kollektive Einheit in der Schweiz resp. in einem Gebiet, welches die Schweiz und ihre Nachbarländer umfasst, eine Marktmacht im Sinne von Art. 2 des Preisüberwachungsgesetzes⁹³ innehaben. Die Frage nach der Marktbeherrschung kann vorliegend offen gelassen werden, weil, wie in nachfolgendem Abschnitt B.3.2 aufgezeigt wird, keine ausreichenden Hinweise auf einen Missbrauch einer möglichen marktbeherrschenden Stellung seitens der [X] und ihrer Abfüllbetriebe im Markt für den Absatz von CSD resp. CSD plus Eistee in den Gastronomiekanal in der Schweiz resp. im Gebiet der Schweiz und ihrer Nachbarländer vorliegt. Aus gleichem Grund kann die Frage der Marktbeherrschung auch bezüglich des Marktes für den Absatz von CSD mit Cola-Geschmack in den Gastronomiekanal für diese Gebiete offen bleiben.

B.3.2 Unzulässige Verhaltensweisen

98. Gemäss der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Es kann zwischen einem sog. Behinderungsmissbrauch und einem sog. Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch unterschieden werden.⁹⁴

99. Ein *Behinderungsmissbrauch* liegt vor, wenn andere Unternehmen (i.d.R. aktuelle oder potenzielle Konkurrenten; in einem ersten Schritt aber auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden.⁹⁵ Demgegenüber wird bei einem *Benachteiligungs-* bzw. *Ausbeutungsmissbrauch* die Marktgegenseite (d.h. Lieferanten oder Abnehmer des marktbeherrschenden Unternehmens) benachteiligt, indem dieser ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden. Einen typischen Ausbeutungsmissbrauch stellt deshalb die Erzwingung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG dar.⁹⁶ Während Behinderungsmissverhalte ihrem Wesen nach wettbewerbs-

bezogen sind, spielen sich Ausbeutungssachverhalte im wettbewerbsfreien Raum ab, und zwar gegenüber der anbietenden oder nachfragenden Marktgegenseite.⁹⁷ Anzumerken ist, dass gewisse Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen zugleich behindernd und benachteiligend (ausbeutend) sein können.⁹⁸

100. In Art. 7 Abs. 2 KG hat der Gesetzgeber eine nicht abschliessende Liste von Verhaltensweisen aufgestellt, die das Verbot von Art. 7 Abs. 1 KG veranschaulichen bzw. konkretisieren soll. Die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG indizieren jedoch nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise; es müssen vielmehr immer die Kriterien der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt sein, damit ein Missbrauch vorliegt. Wie das Bundesgericht im Fall «Publigroupe» festgehalten hat, ist im Einzelfall anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt.⁹⁹ In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG darstellt. In einem zweiten Schritt sind mögliche Rechtfertigungsgründe (sog. *legitimate business reasons*) zu prüfen.

101. Vorliegend kommt ein *Benachteiligungs-* bzw. *Ausbeutungsmissbrauch* seitens der [X] und ihrer Abfüllgesellschaften (als kollektive Einheit) im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG, also aufgrund der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, und/oder von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG, d.h. aufgrund der Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen, in Frage. Nachfolgend wird geprüft, ob Anhaltspunkte für diesbezügliche missbräuchliche Verhaltensweisen vorliegen, wobei zuerst auf Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG und danach auf Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG eingegangen wird.

B.3.2.1 Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG

102. Nach Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG fällt die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z.B. die Liefer- oder Bezugssperre) als unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens in Betracht.¹⁰⁰ Die Liefersperre setzt neben der beherrschenden Stellung des Anbieters auf dem relevanten Markt voraus, dass

⁹³ Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (PüG; SR 942.20).

⁹⁴ RPW 2010/1, 166 Rz 322, *Preispolitik Swisscom ADSL*; vgl. auch BGE 139 I 72, E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁹⁵ BGE 139 I 72, E. 10.1.1. (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.; vgl. auch Botschaft KG 1995, BBl 1995 468, 569.

⁹⁶ BGE 139 I 72, E. 10.1.1. (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.

⁹⁷ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 313 f. E. 11.1.1 und E. 11.1.2, *Swisscom (Schweiz) AG/WEKO*.

⁹⁸ Vgl. BGE 139 I 72, E. 10.1.1. (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H. Zu verschiedenen Typen des Missbrauchs gemäss Art. 7 KG, vgl. auch MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 7 KG N 41 ff.

⁹⁹ BGE 139 I 72, E. 10.1.2. (= RPW 2013/1, 131 E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H.

¹⁰⁰ Vgl. RPW 2011/1, 144 Rz 307, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)* mit Verweis auf BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 98), Art. 7 KG N 97.

1) dieser sich weigert, Geschäftsbeziehungen zu unterhalten, 2) der verweigerte Input für die Geschäftstätigkeit des nachfragenden Unternehmens objektiv notwendig ist, um auf einem nachgelagerten Markt wirksam konkurrieren zu können, 3) die Verweigerung wettbewerbsbehindernde Effekte zeitigt, und 4) die Verweigerung nicht durch Legitimate Business Reasons (Effizienzgründe) gerechtfertigt werden kann.¹⁰¹ Nachfolgend wird geprüft, ob diese vier Tatbestandsmerkmale in casu vorliegen.

B.3.2.1.1. Geschäftsverweigerung

103. Erforderlich ist zunächst, dass das marktbeherrschende Unternehmen ein Geschäft verweigert und dies dem nachfragenden Unternehmen direkt oder indirekt kommuniziert. Eine direkte Geschäftsverweigerung liegt vor, wenn die Anfrage explizit abgelehnt bzw. mit der Ablehnung derselben gedroht wird.¹⁰² Eine indirekte Geschäftsverweigerung kann vorliegen bei Ausweichmanövern, Verzögerungsstrategien oder der Auferlegung unangemessener Geschäftsbedingungen (wie z.B. bei exzessiv hohen Preisen), welche auf eine Geschäftsverweigerung hinauslaufen («Constructive Refusal to Deal»)¹⁰³.

104. Gestützt auf Aussagen von [X]-Abfüllern gegenüber dem Sekretariat [...] grundsätzlich bereit, Abnehmer in der Schweiz zu beliefern (vgl. Rz 140),¹⁰⁴ [...] die [I] mit Schreiben vom 18. November 2013 die Frage des Sekretariats [...], ob sie bereit sei, [den Getränkehändler 1] zu beliefern. Auch der [X]-Abfüller in Deutschland, die [D], zeigte mit seinem Lieferangebot an den [G] seine Bereitschaft, Kunden in der Schweiz zu beliefern (vgl. Rz 140). Zudem machte auch die [F] ein Lieferangebot an den [G] (vgl. Rz 35). Folglich scheidet eine direkte Geschäftsverweigerung aus und es fragt sich, ob eine indirekte Geschäftsverweigerung vorliegt.

105. Die Frage, ob das Verhalten von [einem oder mehreren X]-Abfüllern im benachbarten Ausland], [welcher/welche] Werbekostenzuschüsse zwar ihren Kunden im eigenen Land [gewährt/gewähren], nicht aber Kunden in der Schweiz, als (indirekte) Geschäftsverweigerung zu qualifizieren ist, kann vorliegend offen gelassen werden, da das Kriterium der objektiven Notwendigkeit des Inputs, wie nachfolgend aufgezeigt wird (Rz 106 ff.), nicht erfüllt ist.

B.3.2.1.2. Objektive Notwendigkeit des Inputs

106. Die Verweigerung eines Inputs ist insbesondere dann problematisch, wenn er für ein Unternehmen objektiv notwendig ist, um auf einem Markt wirksam konkurrieren zu können. Dies bedeutet nicht, dass ohne den verweigerten Input kein Wettbewerber in der Lage wäre, auf dem nachgelagerten Markt zu überleben oder in diesen einzutreten. Ein Input ist vielmehr dann als notwendig anzusehen, wenn es für Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt kein Substitut gibt, das diese verwenden könnten, um die negativen Folgen der Verweigerung wenigstens langfristig aufzufangen (z.B. durch Duplizierung des Inputs).¹⁰⁵

107. Wie bereits geschildert, kann der [G] (via [den Getränkehändler 2]) [Marke]-Produkte bei einem deutschen Händler beziehen und dies im Jahr 2013 zu einem Preis, welcher sowohl unter demjenigen bei einem Direktbezug

beim Abfüller in der Schweiz als auch unter demjenigen bei einem Direktbezug beim [X]-Abfüller Deutschland (ohne Werbekostenzuschüsse) lag, wobei der Preis, zu dem der [G] beim deutschen Händler bezog, dadurch beeinflusst wurde, dass dieser Händler einen Teil seiner Werbekostenzuschüsse an den [G] weitergab (vgl. Rz 26 f. sowie Tabelle 2). Ginge man also davon aus, dass eine indirekte Geschäftsverweigerung vorliegt, weil [einer oder mehrere ausländischen Abfüller] dem [G] nicht die gleichen Konditionen (keine Werbekostenbeiträge) [anbietet/ anbieten] wie [seinen/ihren] Abnehmern im eigenen Land, so besteht doch immerhin eine Alternativquelle, bei dem ein Bezug möglich ist, welcher preislich 2013 [...] Cent pro 33cl-MW-Glasflasche [Marke] höher war als bei einem Direktbezug bei der [D] inkl. Werbekostenzuschüsse, und welcher es dem [G] erlaubt, indirekt einen Teil der Werbekostenzuschüsse seitens der [D] zu erhalten (vgl. oben, Rz 25–27). Es ist zudem denkbar, dass der [G] bei der Nichtgewährung von Werbekostenzuschüssen bei einem Direktbezug bei [...] wiederum via einen Händler im gleichen Land beziehen kann und so wiederum einen gewissen Preisvorteil gegenüber einem Direktbezug ohne Werbekostenzuschüsse erlangt.¹⁰⁶

¹⁰¹ Vgl. RPW 2014/1, 257 Rz 313, *Swatch Group Lieferstopp*; RPW 2011/1, 144–145 Rz 308, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 98), Art. 7 KG N 122 m.V.a. BGE 129 II 497 E.6.5.2 und E.6.5.3 (= RPW 2003/4, 925 ff. E. 6.5.2 f.), *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros, Commission de la concurrence, Commission de recours pour les questions de concurrence*.

¹⁰² BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 98), Art. 7 KG N 124.

¹⁰³ Vgl. RPW 2014/1, 124 Rz 105, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*, RPW 2011/1, 92 Rz 39, *Switch/Switchplus*; RPW 2011/1, 145 Rz 309, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RPW 2000/4, 566 f. Rz 36 ff., *Watt/Migros - EBL*; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 98), Art. 7 KG N 124.

¹⁰⁴ Der Antwort der [I] vom 18. November 2013 ist zu entnehmen, dass diese sämtliche Kundengruppen beliefert. Auch die [F] beliefert gemäss Auskunft der [B] vom 3. Oktober 2013 sämtliche Kundengruppen in der Schweiz.

¹⁰⁵ Vgl. RPW 2014/1, 257 Rz 319, *Swatch Group Lieferstopp*; RPW 2011/1, 149 Rz 332 und Fn 316, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, m. Hinw. auf die Mitteilung der Kommission — Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 vom 24.2.2009 (nachfolgend: Mitteilung zu Art. 82 EGV), Rz 83 [sic! Rz 82], sowie auf BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 125. Zu letzteren Autoren bemerkt die WEKO in *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, dass diese zu streng sind und sie verlangen, dass die wirtschaftliche Tätigkeit des Wettbewerbers ohne den Input unzumutbar oder unmöglich sein muss und dass dies in dem Sinne verstanden werden könnte, dass alle Wettbewerber vom nachgelagerten Markt ausgeschlossen werden müssen. Weiter wird ausgeführt, dass ein solches Erfordernis dazu führen würde, dass nur noch die Wettbewerbsbeseitigung, nicht aber die Wettbewerbsbehinderung erfasst würde, was dem Wortlaut von Art. 7 KG widerspricht.

¹⁰⁶ Eine solche (teilweise) Weitergabe an Werbekostenzuschüssen ist allerdings nur dann allenfalls zu erwarten, wenn die Werbekostenzuschüsse zumindest teilweise nicht für effektive Aufwendungen seitens des Händlers gezahlt werden. Konkrete Zahlen zur Höhe von Werbekostenzuschüssen von [mehreren X]-Abfüllern im zur Schweiz benachbarten Ausland] liegen dem Sekretariat nur von der [D] vor. Zwar wurden auch die [X]-Abfüller in Frankreich, Italien und Österreich und der Schweiz zur Höhe der Werbekostenbeiträge vom Sekretariat befragt, [...] (vgl. Rz 32, 37, 40, 43).

108. Selbst wenn eine indirekte Geschäftsverweigerung [einer oder mehrerer [X]-Abfüller in den zur Schweiz benachbarten Ländern] gegenüber dem [G] vorliegen sollte, so hat letzterer mit dem indirekten Bezug über einen in Deutschland ansässigen Getränkehändler eine Alternativquelle, bei welcher er [X]-Produkte beziehen kann, und dies zu einem Preis, welcher ihm indirekt den Erhalt eines Teils der Werbekostenzuschüsse ermöglicht, die die [D] eigentlich nur für im eigenen Land ansässige Abnehmer vorgesehen hat. Der [G] verfügt somit über ein Substitut für [Marke] in 33cl-MW-Glasflaschen, die direkt vom [X]-Abfüller (inkl. Werbekostenzuschüsse) bezogen werden. Dieses Substitut erlaubt es dem [G], die allfälligen negativen Folgen der Verweigerung von Werbekostenzuschüssen bei Direktbelieferung seitens [einer oder mehrerer [X]-Abfüller im benachbarten Ausland] zu verringern. Somit ist das Kriterium der objektiven Notwendigkeit des Inputs nicht gegeben, was wiederum bedeutet, dass eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG nicht gegeben ist.

B.3.2.1.3. Wettbewerbsbehinderung und legitime business reasons

109. In Bezug auf allfällige legitime business reasons sei lediglich vermerkt, dass [...] angegeben hatte, Lieferengpässe gehabt zu haben ([...]). Mangelnde Lieferkapazitäten können eine Lieferverweigerung rechtfertigen.¹⁰⁷ Dies gilt aber nicht in jedem Fall. So wurden beim Entscheid Gaba und Gebro die vorgebrachten Kapazitätsengpässe, die kurzfristiger Natur waren, nicht als Rechtfertigungsgrund angesehen.¹⁰⁸ Vorliegend kann die Frage, ob die von [...] angegebenen Lieferengpässe [...] rechtfertigten, offen gelassen werden, da die objektive Notwendigkeit des Inputs nicht gegeben ist (vgl. Rz 106–107). Aus gleichem Grunde kann auch die Prüfung des Tatbestandsmerkmals Wettbewerbsbehinderung unterbleiben.

B.3.2.1.4. Fazit zu Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG

110. Da das Kriterium der objektiven Notwendigkeit des Inputs nicht gegeben ist (vgl. Rz 108), bestehen keine Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Geschäftsverweigerung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG seitens der [X] und der [X]-Abfüller.

B.3.2.2 Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG

111. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG besagt, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen unzulässig verhält, wenn es Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen diskriminiert. Gemäss dieser Bestimmung sind marktbeherrschende Unternehmen an das Gleichbehandlungsgebot gebunden. Der Tatbestand setzt kumulativ folgende Merkmale voraus: 1) eine Ungleichbehandlung (Diskriminierung), 2) die Betroffenheit von Handelspartnern, 3) die Ungleichbehandlung muss gemäss Art. 7 Abs. 1 KG andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern (Behinderungstatbestand) oder die Marktgegenseite benachteiligen (Ausbeutungstatbestand), und 4) die Abwesenheit von *legitimate business reasons*.¹⁰⁹ Nachfolgend wird analysiert, ob der Umstand, dass [einer oder mehrere [X]-Abfüller im zur Schweiz benachbarten Ausland] Unternehmen in der Schweiz im Gegensatz zu

Unternehmen im eigenen Land keine Werbekostenzuschüsse [gewährt/gewähren], als Diskriminierung und somit Missbrauch einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG zu werten ist.

B.3.2.2.1. Diskriminierung

112. Die Diskriminierung kann sich aus den Vertragsbedingungen oder aus dem Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens ergeben.¹¹⁰ Eine Diskriminierung kann bei der Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte, aber auch bei der Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte gegeben sein. Wendet das marktbeherrschende Unternehmen auf gleichartige Sachverhalte ein unterschiedliches Verhalten oder unterschiedliche Vertragsbedingungen an, so handelt es sich um eine direkte Diskriminierung. Wendet es hingegen auf unterschiedliche Sachverhalte eine gleichartige Verhaltensweise oder gleichartige Vertragsbedingungen an, so spricht man von indirekter Diskriminierung.¹¹¹ Ein mögliches Diskriminierungsmittel kann z.B. darin bestehen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen das Kriterium der Herkunft benutzt, um zu versuchen, seine Position durch die Ausnutzung lokaler oder regionaler Faktoren zu stärken.¹¹² Dies geschieht vor dem Hintergrund, dass die Kunden eines bestimmten geografischen Raumes aus historischen, kulturellen oder wettbewerblichen Gründen bereit sein können, mehr zu bezahlen als solche eines anderen Gebiets.¹¹³ Eine der häufigsten Formen der Diskriminierung ist diejenige, welche auf den Preis oder dessen Bestandteile ausgerichtet ist.¹¹⁴ Sie kann sich aber auch auf andere Geschäftsbedingungen beziehen, z.B. auf mehr oder weniger umfassende verkaufsfördernde Unterstützung oder die Verpflichtung einen Zwischenhändler beizuziehen.¹¹⁵ Um zu entscheiden, ob

¹⁰⁷ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 132 m.V.a. BGE 129 II 497 (= RPW 2003/4, 925 ff.), *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)/Watt Suisse AG et al.*

¹⁰⁸ Dies wurde auch vom Bundesverwaltungsgericht bestätigt. Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 798 E. 13.6.3, *Gaba International AG/WEKO*.

¹⁰⁹ Vgl. RPW 2012/3, 467 Rz 73, *Erdgas Zentralschweiz AG* m.V.a. RPW 2011/1, 178 Rz 484 f., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RWP 2008/4, 590 Rz 224, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*; vgl. auch BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 198 ff.

¹¹⁰ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 205.

¹¹¹ Vgl. RPW 2012/3, 467 Rz 72, *Erdgas Zentralschweiz AG*; RPW 2011/1, 178 Rz 486 f., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)* m.V.a. RWP 2008/4, 590 Rz 224, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern* u.w.Hinw.; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 205 f. und 211.

¹¹² BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 212 m.V.a. Urteil des EuGH vom 14.2.1978, C-27/76, Slg. 1978 207 ff. Rz 208 ff., *United Brands/Kommission*.

¹¹³ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 212.

¹¹⁴ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 213.

¹¹⁵ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 214 m.V.a. RPW 1999/1, 57 ff. Rz 27 f. *Distribution von Feldschlösschen-Hürlimann Bieren*. Bei seiner Vorabklärung Distribution von Feldschlösschen-Hürlimann Bieren hielt das Sekretariat fest, dass das Verhalten der Feldschlösschen-Hürlimann-Holding (FHH), welche einem Grossdepositor den Direktbezug der Biere ab Brauerei verweigerte, obschon er die Kriterien für einen Direktbezug erfüllte und ihn stattdessen an seine direkten Konkurrenten verwies, als Diskriminierung eines Handelspartners im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG angesehen wurde (RPW 1999/1, 62 Rz 27).

ungleiche Geschäftsbedingungen vorliegen, ist zu untersuchen, ob die Geschäftsbedingungen für das marktbeherrschende Unternehmen unterschiedliche Einkünfte generieren.¹¹⁶

113. [...] Dem Sekretariat liegen keine konkreten Informationen dazu vor, ob die [X]-Abfüller in Frankreich und Italien dem [G] resp. [dem Getränkehändler 1] Werbekostenzuschüsse zahlen würden, da diese entsprechenden Fragen des Sekretariats nicht beantwortet haben (vgl. Rz 37 und 40). [...] Zur konkreten Höhe der Werbekos-

tenzuschüsse liegen dem Sekretariat von [...] nur Daten der [D], d.h. des Abfüllers in Deutschland, vor (vgl. Rz 27 und 108).¹¹⁷ In nachfolgender Tabelle 8 wird aufgezeigt, wie hoch die Ersparnis des [G] bei einem Bezug von [Marke] in 33cl-MW-Glasflaschen beim Getränkehändler in Deutschland als auch bei einem hypothetischen Direktbezug bei der [D] mit Werbekostenzuschüssen für 2013 in etwa war und wie hoch diese Ersparnis verglichen mit einem Bezug beim Abfüller in der Schweiz ausfiel.

Tabelle 8: Ersparnis pro 33cl-MW-Glasflasche [Marke] bei Bezug in Deutschland, 2013

Lieferant	Ersparnis verglichen mit Bezug beim Abfüller in der Schweiz	
	absolut [Rappen]	prozentual [%]
a) Bezug beim Getränkehändler in Deutschland	[...]-[...]	[...]-[...]
b) Hypothetischer Bezug beim Abfüller in Deutschland bei Gewährung von Werbekostenzuschüssen	[...]-[...]	[...]-[...]
c) = a) – b)	[...]	[...]-[...]

Bemerkungen: Berechnungen basierend auf den in Tabelle 2 und 3 gemachten Angaben. Sämtliche Preise ohne MwSt.

114. Durch den Bezug beim Getränkehändler in Deutschland konnte der [G] 2013 pro 33-cl-MW-Glasflasche [Marke] verglichen mit einem Bezug beim Abfüller in der Schweiz geschätzte [...]–[...] Rappen¹¹⁸ und somit [...]–[...] % sparen.¹¹⁹ Dabei konnte der [G] davon profitieren, dass der Getränkehändler ihm einen Teil der Werbekostenzuschüsse, welche er von der [D] erhalten hatte, weitergab. Denn während der [G] bei einem Direktbezug bei der [D] keinerlei Werbekostenzuschüsse bekommt, erhalten Händler in Deutschland diese auch dann, wenn sie die Ware später an einen ausländischen Abnehmer weiterverkaufen, und es steht den Händlern in Deutschland frei, ausländische Abnehmer an den Werbekostenzuschüssen teilhaben zu lassen. Diese Werbekostenzuschüsse betragen im Februar 2013 [...] Cent pro 33cl-MW-Glasflasche [Marke]. Hätte der [G] diese zu jenem Zeitpunkt ebenfalls bekommen, hätte er verglichen mit einem Bezug beim Abfüller in der Schweiz schätzungsweise [...]–[...] Rappen und somit [...]–[...] % sparen können. Verglichen mit dem indirekten Bezug via den Getränkehändler in Deutschland hätte der [G] also zusätzliche [...] Rappen sparen können, was rund [...]–[...] % des Preises des Abfüllers in der Schweiz für Getränkehändler entspricht.

115. Es ist davon auszugehen, dass [...]. So schreibt die [D], dass Werbekostenzuschüsse an Getränkegrosshändler in Deutschland gewährt werden (vgl. Rz 27). [...] beim französischen und italienischen Abfüller geht das Sekretariat davon aus, dass diese zwar Werbekostenzuschüsse an einheimische Abnehmer, nicht aber an schweizerische Abnehmer gewähren (vgl. Rz 113). So gibt es vermutlich eine je nach geographische Lage des Abnehmers klar unterschiedliche Vorgehens-

weise [...] bezüglich die Gewährung von Werbekostenzuschüssen. Geht man davon aus, dass es sich beim Bezug von schweizerischen Abnehmern einerseits und Abnehmern, die aus dem gleichen Land stammen wie der [X]-Abfüller andererseits, um gleichartige Lagen handelt, die Werbewirkung (für welche der Abfüller Werbekostenzuschüsse bezahlt) bei beiden Typen von Abnehmern für den Abfüller also gleichwertig ist, liegt somit eine direkte Diskriminierung vor.¹²⁰ Geht man aber davon aus, dass es sich bei einem Bezug durch einen Abnehmer in der Schweiz und einem solchen aus dem gleichen Land wie der [X]-Abfüller aufgrund der unterschiedlichen Wirkung der Werbemassnahmen um unterschiedliche Lagen handelt, läge keine (indirekte) Diskriminierung vor, da unterschiedliche Geschäftsbedingungen auf nicht gleichartige Situationen angewendet werden.¹²¹

¹¹⁶ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 209.

¹¹⁷ Sie befragte aber auch die [X]-Abfüller der anderen Nachbarländer der Schweiz hierzu (vgl. Rz 31, 37 und 40).

¹¹⁸ Der Euro-Preis beim Händler in Deutschland wurde mit dem durchschnittlichen Euro-CHF-Kurs für das Jahr 2013 umgerechnet, während die Preise der [CH] sich auf das Jahr 2012 beziehen (da dem Sekretariat keine solchen für 2013 vorliegen).

¹¹⁹ Dies unter der Annahme, dass die Bezugspreise bei der [CH] für Getränkehändler Anfang 2013 gleich blieben wie für das Jahr 2012. Vgl. Tabelle 3.

¹²⁰ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 206.

¹²¹ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 211.

116. Um beantworten zu können, welche Situation vorliegt und ob es eine Diskriminierung geben könnte, wäre eine Bewertung darüber notwendig, ob und wenn ja inwieweit die Werbekostenzuschüsse tatsächlich den geleisteten Werbemassnahmen resp. dem Nutzen aus den geleisteten Werbemassnahmen entsprechen. Dabei müsste diese Bewertung sowohl für Abnehmer, die aus dem gleichen Land wie der Abfüller sind, als auch für Abnehmer ausserhalb dieses Landes vorgenommen werden. Gemäss Auskunft der [D] vom 21. Februar 2013 (vgl. Rz 13) [...]. Als Indiz dafür, dass die Werbekostenbeiträge der [D] höher ausfallen als die für den Grosshändler entstehenden Werbekosten, ist der Umstand zu werten, dass der Grosshändler in Deutschland, bei welchem der [G] resp. dessen Importeur [Marke]-Produkte bezieht, einen Teil der von ihm erhaltenen Werbebeiträge an den [G] wie an andere Abnehmer auch weitergibt (vgl. Rz 26 und 107).

117. In der Literatur lassen sich Hinweise finden, dass dem Lebensmitteldetailhandel gewährte Werbekostenzuschüsse oftmals nicht den geleisteten Werbeaufwendungen entsprechen. So beschreibt die finnische Wettbewerbsbehörde FCA, dass viele Hersteller beobachten, dass dem Handel Werbekostenzuschüsse bezahlt werden müssen, selbst wenn sie nicht davon ausgehen, dass dies dem Marketing ihres Unternehmens und ihrer Produkte zu Gute kommt.¹²² Eine Studie der österreichischen Wettbewerbsbehörde zum Lebensmitteldetailhandel zeigt auf, dass die Ergebnisse der Befragungen von Lieferanten durch die Wettbewerbsbehörde ergaben, dass nur wenige Lieferanten angeben konnten, für welche konkreten Werbemassnahmen die Leistung eines Werbekostenzuschusses erfolgte.¹²³

118. Wie bereits weiter vorne geschildert, liegen dem Sekretariat [...] zur Wirkung von Werbekostenzuschüssen, also dazu, ob und wenn ja inwieweit die Werbekostenzuschüsse für [Marke] in 33cl-MW-Glasflaschen tatsächlich den geleisteten Werbemassnahmen resp. dem Nutzen aus diesen geleisteten Werbemassnahmen entsprechen, von keinem [...] konkrete Daten vor, und nur vom Abfüller in Deutschland hat das Sekretariat Kenntnis zur Höhe der für dieses Produkt gewährten Werbekostenzuschüsse (vgl. Rz 27 und 113). Es liegen demnach keine ausreichenden Informationen zur Beantwortung der Frage vor, ob das Merkmal der Diskriminierung, welcher für das Vorliegen eines Tatbestands gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG erfüllt sein muss, vorliegt, weshalb diese Frage vorliegend offen gelassen werden muss.

B.3.2.2.2. Betroffenheit von Handelspartnern

119. Weiter muss sich die Diskriminierung gegen Handelspartner richten, die im Verhältnis zum Marktbeherrscher auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe tätig sind.¹²⁴ Bei den Handelspartnern muss es sich nicht um formelle Vertragspartner handeln, sondern es reicht, dass über einen Leistungsaustausch verhandelt wird.¹²⁵ Vorliegend handelt es sich beim [G] resp. [dem Getränkehändler 2] und [einem oder mehreren ausländischen [X]-Abfüllern] nicht um formelle Vertragspartner, allerdings haben sich letztere bereit erklärt, den [G] unter bestimmten Bedingungen zu beliefern, womit das Tatbe-

standsmerkmal der Betroffenheit von Handelspartnern erfüllt sein dürfte.

B.3.2.2.3. Wettbewerbsbehinderung und -benachteiligung

120. Auch bei vorliegendem Tatbestandsmerkmal der Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Ungleichbehandlung von Handelspartnern eine Behinderung bzw. Benachteiligung im Sinne des Art. 7 Abs. 1 KG darstellt.¹²⁶ Das Verhalten [einer oder mehrerer [X]-Abfüller im zur Schweiz benachbarten Ausland], [welcher/welche] Getränkegrosshändlern in der Schweiz im Gegensatz zu Getränkegrosshändlern im eigenen Land keine Werbekostenzuschüsse [gewährt/gewähren], könnte insbesondere bezwecken, den Parallelimport zu behindern, so dass Getränkegrosshändler in der Schweiz [X]-Produkte v.a. beim Abfüller in der Schweiz beziehen, und dies zu höheren Preisen, als es bei Erhalt von Werbekostenzuschüssen im benachbarten Ausland möglich wäre. Mit einem solchen Verhalten können die [X] und [einer oder mehrere ihrer Abfüller] allenfalls die Marktgegenseite benachteiligen. Deshalb geht das Sekretariat davon aus, dass, wie bereits in Rz 101 bemerkt, vorliegend ein Ausbeutungsmissbrauch gemäss Art.7 Abs. 1 Bst. a KG in Frage kommt. Anzumerken ist, dass gemäss Tschudin in Bezug auf die Ausbeutung nicht die allfällige Ungleichbehandlung ausschlaggebend ist, sondern, ob das marktbeherrschende Unternehmen durch überhöhte Preise eine Monopolrente abschöpfen kann bzw. die Marktgegenseite missbräuchlich schröpft.¹²⁷

121. Weiter ist anzumerken, dass die Verhaltensweise der Diskriminierung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG in der Praxis oft wenn nicht gar überwiegend mit einem möglichen Behinderungsmissbrauch und nicht oder nicht nur mit einem Ausbeutungsmissbrauch in Verbindung

¹²² TOM BJÖRKROTH, HELI FROSTERUS, MILLA KAJOVA, EIJA PALO, Study on Trade Groceries: How does Buyer Power Affect the Relations Between the Trade and Industry?, Finnish Competition Authority, FCA reports 1/2012, 47. Siehe auch OECD, Competition Issues in the Food Chain Industry, DAF/COMP(2014)16, 15.05.2014, 124.

¹²³ Allgemeine Untersuchung des österreichischen Lebensmittelhandels unter besonderer Berücksichtigung des Aspekts der Nachfragemacht: Zusammenfassung, Wien, im Juni 2007, Bundeswettbewerbsbehörde, 18. Sie stellte sich denn auch die Frage, ob es sich bei Werbekostenzuschüssen nicht nur um ein allgemeines Preiszugeständnis handle.

¹²⁴ Vgl. RPW 2014/1, 126 Rz 116, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz* m.V.a. Urteil des BGER 2C_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 132 E. 10.2.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*; RPW 2012/3, 468 Rz 78, *Erdgas Zentralschweiz AG* m.V.a. RPW 2011/1, 180 Rz 492, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)* m.V.a. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 215.

¹²⁵ Vgl. BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 215.

¹²⁶ Vgl. RPW 2014/1, 126 Rz 117, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

¹²⁷ Vgl. TSCHUDIN, MICHAEL, Diskriminierung als kartellrechtlicher Aufgreifbestand, in: Jusletter, 25. März 2013, Rz 26.

gebracht wird.¹²⁸ Ein Grund hierfür ist, dass die Diskriminierung oft von vertikal integrierten Unternehmen angewandt wird, mit dem Ziel, ihre Wettbewerber auf der vor- oder nachgelagerten Stufe zur Ebene, auf welcher sie marktbeherrschend sind, zu behindern.¹²⁹ Dieser Grund liegt beim vorliegenden Sachverhalt, welcher auf einen möglichen Missbrauch hin zu untersuchen ist, aber nicht vor.

122. Zur Beantwortung der Frage, ob die [X] und [einer oder mehrere ihrer Abfüller] Getränkegrosshändlern in der Schweiz durch die allfällige Diskriminierung dieser Getränkehändler tatsächlich überhöhte Preise verlangen, durch welche sie eine Monopolrente abschöpfen können (vgl. Rz 120), liegen dem Sekretariat in der vorliegenden Vorabklärung keine ausreichenden Daten vor. Diese zu beschaffen und/oder auszuwerten, wäre gemäss Einschätzung des Sekretariats mit erheblichem Aufwand verbunden. So liegt der Fokus der nachfolgenden Analyse darin, aufzuzeigen, ob und wenn ja inwieweit der [G] und [der Getränkehändler 2] in ihrer Funktion als Getränkegrosshändler gegenüber anderen Getränkegrosshändlern einen Wettbewerbsnachteil erleiden.

123. Die Frage, ob eine Wettbewerbsschädigung nachgewiesen werden muss oder ob diese *per se* aufgrund des diskriminierenden Verhaltens vorliegt, ist in der Lehre umstritten.¹³⁰ Nach der ersten Auffassung wird verlangt, dass der von der Diskriminierung betroffene Handelspartner im Vergleich zu seinen Konkurrenten einen Wettbewerbsnachteil erleidet. Gestützt auf die zweite Auffassung ist für die Beurteilung, ob ein Wettbewerbsnachteil vorliegt, auf die konkreten Umstände auf den von der Diskriminierung betroffenen Märkten abzustellen. Nach der dritten Auffassung wird von einer Diskriminierung automatisch auf einen Wettbewerbsnachteil geschlossen.¹³¹

124. Der [G] ist ein Arbeitgeberverband mit rund 500 Mitgliedern¹³² und kein klassischer Getränkehändler. So importiert er die von ihm angepriesenen Produkte, nämlich [Marke] in 33cl-MW-Flaschen, Schweppes in 20cl-MW-Flaschen und das Fassbier Maximilians, nicht selbst, sondern via [...].¹³³ Zudem handelt es sich bei den von ihm auf seiner Homepage beworbenen Getränken nur um einige wenige ausgewählte Produkte, sein Sortiment ist somit deutlich kleiner als das eines typischen (selbst kleinen) Getränkehändlers. Zielgruppe für eine Belieferung mit diesen Produkten dürften dabei die Mitglieder des [G] sein, wenngleich sich möglicherweise auch Nicht-Mitglieder mit diesen parallelimportierten Getränken beliefern lassen dürfen.

125. Nebst den vorgenannten parallelimportierten Getränken [...] ¹³⁴ und [...]. Wenngleich der [G] selbst kein klassischer Getränkehändler ist, offerierte die [D] im Januar 2013 die von diesem angefragte Menge an 33-cl-MW-[Marke]-Flaschen, nämlich [...], zu Konditionen für Getränkefachgrosshändler in Deutschland (ohne Werbekostenzuschüsse) (vgl. Rz 25). Somit dürfte die vom [G] benötigte und von seinem Importeur in die Schweiz eingeführte Menge an 33cl-MW-[Marke]-Flaschen die Mindestmenge für Getränkefachgrosshändler erfüllen. Dagegen ist davon auszugehen, dass keiner der [...] mit importierter [Marke] belieferten Gastronomen direkt bei

der [D] beziehen kann. In dieser Hinsicht ist ein kleiner bis mittelgrosser Gastronom in der Schweiz einem kleineren bis mittelgrossen Gastronom in Deutschland gleichgestellt, letzterer kann vermutungsweise ebenfalls nicht direkt bei der [D] beziehen und kauft so üblicherweise wohl bei einem Getränkefachhändler ein.

126. [...] Doch gemäss Einschätzung des Sekretariats ist nicht nur der [G] von dieser Nichtgewährung von Werbekostenzuschüssen durch [einen oder mehrere [X]-Abfüller im benachbarten Ausland] betroffen. Auch sämtliche anderen Abnehmer in der Schweiz dürften wohl, sofern sie nicht Teil eines Konzerns sind, welcher auch [...] tätig ist, von [diesem Abfüller/diesen Abfüllern] bei einem allfälligen Bezug keine Werbekostenzuschüsse erhalten. So sind der [G] resp. [der Getränkehändler 2] zwar gegenüber Abnehmern [in einem oder mehreren Nachbarländern der Schweiz] diskriminiert, vermutungsweise nicht aber gegenüber ihren direkten Konkurrenten in der Schweiz, insbesondere anderen Getränkehändlern in der Schweiz, die bei einem allfälligen Bezug bei diesen Abfüllern vermutungsweise ebenfalls keine Werbekostenzuschüsse erhalten würden.

127. Das Sekretariat geht davon aus, dass Getränkehändler in der Schweiz fast ausschliesslich mit Unternehmen in der Schweiz im Wettbewerb stehen und der Wettbewerb aus dem Ausland, sofern vorhanden, gering ist, der Getränkehandel absatzseitig räumlich also maximal schweizweit abzugrenzen wäre. Deshalb ist auch davon auszugehen, dass die von der allfälligen Diskriminierung betroffenen Handelspartner [einer oder mehrerer der im benachbarten Ausland ansässigen [X]-Abfüller], vorliegend der [G] resp. [der Getränkehändler 2] und allfällige weitere Abnehmer in der Schweiz, im Vergleich zu ihren (aktuellen) Konkurrenten keinen Wettbewerbsnachteil im Sinne einer Behinderung erleiden und so eine Wettbewerbsschädigung gemäss der ersten in Rz 123 aufgeführten Auffassung nicht vorliegt. Allerdings führt diese Praxis zu höheren Preisen in der Schweiz, was auf eine Ausbeutung hindeuten könnte.

128. In der Lehre gibt es aber auch, wie bereits geschildert, die Auffassung, dass von einer Diskriminierung automatisch auf einen Wettbewerbsnachteil zu schliessen ist (vgl. Rz 123). Wie bereits in Rz 116 dargelegt, kann das Sekretariat vorliegend nicht ausschliessen, dass das Merkmal der Diskriminierung vorliegt. Berücksichtigt man zudem, dass das Kriterium «Betroffenheit von Handelspartnern» erfüllt sein dürfte (vgl. Rz 119), so

¹²⁸ Gemäss dem Entscheid *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)* ist der Diskriminierungstatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG den Behinderungssachverhalten zuzuordnen, wenngleich beim Entscheid *Publikation von Arzneimittelinformationen* bezüglich den Diskriminierungstatbestand von Wettbewerbsnachteilen gesprochen wurde. Vgl. RPW 2011/1, 180 Rz 492 und Fn 482, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)* m.V.a. BGVer, Urteil vom 24. Februar 2010, *Swisscom gg. Weko i.S. Terminierungspreise im Mobilfunk (B-2050/2007)*, E. 11.1.1. und RPW 2008/3, 399 Rz 140, *Publikation von Arzneimittelinformationen*, und weiteren Verweisen. Vgl. auch RPW 2012/3, 468 Rz 81, *Erdgas Zentralschweiz AG*.

¹²⁹ Vgl. TSCHUDIN (Fn 127), Rz 27.

¹³⁰ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 217 ff.

¹³¹ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 218.

¹³² Vgl. <[...]> (19.08.2015).

¹³³ Vgl. <[...]> (19.08.2015).

¹³⁴ Vgl. [...] (19.08.2015) sowie [...] (19.08.2015).

kann vorliegend gemäss dieser Auffassung ein Tatbestand gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG nicht ausgeschlossen werden, sofern man von der Möglichkeit abieht, dass legitime business reasons bestehen, die eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgebot rechtfertigen könnten (zu letzterem Punkt, vgl. Rz 131 ff.).

129. Anzumerken ist, dass im Fall Kodak das Bundesgericht der Auffassung war, dass substantielle Preisunterschiede im Vergleich zum Ausland ein Indiz für ein missbräuchliches Verhalten sein können. So ist dem Entscheid folgendes zu entnehmen, wobei anzumerken ist, dass sich diese Aussage auf Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG bezog: «Dabei ist grundsätzlich davon auszugehen, dass ein wesentlicher Preisunterschied patentierter Erzeugnisse bei der ersten Inverkehrsetzung in der Schweiz im Vergleich zum Ausland einen kartellrechtlich verpönten Missbrauch indiziert, wenn die wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen vergleichbar sind.»¹³⁵ Daraus kann e contrario gefolgert werden, dass bescheidene Preisunterschiede eher nicht auf einen Missbrauch hindeuten.

130. Schliesslich kann die Frage, ob der Umstand, dass der [G] resp. [der Getränkehändler 2] keine Werbekostenzuschüsse bekommen, wenn sie direkt bei der [D], also dem [X]-Abfüller in Deutschland, beziehen, Getränkegrosshändler in Deutschland dagegen schon, zu einem Wettbewerbsnachteil führt, wie nachfolgend in Abschnitt B.5 aufgezeigt, aufgrund des Opportunitätsprinzips offen gelassen werden. Zudem ist anzumerken, dass den von der [D] den Grosshändlern in Deutschland gewährten Werbekostenzuschüssen vermutungsweise mindestens teilweise gewisse Gegenleistungen seitens der Grosshändler gegenüberstehen.

B.3.2.2.4. Legitimate business reasons

131. Schliesslich können legitime business reasons eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgebot rechtfertigen. So kann eine Diskriminierung z.B. dann aus Gründen ökonomischer Effizienz gerechtfertigt sein, wenn die Handelspartner differenzierte Gegenleistungen erbringen (bspw. unterschiedliche verkaufsfördernde Aktivitäten oder Marketingdienstleistungen).¹³⁶

132. Bereits für die Analyse, ob eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG vorliegt (vgl. Rz 102 ff.), wurde die Frage gestellt, inwieweit Werbekostenzuschüsse Abgeltungen für tatsächlich erbrachte Leistungen seitens der Händler sind. Das Sekretariat fand zwar Hinweise, dass diese Zuschüsse höher sein könnten als die erbrachten Leistungen,¹³⁷ eine Aussage über das Ausmass der erbrachten Leistungen verglichen mit den Zuschüssen konnte es aber mangels konkreter Daten nicht treffen. Gestützt auf den ihm vorliegenden Informationen kann das Sekretariat deshalb keine Beurteilung darüber vornehmen, inwieweit das Verhalten von [einem oder mehreren [X]-Abfüllern im benachbarten Ausland], [welcher/welche] dem [G] keine Werbekostenzuschüsse [gewährt/gewähren], gerechtfertigt ist und somit inwieweit legitime business reasons vorliegen.

B.3.2.2.5. Fazit zu Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG

133. Vorgehend (Rz 111 ff.) wurde analysiert, ob es Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Nichtgewährung von

Werbekostenzuschüssen an Kunden in der Schweiz durch [einen oder mehrere [X]-Abfüller im zur Schweiz benachbarten Ausland] eine Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen und somit ein Missbrauch einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG sein könnte. Vier Merkmale, die (kumulativ) erfüllt sein müssen, wurden dabei betrachtet. Die Analyse des ersten Merkmals, der Diskriminierung, ergab, dass dem Sekretariat zu wenig Informationen zum Ausmass und zur Wirkung von Werbekostenzuschüssen seitens [einem oder mehrerer [X]-Abfüller] vorlagen, um beantworten zu können, ob dieses Merkmal vorliegend erfüllt ist (vgl. Rz 116). Das zweite Merkmal, nämlich dass sich die Diskriminierung seitens [einem oder mehrerer [X]-Abfüller] gegen Handelspartner richtet, die auf vor- oder nachgelagerten Märkten tätig sind, betrachtete das Sekretariat dagegen als erfüllt (vgl. Rz 119). Auch für eine Bewertung des vierten Merkmals, das Fehlen von legitime business reasons, lagen dem Sekretariat, wie bereits für das erste Merkmal, zu wenig Informationen vor (Rz 132).

134. Das dritte Merkmal schliesslich betrifft die Wettbewerbsbenachteiligung. Bezüglich dieser kommt das Sekretariat zum Schluss, dass bei Anwendung der ersten in Rz 123 genannten Auffassung, die insbesondere besagt, dass eine Wettbewerbsschädigung nachgewiesen werden muss, weder der [G] resp. [der Getränkehändler 2] im Speziellen noch potentielle Abnehmer des Getränkehandels in der Schweiz im Allgemeinen durch das Verhalten [einem oder mehrerer [X]-Abfüller im zur Schweiz benachbarten Ausland] im Wettbewerb benachteiligt werden, da die erstgenannten erstens fast ausschliesslich mit Getränkehändlern in der Schweiz im Wettbewerb stehen dürften und zweitens davon auszugehen ist, dass [...] [X]-Abfüller nicht direkt an Getränkehändler in die Schweiz [liefert/liefere] (Rz 127). Wird allerdings davon ausgegangen, dass von einer Diskriminierung direkt auf eine Benachteiligung zu schliessen ist (vgl. Rz 128), so kann vorliegend der Tatbestand gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG nicht ausgeschlossen werden. Mit Verweis auf die Anwendung des Opportunitätsprinzips (vgl. Abschnitt B.5) kann die Frage, ob dieser Umstand zu einem Wettbewerbsnachteil führt, schliesslich aber offen gelassen werden.

B.3.3 Fazit zu unzulässigen Verhaltensweisen

135. Vorliegend wurde analysiert, ob die [X] und ihre Abfüllbetriebe, von denen das Sekretariat davon ausgeht, dass sie in wirtschaftlicher Hinsicht eine Einheit bilden (wenngleich sie teilweise nicht zur gleichen Unternehmensgruppe gehören) (vgl. Rz 82), beim Absatz von CSD, CSD inkl. Eistee resp. CSD mit Cola-Geschmack in den Gastronomiekanal eine marktbeherrschende Stellung in der Schweiz als auch in einem Gebiet, welches grösser ist als die Schweiz (und so z.B. die

¹³⁵ BGE 126 III 129, 154 E. 9.

¹³⁶ BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 101), Art. 7 KG N 224.

¹³⁷ Dass der Getränkehändler in Deutschland (mindestens) einen Teil des ihm von der [D] gewährten Werbekostenbeitrags dem [G] (resp. dessen Importeur [Getränkehändler 2]) weitergibt, deutet darauf hin, dass sein Werbeaufwand für [Marke] kleiner ist als die ihm gewährten Werbekosten.

Schweiz und die angrenzenden Regionen im benachbarten Ausland umfasst), innehaben. Aufgrund der ungenügenden Datenlage konnte diese Frage nicht abschliessend beantwortet werden, wenngleich die Indizien eher für eine marktbeherrschende Stellung sprechen (vgl. Rz 97). Dies gilt insbesondere, wenn der Markt sachlich eng abgegrenzt wird (und so nur den Absatz von CSD mit Cola-Geschmack in den Gastronomiekanal berücksichtigt). Das Sekretariat geht jedenfalls davon aus, dass die [X] und ihre Abfüller als wirtschaftliche Einheit in der Schweiz oder einem Gebiet grösser als die Schweiz eine Marktmacht im Sinne von Art. 2 PÜG innehaben (vgl. Rz 97).

136. Der Umstand, dass [einer oder mehrere [X]-Abfüllbetriebe] Getränkegrosshändler in [seinem/ihrer] eigenen Land [beliefert/belieferten] inkl. Gewährung von Werbekostenzuschüssen, nicht aber Getränkegrosshändler in der Schweiz, analysierte das Sekretariat unter dem Aspekt zweier möglicher Missbräuche einer möglicherweise marktbeherrschenden Stellung (vgl. Rz 101). Der erste betrifft die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, also Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG, der zweite die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen, also Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG. Bezüglich Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG zeigte sich, dass das Kriterium der objektiven Notwendigkeit des Inputs nicht gegeben ist und so ein solcher Missbrauch nicht vorliegen kann (vgl. B.3.2.1.4).

137. Bezüglich der vier Kriterien, die für das Vorliegen eines Missbrauchs gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG kumulativ erfüllt sein müssen (vgl. Rz 111), kam das Sekretariat zum Schluss, dass das Kriterium «der Betroffenheit von Handelspartnern» erfüllt ist, während das Sekretariat aufgrund mangelnder Informationen zum Ausmass und den Auswirkungen der Werbekostenzuschüsse [einer oder mehrerer [X]-Abfüllbetriebe] keine abschliessende Beurteilung zu den Kriterien «Diskriminierung» und «legitimate business reasons» treffen konnte (vgl. B.3.2.2.5). Schliesslich zeigte sich, dass das Kriterium der «Wettbewerbsbehinderung resp. Benachteiligung», sofern man nicht die Auffassung vertritt, dass diese per se aufgrund des diskriminierenden Verhaltens zustande kommt, sondern gegenüber den Wettbewerbern des Benachteiligten aufzuzeigen ist, nicht erfüllt ist, da Getränkehändler in der Schweiz kaum mit Getränkehändlern im Ausland im Wettbewerb stehen. Geht man aber davon aus, dass eine Diskriminierung per se zu einer Wettbewerbsbenachteiligung führt, so kann dieses Kriterium gestützt auf die dem Sekretariat vorliegenden Informationen nicht verneint werden. Mit Verweis auf die Anwendung des Opportunitätsprinzips, welches in Abschnitt B.5 diskutiert wird, kann die Frage, ob das Kriterium der Wettbewerbsbehinderung resp. -benachteiligung erfüllt ist, vorliegend aber offen gelassen werden.

B.4 Unzulässige Gebietsschutzabreden

138. Laut Art. 5 Abs. 1 KG sind 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, unzulässig. Als Wettbewerbsabre-

den 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 Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch zwei Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.

139. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden. Vorliegend kommt eine Gebietschutzabrede zwischen einem oder mehreren ausländischen Abfüllern und ihren Abnehmern (wie ausländische Getränkehändler und Detailhändler) in Frage, welche zum Ausschluss von Verkäufen durch diese Abnehmer in die Schweiz führt.

140. Wie bereits geschildert (vgl. Rz 2 und 23), bezog der [G] bereits vor Eröffnung der vorliegenden Vorabklärung via einen Zwischenhändler [Marke] in 33cl-Flaschen aus Deutschland. Im Verlaufe ihrer Abklärungen zur vorliegenden Vorabklärung befragte das Sekretariat die [X]-Abfüller in Frankreich, Italien und Österreich resp. deren Schwester-/Muttergesellschaft (vgl. Rz 15) dazu, ob ihre Kunden CSD der Marke [X] an Unternehmen in der Schweiz weiter verkaufen können. Den Antworten war zu entnehmen, dass die Kunden [des [X]-Abfüllers/der [X]-Abfüller] in [...] an Unternehmen in der Schweiz weiter verkaufen dürfen. Ein weiteres Indiz dafür, dass ein Bezug bei einem Kunden des [X]-Abfüllers in Frankreich möglich ist, ist das Angebot zum Bezug von 50cl-EW-PET-Flaschen, welches der [G] von einem Händler in Frankreich erhielt, wenngleich der [G] schliesslich nicht von diesem Angebot Gebrauch machte (vgl. Rz 37). Dazu, in welchem Ausmass ihre Kunden 2011–2013 CSD der Marke [X] an Unternehmen in die Schweiz weiterverkauft hatten, [...].¹³⁸ Somit liegen keine konkreten Hinweise vor, dass Getränkehändler in der Schweiz nicht im benachbarten Ausland beziehen können.

141. Der [G] machte auch nicht geltend, dass er nicht bei Kunden von [X]-Abfüllern im Ausland beziehen könne. So ging es dem [G] bei seiner Anzeige, die zur dieser Vorabklärung geführt hatte (vgl. Rz 1), um die Nichtbelieferung durch den deutschen [X]-Abfüller, dies zu einem Zeitpunkt, als der [G] bereits [X]-Getränke dieses deutschen Abfüllers über einen Händler bezog.

142. Vor diesem Hintergrund liegen keine Anhaltspunkte für eine Gebietsschutzabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zwischen den ausländischen [X]-Abfüllern und ihren Abnehmern vor.

¹³⁸ [...]. Diesbezügliche Informationen der [D] liegen dem Sekretariat nicht vor.

B.5 Anwendung des Opportunitätsprinzips

143. Bei geringfügigen Vergehen kann das Opportunitätsprinzip dazu führen, von einem Untersuchungsverfahren abzusehen.¹³⁹ Eine Verhältnismässigkeitsprüfung kann dabei helfen zu entscheiden, ob auf ein Verfahren verzichtet werden kann. Als Kriterien einer solchen Verhältnismässigkeitsprüfung können u.a. der Ressourcenaufwand weiterer Abklärungen in Bezug auf die allfällige Wettbewerbsbeschränkung und die volkswirtschaftlichen oder sozial schädlichen Auswirkungen der allfälligen Wettbewerbsbeschränkung¹⁴⁰ herangezogen werden.

144. Die Frage, ob der Umstand, dass der [G] resp. [der Getränkehändler 2] keine Werbekostenzuschüsse bekommen, wenn sie direkt bei der [D], also dem [X]-Abfüller in Deutschland, beziehen, Getränkegrosshändler in Deutschland dagegen schon, zu einem Wettbewerbsnachteil führt, konnte gestützt auf die dem Sekretariat zur Verfügung stehenden Informationen nicht abschliessend geklärt werden (vgl. B.3.2.2.3). Das Sekretariat schätzt, dass zur Klärung dieser Frage ein bedeutender Ressourcenaufwand notwendig wäre. So wäre für die Beantwortung dieser Frage u.a. die Beantwortung der Frage notwendig, in welchem Ausmass die [D] Gegenleistungen für ihre Werbekostenzuschüsse erhält. Diese zu beziffern erscheint jedoch schwierig zu sein. [...] (vgl. Rz 116).

145. Wie aufgezeigt (vgl. u.a. Rz 27), musste der [G] im Februar 2013 bei einem Bezug via einen Getränkegrosshändler in Deutschland pro 33cl-MW-Glasflasche [Marke] [...] Cent mehr bezahlen, als wenn er diese Flaschen direkt bei der [D] inkl. Werbekostenzuschüsse hätte beziehen können. Hätte der [G] wie gewünscht [...] [Marke] in 33cl-MW-Glasflaschen (also [...] pro Truck, vgl. Fn 73) direkt bei der [D] beziehen können (vgl. Rz 1), hätte sich für den [G] bei einem Direktbezug bei der [D] inkl. Werbekostenzuschüsse eine jährliche Ersparnis von rund CHF [...]–[...] pro Jahr ergeben. Würde sich der Bezug seitens des [G] in dieser Höhe einpendeln, so wäre mit einem auf die Schweiz bezogenen volkswirtschaftlichen Schaden in Höhe der vorgängig berechneten jährlichen Ersparnis für den [G] zu rechnen.

146. Die Ersparnis, die sich für die Konsumenten in der Schweiz aus einem Direktbezug des [G] bei der [D] (inkl. Werbekostenzuschüsse) verglichen mit einem Bezug des [G] beim Getränkehändler in Deutschland ergibt, hängt vom Ausmass der Weitergabe dieser Ersparnis an die Gastronomen und von diesen an die Endkonsumenten ab. Dabei profitieren die Konsumenten umso mehr von diesem allfälligen zusätzlichen Kostenvorteil des [G], je grösser der Anteil ist, den der [G] und daran anschliessend die Gastronomen davon weitergeben. Kann der [G] also nicht von einem Direktbezug bei der [D] (inkl. Werbekostenzuschüsse) profitieren, so hängt der daraus zu erwartende Schaden für die Konsumenten in der Schweiz davon ab, in welchem Ausmass zuerst der [G] und danach die Gastronomen die erhaltenen Preisvorteile an die nachfolgende Stufe weitergeben würden. Zum allfälligen Ausmass dieser Weitergabe liegen dem Sekretariat allerdings keine konkreten Informationen vor, so dass es keine Schätzung über die Höhe einer allfälligen Schädigung der Konsumentenwohlfaht vornehmen

kann.¹⁴¹ Schliesslich kann die Frage, ob vorliegend eine Schädigung der Konsumentenwohlfaht vorliegt, aufgrund der geringen Ersparnis von [...] Cent pro 33cl-MW-Glasflasche [Marke] (vgl. Tabelle 2) resp. von rund CHF [...]–[...] pro Jahr für den [G] und somit für die schweizerische Volkswirtschaft (vgl. Rz 145) bei jedem denkbaren Ausmass der Weitergabe des Preisvorteils an den Endkonsumenten offen gelassen werden.

147. In Anbetracht der eher geringen volkswirtschaftlichen Auswirkungen einerseits und dem vergleichsweise hohen Aufwand, den es benötigt, um festzustellen, inwieweit die von [einem oder mehreren [X]-Abfüllern im benachbarten Ausland] gewährten Werbekostenzuschüsse tatsächlich für Gegenleistungen gewährt werden andererseits, wird vorliegend auf die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG verzichtet und im Einklang mit dem Opportunitätsprinzip die Vorabklärung eingestellt.¹⁴²

148. Das Sekretariat verweist den [G] bezüglich die Marktstellung und die Verhaltensweise der [X] und ihrer Abfüller auf den Zivilweg (Art. 12 ff. KG).

B.6 Zusammenfassung

149. Das Sekretariat hat in vorliegender Vorabklärung analysiert, ob sich aus dem Umstand, dass [einer oder mehrere [X]-Abfüllbetriebe im benachbarten Ausland] Getränkegrosshändler in ihrem eigenen Land [beliefert/beliefert] und dabei Werbekostenzuschüsse [gewährt/gewähren], Getränkegrosshändler in der Schweiz solche Werbekostenzuschüsse aber nicht erhalten, wenn sie direkt bei [diesem Abfüllbetrieb/diesen Abfüllbetrieben] beziehen, Anhaltspunkte für einen Verstoss gegen Art. 5 und/oder Art. 7 KG ergeben. Die vorliegende Vorabklärung hat ergeben, dass keine Anhaltspunkte

¹³⁹ Vgl. Urteil des BGer 2C 484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/1, 122 f. E. 6.3), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m.w.H. Zur Anwendung des Opportunitätsprinzips, vgl. auch Urteil des BVer, RPW 2010/2, 352 f. E. 7.4.3, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁴⁰ Gemäss Art. 1 KG bezweckt dieses Gesetz, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern.

¹⁴¹ Von der Höhe der Weitergabe allfälliger Preisvorteile hängt ab, wie stark Endkonsumenten schliesslich von diesen Preisvorteilen profitieren könnten. Gemäss GastroSuisse fallen im Gastgewerbe (Restaurants und Hotels) etwas mehr als ein Viertel (27,1 %) der Kosten beim Wareneinkauf (inkl. direkte Dienstleistungen) an, wobei je nach Produkt dieser Anteil deutlich höher (z.B. Wein) oder tiefer (z.B. Kaffee) sein kann (vgl. GastroSuisse, Branchenspiegel 2010, 2010, 35, wobei sich diese Aussage auf das Jahr 2008 bezieht und als Quelle Gastroconsult angegeben wird). Bei Mineralwasser betragen die Warenkosten 2008 bei Restaurants gemessen am damit erzielten Umsatz 22,6 %, der Preis war somit durchschnittlich 4,4 höher als die Warenkosten (vgl. GastroSuisse (Fn 141), 38, wobei sich GastroSuisse auf Gastroconsult als Quelle stützt). Zu Süssgetränken liegen dem Sekretariat leider keine diesbezüglichen Daten vor. Anzumerken ist, dass diese Faktoren direkt nichts darüber aussagen, wie stark Preisvorteile in der Gastronomie an Endkonsumenten weitergegeben werden. Schliesslich muss beachtet werden, dass die Preissenkung von Lebensmitteln, die der Gastronom in seinem Betrieb verwendet, keine direkten Auswirkungen auf die anderen Kosten wie Miete und Personalkosten haben.

¹⁴² Auch beim Entscheid *Vereinbarung santésuisse betreffend Kundenwerbung* wurde u.a. mit Verweis auf die erwartete lange Verfahrensdauer und den grossen Ressourcenaufwand die Vorabklärung eingestellt (vgl. RPW 2014/1, 178 Rz 175).

für eine Gebietsschutzabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG zwischen den ausländischen [X]-Abfüllern und ihren Abnehmern vorliegt (vgl. B.4). Hingegen konnte nicht ausgeschlossen werden, dass ein Verstoss gegen Art. 7 KG vorliegt (vgl. B.3).

150. Zu letzterem Resultat ist das Sekretariat aufgrund nachfolgend zusammengefasster Erwägungen gekommen. Die [X] und ihre Abfüller in der Schweiz und deren Nachbarländern bilden in wirtschaftlicher Hinsicht eine Einheit. Dies bewirkt, dass diese Unternehmen für die Beurteilung, ob eine marktbeherrschende Stellung in den Märkten, die den Absatz von CSD, von CSD inkl. Eistee und von CSD mit Cola-Geschmack in den Gastronomiekanal betreffen, als kollektive Einheit zu betrachten sind (vgl. Rz 82).

151. Es zeigte sich, dass der Marktanteil der [CH] beim schweizweiten Absatz von CSD 2011 schätzungsweise [...] %, bei demjenigen von CSD inkl. Eistee [...] % betrug (vgl. Rz 87). Zum Marktanteil der [CH] im schweizweiten Markt für CSD mit Cola-Geschmack konnte das Sekretariat keine konkrete Schätzung vornehmen, es vermutet aber, dass der diesbezügliche Marktanteil der [CH] höher sein dürfte als derjenige bezüglich CSD. Weiter geht das Sekretariat davon aus, dass die Marktanteile der [CH] in diesen drei Bereichen steigen dürften, betrachtet man nur den Gastronomiekanal. Das Sekretariat konnte die Frage, ob die [X] und ihre Abfüllbetriebe in der Schweiz resp. in einem weiter als nationalen Gebiet im Gastronomiekanal bei CSD, CSD inkl. Eistee und/oder CSD mit Cola-Geschmack absatzseitig eine marktbeherrschende Stellung innehaben, aufgrund fehlender Daten vorliegend nicht abschliessend klären (vgl. Rz 135). Indizien sprechen eher für eine marktbeherrschende Stellung dieser Unternehmen, insbesondere wenn der Markt sachlich nur den Absatz von CSD mit Cola-Geschmack in den Gastronomiekanal umfasst. Zudem geht das Sekretariat davon aus, dass sie in der Schweiz oder einem Gebiet grösser als die Schweiz eine Marktmacht im Sinne von Art. 2 PüG innehaben.

152. Zwei mögliche Missbräuche einer möglicherweise marktbeherrschenden Stellung seitens der [X] und ihrer Abfüllbetriebe wurden analysiert, erstens die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG) und zweitens die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen

(Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG). Die Analyse des Sekretariats zeigte keine Anhaltspunkte für einen Missbrauch gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG, da das Tatbestandsmerkmal der objektiven Notwendigkeit des Inputs nicht erfüllt war (vgl. Rz 110). So hat der [G] mit dem Bezug von [X]-Produkten über einen in Deutschland ansässigen Getränkehändler eine Alternativquelle zum Bezug direkt beim [X]-Abfüller in Deutschland (inkl. Werbekostenzuschüsse) und erhält dabei indirekt gar einen Teil der Werbekostenzuschüsse des Abfüllers in Deutschland.

153. Dagegen konnte nicht ausgeschlossen werden, dass Anhaltspunkte für einen Missbrauch gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG, also eine Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen, vorliegen (B.3.2.2.5). Bezüglich der vier Merkmale, welche gemäss der Praxis der WEKO für das Vorliegende einer Diskriminierung von Handelspartnern kumulativ erfüllt sein müssen, zeigte sich, dass dasjenige der Betroffenheit von Handelspartnern erfüllt war, während dem Sekretariat für eine abschliessende Beurteilung der drei anderen Merkmale keine ausreichenden Informationen vorlagen. Ein Informationsbedarf besteht insbesondere dahingehend, ob und wenn ja in welchem Umfang [einer oder mehrere [X]-Abfüller] Gegenleistungen für ihre Werbekostenzuschüsse erhalten (vgl. Rz 144).

154. Die Beantwortung dieser Frage ist mit einem relativ hohen Aufwand verbunden, vergleicht man letzteren mit den zu erwartenden, negativen volkswirtschaftlichen Auswirkungen durch den allfälligen Missbrauch (vgl. Rz 143 ff.). Mit Verweis auf das Opportunitätsprinzip wird deshalb auf die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG verzichtet und die Vorabklärung eingestellt (vgl. Rz 147).

C Schlussfolgerungen

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

1. beschliesst darum, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
2. teilt den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mit.

B 1.1	3. Service Après-Vente für Uhren
-------	-----------------------------------------

Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 8. Mai 2018 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Service Après-Vente für Uhren wegen allenfalls unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen i.S.v. Art. 5 oder 7 KG

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand

1. Beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) gingen Beschwerden ein, mit denen moniert wurde, dass Nachverkaufsdienstleistungen für Uhren (nachfolgend: SAV) nicht durch unabhängige Uhrmacherinnen und Uhrmacher vorgenommen werden könnten, da diese nicht mit hierfür erforderlichen Ersatzteilen beliefert würden. Dies habe zur Folge, dass die an Uhren erforderlichen Arbeiten von den Uhrenherstellern bzw. von ihnen autorisierten Partnern durchgeführt werden müssten, was in preislicher Hinsicht erheblich teurer sei, als wenn dies unabhängige Uhrmacherinnen und Uhrmacher tun würden. Zudem würden letztere davon abgehalten, SAV-Dienstleistungen zu erbringen, den unabhängigen Uhrmacherinnen und Uhrmacher würde die Existenzgrundlage entzogen.¹

A.2 Verfahren

2. Das Sekretariat nahm die Beschwerden zur Kenntnis, verzichtete jedoch zunächst auf die Ergreifung von Ermittlungsmassnahmen, weil die Untersuchungen in Sachen Swatch Group Lieferstopp (32-0224) sowie ETA SA Preiserhöhungen (32-0216) noch hängig waren. Nach Abschluss dieser beiden Untersuchungen im Jahr 2013 (Lieferstopp) und 2014 (Preiserhöhungen) entschied das Sekretariat, den Beschwerden betreffend den SAV nachzugehen, und eröffnete am 24. Oktober 2014 eine Vorabklärung im Sinne von Art. 26 KG².

3. Gleichentags verschickte das Sekretariat Fragebögen an die folgenden Unternehmen bzw. Unternehmensgruppen: [...].

4. Den genannten Unternehmen wurden verschiedene Fragen im Zusammenhang mit dem SAV gestellt, so namentlich zur Organisation, zur Revision und zu Reparaturen von Uhren. Das Sekretariat beabsichtigte mit den gestellten Fragen herauszufinden, welche Arbeiten im Rahmen einer Revision oder einer Reparatur an einer Uhr vorgenommen werden, wer diese ausführt und wieviel die entsprechenden Leistungen kosten. Daneben wollte das Sekretariat wissen, welche Ersatzteile die befragten Unternehmen selber herstellen, d.h. welche markenspezifisch sind, und zu welchen Bedingungen die entsprechenden Teile an Wiederverkäufer oder Uhrmacherinnen und Uhrmacher geliefert werden. Daneben wurde insbesondere die Einreichung von Unterlagen (u.a. Vertriebsverträge) verlangt.

5. Die umfangreichen Antworten der Unternehmen wurden vom Sekretariat ausgewertet. Dabei stellte sich heraus, dass alleine gestützt auf die Angaben der befragten

Unternehmen keine zuverlässige Beurteilung der Sachlage vorgenommen werden konnte. Einerseits waren die Antworten teilweise unvollständig, andererseits fehlten auch Angaben der Marktgegenseite, ohne die eine Verifizierung der Angaben der befragten Unternehmen nicht möglich war. Angesichts dieser Ausgangslage entschied sich das Sekretariat im Herbst 2017 dazu eine zweite Fragebogenrunde durchzuführen und dabei neben den bereits befragten Unternehmen die Marktgegenseite (Wiederverkäufer, [unabhängige] Uhrmacherinnen und Uhrmacher sowie den [Verband]³) anzuschreiben. Die entsprechenden Antworten gingen zwischen Herbst und Ende 2017 beim Sekretariat ein.

6. Bevor die Ergebnisse der Befragungen wiedergegeben werden, gilt es an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass bei der Europäischen Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) ein gleichläufiges Verfahren anhängig war, im Rahmen dessen im Wesentlichen dieselben Vorwürfe vorgetragen wurden wie in dieser Vorabklärung (vgl. Rz 108 ff.).

A.3 Marktbefragungen

7. In diesem Abschnitt werden die Ergebnisse der Befragungen dargelegt, wobei der Ausgestaltung des SAV der befragten Uhrenhersteller das Hauptaugenmerk gewidmet wird. Zunächst gilt es, kurz auf die Definition des Begriffes «SAV» einzugehen.

¹ Daneben beschwerten sich gewisse Konsumentinnen und Konsumenten darüber, dass sie eine kleinere Reparatur hätten vornehmen wollen, dass die betreffende Uhrenmarke jedoch auf die Durchführung einer umfassenderen Arbeit an der Uhr (namentlich einer Revision) bestanden hätte, was wesentlich mehr kosten würde. Dieser Aspekt wurde auch in den Medien thematisiert, bildet jedoch nicht Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung. Das Sekretariat behält sich jedoch ausdrücklich vor, diesen Punkt zu einer späteren Zeit separat aufzugreifen.

² Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

³ [...] (06.06.2018).

A.3.1 Uhrenhersteller

Definition SAV

8. Im Rahmen der ersten Fragebogenrunde wurden die ausgewählten Uhrenhersteller nach ihrem jeweiligen Verständnis des Begriffes «SAV» befragt. Die Antworten zeigten, dass die Definitionen der Uhrenhersteller teilweise weit auseinander gingen⁴, sodass sich das Sekretariat zwecks Schaffung einer Beurteilungsgrundlage im Hinblick auf die zweite Fragebogenrunde dazu entschied, den befragten Unternehmen eine Definition der relevanten Begriffe «SAV»⁵, «Revision»⁶, «Reparatur»⁷, «Andere Arbeiten»⁸ und «SAV-Partner»⁹ vorzugeben. Auf den vom Sekretariat vorgegebenen Definitionen basieren die nachstehenden Ausführungen.

Ausgestaltung des SAV

9. Nachstehend werden die SAV-Systeme der befragten Uhrenhersteller beschrieben. Dies dient dem Zweck, die Mechanismen rund um den SAV im Bereich Uhren verstehen und die damit im Zusammenhang stehenden, kartellrechtlichen Problematiken nachvollziehen zu können.

A.3.1.1 [Uhrenhersteller]

10. Zur [Uhrenhersteller] gehören verschiedene Uhrenmarken unterschiedlichster Preisklassen. Innerhalb der [Uhrenhersteller] gibt es daher eine Markenhierarchie. Diese widerspiegeln laut [...] die technische Komplexität und schlagen sich daher auch in der Organisation des SAV nieder (höhere Anforderungen für SAV-Anbieter in höheren Segmenten).

11. Gemäss [...] werden ihre Uhrenmarken in [...] verschiedene Segmente eingeordnet: [...].

12. [...] hat dem Sekretariat die Verpflichtungserklärungen für autorisierte Service-Anbieter/-innen für alle Marken eingereicht.

13. SAV-Dienstleistungen werden einerseits von den Uhrenmarken der [...] selbst im eigenen Haus erbracht. Sie werden aber andererseits auch von autorisierten Service-Anbietern der Marken durchgeführt. Bei diesen handelt es sich um unabhängige Uhrmacherinnen und Uhrmacher, die von der [...] resp. der jeweiligen Marke zum SAV zugelassen wurden.

Zulassung zum SAV

14. Jede unabhängige Uhrmacherin und jeder Uhrmacher habe [Uhrenhersteller] zufolge grundsätzlich die Möglichkeit, autorisierter Service-Anbieter für die von ihr oder ihm gewünschte/n Stufe zu werden, vorausgesetzt, sie oder er erfüllt die hierfür erforderlichen Kriterien gemäss Vereinbarung mit der jeweiligen Marke.

15. [...]. Zudem können sich die Zulassungskriterien nach Servicestufe zwischen den Marken (leicht) unterscheiden.

16. Grundsätzlich gibt es drei Stufen von Service-Anbietern, welche sich hinsichtlich der Art der durchzuführenden Arbeiten und damit der Anforderungen an die Service-Anbieter voneinander unterscheiden. [...].

17. Service-Anbieter müssen bestimmte Anforderungen an das Personal (wie bspw. die Ausbildung, Berufserfah-

rung oder Erfahrung bei Ausführung bestimmter Arbeiten) sowie an die Ausrüstung (teils markenspezifische Werkzeuge und Geräte) und andere Aspekte wie z.B. die Räumlichkeiten, in denen SAV-Arbeiten durchgeführt werden, erfüllen.

18. Anders geregelt sind die Zulassungskriterien für die Marken des Prestige-Segments, welche gemäss [Uhrenhersteller] eine deutlich höhere Komplexität in den Konstruktionen der Werke wie auch der Gehäuse und Bänder aufweisen würden und die entsprechend höhere Anforderungen von den Service-Anbietern erforderten.

[Aufgaben und Pflichten der zum SAV zugelassenen Unternehmen]

19. Die folgenden Aufgaben sind von den zum SAV autorisierten Service-Anbietern vorzunehmen, die je nach Marke leicht variieren können: [...] Technische und ästhetische Endkontrolle sowie Gewährung der markenspezifischen Service-Garantie gemäss Weisung des Markenunternehmens.

⁴ [...] fasst unter dem Begriff «SAV» die Gesamtheit der Leistungen für Kunden zusammen, die das Ziel verfolgen, den Unterhalt, die Revision und die Reparaturen – mit oder ohne Garantie – sicherzustellen. [...] versteht unter SAV generell den Customer Service, d.h. den technischen Kundendienst, welcher sämtliche Belange der technischen Instandhaltung der Uhr beinhaltet. [...] versteht unter SAV sämtliche Arbeiten an einer Uhr, die nicht direkt mit dem Verkauf zusammenhängen und die deren Unterhalt oder Reparatur sicherstellen. [...], zugehörig zu [...] versteht unter dem Begriff «SAV» eine globale Service-Aktivität, die von der Schweiz aus gesteuert wird. Sie beinhaltet spezifische Reparaturen und Revisionen mit oder ohne Garantielaufzeit für bereits an eine Endkundin oder einen Endkunden verkaufte Uhren, sei es über eine [...] Boutique oder einen (unabhängigen) Multimarken-Verkaufspunkt. Bei den betroffenen Marken handle es sich um [...], [...] und [...]. [...], ebenfalls zugehörig zu [...] gab im Wesentlichen dasselbe an, weicht in ihrer Antwort jedoch in einem einzigen Punkt ab, sie zählt Revisionen offenbar nicht zum SAV. [...] zu Folge besteht die Aufgabe des SAV darin, die Uhr in einem perfekten Betriebszustand zu halten, sodass sie ein optimales Funktionieren mit der Präzision und der Zuverlässigkeit einer Luxusuhr behält. In diesem Sinne versteht [...] unter SAV den Unterhalt und die Reparatur und im erweiterten Sinne, auch die Erhaltung einer Uhr im optimalen Zustand zwischen dem Moment, in welchem die Uhr die Fabrik verlässt, bis zum Verkauf an eine Endkundin oder einen Endkunden. [...] versteht unter SAV alle Dienstleistungen, auf die der Kunde Anspruch hat, sobald das Produkt verkauft worden ist. Je nach Wunsch des Kunden handle es sich dabei um eine bestimmte Anpassung am Armband oder eine bestimmte Leistung bei der Gravur oder auch um eine Revision der Uhr im Rahmen ihrer Wartung (Wartungsservice oder umfassender Service). Ausserdem würden darunter Eingriffe bei Uhren fallen, die nicht mehr funktionieren.

⁵ Als SAV definiert das Sekretariat Revisionen von Uhren, Reparaturen von defekten Uhren und andere Arbeiten an einer Uhr, die nach dem Verkauf der Uhr vorgenommen werden.

⁶ Unter einer Revision sind Arbeiten an einer Uhr zu verstehen, mit denen eine defekte oder nicht defekte Uhr einer Analyse (Diagnose) unterzogen wird und mit welchen die korrekte Funktionsweise sowie die Instandhaltung einer Uhr sichergestellt werden.

⁷ Eine Reparatur ist die Behebung eines spezifischen Defekts an einer Uhr, welcher entweder deren Funktionsfähigkeit oder die Ästhetik beeinträchtigt oder das Tragen der Uhr verunmöglicht.

⁸ Darunter sind Arbeiten zu verstehen, die von den Definitionen der Begriffe «Revision» und «Reparatur» nicht erfasst werden und die von einer Konsumentin und einem Konsumenten einzeln nachgefragt werden (z.B. Batteriewechsel oder Anpassen des Armbands).

⁹ Ein SAV-Partner ist eine rechtlich und wirtschaftlich unabhängige (juristische oder natürliche) Person, die autorisiert ist, SAV-Arbeiten an Uhren durchzuführen.

20. Zusätzlich zu diesen Aufgaben obliegen den Servicepartnern andere Pflichten, welche für die meisten Marken auf allen drei Stufen erfüllt sein müssen, so u.a. [...] ¹⁰.

Lieferung Ersatzteile an unabhängige Uhrmacherinnen und Uhrmacher

21. Ersatzteile für die Erbringung von SAV-Dienstleistungen werden gemäss [...] an Servicepartner entsprechend ihrer Zulassung geliefert. [Uhrenhersteller] [...] Basis des selektiven Vertriebssystems für Ersatzteile seien objektive Kriterien im Bereich von Ausrüstung, Ausbildung des technischen Service-Personals und [...]. [...] führte weiter aus, dass die (Auswahl-)Kriterien nicht an eine Marken-Vertretung gebunden seien und es allen potenziellen Partnern, welche die Kriterien erfüllen, offenstehe, Uhren-Ersatzteile der entsprechenden Marke zu beziehen, solange [...]. [...] Die rechtliche Würdigung des SAV-Systems von [...] und der anderen im Fokus stehenden Uhrenmarken erfolgt an späterer Stelle (vgl. Rz 126 ff.).

Austauschbarkeit von Ersatzteilen

22. Gehäuse und Zifferblätter seien gemäss [...] stets markenspezifisch. [...]. Im Vertrieb seien ausserdem Bänder für genormte Band-Anstösse, Dichtungen, Schrauben, Standard-Zeiger etc. generisch.

A.3.1.2 [Uhrenhersteller]

23. Zur [Uhrenhersteller] gehören die folgenden Uhrenmarken: [...]. [Uhrenhersteller] hat die Fragebogen des Sekretariats für all diese Marken beantwortet und die selektiven Vertriebsverträge dieser Marken eingereicht.

24. In diesen Vertriebsverträgen wird festgehalten, dass es für den SAV eine separate Vereinbarung benötigt. Bis [...] hat [Uhrenhersteller] bzw. haben die Uhrenmarken von [Uhrenhersteller] in der Schweiz keine separaten SAV-Verträge mit Wiederverkäufern oder Uhrmacherinnen und Uhrmachern abgeschlossen. Im Jahr [...] habe [Uhrenhersteller] beschlossen [...], ihr SAV-System anzupassen und implementierte ein neues SAV-System. Für jeden schweizerischen oder europäischen Partner, der mit Ersatzteilen beliefert werden möchte, ist ein Zulassungsverfahren vorgesehen. [Uhrenhersteller] rechtfertigt dieses System mit der Notwendigkeit, die Qualität der Reparaturen an den Uhren zu kontrollieren. [Uhrenhersteller] gab an, dass sämtliche Uhrenmarken ihrer Gruppe den SAV in einem rein qualitativen selektiven Vertriebssystem organisiert hätten mit Ausnahme der Marken [...].

25. [Uhrenhersteller] [...].

26. Grundsätzlich werde der SAV gemäss [Uhrenhersteller] entweder über die SAV-Plattform, in der Manufaktur oder durch eine zugelassene Uhrmacherin und einen zugelassenen Uhrmacher durchgeführt. Eine zugelassene Uhrmacherin und ein zugelassener Uhrmacher könne gleichzeitig Wiederverkäufer sein, das sei jedoch nicht zwingend erforderlich.

Zulassung zum SAV

27. Um zum System für den SAV an Uhren der Marken [...] zugelassen zu werden, muss ein potenzieller SAV-

Dienstleister laut [Uhrenhersteller] bestimmte Kriterien erfüllen. Diese betreffen u.a. [...].

[Aufgaben und Pflichten der zum SAV zugelassenen Unternehmen]

28. Die Aufgaben der zum SAV zugelassenen Uhrmacherinnen und Uhrmacher werden im von [Uhrenhersteller] beigelegten SAV-Vertrag der Marke [...] definiert. In Anhang 2 dieses Vertrages werden die Reparaturen und Serviceleistungen, die eine zugelassene Uhrmacherin und ein zugelassener Uhrmacher durchführen darf, individuell aufgelistet. Auch bei [Uhrenhersteller] sind die auszuführenden Arbeiten von SAV-Partnern nach deren Komplexität gegliedert; [...].

29. Zudem werden den Uhrmacherinnen und Uhrmachern mit diesem Vertrag verschiedene Verpflichtungen auferlegt wie bspw. [...].

Lieferung Ersatzteile an unabhängige Uhrmacherinnen und Uhrmacher

30. [...].

31. In einigen Uhren der [...] -Marken seien gemäss [Uhrenhersteller] Uhrwerke enthalten, die nicht nur für [Uhrenhersteller]-Uhren gebraucht werden könnten (namentlich ETA-Uhrwerke) und die deshalb auch für unabhängige Uhrmacherinnen und unabhängige Uhrmacher bei anderen Herstellern (ETA) erhältlich seien. [...].

32. Für gewisse Marken und Modelle mache es [...] zufolge keinen Sinn, ein solches SAV-System einzuführen. Es sei ökonomisch gesehen für unabhängige Uhrmacherinnen und Uhrmacher nicht erstrebenswert, die Investitionen zu tätigen, die notwendig wären, um gewisse Uhrenmodelle, die selten verkauft würden und technisch sehr kompliziert seien, reparieren zu können, da die Nachfrage nach der Reparatur solcher Modelle sehr gering sei. Gleichzeitig wäre es auch für [Uhrenhersteller] eine grosse Belastung, die Zulassung und Ausbildung für die Reparatur solcher Uhren zu organisieren.

Austauschbarkeit von Ersatzteilen

33. Gemäss [Uhrenhersteller] müsse man bei den Uhrenbestandteilen unterscheiden zwischen Teilen der Habillage (Verkleidung), die nicht direkt mit dem Uhrwerk verbunden sind, und Teilen, die direkt mit dem Uhrwerk verbunden sind. Die Teile, die zur Habillage gehören, erhalte man typischerweise nur bei den entsprechenden Marken.

34. Bei den Teilen, die direkt mit dem Uhrwerk verbunden sind, müsse unterschieden werden zwischen jenen, die von Dritten (z.B. ETA) und solchen, die intern hergestellt werden. Solche, die von Dritten hergestellt werden (und nicht schon gezielt für eine bestimmte Marke erstellt wurden), könnten allenfalls auch bei Dritten bezogen werden. Bei Teilen, die markenintern hergestellt werden, sei die Uhrenmarke in der Regel die einzige Lieferantin.

¹⁰ Von Reparaturzentren, die lediglich eine Verpflichtungserklärung der Stufen 1 oder 2 unterschrieben haben, dürfen nur die für diese Stufe zugelassenen Ersatzteile bezogen werden.

A.3.1.3 [Uhrenhersteller]

35. Zu [Uhrenhersteller] gehören die folgenden Uhrmarken: [...]. Von [...] haben alle Unternehmen einen separaten Fragebogen beantwortet und eingereicht.

36. [...] hat im Jahr 2014 einen SAV-Vertrag eingeführt und seitdem [...] SAV-Partner zugelassen. [...] verfügt über keine schriftlichen Verträge für den SAV, arbeitet eigenen Aussagen zufolge mit [...] autorisierten SAV-Partnern zusammen. [...] verfügt über ein eigenes (internes) SAV-Zentrum, arbeitet daneben auch mit [...] autorisierten (externen) Servicecentern zusammen. Hinzu kommt, dass zugelassene Wiederverkäufer einen genügenden SAV erbringen müssen. [...] verfügt über schriftliche Verträge betreffend den SAV. [...] hat eigenen Angaben zufolge keinen SAV-Vertrag eingeführt und beliefert alle unabhängigen Uhrmacherinnen und Uhrmacher mit Ersatzteilen.

37. Aufgrund des Umstandes, dass [...] zahlreiche SAV-Arbeiten (auch für andere Marken von [...]) ausgeführt hat, wird illustrativ und stellvertretend für [...] für die nachstehenden Ausführungen auf die Angaben von [...] abgestellt.

38. Reparaturen an Uhren von [...] können durchgeführt werden von [...] selber, einem autorisierten Reparaturbetrieb oder einem autorisierten Einzelhändler (Wiederverkäufer).

Zulassung zum SAV

39. Gemäss dem ersten Anhang des SAV-Vertrags von [...] muss ein zugelassener Reparaturbetrieb (Reparateur) über ein sauberes, isoliertes Atelier verfügen, ein offizielles Uhrmacher-Diplom oder genügend Berufserfahrung mit gleichzeitiger Prüfung des Betriebs durch andere Luxusuhrenmarken vorweisen können und verschiedenes (teilweise spezifisches) Equipment haben.

[Aufgaben und Pflichten der zum SAV zugelassenen Unternehmen]

40. Im SAV-Vertrag von [...] werden folgende Verpflichtungen formuliert:

- Wenn die Uhrmacherin oder der Uhrmacher nicht alle Leistungen, für welche er das Produkt erhalten hat, erfüllen kann, schickt er das Produkt in das offizielle Reparaturzentrum von [...].
- Der Reparateur setzt für die Reparaturen nur Arbeitskräfte ein, die den qualitativen Kriterien entsprechen, er sorgt für einen schnellen und freundlichen Service und genügt den hohen qualitativen Anforderungen, die mit der Marke verbunden sind.
- Für alle Uhrmacherinnen und Uhrmacher, die Uhren reparieren wollen, welche ein intern produziertes Kaliber enthalten, ist eine Ausbildung obligatorisch. Bevor der Reparateur diesen Kurs nicht erfolgreich durchlaufen hat, hat er keinen Zugang zu Ersatzteilen für intern produzierte Uhrwerke.
- Der Reparateur muss während der ganzen Vertragsdauer die vertraglich vorgegebene Ausrüstung und die Werkzeuge in Stand halten. Der Reparateur kauft auf seine Rechnung alle zusätzlichen Werkzeuge o-

der die notwendige Ausrüstung (wie vom Lieferanten vorgeschrieben).

Lieferung Ersatzteile an unabhängige Uhrmacherinnen und Uhrmacher

41. Ein SAV-Partner darf nur Ersatzteile der Marke [...] kaufen, was er bei [...] oder einem anderen zugelassenen Einzelhändler beziehungsweise einer Uhrmacherin oder einem Uhrmacher tun kann, sofern sie ihren Sitz in der Schweiz haben. Zudem garantiert der SAV-Partner, dass die Ersatzteile von [...] nicht mit Dritten getauscht, Dritten zur Verfügung gestellt oder ihnen verkauft werden, ausser den Endverbraucherinnen und Endverbraucher oder anderen von [...] zugelassenen SAV-Partnern.

Austauschbarkeit von Ersatzteilen

42. [...] hat angegeben, dass gewisse Uhrwerke und generell alle Elemente der Verkleidung (das Zifferblatt, der Zeiger, das Gehäuse, das Armband, die Schliesse) markenspezifisch seien. [...] ergänzt, dass dies insbesondere auf die Beifügung der Marke [...] und das markeneigene Design dieser Elemente zurückzuführen sei.

A.3.1.4 [Uhrenhersteller]

43. Zu [Uhrenhersteller] [...].

44. SAV-Dienstleistungen werden entweder von [...] selber oder von [...].

45. [...] vereinbart mit ihren zugelassenen Wiederverkäufern keine spezifischen Verträge zum SAV. [...] schliesst mit den Wiederverkäufern selektive Vertriebsverträge betreffend den Verkauf von Uhren ab, [...].

Zulassung zum SAV

46. Zugelassen zum Produkteverkauf sind Wiederverkäufer, die den selektiven Vertriebsvertrag unterzeichnet haben. Den für den SAV relevanten Klauseln zufolge muss [...].

[Aufgaben und Pflichten der zum SAV zugelassenen Unternehmen]

47. Ein zugelassener Wiederverkäufer hat nach dem selektiven Vertriebsvertrag von [Uhrenhersteller] die folgenden Aufgaben wahrzunehmen bzw. die folgenden Leistungen zu erbringen. [...].

Lieferung Ersatzteile an unabhängige Uhrmacherinnen und Uhrmacher

48. In der Schweiz liefert [...] Ersatzteile nur an [...]. Die von [...] angegebenen Gründe hierfür sind, dass [...] es der Schutz der Konsumentin und des Konsumenten erfordere, dass der SAV nur Uhrmacherinnen und Uhrmacher anvertraut werde, deren Fähigkeiten strikt kontrolliert würden und die über das Werkzeug und die Ausrüstung verfügten, welche für die Vornahme von Interventionen (d.h. Arbeiten an einer Uhr) erforderlich seien.

Austauschbarkeit von Ersatzteilen

49. [...] gibt an, dass mit Ausnahme von Verbrauchsmaterialien wie Dichtungen, Schmier- oder Klebstoffen [...]. Deshalb handle es sich bei beinahe sämtlichen Teilen um nicht-substituierbare, [...]spezifische Teile.

A.3.1.5 [Uhrenhersteller]

50. [Uhrenhersteller] hat mit ihren Wiederverkäufern selektive Vertriebsverträge [...] betreffend den Verkauf von Uhren vereinbart. [...].

51. SAV-Dienstleistungen für Produkte der Marke [Uhrenhersteller] werden durchgeführt von [Uhrenhersteller] selber sowie von zum SAV zugelassenen Wiederverkäufern.

Zulassung zum SAV

52. [...]. Darin verpflichtet sich ein zugelassener Wiederverkäufer, SAV-Dienstleistungen für sämtliche [Uhrenhersteller]-Produkte zu garantieren, seien diese von der Garantie erfasst oder nicht und unabhängig vom Ort, wo ein Produkt gekauft wurde. Der zugelassene Wiederverkäufer kann die Arbeiten selber vornehmen oder von [Uhrenhersteller] ausführen lassen. Der SAV ist in Übereinstimmung mit [...] vorzunehmen.

53. Der Wiederverkäufer verpflichtet sich zudem, sicherzustellen, dass die Marge auf Reparaturen, die nicht von der Garantie gedeckt sind, nicht exzessiv ist und den Interessen von Kundinnen und Kunden Rechnung trägt.

54. [Der Vertrag] beschreibt die von [Uhrenhersteller], zugelassenen Wiederverkäufern und unabhängigen Reparaturzentren¹¹ zu erfüllenden Kriterien.

55. [Uhrenhersteller] gibt an, dass sie die Anzahl der zugelassenen SAV-Zentren für [Uhrenhersteller]-Uhren nicht beschränken möchte. Entscheidend sei einzig, dass eine Uhrmacherin und ein Uhrmacher ein Minimum an qualitativen Anforderungen erfülle, namentlich die folgenden:

- Erfolgreiches Absolvieren einer der kostenlosen Ausbildungskurse;
- Einhalten der Anforderungen an die Sauberkeit und Organisation des Reparaturateliers und
- Aufweisen unverzichtbarer Ausrüstung und Werkzeuge.

[Aufgaben und Pflichten der zum SAV zugelassenen Unternehmen]

56. Die [Aufgaben und Pflichten] sind für zugelassene Wiederverkäufer und zugelassene Uhrmacherinnen und Uhrmacher unterschiedlich. Zugelassene Wiederverkäufer

- sollen die Betreuung und die Nachsorge schnell und effizient vornehmen;
- müssen den Konsumentinnen und Konsumenten eine technische Beratung anbieten;
- sollen den empfohlenen Preisen von [Uhrenhersteller] Rechnung tragen¹²;
- verfügen über Kenntnisse der Produktlinien von [Uhrenhersteller] sowie ihre wesentlichen technischen Charakteristiken;
- haben ein gutes Verständnis der wichtigsten SAV-Arbeiten (Interventionen) und
- verfügen über komplette, regelmässig kontrollierte [Uhrenhersteller]-spezifische Geräte.

57. Zugelassene unabhängige Reparaturzentren

- beachten die von den Distributoren¹³ empfohlenen Reparaturpreise;
- verfügen über einen ausreichenden, qualifizierten Uhrmacher-Service mit kompetenten und erfahrenen Uhrmacherinnen und Uhrmachern, die einen technischen Erstausbildungskurs und periodische Auffrischkurse besuchen;
- haben administratives Personal mit guten Kenntnissen der gesamten [Uhrenhersteller]-Kollektion;
- müssen in einem adäquaten Lokal eingerichtet sein;
- müssen mit den erforderlichen Apparaten und Werkzeugen ausgerüstet sein und
- halten einen Lagerbestand an Ersatzteilen, der den Bedürfnissen seiner Distributionszone entspricht.

Lieferung Ersatzteile an unabhängige Uhrmacherinnen und Uhrmacher

58. [Uhrenhersteller] liefert Ersatzteile an Uhrmacherinnen und Uhrmacher sowie Wiederverkäufer, wenn sie für den SAV zugelassen sind.

Austauschbarkeit von Ersatzteilen

59. [Uhrenhersteller] gibt an, dass sämtliche [Teile der Habillage] wie bspw. das Gehäuse (inkl. Krone und Drücker), die Lunette (inkl. Schrauben und Federn), das Armband, Zifferblatt und der Zeiger [Uhrenhersteller]-spezifisch seien und nicht mit Komponenten anderer Marken ersetzt werden könnten.

60. Mouvements, die von [Uhrenhersteller] hergestellt sind, könnten ihren Angaben nach nicht mit einem Mouvement einer anderen Marke ausgetauscht werden. Mouvements, die von einem Lieferanten bezogen wurden, könnten physisch mit einem Mouvement eines ähnlichen Kalibertyps ersetzt werden. Allerdings stünden einem solchen Austausch zwei Hindernisse entgegen, nämlich die sog. COSC-Zertifizierung¹⁴ sowie die für alle COSC-zertifizierten Mouvements von [...].

A.3.1.6 [Uhrenhersteller]

61. SAV-Dienstleistungen für Produkte der Marke [...] werden durchgeführt von Unternehmen oder Institutionen, die zur [Uhrenhersteller]-Gruppe gehören, unabhängigen, autorisierten Wiederverkäufern und unabhängigen zugelassenen Servicecentern.

62. In der Schweiz hat [Uhrenhersteller] bis heute [...] SAV-Vertrag mit [...] abgeschlossen. Der SAV ist [...] geregelt.

¹¹ [...].

¹² Bei diesen handelt es sich gemäss [...] um empfohlene Preise, die Wiederverkäufer könnten einer Kundin oder einem Kunden einen anderen (als den empfohlenen) Preis anbieten. Dazu könnten noch Transport- und Managementkosten oder Rabatte hinzugerechnet werden.

¹³ [...].

¹⁴ [...].

Zulassung zum SAV

63. Generell hält [Uhrenhersteller] fest, dass nur Uhrmacherinnen und Uhrmacher, welche über eine spezifische Ausbildung verfügen, SAV-Dienstleistungen erbringen dürften. Deren «Interventionsniveau» müsse mindestens dem Kaliber einer Uhr entsprechen, die bearbeitet werden soll. Nur wenn eine Uhrmacherin oder ein Uhrmacher über entsprechende Ausbildungen verfüge, werde er für die Bearbeitung einer Uhr zugelassen.

[Aufgaben und Pflichten der zum SAV zugelassenen Unternehmen]

64. Im [...] ist festgehalten, dass ein Wiederverkäufer berechtigt ist, den Basis-Kundenservice auszuführen ([...]). Ausgeschlossen seien gemäss [Uhrenhersteller] sämtliche anderen Unterhalts- oder Reparaturarbeiten, die der Kompetenz einer Uhrmacherin oder eines Uhrmachers bedürften. Der Wiederverkäufer müsse über eine genügende Menge Ersatzteile verfügen, um einen schnellen und effizienten Kundenservice gewährleisten zu können.

65. Wiederverkäufer ohne zertifizierte Uhrmacherinnen und Uhrmacher dürften gemäss [Uhrenhersteller] ausschliesslich den Basis-Kundenservice ausführen. Seien weitergehende Interventionen an einer Uhr erforderlich, so habe ein Wiederverkäufer [...] weiterzuleiten, damit diese die erforderlichen SAV-Arbeiten vornehmen könne.

66. Die Prüfung der Kandidaturen folge einem standardisierten Zulassungsprozess, der auf qualitativen Kriterien beruhe. Die Verifikation beinhalte, dass [...] Uhrmacherinnen und Uhrmacher würden eine Basisausbildung sowie regelmässige Folgeausbildungen absolvie-

ren. [...]. Auf der Basis des technischen Tests, der Ausbildungen und der Qualität des Ateliers der Uhrmacherin oder des Uhrmachers bestimme [Uhrenhersteller] den zugelassenen Interventionsgrad für jedes Atelier, was ausschlaggebend dafür sei, welche Produkte dort repariert und unterhalten werden dürften. [Uhrenhersteller] habe verschiedene Schwierigkeitsniveaus für die Interventionen definiert, die global gleichermassen angewendet würden.

Lieferung Ersatzteile an unabhängige Uhrmacherinnen und Uhrmacher

67. [Uhrenhersteller] liefere Ersatzteile, die für einfache Dienste nötig sind, an alle Personen, die eine Uhrmacherausbildung haben. Bei diesen Ersatzteilen handle es sich z.B. um [...], usw. Die anderen Ersatzteile werden von [Uhrenhersteller] nur an die zum SAV zugelassenen Wiederverkäufer geliefert.

68. [Uhrenhersteller] gibt an, dass es sehr selten sei, dass Wiederverkäufer, die nicht zum SAV zugelassen sind, Ersatzteile nachfragen.

Austauschbarkeit von Ersatzteilen

69. Markenspezifisch und damit nicht substituierbar seien nach Angaben von [Uhrenhersteller] diejenigen Teile einer mechanischen Uhr oder einer Uhr mit Quarzwerk, die vollständig von [Uhrenhersteller] entwickelt und hergestellt wurden oder die von Drittlieferanten bezogen, aber von [Uhrenhersteller] spezifiziert wurden.

A.3.1.7 Übersicht

70. Im Sinne einer Übersicht präsentiert sich die Situation betreffend die SAV-Systeme der befragten Uhrenhersteller wie in der nachstehenden Tabelle dargestellt.

Tabelle 1: Übersicht der SAV-Systeme¹⁵

	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Selektives VS im Verkauf:	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja
Selektives VS im SAV:	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja
Spezieller Vertrag:	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Zulassung zum SAV						
Hersteller (eigenes Zentrum):	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja
Zugel. Wiederverkäufer:	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja
Zugel. unabh. Uhrmacher:	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Unabhängiger Uhrmacher:	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Teilweise austauschbar:	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Anzahl SAV-Fälle im Jahr 2016

71. Das Sekretariat hat die befragten Uhrenhersteller auch gebeten, die Anzahl erbrachter SAV-Dienstleistungen anzugeben. Eine entsprechende Übersicht gibt die nachfolgende Tabelle.

Tabelle 2: Anzahl Revisionen und andere Arbeiten im Jahr 2016¹⁶

[Geschäftsgeheimnis]

¹⁵ Anmerkungen zu den Angaben der [Uhrenhersteller]: [...].

¹⁶ Anmerkungen zu den Angaben der Hersteller: [...].

72. Betrachtet man die Tabelle 2, so fällt auf, dass nicht alle der befragten Unternehmen die Fälle nach Revisionen und anderen Arbeiten aufgeteilt haben. Darüber hinaus haben auch nicht alle Unternehmen angegeben, in wie vielen Fällen es sich um Garantiarbeiten handelt. Mehrere Unternehmen scheinen Reparaturarbeiten im Rahmen von Revisionen durchzuführen, d.h. Revisionsarbeiten scheinen offenbar in wenigen Fällen von Kundinnen und Kunden direkt nachgefragt zu werden (dies sagt bspw. [...] und auch [...] explizit, (vgl. Fn [...] und Rz [...]). Hinzu kommt, dass aus den Antworten nicht klar hervorgeht, in welchen Fällen der angegebenen und durchgeführten Revisionen solche auch (objektiv) notwendig waren.

A.3.2 Marktgegenseite

73. Zwecks Verifizierung der Darstellungen der Uhrenhersteller und um die kartellrechtlichen Problematiken, die mit den SAV-Systemen der Uhrenhersteller einhergehen können, einschätzen zu können, werden in diesem Abschnitt die Stellungnahmen der Marktgegenseite dargelegt. Begonnen wird mit den unabhängigen Uhrmacherinnen und Uhrmacher, gefolgt von den Wiederverkäufern und abgeschlossen mit dem [Verband]¹⁷.

A.3.2.1 Unabhängige Uhrmacherinnen und Uhrmacher

74. Der Einfachheit halber werden die Stellungnahmen der unabhängigen Uhrmacherinnen und Uhrmacher in konsolidierter Form wiedergegeben.

75. Von den unabhängigen Uhrmacherinnen und Uhrmachern wird zunächst bemängelt, dass von Uhrenherstellern für die Zulassung zum SAV die Anschaffung von spezifischem Werkzeug und Maschinen verlangt werde, was ihrer Ansicht nach nicht zwingend erforderlich sei, um SAV-Arbeiten ausführen zu können. Mehrere Uhrmacherinnen und Uhrmacher sagten aus, dass zahlreiche Werkzeuge und Maschinen für Werke verschiedener Uhrenhersteller verwendet werden könnten. Zudem überstiegen die von Uhrenherstellern geforderten Anforderungen an das Atelier in finanzieller Sicht die Möglichkeiten der unabhängigen Uhrmacherinnen und Uhrmacher. Kritisiert wurde auch, dass bestimmte Uhrenhersteller von SAV-Partnern verlangten, Uhren zu verkaufen; die befragten unabhängigen Uhrmacherinnen und Uhrmacher monierten dabei insbesondere den fehlenden Bezug zwischen dem Verkauf von Uhren und der Erbringung von SAV-Dienstleistungen für solche. Ins Feld geführt wurde von gewissen unabhängigen Uhrmacherinnen und Uhrmachern auch, dass der Berufsstand durch die SAV-Politik der Uhrenhersteller gefährdet sei; ohne Ersatzteile beziehen zu können bestünde für unabhängige Uhrmacherinnen und Uhrmacher kein Raum für die Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit.

76. Was die Nachteile der SAV-Politik der Uhrenhersteller angeht, so sagten mehrere der befragten unabhängigen Uhrmacherinnen und Uhrmacher aus, dass die Uhrenhersteller versuchen würden, das Preisniveau für SAV-Dienstleistungen zu erhöhen. Würden unabhängige Uhrmacherinnen und Uhrmacher uneingeschränkt mit Ersatzteilen beliefert, wären sie in der Lage, SAV-Arbeiten so durchzuführen, wie sie eine Konsumentin oder ein Konsument nachfrage, wodurch für sie oder ihn

keine Kosten für Arbeiten entstünden, die sie oder er gar nicht nachfrage. Zudem führten einige Uhrmacherinnen und Uhrmacher als Nachteil an, dass das Einschicken, Analysieren, Erstellen eines Kostenvoranschlags, Durchführen der erforderlichen Arbeiten an der Uhr und das Retournieren derselben in zeitlicher Hinsicht länger dauere, als wenn eine Uhrmacherin oder ein Uhrmacher die Arbeiten selber und direkt ausführen könne.

A.3.2.2 Wiederverkäufer

77. Die Stellungnahmen der Wiederverkäufer werden separat ausgewiesen, da diese nicht nur Uhren verkaufen, sondern auch (bestimmte) SAV-Dienstleistungen für die Uhrenhersteller erbringen. In diesem Sinne sind die meisten der befragten Wiederverkäufer zu den SAV-Systemen der Uhrenhersteller zugelassen.

[Wiederverkäufer]

78. [Wiederverkäufer] (nachfolgend: [...]) äussert [...] zum SAV-System der [...], welches sie als nachvollziehbar und auf vernünftiger Basis abgestützt einschätzt, insbesondere deshalb, weil sich die vertraglichen Verpflichtungen nicht auf eine Person, sondern auf das Atelier und dessen Ausstattung beziehen. Zum umgekehrten Schluss kommt [Wiederverkäufer] hinsichtlich der Verpflichtungen, welche die Uhrenhersteller [...] auferlegen; die entsprechenden Zertifizierungskriterien müssten auch vom Personal erfüllt werden. [Wiederverkäufer] führte diesbezüglich weiter aus, dass insbesondere die Vorgaben der [...] hinsichtlich spezifischer Werkzeuge, Starter-Kits und Schulungen [...] angemessen seien und [...] Kosten verursachen würden.

79. Was die Qualifikation von Uhrmacherinnen und Uhrmachern angeht, so gab [Wiederverkäufer] an, dass eine Uhrmacherin oder ein Uhrmacher mit abgeschlossener Berufsausbildung grundsätzlich in der Lage sei, SAV-Arbeiten an Uhren durchzuführen. Jedoch könne es die Komplexität einer Uhr erfordern, dass eine ausgebildete Uhrmacherin oder ein ausgebildeter Uhrmacher eine Markenausbildung benötige, um Uhren revidieren/repariieren zu können. Hinsichtlich der markenspezifischen Werkzeuge gab [Wiederverkäufer] an, dass diese nur in seltenen Fällen für mehrere Uhrenmarken verwendbar seien.

80. Zu den im Raum stehenden Vorwürfen (nachfolgend: im Raum stehende Vorwürfe)¹⁸ hielt [Wiederverkäufer] fest, dass sie davon ausgeht, dass es den Markenherstellern darum gehe, eine einwandfreie Service-Qualität zu gewährleisten. Dass Qualitätsanforderungen an die SAV-Partner gestellt und dass gewisse Unternehmen nicht mehr mit Ersatzteilen beliefert würden, sei für [Wiederverkäufer] nachvollziehbar. Doch sollten nach Ansicht von [Wiederverkäufer] die an SAV-Partner gestellten Anforderungen verhältnismässig bleiben und in dieser Hinsicht seien gewisse Uhrenhersteller [...]. [...].

¹⁷ Der [Verband] steht für die Interessen der unabhängigen Uhrmacherinnen und Uhrmacher ein.

¹⁸ Vgl. PETER SIEGENTHALER, Luxus-Uhr: Wenn Leidenschaft zur Leidenschaft wird, 2015, <https://www.swissinfo.ch/ger/wirtschaft/schweizer-markenhersteller-in-der-kritik_luxus-uhr--wenn-leidenschaft-zur-leidenschaft-wird/43167248> (06.06.2018). In diesem Artikel ist folgender Satz zu lesen: «Viele Uhrenfachgeschäfte erhalten von Schweizer Markenherstellern keine Ersatzteile mehr, weil diese den Service an sich reißen und monopolisieren wollen.».

81. Zu den Vorteilen, dass eine Uhrenmarke SAV-Arbeiten selber durchführt, hielt [Wiederverkäufer] zunächst fest, dass sie solche nicht ausschliessen könnte. Nach Ansicht von [Wiederverkäufer] möchte eine Konsumentin oder ein Konsument, dass seine Uhr kostengünstig und zeitnah repariert werde; Uhrenmarken, welche keine oder nur sehr eingeschränkt Ersatzteile an Retailer liefern, würden eine zeitnahe Reparatur [...] verhindern. Hinzu komme [Wiederverkäufer] zufolge, dass von [...] Uhrenmarken [...] zu früh eine komplette Revision angeboten werde, obwohl die Konsumentin oder der Konsument dies nicht wünsche. Nachvollziehbar sei für [Wiederverkäufer] hingegen, dass Reparaturen an komplizierten Funktionen (Tourbillon, Doppelchronograph etc.) nur von den Uhrenmarken ausgeführt werden sollten.

*[Wiederverkäufer]*¹⁹

82. [Wiederverkäufer] hält zur Anzahl durchgeführter Revisionen fest, dass der Anteil Revisionen, die von Endkundinnen und Endkunden nachgefragt würden, gemessen an der Anzahl gesamthaft durchgeführter Reparaturen [...] sei. [...].

83. Was die Zulassungskriterien für den SAV angeht, so werde (insbesondere von den Marken [...]) oft die Ausrüstung (Werkzeuge) geprüft; [...]. [Wiederverkäufer] merkte an, dass der Bezug von Ersatzteilen faktisch bislang auch immer möglich gewesen sei für Filialen, die noch nicht zertifizierte SAV-Partner [...]. Zulassungsverweigerungen für [...] würden meistens nicht mit der Ausbildung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, sondern mit der Ausrüstung (Geräten) begründet.

84. [Wiederverkäufer] sind keine Alternativen zu den Originalersatzteilen der Uhrenmarken bekannt. Für jede Uhr würden gemäss [Wiederverkäufer] Ersatzteile produziert, die zum spezifischen Produkt passen und für zehn Jahre halten sollten. Mit der Ausnahme von klassischen Lederbändern sei es fast unmöglich, andere Ersatzteile als die Originalersatzteile für eine Reparatur zu verwenden.

85. Hinsichtlich der zu tätigen Investitionen erachtet [Wiederverkäufer] diese in Bezug auf die Werkzeuge und die Ausbildung als [...], bauliche Massnahmen mussten keine vorgenommen werden.

86. In puncto Qualifikation der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter gab [Wiederverkäufer] an, dass bereits eine Verkäuferin oder Verkäufer ohne Uhrmacherausbildung, welche die nötigen Schulungskurse verfolgt habe, über die Qualifikation verfüge, einfache Uhrmacher-Arbeiten auszuführen (Band kürzen, Batterie wechseln, Wasserdichte prüfen etc.). Der Besuch der von den Uhrenherstellern angebotenen Kurse erlaube es Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, die [...] zu meistern. Grundsätzlich habe eine Uhrmacherin oder ein Uhrmacher mit abgeschlossener Berufsausbildung die Qualifikation, um sämtliche SAV-Arbeiten an Uhren durchzuführen. Es gebe nur eine Ausbildung zur Uhrmacherin oder zum Uhrmacher und daher keine Unterschiede in den Ausbildungsstandards.

87. [...].

88. Was den Verkauf von Uhren als Zulassungskriterium betrifft, so gab [Wiederverkäufer] an, dass beim Verkauf von Uhren einer bestimmten Marke [...] fast automatisch zum SAV an Uhren dieser Marke autorisiert werde ([...]). [...] Bezogen auf die Kompetenz der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von [Wiederverkäufer] und die Ausrüstung der Filialen sei der Verkauf von Uhren einer bestimmten Marke für die Erbringung von einfacheren SAV-Arbeiten an Uhren dieser Marke aus Sicht von [Wiederverkäufer] nicht erforderlich.

89. Zu den im Raum stehenden Vorwürfen äusserte sich [Wiederverkäufer] dahingehend, dass sie bis anhin keine Schwierigkeiten hatte, Ersatzteile zu beziehen, [...]. Eine gute Uhrmacherin oder ein guter Uhrmacher könne mit den entsprechenden Ersatzteilen die Arbeit in der gleichen Qualität wie der Hersteller durchführen. [...] Vorteile sieht [Wiederverkäufer] jedoch darin, dass ein Hersteller mit dem autorisierten SAV-Partner sicherstellen könne, dass SAV-Arbeiten für eine Marke in guter Qualität erledigt werden. [...].

[Wiederverkäufer]

90. [Wiederverkäufer] (nachfolgend: [...]) hält fest, dass sich die Ersatzteilbeschaffung schwierig gestalte. Zur Qualifikation für die Erbringung von SAV-Dienstleistungen sagte [Wiederverkäufer] aus, dass ihrer Ansicht nach zusätzlich zur Ausbildung Berufserfahrung erforderlich sei. Die Verknüpfung des Verkaufs von Uhren mit der Erbringung von SAV-Dienstleistungen sei nach Ansicht von [Wiederverkäufer] nicht zwingend nötig, doch schaffe diese Kombination Synergien im Verkauf und in der Administration. Zu den im Raum stehenden Vorwürfen meinte [Wiederverkäufer], dass die Qualitätssicherung im Bereich SAV wichtig sei, um die Werthaltigkeit einer Uhr beizubehalten.

[Wiederverkäufer]

91. [Wiederverkäufer] (nachfolgend: [...]) gab in Bezug auf die Frage, ob es Alternativen zu den Originalersatzteilen gäbe, an, dass sie ausschliesslich mit letzteren arbeiten würde. Die Investitionen, die mit der Zulassung zur Durchführung von SAV-Arbeiten verbunden sind, hielten sich gemäss [Wiederverkäufer] in Grenzen und beschränkten sich auf (Spezial-)Werkzeuge und eine Anzahl von Maschinen und Geräte. Die Investitionen in die Ausbildung würden sich auf Kurse bei den jeweiligen Marken beziehen.

92. Zur Mindestqualifikation, über die ein SAV-Partner erfolgen muss, meinte [Wiederverkäufer], dass eine Uhrmacherin oder ein Uhrmacher mit abgeschlossener Berufsausbildung grundsätzlich in der Lage sei, SAV-Arbeiten an Uhren durchzuführen. Jedoch sei gemäss [Wiederverkäufer] eine markenspezifische Weiterbildung unabdingbar, insbesondere für höhere Komplikationen (z.B. Tourbillon oder ähnliche).

¹⁹ [...].

93. Auf die Frage, ob ein SAV-Partner Werkzeuge und Maschinen, die er für den SAV an Uhren einer bestimmten Marke verwenden muss, auch für Uhren anderer Marken derselben Gruppe oder anderer Uhrenhersteller verwenden könne, meinte [Wiederverkäufer], dass dies grundsätzlich möglich sei. Doch seien markenspezifische Werkzeuge unabdingbar.

94. [Wiederverkäufer] zufolge sei der Verkauf von Uhren einer bestimmten Marke eher kein Kriterium, um für den SAV an Uhren dieser Marke autorisiert zu werden. Entscheidend sei für [...] hingegen, dass man auf den jeweiligen Marken die entsprechenden Kurse und markenspezifischen Ausbildungen wahrgenommen habe.

95. [Wiederverkäufer] meinte zum Lead im Swissinfo-Artikel (siehe Fn 18), dass der Satz *«Viele Uhrenfachgeschäfte erhalten von Schweizer Markenherstellern keine Ersatzteile mehr, weil diese den Service an sich reissen und monopolisieren wollen.»* nicht zutrefe, wenn die entsprechenden Kurse und Ausbildungen vollzogen und der SAV entsprechend autorisiert worden seien. Es bestehe gemäss [Wiederverkäufer] jedoch ein Trend dahin, dass die Markenhersteller Arbeiten an Uhren gerne selber durchführen wollten und die Autorisierung relativ strikt handhaben würden. [Wiederverkäufer] gab auf die Frage, ob es für Konsumentinnen und Konsumenten Vorteile gäbe, dass eine Uhrenmarke SAV-Arbeiten durchführe, an, dass dies unter dem Qualitätsaspekt sicher sinnvoll und begründet sein könne. [Wiederverkäufer] sieht kürzere Durchlaufzeiten und Lieferfristen für Kundinnen und Kunden (bei gleicher Qualität) als Vorteile, dass eine Uhrenmarke SAV-Arbeiten durch (ausgewählte) SAV-Partner durchführen lasse. [Wiederverkäufer] schätzt es als möglich ein, dass unabhängige Uhrmacherinnen und unabhängige Uhrmacher und Uhrengeschäfte SAV-Arbeiten zu «günstigeren Konditionen» vornehmen könnten.

[Wiederverkäufer]

96. [Wiederverkäufer] (nachfolgend: [...]) gab zunächst zu den im Raum stehenden Vorwürfen an, dass diese nur bedingt stimmen würden. [Wiederverkäufer] zufolge verhalte es sich so, dass wer keine markenspezifischen Schulungen besuche und das markeneigene Werkzeug nicht kaufe, keine Ersatzteile bestellen könne. Zur erforderlichen Ausbildung einer Uhrmacherin und eines Uhrmachers hielt [Wiederverkäufer] fest, dass eine ausgebildete Uhrmacherin-Rhabilleuse und ein ausgebildeter Uhrmacher-Rhabilleur²⁰ in der Lage sei, SAV-Arbeiten an Uhren auszuführen, da sie oder er auf Restaurationen und Revisionen spezialisiert sei. Eine Industrie-Uhrmacherin oder ein Industrie-Uhrmacher hingegen nur bedingt, da sie oder er auf die Produktion spezialisiert sei. Was die Vorteile für eine Konsumentin oder einen Konsumenten angeht, wenn sie oder er eine Uhr zu einem zugelassenen SAV-Partner gibt, meinte [Wiederverkäufer], dass dies für internationale Kundinnen und Kunden ein Vorteil sein könne, da sie so ihre Uhren weltweit in den jeweiligen Servicecentern abgeben könnten.

[Wiederverkäufer]

97. Zunächst hielt [Wiederverkäuferin] (nachfolgend: [...]) fest, dass sie nur mit Ersatzteilen von Lieferanten

beliefert werde, deren Uhrenmarken sie selbst verkaufe und mit denen ein Vertrag unterzeichnet worden sei. Selbst bei diesen Lieferanten seien die Lieferungen der Ersatzteile eingeschränkt und würden von den Maschinen abhängen, die [Wiederverkäufer] im Atelier hätte. Zu den im Raum stehenden Vorwürfen äusserte sich [Wiederverkäufer] dahingehend, dass die Uhrenhersteller mit der Monopolisierung des SAV die Preise bestimmen könnten und keine Konkurrenz hätten. Vorteile für eine Konsumentin oder einen Konsumenten gäbe es keine, wenn eine Uhrenmarke SAV-Arbeiten selber durchführe.

[Wiederverkäufer]

98. Zunächst führte [Wiederverkäufer] (nachfolgend: [...]) aus, dass der Umstand, dass gewisse Uhrenhersteller keine Ersatzteile an unabhängige Uhrmacherinnen und Uhrmacher liefern,²¹ dazu führe, dass diese keine SAV-Dienstleistungen an Uhren vornehmen könnten und diese an die Hersteller schicken müssten. Dieser Vorgang (der von der Konsumentin oder vom Konsumenten nicht gewünscht sei) führe in zweierlei Hinsicht zu Problemen: Erstens leide das Image von unabhängigen Uhrmacherinnen und Uhrmachern und Boutiquen darunter und zweitens würden die Kosten und die Wartezeit für die Konsumentin und den Konsumenten erhöht. Das wichtige Kriterium Ersatzteile zu erhalten sei an eine kommerzielle Partnerschaft mit einer Uhrenmarke geknüpft. In der Mehrheit der Fälle erleichtere die Vertretung einer Marke den Zugang zu Ersatzteilen (Fournituren), was nach Ansicht von [Wiederverkäufer] gleich in doppelter Hinsicht [...] sei: Die Uhrenmarken praktizierten eine [...] Vertriebspolitik und verwendeten Kriterien wie die geografische Lage, das Image oder die Präsenz oder Nichtpräsenz anderer Marken beim Verkaufspunkt. Die Vertretung einer Uhrenmarke gehe zudem mit Investitionen von CHF [...] bis CHF [...] Mio. einher.

99. [Wiederverkäufer] gab an, dass es Alternativen zu Ersatzteilen gäbe für Teile des Uhrwerks; hingegen sei es praktisch ausgeschlossen, Ersatzteile für Manufakturwerke, Teile wie die Krone, die Lunette, das Gehäuse oder Zeiger zu erhalten. Ebenso wenig seien Teile [Uhrwerken] erhältlich, die das Logo einer Marke enthalten.

100. Was die Investitionen angeht, die für die Zulassung zum SAV auf einen potenziellen SAV-Partner zukommen, bewegten sich diese laut [...] zwischen CHF [...] und CHF [...]; für [...] würden die Investitionen gar CHF [...] übersteigen.

101. Was die berufliche Qualifikation angeht, so führte [Wiederverkäufer] aus, dass ihrer Ansicht nach eine Grundausbildung (CFC horloger-rhabilleur) sowie eine drei- bis fünfjährige Praxiserfahrung in der Industrie oder einer Manufaktur erforderlich sei. Als Uhrmacherin und

²⁰ Unter «Rhabillage» ist die Instandstellung zu verstehen, d.h. bei einer Rhabilleuse oder einem Rhabilleur handelt es sich um eine ausgebildete Uhrmacherin oder um einen ausgebildeten Uhrmacher, der auf SAV-Dienstleistungen an Uhren spezialisiert ist.

²¹ [...] zufolge lieferten u.a. [...] und [...] Ersatzteile nur an zugelassene Wiederverkäufer.

Uhrmacher müsse man sich entscheiden, ob man als Generalistin oder als Generalist oder als Spezialistin oder Spezialist tätig sein wolle, wobei erstere sich ihrer fachlichen Grenzen bewusst sein sollten.

102. Hinsichtlich der für die Durchführung von SAV-Dienstleistungen erforderlichen Werkzeuge und Maschinen gab [Wiederverkäufer] an, dass bestimmte Werkzeuge und Maschinen, welche für die Kontrolle verwendet werden, für sämtliche Marken gebraucht werden könnten. Daneben bestünden jedoch Werkzeuge, die markenspezifisch sein müssten aufgrund der Form einer Uhr, des Uhrenglases oder des Verschlusses.

103. Was die im Raum stehenden Vorwürfe (vgl. Fn 18) angeht, so hielt [Wiederverkäufer] fest, dass der Satz die Realität nicht vollständig abbilde. Trotz sämtlicher Umstände seien die Uhrenhersteller in erster Linie um das Image ihrer Produkte bemüht und wollten daher sicherstellen, dass die Anliegen ihrer Kundinnen und Kunden (Konsumentinnen und Konsumenten) innert nützlicher Frist bestmöglich erledigt würden. Jedoch sieht [Wiederverkäufer] keinen Vorteil für eine Konsumentin und einen Konsumenten, seine Uhr über den SAV der entsprechenden Marke reparieren zu lassen. Ganz im Gegenteil sei das Anvertrauen der Uhr an eine unabhängige Uhrmacherin oder einen unabhängigen Uhrmacher vorteilhaft für eine Konsumentin oder einen Konsumenten, da die Dienstleistungen kostengünstiger und schneller durchgeführt würden. Darüber hinaus könne eine unabhängige Uhrmacherin oder ein unabhängiger Uhrmacher auf individuelle Wünsche einer Konsumentin oder eines Konsumenten eingehen. Diese Einschätzung gelte gemäss [Wiederverkäufer] für Komplikationen mit einfachen Mechanismen bis hin zu solchen mit einem gewissen Niveau. Als nachvollziehbar stuft [Wiederverkäufer] ein, dass Uhrenhersteller den Zugang zu gewissen Ersatzteilen in Abhängigkeit zur Komplexität der Uhrwerke lieferten, allerdings sollte dies anhand objektiver Kriterien erfolgen. [Wiederverkäufer] vertritt die Ansicht, dass eine Uhrenmarke ein Beurteilungsraster erstellen sollte, mit welchem die Expertise sowie die Maschinen und Werkzeuge einer unabhängigen Uhrmacherin oder eines unabhängigen Uhrmachers objektiv und messbar geprüft werden, damit dieser oder diesem die Möglichkeit offenstehe, die Konformität mit den aufgestellten Kriterien einrichten zu können. Auf diese Weise wäre eine Uhrmacherin oder ein Uhrmacher in der Lage frei darüber zu entscheiden, ob sie oder er sich gegenüber einer Marke verpflichten wolle.²²

A.3.2.3 [Verband]

104. Der [Verband] äusserte sich zur [...] Situation [...]. Bezüglich des SAV-Reparatursystems [...], dass der finanzielle Aufwand für die Ausstattung eines Ateliers im Verhältnis zum Ertrag für ausgeführte Reparaturen zu hoch (zwischen [...] und [...]) und [...] sei. In Bezug [...] speziell geformten Uhrenböden herstelle, die nur mit den entsprechenden [...]-Werkzeugen geöffnet werden könnten. Da [...] diese Werkzeuge nicht ausliefere, werde sich eine seriöse Uhrmacherin und ein seriöser Uhrmacher hüten, eine solche Uhr zu öffnen, da unweigerlich Beschädigungen am Gehäuse entstünden. Eine zusätzliche Sicherung, dass [...] Uhren nur bei [...] selber repariert werden könnten, [...], so dass diese in jedem

Fall beim Entfernen beschädigt würden und ersetzt werden müssten. Da [...], seien die Besitzer von [...] Uhren gezwungen, ihre Uhren zur Reparatur an [...] zu senden.

105. Zur Bedeutung des Umstandes für die Konsumentin und den Konsumenten, dass keine Uhren-Ersatzteile ausgeliefert werden, meinte der [Verband], dass die Art und der Umfang der an einer Uhr vorzunehmenden Arbeiten eine Frage der Kommunikation sei; die Kundin oder der Kunde entscheide, ob sie oder er für einen angemessenen tieferen Preis eine Teilreparatur wünsche mit entsprechend reduzierter Garantie und kürzerer Reparaturzeit oder doch lieber eine komplette Revision mit einem höheren finanziellen Engagement, einer umfassenden Garantie und, je nach Marke, einer Reparaturzeit von zwei bis drei Wochen bis zu einem halben Jahr und mehr. Diese Wahl könne die Konsumentin oder der Konsument jedoch nur vornehmen, wenn die Reparatur vor Ort mit den entsprechenden Original-Ersatzteilen ausgeführt werden könne. In den letzten Jahren seien die SAV-Abteilungen der Uhrenfirmen zu logistischen Kompetenzzentren umgebaut worden. [...] seien heute Realität und hätten mit der traditionellen Uhrenreparatur, wie sie in einzelnen traditionellen Uhrenateliers und in hochwertigen Uhren-Manufakturen ausgeführt würden, wenig zu tun.

106. Der [Verband] führte in rechtlicher Hinsicht aus, dass die Schweizer Uhrenhersteller auf den Märkten für Reparaturdienstleistungen und Ersatzteilversorgung eine marktbeherrschende Stellung einnehmen würden, da zum einen Ersatzteile ausschliesslich von Schweizer Uhrenherstellern bezogen werden könnten und zum anderen der Zugang zu diesen Märkten erhebliche Investitionen erfordere. Durch die von den Uhrenherstellern eingerichteten selektiven Reparatursysteme reservierten sich die Hersteller die Sekundärmärkte der Reparaturdienstleistungen und Ersatzteilversorgung für sich selbst, indem sie den unabhängigen Werkstätten den Zugang zu diesen Märkten verschliessen würden. Die Systeme der Uhrenhersteller schalteten nach Ansicht des [Verbands] den wirksamen Wettbewerb aus, da es keinen Wettbewerb zwischen den Uhrenherstellern und den unabhängigen Ateliers und Werkstätten gebe. Der [Verband] erachtet daher die Voraussetzungen für die Eröffnung einer Untersuchung i.S.v. Art. 27 KG als gegeben.

A.3.3 Erkenntnisse der Marktbefragungen

107. Betrachtet man die Stellungnahmen der Uhrenhersteller und der Marktgegenseite, so erhellt, dass die Darstellung der erstgenannten im Lichte der Angaben der unabhängigen Uhrmacherinnen und Uhrmacher, der Wiederverkäufer sowie des [Verband] in bestimmten Punkten Fragen aufwerfen. Namentlich geht aus den Antworten der Befragten hervor, dass die Uhrenhersteller im Wesentlichen ihre SAV-Systeme aus Gründen der

²² Zu dieser Aussage von [...] gilt es festzuhalten, dass diejenigen Uhrenhersteller, welche den Verkauf von Uhren nicht als Zulassungskriterium für die Zulassung zu den SAV-Systemen voraussetzen, angegeben haben, dass sie die entsprechenden Kriterien potenziellen SAV-Partnern zustellen. Somit geht das Sekretariat davon aus, dass sich die Aussage von [...] wohl auf die SAV-Systeme von Herstellern bezieht, welche den Verkauf von Uhren als Zulassungskriterium voraussetzen.

Qualität eingeführt haben und entsprechend der (hohen) Qualität der von ihnen produzierten Uhren hohe Anforderungen an den SAV stellen. Dieser Punkt wird von den Wiederverkäufern grundsätzlich nicht in Frage gestellt; die unabhängigen Uhrmacherinnen und Uhrmacher als auch der [Verband] erachten die SAV-Systeme der Uhrenhersteller dagegen eher als Mittel, mit welchem Konsumentinnen und Konsumenten dazu gezwungen werden sollten, SAV-Arbeiten bei den Herstellern durchführen zu lassen. Wie die SAV-Systeme der Uhrenhersteller in kartellrechtlicher Sicht einzuordnen sind, darauf wird an späterer Stelle eingegangen. Zusammenfassend lässt sich Folgendes festhalten:

Uhrenhersteller

- (i) Die SAV-Arbeiten werden entweder von den Herstellern selber oder von ihnen autorisierten Servicepartnern durchgeführt. Dementsprechend werden auch nur autorisierte Servicepartner mit Ersatzteilen beliefert.
- (ii) Komplexere Arbeiten (z.B. Arbeiten, welche die Öffnung des Gehäuses erfordern) werden i.d.R. von den Uhrenherstellern selber vorgenommen.
- (iii) Die Uhrenhersteller argumentieren allesamt damit, dass ihre SAV-Systeme ein bestimmtes Qualitätsniveau für SAV-Arbeiten sicherstellen sollten.
- (iv) Gewisse Uhrenhersteller setzen für die Zulassung zum SAV-System den Produkteverkauf voraus, so namentlich [...].
- (v) Ersatzteile für Uhren sind – mit Ausnahme von bestimmten Standard-Uhrwerken – grundsätzlich markenspezifisch und dementsprechend nicht austauschbar.

Marktgegenseite

- (i) Für die Zulassung zum SAV müssen unabhängige Uhrmacherinnen und Uhrmacher Investitionen tätigen, so namentlich hinsichtlich der Anschaffung spezifischer Werkzeuge und Maschinen, Schulungen oder punktuell auch in Bezug auf die Räumlichkeiten.
- (ii) Unabhängige Uhrmacherinnen und Uhrmacher sind in der Lage, auf Konsumentenwünsche spezifisch einzugehen, d.h. diejenigen Arbeiten vorzunehmen (und in Rechnung zu stellen), die von einer Kundin oder einem Kunden nachgefragt werden. Der SAV-Prozess der Uhrenhersteller ist im Vergleich dazu eher als standardisiert einzustufen.
- (iii) Da Ersatzteile für Uhren grundsätzlich nicht austauschbar sind, führt der Umstand, dass unabhängige Uhrmacherinnen und Uhrmacher (wenn sie nicht zum SAV zugelassen sind) von bestimmten Uhrenherstellern nicht mit Ersatzteilen beliefert werden, dazu, dass diese somit keine SAV-Arbeiten an entsprechenden Uhren durchführen können.
- (iv) Im Allgemeinen stufen die unabhängigen Uhrmacherinnen und Uhrmachern sowie der [Verband] die SAV-Systeme der Uhrenhersteller als existenzbedrohend ein.

A.4 Verfahren in der EU

108. Wie bereits erwähnt wurde, war bei der Europäischen Kommission (nachfolgend: EU-Kommission) ein gleichläufiges Verfahren hängig. Die Erkenntnisse der EU-Kommission beeinflussen nach Ansicht des Sekretariats die vorliegende Vorabklärung in einigen Punkten, worauf an den entsprechenden Stellen dieses Berichts eingegangen wird. Der Übersicht halber wird hier zunächst das Verfahren der EU-Kommission kurz dargestellt.

109. Im Jahr 2004 beschwerte sich der Europäische Uhrmacherverband (Confédération européenne des Associations d'Horlogers-Réparateurs, nachfolgend: CEAHR²³) bei der EU-Kommission darüber, dass Hersteller von Prestige-/Luxusuhrwerken²⁴ europäisches Wettbewerbsrecht verletzen, indem sie sich weigerten, Ersatzteile an unabhängige Reparaturbetriebe zu liefern und diese vom Markt verdrängen würden. Am 10. Juli 2008 entschied die EU-Kommission, auf die Beschwerde mangels unionsweiter Bedeutung nicht einzutreten. Die EU-Kommission argumentierte, dass die Beschwerde einen Sektor betreffe, der von beschränkter ökonomischer Bedeutung sei, die Sache von nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichten besser beurteilt werden könnte und dass die Wahrscheinlichkeit, einen Verstoss gegen das EU-Wettbewerbsrecht zu finden, als nicht sehr hoch einzustufen sei. Dagegen erhob der CEAHR Klage beim Gericht der Europäischen Union (nachfolgend: EuG).

110. Mit Urteil vom 15. Dezember 2010 hob das EuG den Entscheid der EU-Kommission auf, weil diese in ihrem Entscheid in Bezug auf die Beschwerde des CEAHR Ermessensfehler begangen und den Entscheid unzureichend begründet habe.

111. Am 1. August 2011 entschied die EU-Kommission, im Nachgang zum EuG-Urteil, ein formelles Verfahren zu eröffnen, um die Sachlage zu klären. Am 29. Juli 2014 informierte die EU-Kommission die Öffentlichkeit darüber, dass sie das Verfahren eingestellt habe, weil sie zum Schluss gekommen sei, dass der Aufwand, den eine genauere Untersuchung erforderlich machen würde, in keinem Verhältnis zu der geringen Wahrscheinlichkeit stehe, Verstöße gegen das EU-Kartellrecht nachzuweisen.²⁵

112. Am 7. Oktober 2014 hat der CEAHR eine Klage beim EuG gegen den Entscheid der EU-Kommission erhoben und rügte die folgenden sechs Punkte:

²³ <<http://www.ceahr.org/>> (06.06.2018).

²⁴ In der Beschwerde beanstandet wurden die Verhaltensweisen der folgenden Unternehmen: Swatch Group, Richemont, LVMH, Rolex, Audemars Piguet und Patek Philippe SA. Gegen diese Unternehmen und die folgenden weiteren Unternehmen eröffnete die EU-Kommission ein formelles Verfahren: Sowind S.A., PPR, Breitling, Eberhard & Co. S.A., Cronomar S.A. und Diarsa. Vgl. Rückweisungsentscheid der EU-Kommission vom 29.07.2014, Rz 1 f. und Rz 8, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39097/39097_3128_4.pdf> (06.06.2018).

²⁵ Vgl. Pressemitteilung der EU-Kommission vom 05.08.2011, <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-952_de.htm> (06.06.2018) sowie Web-Statement der EU-Kommission vom 29.07.2014, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39097/39097_7_3089_3.pdf> (06.06.2018).

Die EU-Kommission habe einen Fehler begangen bei

- (i) der Beschreibung der Marktmacht der Schweizer Uhrenhersteller;
- (ii) der Beurteilung eines Missbrauchs durch die Weigerung der Schweizer Uhrenhersteller an unabhängige Uhrmacherinnen und Uhrmacher zu liefern;
- (iii) der Beurteilung der objektiven Rechtfertigung der selektiven Systeme im Bereich SAV und
- (iv) der Beurteilung des Bestehens einer Absprache oder abgestimmten Verhaltensweise.

Daneben warf der CEAHR der EU-Kommission vor, einen Verstoss gegen die Begründungspflicht sowie einen Verstoss gegen den Grundsatz der ordnungsgemässen Verwaltung begangen zu haben.

113. Mit Urteil vom 23. Oktober 2017²⁶ wies das EuG die Klage des CEAHR in sämtlichen Punkten ab.

B Erwägungen

114. Aufgrund des oben Dargelegten gilt es die Frage zu klären, wie die SAV-Systeme der Uhrenhersteller in kartellrechtlicher Sicht einzuordnen sind. In den überaus meisten Fällen beruhen die SAV-Systeme auf individuellen (vertraglichen) Vereinbarungen, was eine Subsumtion unter Art. 5 KG nahe legt. Abhängig von der Marktabgrenzung ist indes auch denkbar, dass die Verhaltensweisen der Uhrenhersteller im Lichte von Art. 7 KG relevant sein könnten. Die folgenden Ausführungen sind daher so gegliedert, dass in einem ersten Schritt geprüft wird, ob die SAV-Systeme Wettbewerbsabreden darstellen und gegebenenfalls im Anschluss, ob es Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Abreden als unzulässig einzustufen sind. Schliesslich wird auch die Frage geprüft, ob Anhaltspunkte für das Bestehen allfälliger marktbeherrschender Stellungen resp. entsprechend unzulässiger Verhaltensweisen bestehen.

B.1 Geltungsbereich

115. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG).

116. 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).

117. Der Geltungsbereich ist in casu gegeben, sodass das Kartellgesetz zur Anwendung kommt. Bei den Uhrenherstellern handelt es sich um Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG, sachlich wird geprüft, ob unzulässige Wettbewerbsabreden oder Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen vorliegen und in örtlicher Hinsicht wirken sich die in Rede stehenden Verhaltensweisen der Uhrenhersteller in der Schweiz aus.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

118. 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).²⁷ 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).

119. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen.

B.3 Unzulässige Wettbewerbsabreden

120. Nach Art. 5 Abs. 1 KG sind 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, unzulässig.

121. Im Folgenden wird geprüft, ob in casu Wettbewerbsabreden vorliegen, welche im erwähnten Sinne als unzulässig einzustufen sind. Namentlich prüft das Sekretariat die SAV-Systeme der Uhrenhersteller, welche hauptsächlich Gegenstand der Beschwerden waren und zur Eröffnung dieser Vorabklärung Anlass gegeben haben. Die folgenden Ausführungen sind so gegliedert, dass zunächst geprüft wird, ob in concreto die SAV-Systeme als Wettbewerbsabreden zu qualifizieren sind im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG und bejahendenfalls im Anschluss, ob es Anhaltspunkte für deren Unzulässigkeit gibt im Sinne von Art. 5 KG.

B.3.1 Wettbewerbsabrede

122. 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).

123. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch zwei Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.

124. Die Zulassungskriterien für die Erbringung von SAV-Dienstleistungen werden von den meisten Uhrenherstellern in (vertriebs-)vertraglichen Dokumenten festgehalten, wobei manche Uhrenhersteller für den SAV

²⁶ <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=195810&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1237631>> (06.06.2018).

²⁷ Vgl. dazu ausführlich Urteil des BGer 2C_73/2014 vom 28.01.2015, RPW 2015/1, 131, *Sanktionsverfügung: Hors-Liste Medikamente (Publikumspreisempfehlung betreffend Cialis, Levitra und Viagra)*.

separate Dokumente erstellt haben. Für die Zulassung zum SAV ist es somit erforderlich, dass Wiederverkäufer, die SAV-Dienstleistungen erbringen wollen, vertragliche Verpflichtungen mit den Uhrenherstellern eingehen.

125. Bei diesen vertraglichen Verpflichtungen handelt es sich um Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. Das bewusste und gewollte Zusammenwirken ist ohne Weiteres zu bejahen, da die entsprechenden Verträge rechtlich verbindlich sind. Auch das Kriterium des Bezweckens oder Bewirkens einer Wettbewerbsbeschränkung ist nach Ansicht des Sekretariats zu bejahen, denn mit den Zulassungskriterien, mit welchen die Uhrenhersteller SAV-Partner auswählen, wird ein bestimmter Teil der Reparateure von der Erbringung von entsprechenden Dienstleistungen ausgeschlossen. Wie noch aufgezeigt wird, handelt es sich bei den SAV-Systemen der Uhrenhersteller um selektive Vertriebssysteme (vgl. Rz 129 ff.). Diese können zu einem Verlust an markeninternem Wettbewerb (Intrabrand-Wettbewerb) und zu einer Aufweichung des Wettbewerbs sowie zu einer Erleichterung von Kollusion unter Anbietern oder Abnehmern führen.²⁸ Bei den Abreden handelt es sich um vertikale, da die Uhrenhersteller und die Wiederverkäufer bzw. Reparateure auf unterschiedlichen Marktstufen tätig sind.

B.3.2 Erhebliche Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG

126. Vorab ist festzuhalten, dass diese Vorabklärung keine Hinweise zu Tage gefördert hat, die auf das Vorliegen vertikaler Abreden über Mindest- oder Festpreise oder Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden, im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG hindeuten. Es ist nicht vom Vorliegen von Abreden auszugehen, welche nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Sachen Gaba als grundsätzlich erheblich einzustufen sind.²⁹

127. Daher ist zu prüfen, ob die Abreden zwischen den Uhrenherstellern und ihren SAV-Partnern als erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu qualifizieren sind. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Sachen Gaba kann die Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede mit quantitativen und mit qualitativen Kriterien bestimmt werden, wobei es keineswegs sowohl einer quantitativen als auch qualitativen Erheblichkeit bedarf. Ist deshalb das qualitative Element sehr wichtig, so bedarf es kaum eines quantitativen Elements. Gibt es demgegenüber keine qualitativen Elemente oder nur solche mit geringem Gewicht, so ist die Erheblichkeitsschwelle (vor allem) durch quantitative Elemente zu bestimmen. Quantitative und qualitative Erheblichkeit verhalten sich demnach wie zwei kommunizierende Röhren.³⁰

128. Vor diesem Hintergrund gilt es in einem ersten Schritt zu prüfen, ob im vorliegenden Fall von Abreden auszugehen ist, die gemäss Praxis der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) dem Gegenstand nach als qualitativ schwerwiegend einzustufen sind (Ziff. 12 Abs. 2 VertBek³¹).

129. Die Betrachtung der Systeme, mit denen die befragten Uhrenhersteller ihren SAV organisiert haben,

zeigt, dass es sich dabei um selektive Vertriebssysteme handelt im Sinne von Ziff. 4 Abs. 1 VertBek. Die befragten Uhrenhersteller wählen ihre Partner (Uhrmacherinnen und Uhrmacher), welche zur Durchführung von SAV-Arbeiten autorisiert sind, aufgrund festgelegter Merkmale aus. Nur die ausgewählten Partner sind berechtigt, SAV-Arbeiten durchzuführen, und nur solche werden mit entsprechend benötigten Ersatzteilen beliefert. Diese Teile dürfen den vertraglichen Vereinbarungen zufolge von den zugelassenen Partnern auch nicht an nicht zugelassene Uhrmacherinnen und Uhrmacher verkauft werden (vgl. Rz 9 ff.). Damit sind die Voraussetzungen für die Qualifikation als selektive Vertriebssysteme gegeben. Die vertraglichen Verpflichtungen, welche Partner mit den Uhrenherstellern eingehen (müssen), um zum SAV zugelassen zu werden, sind als vertikale Wettbewerbsabreden über den selektiven Vertrieb einzustufen.

130. Diese Abreden sind indes keinem der in Ziff. 12 Abs. 2 VertBek genannten Typen zuzuordnen³², die von der WEKO als dem Gegenstand nach als qualitativ schwerwiegend betrachtet werden. Somit kann betreffend das qualitative Element festgehalten werden, dass nicht von als «sehr gewichtig» einzustufenden Abreden auszugehen ist. Das qualitative Element, das von den hier interessierenden Abreden betroffen ist, ist in der Beschränkung des Intrabrand-Wettbewerbs zu sehen; die Erheblichkeitsschwelle ist alleine deswegen nach Ansicht des Sekretariats nicht als erreicht zu betrachten.

B.3.2.1 Unerheblichkeit von rein qualitativem Selektivvertrieb

131. Die befragten Uhrenhersteller begründeten ihre Vertriebssysteme betreffend den SAV vornehmlich damit, dass die Qualität von SAV-Arbeiten gewährleistet werden soll. Daher drängt sich die Frage auf, ob die selektiven Vertriebssysteme der Uhrenhersteller als rein qualitativ im Sinne von Ziff. 14 VertBek qualifiziert werden können.

132. Nach Ziff. 14 VertBek führen Abreden, die einen rein qualitativen Selektivvertrieb zum Gegenstand haben, nicht zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung, sofern kumulativ die drei folgenden Voraussetzungen gegeben sind:

- Die Beschaffenheit des fraglichen Produkts muss einen selektiven Vertrieb erfordern, d.h., ein solches Vertriebssystem muss ein Erfordernis zur Wahrung der Qualität und zur Gewährleistung des richtigen Gebrauchs des betreffenden Produkts sein;

²⁸ Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen, ABl. C 130 vom 19.05.2010 S. 1 (EU-Vertikalleitlinien), Rz 175.

²⁹ BGE 143 II 297, E.5.2.5.

³⁰ BGE 143 II 297, E.5.2.2.

³¹ Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden, Vertikalbekanntmachung, VertBek.

³² Namentlich liegt keine Konstellation i.S.v. Ziff. 12 (2) Bst. e VertBek vor, da nicht der Anbieter (Uhrenhersteller) daran gehindert wird, Ersatzteile an Endverbraucher, Reparaturbetriebe oder andere Dienstleister zu verkaufen, die der Abnehmer nicht mit der Reparatur oder der Wartung seiner Waren betraut hat, sondern liegen Beschränkungen des Verkaufs an nicht zugelassene Händler vor (Ziff. 12 (2) Bst. b) (iii) VertBek.

- die Wiederverkäufer müssen aufgrund objektiver Kriterien qualitativer Art ausgewählt werden. Diese sind einheitlich festzulegen, allen potenziellen Wiederverkäufern zur Verfügung zu stellen und unterschiedslos anzuwenden und
 - die aufgestellten Kriterien dürfen nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist.
133. Was diese Kriterien angeht, so gab der überwiegende Teil der befragten Uhrenhersteller sowohl an, dass der SAV einen selektiven Vertrieb erfordere als auch, dass dieser rein qualitativ ausgestaltet sei.

Tabelle 3: Angaben der Uhrenhersteller zu ihren Vertriebssystemen

Uhrenhersteller	Selektiver Vertrieb SAV		Rein qualitativ
	Ja	Nein	
[...]	X		X
[...]	X		X
[...]	X		X
[...]	X		X
[...] ³³		X	
[...] ³⁴	X		X
[...]	X		X
[...]	X		X
[...]	X		X
[...]	X		X
[...]	X		X
[...] ³⁵		X	
[...]	X		X
[...]	X		X
[...]	X		X
[...]	X		X
[...] ³⁶		X	

134. Illustrativ werden die Begründungen aufgezeigt, welche einige Uhrenhersteller bezüglich der Notwendigkeit ihrer selektiven Vertriebssysteme für den SAV vorgetragen haben.

- (i) [...] argumentierte mit der Komplexität mechanischer [...]Uhren und dem Umstand, dass diese aus [...]spezifischen Teilen bestünden, sodass ausschließlich von [...] ausgebildete Uhrmacherinnen und Uhrmacher in der Lage seien, die Minimalstandards für Revisionen und Reparaturen einzuhalten. Das von [...] vorausgesetzte Qualitätsniveau könne eine Uhrmacherin und ein Uhrmacher nur dann er-

reichen, wenn sie oder er [...]Ausbildungskurse besucht habe und über [...]spezifische Werkzeuge und Ausrüstung verfüge. Die Kontrolle des Vertriebs von Ersatzteilen diene dem Schutz der Konsumentin oder des Konsumenten vor Fälschungen.

³³ [...].

³⁴ [...].

³⁵ [...].

³⁶ [...].

- (ii) [...] führte aus, dass die Einführung eines selektiven Vertriebssystems für den SAV notwendig sei, um die Qualität von Uhren ihrer Marke zu bewahren, deren richtiges Funktionieren sicherzustellen, eine erhöhte und einheitliche Qualität von Reparaturdienstleistungen sicherzustellen und Fälschungen vorzubeugen. Die Vielzahl der Modelle und Uhrwerks-Kalibern, die von [...] entwickelt und hergestellt worden sind, erforderten eine spezielle Ausbildung der Servicepartner.
- (iii) [...] führte aus, dass das Erfüllen der qualitativen objektiven Kriterien sicherstelle, dass das Vertriebsnetz aus qualifizierten und fähigen SAV-Partnern bestehe, die sachgemäss SAV-Arbeiten mit der dafür erforderlichen Ausrüstung vornehmen. Damit werde die Qualität der SAV-Arbeiten sichergestellt und eine verbesserte Dienstleistungsqualität für die Endkundin und den Endkunden erzielt. Umgekehrt führten bspw. wegen ungenügendem Knowhow oder technisch nicht ausreichendem Werkzeug unsachgemäss instand gesetzte Uhren zu unzufriedenen Kundinnen und Kunden, was der Reputation der Marke und nicht der unqualifizierten Uhrmacherin oder dem unqualifizierten Uhrmacher schade. Die Servicepartner würden aufgrund objektiver Kriterien qualitativer Art ausgewählt, die einheitlich ([...]) festgelegt, sämtlichen potenziellen Partnern zur Verfügung gestellt und unterschiedslos angewendet.
- (iv) [...] argumentierte damit, dass ihre Uhren eine kostspielige Investition für Konsumentinnen und Konsumenten seien und diese wüssten, dass der SAV ein notwendiges Element darstelle, um das langfristig gute Funktionieren sicherzustellen sowie den Wertverlust einer Uhr zu begrenzen. Entscheide sich eine Konsumentin und ein Konsument dazu, einen Unterhaltsservice oder eine Reparatur an seiner Uhr durchzuführen, erwarte er, dass diese Arbeiten verfügbar seien und Servicepartner in der Lage seien, eine Reparatur von Qualität durchzuführen. Daher sei es wichtig, ein selektives Reparatursystem zu installieren, mit welchem ein Uhrenhersteller überprüfen könne, dass die Kompetenzen, die Werkzeuge vorhanden und die Infrastruktur von Reparaturateliers geeignet seien und es erlauben, erforderliche Reparaturen durchzuführen, damit eine Konsumentin oder ein Konsument einen SAV von hoher Qualität erhalte.
- (v) [...] gab an, ein (rein qualitatives) selektives Vertriebssystem für den SAV-Bereich eingeführt zu haben, um sicherzustellen, dass die Reparaturarbeiten an Uhren ihrer Marke einheitlich und in hoher Qualität ausgeführt werden in Übereinstimmung mit den Merkmalen und der Reputation von [...]Uhren. [...] sei bemüht, das Risiko zu minimieren, dass unsachgemässe oder schlecht ausgeführte Reparaturen sich auf das Image der Marke und die Qualität sowie den Gebrauch auswirken. Kundinnen und Kunden seien nicht in der Lage, die Qualität einer Reparatur zu beurteilen und könnten daher auch nicht einschätzen, ob die Fehlfunktion einer Uhr auf eine schlechte Reparatur oder die Qualität einer Uhr zurückzuführen sei.
135. Diesen Vorbringen der Uhrenhersteller lässt sich die Gemeinsamkeit entnehmen, dass für diese ein selektives Vertriebssystem aus Qualitätsgründen erforderlich ist; namentlich bedingten SAV-Arbeiten an Uhren eine bestimmte Qualität, was von Konsumentinnen und Konsumenten erwartet werde. Mit einem selektiven Vertriebssystem im Bereich von SAV-Dienstleistungen könne sichergestellt werden, dass das Markenimage nicht (durch unsachgemäss durchgeführte Arbeiten) in Mitleidschaft gezogen werde. Das Argument der Uhrenhersteller, dass mit einem selektiven Vertriebssystem die Qualität des SAV für Uhren sichergestellt werden könne, wird von der Marktgegenseite nicht grundsätzlich in Abrede gestellt.
136. Hinsichtlich der Auswahl der Wiederverkäufer (SAV-Partner) aufgrund objektiver Kriterien qualitativer Art, die einheitlich festzulegen und allen potenziellen Partnern zur Verfügung zu stellen sowie unterschiedslos anzuwenden sind, lieferten die Uhrenhersteller die nachfolgend tabellarisch festgehaltenen Informationen.

Tabelle 4: Angaben der Uhrenhersteller zur Ausgestaltung ihrer Vertriebssysteme

Uhrenhersteller/-innen	Objektive Kriterien qualitativer Art	Einheitlich festgelegt	Potenziellen Partnern/-innen zur Verfügung gestellt
[...]	Ja ³⁷	Ja	[...]
[...]	Ja	Ja	[...]
[...]	Ja	Ja	[...]³⁸
[...]	Ja	Ja ³⁹	[...]
[...]	Ja	Ja	[...]⁴⁰

³⁷ [...].³⁸ [...].³⁹ [...].⁴⁰ [...].

Uhrenhersteller/-innen	Objektive Kriterien qualitativer Art	Einheitlich festgelegt	Potenziellen Partnern/-innen zur Verfügung gestellt
[...]	Ja	Ja	[...]
[...]	Ja	Ja	[...] ⁴¹
[...]	Ja	Ja	[...]
[...]	Ja	Ja	[...]
[...]	Ja	Ja	[...]

[...].

137. Bei den von den Uhrenherstellern für die Zulassung zum SAV aufgestellten Selektionskriterien handelt es sich im Wesentlichen um solche betreffend

- die Ausbildung und Erfahrung des Personals, welches SAV-Arbeiten durchführt;
- die Infrastruktur der Räumlichkeiten, in welchen SAV-Arbeiten durchgeführt werden sowie
- Vorhandensein von geeigneten (markenspezifisch erforderlichen) Werkzeugen und Maschinen.

138. Diese Kriterien lassen sich objektiv messen und sind nach Ansicht des Sekretariats in den weitaus meisten Fällen auch so formuliert, dass sie für einen potenziellen SAV-Partner (Uhrmacherinnen und Uhrmacher) nachvollziehbar sind. Dieser ist somit nach Einschätzung des Sekretariats in der Lage zu beurteilen, ob er die Selektionskriterien erfüllt bzw. einzuschätzen, welche zusätzlichen Massnahmen er ergreifen müsste, um die Kriterien zu erfüllen. Einzig bei [...] – die über keine schriftlichen Dokumente verfügt –, könnte man sich die Frage stellen, ob die Zulassungskriterien als einheitlich festgelegt zu betrachten sind.

139. Betrachtet man die vorstehende Tabelle 4, so erhellt, dass – [...] – sämtliche anderen Uhrenherstellerangaben, dass die [...]. Die von den Uhrenherstellern eingereichten Dokumente, in welchen die Zulassungskriterien festgehalten sind, zeigen zudem nicht nur, dass die Kriterien klar und einheitlich festgehalten sind, sondern lassen auch darauf schliessen, dass sie unterschiedslos angewendet werden, da sie mit einer Vielzahl von SAV-Partnern abgeschlossen werden. In diesem Zusammenhang gilt es hinsichtlich der Vorwürfe unabhängiger Uhrmacherinnen und Uhrmacher (vgl. Rz 1 f.) darauf hinzuweisen, dass mehrere Angaben, gar nicht erst ein Gesuch um Zulassung zum SAV gestellt zu haben, sondern eher die Ansicht vertreten wird, dass die Uhrenhersteller zur Lieferung von Ersatzteilen verpflichtet sind bzw. werden sollten. Konkrete Hinweise oder gar Belege, dass unabhängige Uhrmacherinnen und Uhrmacher, die zum SAV der Uhrenhersteller zugelassen werden wollten, in diskriminierender Weise abgelehnt wurden, liegen nicht vor bzw. wurden von den sich beschwerenden Uhrmacherinnen und Uhrmacher keine vorgelegt.

140. Fraglich ist schliesslich, ob die SAV-Systeme der Uhrenhersteller nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist. Dafür spricht nach Ansicht des Sekretariats der Umstand, dass die Uhrenhersteller allesamt die Sicherstellung der Qualität von SAV-Dienstleistungen als Grund für die selektiven Vertriebssysteme genannt haben. Der Zweck (das Erforderliche) der selektiven Vertriebssysteme der Uhrenhersteller kann dementsprechend in der Sicherstellung der Qualität von SAV-Dienstleistungen gesehen werden. Die von den Uhrenherstellern aufgestellten Zulassungskriterien sind nach Einschätzung des Sekretariats objektiver Art und messbar sowie – da sie sich auf die Infrastruktur von Reparaturateliers, Werkzeuge und die Qualifikation von Uhrmacherinnen und Uhrmacher beziehen – als geeignet einzustufen, den Zweck (der selektiven Vertriebssysteme) zu erfüllen.

141. Gegen diese Einschätzung sprechen die Voten der Marktgegenseite, welche u.a. moniert, dass der (finanzielle) Aufwand, der mit der Zulassung zum SAV verbunden ist, zu weitgehend sei. Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass selektive Vertriebssysteme typischerweise mit (finanziellen) Aufwänden verbunden sind; diese sind nach Ansicht des Sekretariats auch nicht offensichtlich als exzessiv einzustufen angesichts der hier in Rede stehenden Produkte. Denn gerade Produkte wie Uhren weisen in puncto Markenimage und Produktkomplexität Eigenheiten auf, welche erhöhte Anforderungen an die Zulassungskriterien zu einem selektiven Vertriebssystem nahelegen können. Für das Sekretariat scheint es daher plausibel zu sein, dass die Beschaffenheit von Uhren (mindestens in bestimmten Preissegmenten) einen rein qualitativen Selektivvertrieb erfordern könnte.

142. Aus all diesen Gründen geht das Sekretariat davon aus, dass sich die von den Uhrenherstellern aufgestellten Kriterien innerhalb dessen bewegen, was erforderlich ist, namentlich können sie als erforderlich betrachtet werden, die Qualität von SAV-Dienstleistungen sicherzustellen. Dies gilt für die SAV-Systeme derjenigen Uhrenhersteller, die den Verkauf von Uhren nicht mit dem SAV verknüpfen. Bezüglich dieser kann somit auch das

⁴¹ [...].

dritte Kriterium für die Qualifikation der selektiven Vertriebssysteme der Uhrenhersteller als rein qualitative als erfüllt betrachtet werden. Ergänzend anzufügen ist, dass die EU-Kommission zum Schluss kam, dass die Beschaffenheit von Uhren (namentlich Uhren in oberen Preissegmenten) möglicherweise einen (rein qualitativen) Selektivvertrieb zur Wahrung der Qualität erfordern könnte.

143. Zu einem anderen Schluss kommt das Sekretariat hinsichtlich der Uhrenhersteller, die den Verkauf von Uhren mit dem SAV verknüpfen; diese lassen zum SAV nur Partner zu, die gleichzeitig Uhren verkaufen. Dies bedeutet, dass Uhrmacherinnen und Uhrmacher, die ausschliesslich zum SAV zugelassen werden möchten (ohne gleichzeitig Uhren zu verkaufen), selbst wenn sie die entsprechend aufgestellten Kriterien erfüllen, nicht zu den SAV-Systemen der genannten Uhrenhersteller zugelassen werden. Die Verknüpfung des Verkaufs mit der Erbringung von SAV-Dienstleistungen ist nach Ansicht des Sekretariats im Kontext des SAV kritisch zu betrachten. Hält man sich die Argumentation der betreffenden Uhrenhersteller vor Augen, dass der SAV in einem selektiven Vertriebssystem organisiert werden müsse, um qualitativ hochwertige SAV-Dienstleistungen sicherzustellen, so scheint es folgerichtig, qualitative Selektionskriterien aufzustellen, welche von SAV-Partnern erfüllt werden müssen. Weniger nachvollziehbar ist jedoch, weshalb ein SAV-Partner erst Uhren verkaufen muss, um überhaupt als SAV-Partner in Frage zu kommen. Im Lichte der provisorischen Marktabgrenzung (vgl. Rz 152 ff.) stuft das Sekretariat den Verkauf von Uhren und die Erbringung von SAV-Dienstleistungen als separate Bereiche ein. Die Anforderungen an den Verkauf von Uhren weichen nach Ansicht des Sekretariats zwangsläufig von denjenigen, welche ein SAV-Dienstleister zu erfüllen hat, ab, da unterschiedliche Ziele verfolgt werden. Während der Verkauf von Uhren im Wesentlichen deren Präsentation sowie Werbung und Beratung erfordert, betrifft die Erbringung von SAV-Arbeiten hingegen bei Betrachtung der entsprechend (von den Uhrenherstellern) aufgestellten Kriterien in erster Linie die fachliche Qualifikation, die Infrastruktur (Werkstatt, Atelier) sowie das für Arbeiten zu verwendende Werkzeug. Inwiefern der Verkauf von Uhren für die Erbringung von SAV-Dienstleistungen erforderlich sein soll, ist für das Sekretariat nicht offensichtlich nachvollziehbar.

144. In diesem Lichte deutet vieles darauf hin, dass die von Uhrenherstellern, die den Verkauf von Uhren mit dem SAV verknüpfen, aufgestellten Kriterien als über das hinausgehend eingestuft werden können, was erforderlich ist. Für die abschliessende Beantwortung dieser Frage wären nach Ansicht des Sekretariats allerdings weitere Abklärungen erforderlich. So wäre insbesondere den betroffenen Uhrenherstellern Gelegenheit zu geben, darzulegen, dass die aufgestellten Kriterien nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist. Dies wäre nach Ansicht des Sekretariats jedoch – wie noch erläutert wird (vgl. Rz 189 ff.) – angesichts der besonderen Umstände im vorliegenden Fall nicht verhältnismässig.

145. Aufgrund des Umstandes, dass die SAV-Systeme der Uhrenhersteller, welche den Verkauf von Uhren mit dem SAV verknüpfen, nicht offensichtlich als rein qualitativer Selektivvertrieb betrachtet werden können, ist

nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Sachen Gaba zu prüfen, ob die Erheblichkeitsschwelle mit quantitativen Elementen (namentlich der Marktstellung der Uhrenhersteller) bestimmt werden kann.⁴² Hierfür ist vorab die Marktabgrenzung vorzunehmen.

B.3.2.2 Marktabgrenzung

146. Für die Marktabgrenzung im vorliegenden Fall gilt es nach Ansicht des Sekretariats zunächst die Marktabgrenzung, welche die EU-Kommission im gleichläufigen Verfahren vorgenommen hat, zu betrachten. Anzufügen gilt es indes, dass die Betrachtung der Marktabgrenzung der EU-Kommission nicht bedeutet, dass diese in casu tel quel übernommen wird resp. werden muss, sondern das Sekretariat diese als Ausgangspunkt nimmt für seine eigenen Überlegungen zur Marktabgrenzung. Nicht auszuschliessen ist daher, dass die hier vorgenommene Marktabgrenzung von derjenigen der EU-Kommission abweichend ausfallen kann, sofern dies die Gegebenheiten des vorliegenden Falles nahelegen.

B.3.2.2.1. Marktabgrenzungen im Verfahren der EU-Kommission

147. Im Verfahren, welches die EU-Kommission im August 2011 eröffnete (vgl. Rz 111 ff.), ging die EU-Kommission von den folgenden Märkten aus⁴³:

- Dem Markt für die Herstellung und den Verkauf von Prestigeuhren (Primärmarkt),
- dem Markt für die Dienstleistungen der Reparatur und Wartung (Sekundärmarkt bzw. Anschlussmarkt) und
- dem Markt für Ersatzteile (Sekundärmarkt bzw. Anschlussmarkt).

148. Der *Primärmarkt* umfasst gemäss der EU-Kommission den Verkauf von Uhren, welche die Reparatur und Wartung aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen wert sind (=Prestigeuhren). Die EU-Kommission fokussierte in ihrer Untersuchung auf Uhren mit einem Verkaufspreis über EUR 1'000. In räumlicher Hinsicht grenzte die EU-Kommission diesen Markt als zumindest den EWR umfassend ab, da die Transportkosten im Verhältnis zum Wert der Prestigeuhren tief seien, die Uhrenhersteller ein gleiches Sortiment anbieten und ihre Marketing- und Werbestrategien auf europäischer, wenn nicht weltweiter Ebene durchführen und die Uhrenhersteller weltweite selektive Vertriebssysteme betreiben würden.⁴⁴

149. In Bezug auf die Frage, ob der Primärmarkt und die beiden Anschlussmärkte getrennte Märkte darstellen oder einen Systemmarkt bilden, prüfte die EU-Kommission, ob der Wettbewerb im Primärmarkt Preiserhöhungen in den Anschlussmärkten unprofitabel macht. Wenn die Käuferinnen und Käufer beim Kauf die über die Lebensdauer der Uhr gesamthaft anfallenden

⁴² BGE 143 II 297, E.5.2.2.

⁴³ Vgl. EU-Rückweisungsentscheid (Fn 24), Rz 80 ff.

⁴⁴ Vgl. EU-Rückweisungsentscheid (Fn 24), Rz 81 ff.

Kosten, d.h. den Verkaufspreis und die erwarteten Reparatur- und Wartungskosten, mitberücksichtigen, kann eine Erhöhung der Reparatur- und Wartungspreise unprofitabel sein, da informierte Käuferinnen und Käufer aufgrund der Preiserhöhung entscheiden, eine Prestigeuhr einer anderen Marke zu kaufen. Die EU-Kommission kam zum Schluss, dass Käuferinnen und Käufer von Uhren kaum informierte Kaufentscheidungen treffen, da

- der Reparaturbedarf unregelmässig und schwierig vorhersagbar sei,
- die Käuferinnen und Käufer die Wartungsarbeiten unterschätzten,
- die über die Lebensdauer der Uhr gesamthaft anfallenden Kosten im Vergleich zum Preis der Uhr keine wesentliche Rolle spielten,
- viele Käuferinnen und Käufer preisunempfindlich seien und
- die Preistransparenz bei Reparatur- und Wartungsdienstleistungen nicht hoch sei.

Deshalb folgerte die EU-Kommission, dass der Primärmarkt (Verkauf von Prestigeuhren) und die verbundenen Anschlussmärkte (Reparatur- und Wartungsdienstleistungen, Ersatzteile) getrennte Märkte darstellen.⁴⁵

150. Zum *Anschlussmarkt für Reparatur- und Wartungsdienstleistungen* hielt die EU-Kommission fest, dass die Substituierbarkeit zwischen Reparaturdienstleistungen verschiedener Marken begrenzt sei, da die Reparatur und der Unterhalt von Prestigeuhren oftmals markenspezifische Ersatzteile, markenspezifische Reparaturausrüstung und markenspezifisches technisches Wissen benötige. Die Untersuchung wies deshalb darauf hin, dass es mehrere getrennte Märkte für Reparatur- und Wartungsdienstleistungen geben könne, wobei diese grundsätzlich auf eine bestimmte Uhrenmarke beschränkt seien. In räumlicher Hinsicht deutete die Untersuchung darauf hin, dass die Märkte für Reparatur- und Wartungsdienstleistungen lokal abzugrenzen seien, da die Nähe der Werkstatt wichtig für die Konsumentin und den Konsumenten sei. Die EU-Kommission liess die genaue räumliche Marktabgrenzung jedoch offen.⁴⁶

151. Betreffend den *Anschlussmarkt für Ersatzteile* kam die EU-Kommission zum vorläufigen Schluss, dass mehrere getrennte Märkte für Ersatzteile bestehen, wobei diese grundsätzlich auf eine bestimmte Uhrenmarke beschränkt seien, da Ersatzteile aufgrund unterschiedlicher Grösse und Design nicht zwischen Uhrenmarken austauschbar seien und, selbst wenn eine Substitution möglich sei, Konsumentinnen und Konsumenten Originalersatzteile vorziehen würden, um den Wert der Prestigeuhr zu erhalten. In räumlicher Hinsicht deutete die Untersuchung darauf hin, dass die Märkte für Ersatzteile zumindest den EWR umfassen, da die Transportkosten tief seien und Ersatzteile zwischen Ländern gehandelt und versandt würden. Die EU-Kommission liess die genaue räumliche Marktabgrenzung jedoch offen.⁴⁷

B.3.2.2.2. Provisorische Marktabgrenzung

152. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass es sich im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung nach Ansicht

des Sekretariats nicht aufdrängt, eine abschliessende Marktabgrenzung im Bereich SAV vorzunehmen. Dies deshalb, weil der Zweck der vorliegenden Vorabklärung darin bestand, die SAV-Systeme zu verstehen und allfällig damit verbundene kartellrechtlich relevante Punkte zu identifizieren, um beurteilen zu können, ob eine Untersuchung zu eröffnen ist. Die Vornahme einer konkreten Marktabgrenzung wäre im Rahmen eines zu eröffnenden Untersuchungsverfahrens vorzunehmen.

153. Somit nimmt das Sekretariat nachfolgend eine provisorische Marktabgrenzung vor, welche sich jedoch im Wesentlichen auf Aspekte der sachlichen Marktabgrenzung beschränkt. In sachlicher Hinsicht umfasst der relevante Markt 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 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 [VKU; SR 251.4], die hier analog anzuwenden ist).

Uhrenmärkte

154. Die Marktgegenseite bildet in Bezug auf Fertighuhren deren Abnehmer, namentlich die Konsumenten.⁴⁸ Ausgehend von der Marktabgrenzung der EU-Kommission stellt sich zunächst die Frage, wie die Marktabgrenzung für den Bereich Herstellung und Verkauf von Uhren vorgenommen werden könnte, namentlich in welche Segmente der Uhrenmarkt aufgeteilt werden könnte. Zu dieser Frage hat sich die WEKO bereits in der Untersuchung *Swatch Group Lieferstopp* Gedanken gemacht und ist davon ausgegangen, dass die Marktabgrenzung auf einer Segmentierung des Uhrenmarktes nach Preisen naheliegender scheint, ohne eine abschliessende Marktabgrenzung vorgenommen zu haben.⁴⁹ Dies entspricht im Grundsatz der von der EU-Kommission angewandten Marktabgrenzung.

155. Auch die Tatsache, dass bspw. [...] den SAV bei den unterschiedlichen Marken bzw. in ihrer Markenhierarchie unterschiedlich organisiert (vgl. Rz 10 f.), spricht für eine Segmentierung des Uhrenmarktes in verschiedene Segmente nach Preisen. Die wesentlichen Fragen sind, welche Preissegmentierung angebracht ist und ob allenfalls weitere Segmentierungen nach anderen Differenzierungsmerkmalen nötig sind. Grundlegend wäre auch die Frage zu klären, auf welche Marken bzw. Segmente vorliegend fokussiert werden soll, denn die fünf befragten Unternehmen vertreten insgesamt 35 Uhrenmarken in den unterschiedlichsten Preisklassen.

156. Für die hier interessierenden Bereiche, nämlich Fertighuhren (sowohl mechanische Uhren als auch Quarzuhren⁵⁰) und SAV gibt es bisher keine gefestigte Praxis zur sachlichen Marktabgrenzung.

⁴⁵ Vgl. EU-Rückweisungsentscheid (Fn 24), Rz 86 ff. Im ersten Rückweisungsentscheid vom 10.07.2008 hielt die EU-Kommission fest, dass der Primärmarkt und die Anschlussmärkte keine separaten Märkte darstellen. Vgl. EU-Rückweisungsentscheid (Fn 24), Rz 4.

⁴⁶ Vgl. EU-Rückweisungsentscheid (Fn 24), Rz 92 ff.

⁴⁷ Vgl. EU-Rückweisungsentscheid (Fn 24), Rz 95 ff.

⁴⁸ RPW 2014/1, 230 Rz 140, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁴⁹ Vgl. RPW 2014/1, 231 Rz 145, *Swatch Group Lieferstopp*.

⁵⁰ Die SAV-Systeme der Uhrenhersteller beziehen sich nicht nur auf mechanische Uhren, sondern uneingeschränkt auch auf Quarzuhren.

157. Im Entscheid *Swatch Group Lieferstopp* wurde der Bereich Uhren von der WEKO zwar thematisiert, eine Marktabgrenzung wurde jedoch keine vorgenommen.⁵¹ Es wurde festgehalten, dass der Markt für Uhren durch eine hohe Produkt- sowie Preisdifferenzierung gekennzeichnet sei. In Betracht gezogen wurden insbesondere Segmentierungen nach Preis, in Damen-/Herrenuhren, swiss made/nicht swiss made Uhren und Quarz-/mechanische Uhren. Eine Segmentierung des Uhrenmarktes in verschiedene Preissegmente erschien für die WEKO sinnvoll, weil die meisten Differenzierungsmerkmale von Uhren mit dem Preis in Zusammenhang stehen würden. Die Analyse wurde basierend auf den Segmentierungen im Entscheid *SUMRA/Distribution de montres*⁵² und des Branchenverbandes FH mit folgender Segmentierung vorgenommen:

- unteres Segment: Preis < ca. 2'000–3'000 CHF
- oberes Segment: Preis > ca. 2'000–3'000 CHF.⁵³

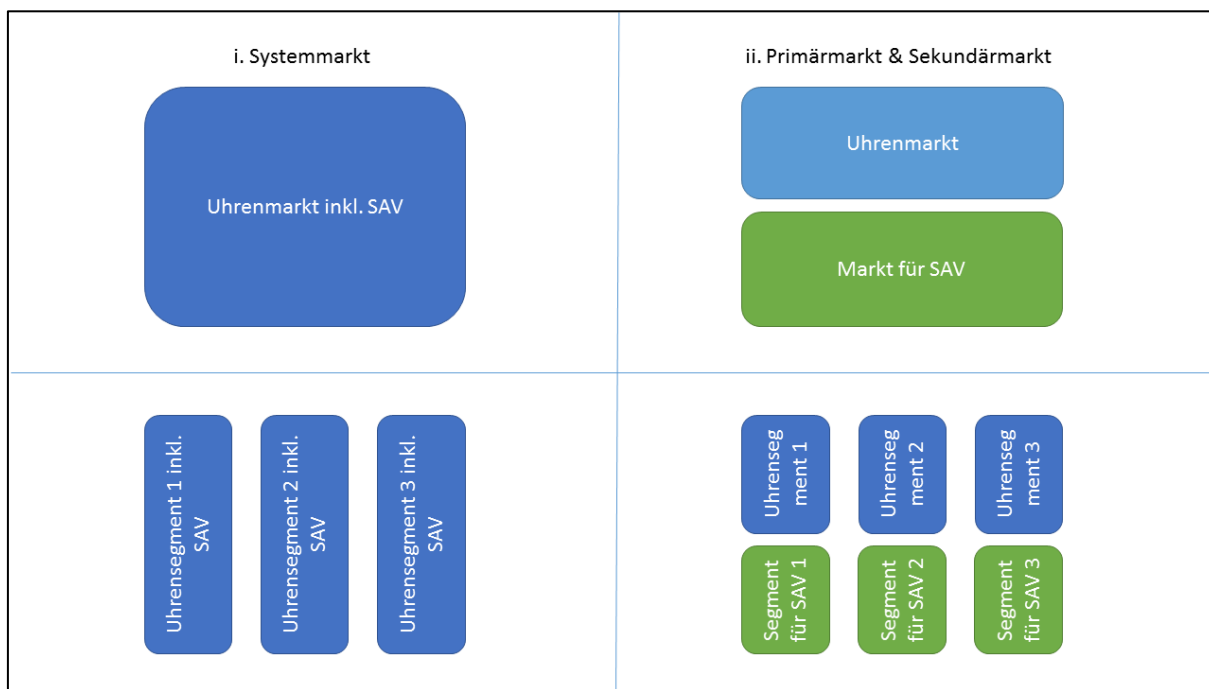
158. In Bezug auf die räumliche Marktabgrenzung wurde festgehalten, dass der relevante Markt – ohne dies untersucht zu haben – international abzugrenzen sei, weil Uhren, insbesondere swiss made Uhren, weltweit erworben und nachgefragt würden.⁵⁴

159. Obschon die Segmentierung nach Preisen zum jetzigen Zeitpunkt nicht eindeutig vorgenommen werden kann, drängt sich ein Abrücken von den dargelegten Überlegungen der WEKO im vorliegenden Fall nach Einschätzung des Sekretariats nicht auf. Daher ist mindestens von einer Segmentierung des Uhrenmarktes nach Preisklassen auszugehen.

Sekundärmärkte SAV und Ersatzteile

160. In Bezug auf die Sekundärmärkte SAV und Ersatzteile kann davon ausgegangen werden, dass die Erbringer von SAV-Dienstleistungen als die Marktgegenseite anzusehen sind, weil sie zum SAV zugelassen werden (müssen) und für die Erbringung von SAV-Dienstleistungen Ersatzteile der Uhrenhersteller nachfragen. Hinsichtlich der (sachlichen) Abgrenzung der relevanten Märkte ist nach Ansicht des Sekretariats zu berücksichtigen, dass der Uhrenmarkt gemäss der Untersuchung *Swatch Group Lieferstopp* in Segmente nach Preisklassen unterteilt werden kann. Entsprechend ist von mehreren eigenständigen SAV-Märkten und Ersatzteilmärkten (allenfalls nach Uhrenmarktsegmenten) auszugehen, wie Graphik 1 am Beispiel des SAV veranschaulicht (dies wäre analog für die Ersatzteile anzunehmen).

Graphik 1: Optionen für die Marktabgrenzung



Hersteller-/Markenabhängigkeit

161. Das Szenario eines hersteller- bzw. markenunabhängigen Sekundärmarkts für SAV bzw. Ersatzteile kommt jedoch nur in Frage, wenn die Inputs und Dienstleistungen für den SAV verschiedener Hersteller austauschbar sind, was vorliegend nach Ansicht des Sekretariats zu verneinen ist. So bezeichnen die Uhrenhersteller einen grossen Teil der Ersatzteile als markenspezifisch. So gibt bspw. [...] an, dass beinahe sämtliche Teile nicht-substituierbare, [...]spezifische Teile seien (vgl. Rz 49). Vor diesem Hintergrund ist von verschiede-

nen Sekundärmärkten für hersteller- bzw. markenabhängigen SAV bzw. Ersatzteile auszugehen.

162. Für die sachliche Marktabgrenzung im vorliegenden Fall könnte grundsätzlich auch die sog. Systemmarkttheorie herangezogen werden. Märkte für Produkte, die

⁵¹ RPW 2014/1, 230 Rz 140 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

⁵² RPW 2001/3, 510 ff., *SUMRA/Distribution de montres*.

⁵³ RPW 2014/1, 231 Rz 145 ff., *Swatch Group Lieferstopp*.

⁵⁴ RPW 2014/1, 232 Rz 157, *Swatch Group Lieferstopp*.

erst nach dem Kauf eines sog. primären Produktes nachgefragt werden, werden als Sekundärmärkte oder Anschlussmärkte («aftermarkets») bezeichnet. Ersatzteile und Serviceleistungen sind hierfür typische Beispiele. Es stellt sich die Frage, ob Sekundärprodukte einen eigenen relevanten Markt oder zusammen mit dem Primärprodukt einen einzigen Markt, einen sog. Systemmarkt⁵⁵ darstellen.

163. Es sprechen für das Sekretariat einige Punkte gegen das Vorliegen von Systemmärkten, so namentlich die wohl eher lange Lebensdauer von Uhren, welche die disziplinierende Wirkung vom Primärmarkt auf den Sekundärmarkt eher gering erscheinen lässt. [...] Auch [...] hielt fest, dass Konsumentinnen und Konsumenten die Uhren erst dann für eine Revision bringen, wenn die Uhr nicht mehr läuft oder einen Schaden erlitten hat. Dies deutet darauf hin, dass Konsumentinnen und Konsumenten die Kosten für SAV-Dienstleistungen beim Kauf einer Uhr nicht berücksichtigen, weil der Reparatur-/Revisionsfall zum Zeitpunkt des Kaufs ausgeblendet resp. als sehr unwahrscheinlich wahrgenommen wird. Das Sekretariat schliesst jedoch nicht allgemein aus, dass je nach Segmentierung des Uhrenmarkts, die Systemmarkttheorie zum Tragen kommen könnte. Ein Weiterverfolgen dieser Frage drängt sich jedoch für das Sekretariat zum jetzigen Zeitpunkt und im Rahmen dieser Vorabklärung nicht auf, da es auf die Erkenntnisse (vgl. Rz 189 ff.) keinen Einfluss hat.

B.3.2.2.3. Zwischenfazit

164. Gestützt auf den aktuellen Informationsstand geht das Sekretariat in dieser Vorabklärung von den folgenden, vorläufigen Überlegungen aus:

- (1) Es ist zumindest von einer Segmentierung des Uhrenmarktes nach Preisklassen gemäss der in der Untersuchung Swatch Group Lieferstopp angewendeten (nicht abschliessenden) Marktabgrenzung auszugehen.
- (2) Es ist von eigenständigen Sekundärmärkten für SAV bzw. Ersatzteile auszugehen.
- (3) Es ist von einer Hersteller- bzw. Markenabhängigkeit
 - (i) bei den Sekundärmärkten für SAV auszugehen und
 - (ii) bei den Sekundärmärkten für Ersatzteile auszugehen.

B.3.2.3 Erheblichkeit – quantitatives Element

165. Die provisorische Marktabgrenzung führt dazu, dass die Uhrenhersteller in den (nicht abschliessend) abgegrenzten Märkten für SAV oder für Ersatzteile bereits deshalb eine starke Marktstellung innehaben, weil SAV-Arbeiten oder Ersatzteile nur in begrenztem Mass substituierbar sind. Daher geht das Sekretariat davon aus, dass die Marktanteile der Uhrenhersteller als hoch einzustufen sind. Vor diesem Hintergrund kann die Erheblichkeitsschwelle bezüglich der SAV-Systeme der Uhrenhersteller, die den Verkauf von Uhren mit dem SAV verknüpfen, als erfüllt betrachtet werden.

B.3.2.4 Keine Unerheblichkeit aufgrund der Marktanteile

166. Die Abreden der Uhrenhersteller, die den Verkauf von Uhren mit dem SAV verknüpfen, könnten (einzeln betrachtet) nach der Praxis der WEKO (Ziff. 13 Abs. 1 VertBek) in der Regel nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen, sofern kein an der Abrede beteiligtes Unternehmen auf einem von der Abrede betroffenen relevanten Markt einen Marktanteil von 15 % überschreitet. Entsprechend der oben dargelegten provisorischen Marktabgrenzung (vgl. Rz 152 ff.) geht das davon aus, dass die Marktanteilsschwelle von 15 % als überschritten zu betrachten ist. Eine Unerheblichkeit aufgrund der Marktanteile ist daher unwahrscheinlich. Dies wird zusätzlich durch den Umstand untermauert, dass die überwiegende Mehrheit der hier interessierenden Uhrenhersteller den SAV in einem selektiven Vertriebssystem organisiert hat. Es kann somit unabhängig von den individuellen Marktanteilen vom Vorliegen kumulativer Auswirkungen mehrerer, gleichartiger nebeneinander bestehender vertikaler Vertriebsnetze ausgegangen werden. Der WEKO-Praxis zu Folge bedeutet dies, dass die Marktanteilsschwelle von 15 % auf 5 % herabgesetzt wird (Ziff. 13 Abs. 2 VertBek), sodass die Unerheblichkeit aufgrund der Marktanteilsschwelle (noch) unwahrscheinlich(er) scheint.

B.3.2.5 Keine Rechtfertigung ohne Einzelfallprüfung

167. Wiederum ausgehend von der provisorischen Marktabgrenzung kann in Bezug auf die Abreden derjenigen Uhrenhersteller, die den Verkauf von Uhren mit dem SAV verknüpfen, auch die Frage der Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ohne Einzelfallprüfung im Sinne von Art. 16 Abs. 2 VertBek verneint werden. Für die WEKO gelten Abreden in der Regel ohne Einzelfallprüfung als gerechtfertigt, wenn weder Anbieter noch Abnehmer einen Marktanteil von über 30 % aufweisen (Ziff. 16 Abs. 2 VertBek) Dies kommt jedoch nur dann in Frage, wenn keine Abrede nach Ziff. 12 Abs. 2 VertBek oder keine Abrede, die sich mit anderen kumulativ auf den Markt auswirkt, vorliegt. Aufgrund der provisorischen Marktabgrenzung ist aus denselben Gründen wie bei der Unerheblichkeit aufgrund der Marktanteile die entsprechende Schwelle für eine Rechtfertigung ohne Einzelfallprüfung als überschritten zu betrachten. Nach Ansicht des Sekretariats ist es daher unwahrscheinlich, dass eine Rechtfertigung ohne Einzelfallprüfung in Betracht käme.

⁵⁵ Ein Systemprodukt bzw. ein Systemmarkt liegt vor, wenn eine ausreichende disziplinierende Wirkung vom Primärmarkt auf den nachgelagerten Sekundärmarkt ausgeht, weil das Verhalten eines Unternehmens auf dem Sekundärmarkt Rückwirkungen auf den eigenen Erfolg im Primärmarkt aufweist. Eine solche disziplinierende Wirkung kann entstehen, wenn ein Grossteil der Abnehmer bereits beim Erwerb des Primärproduktes die Kosten für die Sekundärprodukte, d.h. somit die über die Lebensdauer des Produktes gesamthaft anfallenden Kosten, berücksichtigt und auf dem Primärmarkt selbst genügend Wettbewerb besteht. Das Nachfrageverhalten nach (notwendigen) Sekundärprodukten wird schon beim Kauf des Primärproduktes von den Nachfragern antizipiert und wird somit quasi Teil des Nachfrageverhaltens nach dem Primärprodukt. Aus Nachfragesicht besteht das eigentliche Produkt somit aus einem Primärprodukt und (notwendigen) Sekundärprodukten. Es verkommt so zu einem Systemprodukt, welches aus ebendiesen besteht.

B.3.2.6 Vorliegen von erheblichen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG

168. In Bezug auf die Wettbewerbsabreden derjenigen Uhrenhersteller, die den Verkauf von Uhren mit dem SAV verknüpfen, ist es aufgrund des Vorstehenden nach Einschätzung des Sekretariats wahrscheinlich, dass vom Vorliegen erheblicher Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG auszugehen ist. Dieser Konklusion liegt – wovon auch die EU-Kommission ausgegangen ist – die Annahme eigenständiger Märkte für hersteller-/markenabhängigen SAV zu Grunde, da diesfalls in quantitativer Hinsicht selbst bei geringfügigem qualitativem Gewicht die Erheblichkeitsschwelle angesichts der quantitativen Elemente (Marktstellung Uhrenhersteller) als erreicht zu betrachten wäre. Zudem kommt weder eine Unerheblichkeit aufgrund der Marktanteile, noch eine Rechtfertigung ohne Einzelfallprüfung in Betracht, sodass sich alsdann die Frage nach der Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz stellt.

B.3.2.7 Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG

169. Liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor, ist zu prüfen, ob diese gerechtfertigt ist. Dies ist möglich, wenn durch sie die wirtschaftliche Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG gesteigert wird. Die Berücksichtigung anderer, nicht-ökonomischer Gründe ist den Wettbewerbsbehörden verwehrt – allfällige öffentliche Interessen, die für eine ausnahmsweise Zulassung einer an sich kartellrechtlich unzulässigen Abrede sprechen mögen, sind einzig vom Bundesrat zu beurteilen (Art. 8 KG). Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

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

170. Wie bereits dargelegt wurde (vgl. Rz 135), argumentierten diejenigen Uhrenhersteller, die den Verkauf von Uhren mit dem SAV verknüpfen, auch damit, dass ihre selektiven Vertriebssysteme für den SAV dazu dienen, die Qualität der entsprechenden Dienstleistungen sicherzustellen bzw. der Kundin und dem Kunden qualitativ hochstehende SAV-Dienstleistungen anzubieten bzw. diese zu gewährleisten. Daneben wurde vereinzelt auch das Argument vorgetragen, dass mit dem selektiven Vertrieb die Fälschungsbekämpfung verstärkt werden könne.

171. [...] hielt fest, dass angesichts der Komplexität ihrer mechanischen Uhren und der Tatsache, dass diese aus Teilen, die einer spezifischen Architektur von [...] entstammten, zusammengesetzt seien, ausschliesslich von [...] ausgebildete Uhrmacherinnen und Uhrmacher in der Lage seien, einen qualitativen Minimalstandard für die

Revision und die Reparaturen von [...]Uhren zu garantieren.

172. [...] führte aus, dass eine Ausbildung nötig sei, um einen «service après-vente» in einer so guten Qualität wie die Uhren selbst zu erbringen.

173. [...] erläuterte, dass sie Prestigeuhren mit einer quasi unbegrenzten Lebensdauer herstellen würde. Aus diesem Grund müssten sie sicherstellen, dass ein «service après-vente» mit höherem Qualitätsstandard angeboten werde.

174. Hält man sich diese Argumente vor Augen, so scheint es nach Ansicht des Sekretariats nicht abwegig zu sein, dass die selektiven Vertriebssysteme der Uhrenhersteller, die den Verkauf von Uhren mit dem SAV verknüpfen, für den SAV notwendig sein könnten, die Produkte (SAV-Dienstleistungen) bzw. Produktionsverfahren zu verbessern resp. die Qualität des SAV auf einem bestimmten (hohen) Niveau aufrecht zu erhalten. Offen ist, ob und wie besagte Uhrenhersteller den Umstand rechtfertigen könnten bzw. würden, dass für die Zulassung zum SAV der Verkauf von Uhren vorausgesetzt wird. Diese Frage kann zum jetzigen Zeitpunkt nicht (abschliessend) beurteilt werden.

B.3.2.8 Verfahren der EU-Kommission

175. Vergleichend zur Einschätzung des Sekretariats werden nachstehend die wichtigsten Erkenntnisse der EU-Kommission herangezogen. In Bezug auf Art. 101 AEUV kam die EU-Kommission zu den Schlüssen, dass

- die Wahrscheinlichkeit, das Vorliegen einer Vereinbarung oder abgestimmten Verhaltensweise zwischen den Uhrenherstellern zu beweisen, begrenzt sei,⁵⁶
- die Gruppenfreistellungsverordnung nicht anwendbar sei, da mehrere getrennte Märkte für Reparatur- und Wartungsdienstleistungen sowie für Ersatzteile bestehen würden, wobei diese grundsätzlich auf eine bestimmte Uhrenmarke beschränkt seien, und die Uhrenhersteller in diesen Märkten wohl einen Marktanteil von über 30 % halten würden,⁵⁷
- die selektiven Vertriebssysteme der Uhrenhersteller im Bereich Reparatur auf qualitativen Kriterien zu basieren scheinen, die objektiv, verhältnismässig und einheitlich festgelegt sind und unterschiedslos angewandt werden, weshalb es nicht wahrscheinlich sei, dass diese Systeme unter Art. 101 AEUV fallen würden,⁵⁸
- die Verpflichtung, welche die Uhrenhersteller den autorisierten Werkstätten auferlegen, nämlich die Ersatzteile nicht an unabhängige Werkstätten zu verkaufen, keinen Verstoss gegen Art. 101 AEUV darstelle (Art. 4 Bst. b, dritter Spiegelstrich GVO).⁵⁹

⁵⁶ Vgl. EU-Rückweisungsentscheid (Fn 24), Rz 138 ff.

⁵⁷ Vgl. EU-Rückweisungsentscheid (Fn 24), Rz 147 ff.

⁵⁸ Vgl. EU-Rückweisungsentscheid (Fn 24), Rz 153 ff.

⁵⁹ Vgl. EU-Rückweisungsentscheid (Fn 24), Rz 171 ff.

B.3.2.9 Zwischenfazit

176. Das Sekretariat geht gestützt auf Vorstehendes davon aus, dass die SAV-Systeme sämtlicher Uhrenhersteller als vertikale Wettbewerbsabreden über den selektiven Vertrieb qualifiziert werden können. Die Abreden derjenigen Uhrenhersteller, die den Verkauf nicht mit dem SAV verknüpfen, können als rein qualitativer Selektivvertrieb betrachtet werden, was der WEKO-Praxis zu Folge deren Unerheblichkeit bedeutet. Diesbezüglich gilt es allerdings einschränkend anzubringen, dass die eben genannte Einschätzung auf der aktuellen Erkenntnis fusst, dass keine Hinweise auf das Vorliegen von unzulässigen vertikalen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG bestehen. Würden solche vorliegen, wäre die Unerheblichkeit aufgrund eines rein qualitativen Selektivvertriebs hinfällig.

177. Die Wettbewerbsabreden derjenigen Uhrenhersteller, welche den Verkauf von Uhren mit dem SAV verknüpfen, können aufgrund der starken Marktstellung als den Wettbewerb erheblich beeinträchtigend im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG qualifiziert werden. Diesbezüglich ist weder die Unerheblichkeit aufgrund der Marktanteile, noch eine Rechtfertigung ohne Einzelfallprüfung als wahrscheinlich einzustufen. Nicht ausgeschlossen ist für das Sekretariat, dass eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG möglich ist, diese Frage ist derzeit offen und wäre im Rahmen eines zu eröffnenden Untersuchungsverfahrens zu klären.

178. Wie einleitend zu diesem Abschnitt erwähnt wurde, wäre es nach Ansicht des Sekretariats denkbar, dass die SAV-Systeme der Uhrenhersteller aus kartellrechtlicher Sicht als missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen betrachtet werden könnten. Zurückzuführen ist diese Überlegung auf die hier vorgenommene provisorische Marktabgrenzung, die dazu führt, dass wenn von eigenständigen, markenabhängigen Märkten für den SAV sowie Ersatzteile für Uhren ausgegangen wird, eine Substituierbarkeit nur in sehr begrenztem Mass möglich ist, was bedeutet, dass den Uhrenherstellern eine erhebliche Marktstellung zukommt. Ob die Uhrenhersteller als marktbeherrschend einzustufen sind und gegebenenfalls ihre SAV-Systeme missbräuchlich sein könnten im Sinne von Art. 7 KG, darauf wird im Folgenden eingegangen.

B.4 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen im Sinne von Art. 7 KG?

B.4.1 Marktbeherrschende Stellung

179. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung ergibt sich aus der Kombination mehrerer Faktoren, die namentlich die Markt- und die Unternehmensstruktur, die Verhaltens- und Wirksamkeitskriterien sowie das Bestehen von allfälligen Marktzutrittschranken betreffen und die für sich alleine genommen nicht notwendigerweise entscheidend

wären.⁶⁰ Gemäss dem Bundesgericht ist ein hoher Marktanteil ein starkes Indiz für eine marktbeherrschende Stellung, aber dies allein bedeutet nicht zwangsläufig, dass kein wirksamer Wettbewerb bzw. keine gleichwertigen Ausweichmöglichkeiten bestehen.⁶¹

180. Geht man von der oben dargelegten provisorischen Marktabgrenzung (vgl. Rz 152 ff.) von eigenständigen Märkten für hersteller-/markenabhängigen SAV aus, bedeutet dies, dass nur die Uhrenhersteller selbst sowie von diesen zugelassene Wiederverkäufer /Reparateure SAV-Dienstleistungen anbieten können. Alternative Anbieter für SAV-Arbeiten (die nicht zum SAV zugelassen sind) wären kaum vorhanden, da Ersatzteile für Revisionen, Reparaturen oder andere Arbeiten im Wesentlichen markenspezifisch sind und von unabhängigen Uhrmacherinnen und Uhrmacher nicht bezogen werden können. Bereits dieser Umstand deutet darauf hin, dass die Uhrenhersteller über eine starke Stellung auf den Märkten für den SAV sowie Ersatzteile verfügen. Dies umso mehr, als die Uhrenhersteller alleine darüber entscheiden können, welche Uhrmacherinnen und Uhrmacher zu ihren SAV-Systemen zugelassen werden und damit, an wen für den SAV erforderlich Ersatzteile geliefert werden. Das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der hier interessierenden Uhrenhersteller kann somit nicht ausgeschlossen werden. Folglich stellt sich nach Ansicht des Sekretariats die Frage, ob die SAV-Systeme der Uhrenhersteller als missbräuchliche Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 KG qualifiziert werden könnten.

B.4.2 Missbräuchliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

181. Gemäss der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Es kann zwischen einem sog. Behinderungsmissbrauch und einem sog. Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch unterschieden werden. Eine klare Zuordnung ist nicht in allen Fällen möglich, da Geschäftspraktiken von marktbeherrschenden Unternehmen zugleich behindernd und ausbeutend sein können.⁶²

182. In Art. 7 Abs. 2 KG hat der Gesetzgeber eine nicht abschliessende Liste von Verhaltensweisen aufgestellt, die das Verbot von Art. 7 Abs. 1 KG veranschaulichen bzw. konkretisieren soll.⁶³ Die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG indizieren jedoch nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise; es müssen vielmehr immer die Kriterien der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt sein, damit ein Missbrauch vorliegt.⁶⁴

⁶⁰ EVELYNE CLERC/PRANVERA KÉLLEZI, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2011, Art. 4 KG N 131.

⁶¹ BGE 130 II 459, E. 5.7.2.

⁶² RPW 2010/1, 166 Rz 322, *Preispolitik Swisscom ADSL*; vgl. auch BGE 139 I 72, E. 10.1.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁶³ Vgl. RPW 2012/3, 467 Rz 71, *Erdgas Zentralschweiz AG*; Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468, 570.

⁶⁴ Vgl. Botschaft KG 1995, BBl 1995 I 468, 570; RPW 2004/2, 368 Rz 57 *Produktbündel «Talk & Surf»*.

183. Wie es das Bundesgericht im Fall «Publigruppe»⁶⁵ festgehalten hat, ist im Einzelfall anhand eines dualen Prüfungsmusters zu eruieren, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt: In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob eine Verhaltensweise nach Art. 7 Abs. 2 KG eine Behinderung bzw. Benachteiligung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG darstellt. In einem zweiten Schritt sind mögliche Rechtfertigungsgründe (sog. legitimate business reasons) zu prüfen.

184. In Frage könnten bezüglich der SAV-Systeme der Uhrenhersteller verschiedene missbräuchliche Verhaltensweisen kommen, so namentlich die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG): Die Nicht-Lieferung von Ersatzteilen an Uhrmacherinnen und Uhrmacher, die nicht zum SAV-System eines Uhrenherstellers zugelassen sind, könnte als Verweigerung von Geschäftsbeziehungen betrachtet werden. Die SAV-Systeme könnten dazu führen, dass unabhängige Uhrmacherinnen und Uhrmacher im Bereich SAV behindert werden.

185. In diesem Zusammenhang gilt es darauf hinzuweisen, dass sämtliche Uhrenhersteller ihre selektiven Vertriebssysteme mit der Sicherstellung der Qualität des SAV begründeten. Wie das Sekretariat vorstehend im Kontext mit der Unerheblichkeit von rein qualitativem Selektivvertrieb aufgezeigt hat, kann davon ausgegangen werden, dass die SAV-Systeme der Uhrenhersteller, die den Verkauf von Uhren nicht mit dem SAV verknüpfen, die Voraussetzungen von Ziff. 14 VertBek erfüllen und dementsprechend als unerhebliche Wettbewerbsabreden einzustufen sind. Für das Sekretariat stellt sich daher die Frage, ob nicht mit demselben Argument allfällige missbräuchliche Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 KG sachlich gerechtfertigt sein könnten. Ähnlich argumentierte auch die EU-Kommission, die zum Schluss kam, dass es nicht auszuschliessen sei, dass die von den Uhrenherstellern vorgetragene Rechtfertigungsgründe (u.a. in Bezug auf die selektiven Vertriebssysteme) einen möglichen Verstoss gegen Art. 102 AEUV sachlich rechtfertigen könnten. Das Sekretariat erachtet es daher als wahrscheinlich, dass die SAV-Systeme derjenigen Uhrenhersteller, die den Verkauf von Uhren nicht mit dem SAV verknüpfen, sachlich gerechtfertigt sein könnten.

186. Wie bei der Frage des Vorliegens von Wettbewerbsabreden stellt sich bezüglich der SAV-Systeme derjenigen Uhrenhersteller, die den Verkauf von Uhren mit dem SAV verknüpfen, die Frage, ob und wie die Verknüpfung des Verkaufs von Uhren mit dem SAV sachlich rechtfertigbar wäre bzw. gerechtfertigt würde. Zur Veranschaulichung werden im folgenden Abschnitt die wesentlichen Punkte der EU-Kommission zu Art. 102 AEUV wiedergegeben.

B.4.3 Verfahren der EU-Kommission

187. In Bezug auf den möglichen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung kam die EU-Kommission zum Schluss, dass

- in diesem Fall kein Szenario vorliege, in welchem ein marktbeherrschendes Unternehmen versuche, sich einen nachgelagerten oder benachbarten Markt alleine vorzubehalten, indem es verweigere, seinen

Wettbewerbern in diesem nachgelagerten oder benachbarten Markt einen notwendigen Input zu liefern (wie in den von der CEAHR als Referenz vorgebrachten Fällen);⁶⁶

- die Tatsache, dass Uhrenhersteller sich weigern, die Belieferung von unabhängigen Werkstätten fortzusetzen, alleine nicht genüge, um einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu beweisen, da Wettbewerb nicht nur zwischen autorisierten und nichtautorisierten Werkstätten, sondern zwischen den autorisierten (von den Herstellern unabhängigen) Werkstätten stattfindet, zumindest solange als die selektiven Vertriebssysteme der Hersteller bestimmte (qualitative) Kriterien erfüllen⁶⁷ und
- die Weigerung, die unabhängigen Werkstätten mit Ersatzteilen zu beliefern, verbunden sei mit der Einführung der selektiven Vertriebssysteme im Bereich Reparatur, für welche die Uhrenhersteller Rechtfertigungsgründe vorgebracht hätten, und nicht auszuschliessen sei, dass diese sachlich gerechtfertigt seien,⁶⁸ weshalb es unwahrscheinlich sei, einen Verstoss gegen Art. 102 AEUV zu finden.

B.4.4 Zwischenfazit

188. Aus den vorstehend genannten Gründen erachtet es das Sekretariat als wahrscheinlich, dass die SAV-Systeme derjenigen Uhrenhersteller, die den Verkauf von Uhren nicht mit dem SAV verknüpfen, als sachlich gerechtfertigt betrachtet werden könnten. Dies, weil die SAV-Systeme als rein qualitativer Selektivvertrieb betrachtet werden können. Zu berücksichtigen gilt es auch, dass die EU-Kommission in ihrer Entscheidung (weil es sich bei den selektiven Vertriebssystemen um rein qualitative handeln könnte) nicht von einem Verstoss gegen Art. 102 AEUV ausgeht, die Wahrscheinlichkeit eines solchen als gering einzustufen sei. Dieser Entscheidung wurde vom EuG gestützt, die entsprechende, vom 7. Oktober 2014 erhobene Klage des CEAHR wurde vollumfänglich abgewiesen. Wie bei den Wettbewerbsabreden ist hinsichtlich der SAV-Systeme der Uhrenhersteller, die den Verkauf von Uhren mit dem SAV verknüpfen, offen, ob die entsprechenden SAV-Systeme sachlich gerechtfertigt sein könnten. Eine sachliche Rechtfertigung scheint zwar grundsätzlich nicht ausgeschlossen, offen ist für das Sekretariat jedoch, ob und wie die Voraussetzung des Verkaufs von Uhren für die Erbringung von SAV-Dienstleistung erforderlich ist. Diese Frage kann zum jetzigen Zeitpunkt nicht beurteilt werden; dies wäre im Rahmen eines zu eröffnenden Untersuchungsverfahrens zu klären.

⁶⁵ Vgl. EU-Rückweisungsentscheid (Fn 24), Rz 109 ff.

⁶⁶ Vgl. EU-Rückweisungsentscheid (Fn 24), Rz 85 ff.

⁶⁷ Vgl. EU-Rückweisungsentscheid (Fn 24), Rz 117 ff.

⁶⁸ Vgl. EU-Rückweisungsentscheid (Fn 24), Rz 130 ff.

C Erkenntnisse

189. Das Sekretariat kommt in der vorliegenden Vorabklärung zu den folgenden Erkenntnissen:

- Die SAV-Systeme der im Rahmen dieser Vorabklärung betrachteten Uhrenhersteller können als vertikale Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG über den selektiven Vertrieb qualifiziert werden. Die Wettbewerbsabreden können nach der WEKO-Praxis als rein qualitativer Selektivvertrieb betrachtet und folglich als unerheblich eingestuft werden. Das Gesagte gilt jedoch nicht für diejenigen Uhrenhersteller, welche den Verkauf von Uhren mit dem SAV verknüpfen haben; bei diesen ist von der Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG auszugehen. Offen ist, ob die entsprechenden Uhrenhersteller die erheblichen Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG rechtfertigen könnten.
- Das Sekretariat erachtet es als nicht unwahrscheinlich, dass die Uhrenhersteller auf den provisorisch abgegrenzten, eigenständigen und markenabhängigen Märkten für SAV-Dienstleistungen und Ersatzteile als marktbeherrschend eingestuft werden können im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG. Die SAV-Systeme der Uhrenhersteller könnten als missbräuchliche Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 KG betrachtet werden, namentlich als Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG. Hinsichtlich derjenigen Uhrenhersteller, welche den Verkauf von Uhren nicht mit dem SAV verknüpfen, stuft es das Sekretariat als wahrscheinlich ein, dass allfällige, von den SAV-Systemen ausgehende missbräuchliche Verhaltensweisen sachlich gerechtfertigt sein könnten, da vom Vorliegen von rein qualitativem Selektivvertrieb ausgegangen werden kann. Dies gilt nicht für die SAV-Systeme derjenigen Uhrenhersteller, die den Verkauf von Uhren mit dem SAV verknüpfen. Bei diesen ist offen, ob und inwiefern die Verknüpfung des Verkaufs von Uhren mit dem SAV sachlich gerechtfertigt werden könnte.

190. Die zentrale Frage, die sich für das Sekretariat stellt, ist, ob die Eröffnung eines Untersuchungsverfahrens gestützt auf die Erkenntnisse dieser Vorabklärung angezeigt wäre. Dabei wäre im Wesentlichen die Frage zu klären, ob Uhrenhersteller, die den Verkauf von Uhren mit dem SAV verknüpfen, ihre SAV-Systeme aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz bzw. sachlich rechtfertigen könnten. Aufgrund der Umstände des vorliegenden Falles sprechen für das Sekretariat die folgenden Gründe gegen die Eröffnung einer Untersuchung:

- Die sich in casu stellenden (zentralen) kartellrechtlichen Fragen wurden von der EU-Kommission bereits beurteilt und der entsprechende Entscheid wurde vom EuG gestützt. Hervorzuheben ist dabei, dass es sich bei den SAV-Systemen, die im Rahmen dieser Vorabklärung beleuchtet wurden, im Wesentlichen um dieselben handelt, die auch von der EU-Kommission beurteilt wurden. Das Sekretariat ist im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung in den wesentlichen Punkten zu denselben Erkenntnissen gekommen wie die EU-Kommission in ihrem Verfahren.

Die Eröffnung eines Untersuchungsverfahrens würde daher dem Entscheid der EU-Kommission zuwiderlaufen, und dies, obschon diese Vorabklärung keine Schweiz-spezifischen Unterschiede in Bezug auf den SAV zu Tage gefördert hat.

- Obschon die Frage der Rechtfertigung im Rahmen dieser Vorabklärung nicht eingehend geprüft werden kann, trugen die Uhrenhersteller, die den Verkauf von Uhren mit dem SAV verknüpfen, Argumente vor, mit welchen die hinter den SAV-Systemen stehende Absicht dargelegt wurde. Diese lassen es nach Ansicht des Sekretariats zumindest nicht ausschliessen, dass die SAV-Systeme besagter Uhrenhersteller rechtfertigbar sein könnten.

191. Die Eröffnung einer Untersuchung stuft das Sekretariat aus den eben genannten Gründen als nicht verhältnismässig ein, denn:

- Es bestehen in casu keine Anhaltspunkte, welche auf Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG hindeuten. Zudem liegen keine nach der Praxis der WEKO als qualitativ schwerwiegend zu betrachtende Abreden im Sinne von Ziff. 12 (2) VertBek vor. Dies zeigt in Verbindung mit den Schlussfolgerungen der EU-Kommission bzw. des EuG für das Sekretariat, dass eine Untersuchungseröffnung im vorliegenden Fall nicht verhältnismässig wäre.
- Die Eröffnung einer Untersuchung würde zudem erfolgen, obschon sich bereits jetzt abzeichnen lässt, dass die Uhrenhersteller, die den Verkauf von Uhren mit dem SAV verknüpfen, ihre Systeme rechtfertigen könnten. Nach Einschätzung des Sekretariats würden sich besagte Uhrenhersteller darauf konzentrieren, ihre bereits vorgetragenen rechtfertigenden Argumente weiter zu substantiieren. Bereits das Vorgetragene scheint dem Sekretariat zufolge nicht unplausibel zu sein, weshalb es eine Untersuchungseröffnung zur weiteren Klärung der Rechtfertigungsfrage keine grundlegend neuen Erkenntnisse zu Tage fördern würde.
- Weiter fällt für das Sekretariat ins Gewicht, dass es unabhängigen Uhrmacherinnen und Uhrmachern offensteht, sich für die Zulassung zu den SAV-Systemen derjenigen Uhrenhersteller, die den Verkauf von Uhren nicht mit dem SAV verknüpfen, zu bewerben. Es trifft somit nicht zu, dass unabhängige Uhrmacherinnen und Uhrmacher durch die SAV-Systeme der Uhrenhersteller vollständig von der Erbringung von SAV-Dienstleistungen für Uhren abgehalten werden. Diejenigen Uhrenhersteller, die den Verkauf von Uhren nicht mit dem SAV verknüpfen, haben indes (legitime) Kriterien aufgestellt, die es zu erfüllen gilt. Von einer flächendeckenden Existenzbedrohung unabhängiger Uhrmacherinnen und Uhrmacher ist nach Ansicht des Sekretariats nicht auszugehen.
- Ferner ist anzumerken, dass auch der Aufwand, der einem Unternehmen im Falle einer Untersuchung entstehen kann, angesichts der besonderen Umstände des vorliegenden Falles, nur schwerlich als verhältnismässig eingestuft werden kann. Ein Untersuchungsverfahren ist in zeitlicher und administrativer

Hinsicht mit einem nicht unerheblichen Aufwand verbunden, der nach Ansicht des Sekretariats einzig zur Klärung der Frage der Rechtfertigung, die sich bereits zum jetzigen Zeitpunkt abzeichnet, nicht verhältnismässig wäre.

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

1. die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
 2. teilt den Beteiligten die Einstellung der Vorabklärung mit,
 3. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.
-

B 1	3. Stellungnahmen Préavis Preavvisi
B 1.3	1. Wiederaufnahme SFL-Fussballsaison 2019/20

Schreiben des Sekretariats der WEKO vom 3. Juli 2020 betreffend Wiederaufnahme SFL-Fussballsaison 2019/20 - Ablehnung des Gesuchs um Erlass vorsorglicher Massnahmen und Verzicht auf Eröffnung eines Verfahrens nach Art. 26 ff. KG

A Sachverhalt

A.1 Hintergrundinformationen

1. Die unerwartete Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus («Coronavirus», «Corona-Pandemie») in der Schweiz zu Beginn dieses Jahres und die damit einhergehenden schnell und stark zunehmenden COVID-19-Krankheits- und -Todesfälle haben die ganze Schweizer Bevölkerung, die gesamte Schweizer Wirtschaft sowie alle Schweizer Kultur-, Sport- und Freizeitbereiche ab Mitte Februar zuerst in eine besondere und dann in eine ausserordentliche Epidemienlage gebracht, die ab Mitte März in einem mehrwöchigen schweizweiten «Lockdown» gipfelte. Selbstredend war auch die gesamte Fussballsportgemeinschaft davon betroffen. Zunächst wurde ab der zweiten Februarhälfte schweizweit der gesamte Fussballspielbetrieb vorübergehend ausgesetzt; diese Massnahme betraf gleichermassen den Breitensport wie den Spitzensport und die Nicht-Amateur- wie Amateur-Meisterschaften Saison 2019/20 sowie auch alle anderen Fussballwettbewerbe der Saison 2019/20. Zwischen Mitte März und Mitte Mai blieb auch der gesamte Trainingsbetrieb aller Schweizer Fussballvereine eingestellt. Im Zuge der bundesrätlichen schrittweisen Lockerung des Lockdown war es dem Sport ab dem 11. Mai wieder erlaubt, den Trainingsbetrieb aufzunehmen, sofern die Schutzkonzepte und Hygienemassnahmen der Behörden eingehalten werden konnten. Seit dem 6. Juni dürfen auf Geheiss des Bundesrates wieder Sportspiele und damit auch Sportwettbewerbe bzw. -meisterschaften stattfinden. Im Fussball werden seit dem 14. Juni der Schweizer Helvetia Cup und seit dem 19. Juni die Raiffeisen Super League und die Brack.ch Challenge League fortgeführt. Alle anderen Fussballmeisterschaften und -wettbewerbe der Saison 2019/20 wurden am 30. April definitiv abgesagt und werden nicht gewertet.

2. Vor diesem Hintergrund ging bei den Schweizer Wettbewerbsbehörden die Anzeige von *Olympique des Alpes SA, Martigny, bzw. des FC Sion* («OLA») ein. Bevor auf die Anzeige und den instruierten Schriftenwechsel näher eingegangen wird, sind daher die Auswirkungen dieser ausserordentlichen und einmaligen Situation auf den Schweizer Fussballsport für alle Beteiligten auszuleuchten:

A.1.1 Die Swiss Football League (SFL)

3. Die angezeigte *Swiss Football League* («SFL») ist eine Abteilung des *Schweizerischen Fussballverbands* («SFV»). Der SFV ist die Dachorganisation des nationalen Fussballs. Er wurde 1895 gegründet und gehörte 1904 zu den sieben Landesverbänden, welche den Weltfussballverband FIFA ins Leben riefen. Heute ist der SFV einer der bedeutendsten Sportverbände der Schweiz. Der SFV gliedert sich in drei Abteilungen und zählt aktuell 1'389 Vereine, 14'206 Teams sowie 273'644 lizenzierte Spielerinnen und Spieler. Die beiden anderen Abteilungen neben der SFL sind die Erste Liga EL und die Amateur Liga AL. Die Fussballklubs gehören derjenigen Abteilung an, in welcher sie gemäss Wettspielreglement mit ihrer ersten Mannschaft die Meisterschaft bestreiten. Die Klubs der SFL gehören dem Nicht-Amateurfussball, diejenigen der 1. Liga und der Amateur Liga dem Amateurfussball an.¹

4. Die SFL ist als Verein gemäss Art. 60 ff. ZGB² mit eigenen Statuten («Statuten SFL») organisiert und besitzt wie die anderen beiden Abteilungen des SFV eine eigene Rechtspersönlichkeit und eigene Organe. Die drei SFV-Abteilungen haben das Recht, Vermögen zu äufnen und darüber im Rahmen der allgemeinen Ziele des Verbandes frei zu verfügen. Die Abteilungen sind berechtigt, von ihren Mitgliedern ordentliche und ausserordentliche Beiträge zu verlangen.³

5. Gemäss Art. 3 Statuten SFL bezweckt die SFL – soweit nachfolgend relevant – für ihre Mitglieder die Organisation des Nicht-Amateur-Fussballs und des entsprechenden Wettspielbetriebs in der Schweiz und wahrt in diesem Zusammenhang die gemeinsamen Interessen ihrer Mitglieder. Ordentliche Mitglieder der SFL sind gemäss Art. 9 Statuten SFL jeweils diejenigen 20 Klubs, die mit ihrer ersten Mannschaft an den von der SFL organisierten Meisterschaften teilnehmen, zehn Klubs in der Raiffeisen Super League («Super League») und

¹ Zum Ganzen: <https://org.football.ch/desktopdefault.aspx/tabid-2869/8789_read-165693/> (18.6.2020).

² Art. 1 der Statuten der Swiss Football League des SFV, Version 11.2019 («Statuten SFL»), <www.sfl.ch/fileadmin/user_upload/www.sfl.ch/downloads/reglemente/statuten_spielbetrieb/Statuten_SFL_221119.pdf> (18.6.2020).

³ Zum Ganzen: Webpages des SFV und der SFL, <https://org.football.ch/desktopdefault.aspx/tabid-2869/8789_read-165693/> und <www.sfl.ch/sfl/organisation/die-swiss-football-league/> (18.6.2020).

zehn Klubs in der Brack.ch Challenge League («Challenge League»)⁴. Diese 20 Klubs sind ihrerseits wiederum selber entweder in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft oder eines Vereins organisiert.⁵

6. Die *Generalversammlung* ist das oberste Organ der SFL und hat die Kompetenz zur Regelung der wichtigsten Geschäfte, insbesondere der Genehmigung und Änderung der Statuten und Reglemente sowie der Wahl aller Organe. Alle 20 Mitglieder verfügen über eine Stimme.⁶

7. Das *Komitee* besteht aus dem Präsidenten und acht Mitgliedern. Dem Komitee obliegt die Führung der SFL, insbesondere die Vorbereitung und Einberufung der GV, die Vorbereitung des Budgets und der Jahresrechnung sowie die Ernennung der Mitglieder der beratenden Kommissionen und der Lizenzadministration.⁷

8. Das Komitee delegiert die operative Führung und Vertretung der SFL an den CEO, aktuell ist dies Herr Claudius Schäfer, und die Geschäftsleitung, soweit nicht das Gesetz, die Statuten oder Reglemente anderes vorsehen. Der CEO ist für die operative Geschäftsführung der SFL verantwortlich. Er führt als Vorsitzender die Geschäftsleitung, die sich mit allen für die SFL wesentlichen Geschäften und Entscheiden beschäftigt.⁸

A.1.2 Die Raiffeisen Super League und die Brack.ch Challenge League

9. Die SFL organisiert und überwacht die professionellen Meisterschaften der Super League und der Challenge League.⁹ Zuständig hierfür erklären sie Art. 17 Abs. 5 der Statuten des SFV («Statuten SFV») und Art. 9 des Wettspielreglements (WR) des SFV («SFV-Wettspielreglement»)¹⁰.

10. Gemäss SFV-Wettspielreglement dauert eine Saison für sämtliche Fussballmeisterschaften in der Schweiz vom 1. Juli bis zum 30. Juni des folgenden Jahres (Abs. 1) und sie sind in der Regel bis Mitte Juni abzuschliessen (Abs. 3). Werden zur abgelaufenen Saison zählende Verbandsspiele nach dem 30. Juni ausgetragen, so zählt die Zeit, innerhalb welcher sie ausgetragen werden, für die beteiligten Teams und Spieler zur alten Saison (Abs. 2).¹¹

11. In der Super League kämpfen zehn Klubs um den Titel des offiziellen Schweizer Fussballmeisters und um Europacup-Plätze. Die Klubs müssen die strengen Lizenzierungsvorschriften der UEFA¹² erfüllen.¹³

12. Die Challenge League umfasst seit der Saison 2012/13 ebenso zehn Klubs. Am Ende der Meisterschaft steigt der letztklassierte Challenge League-Klub automatisch in die 1. Liga Promotion ab, der erstklassierte Klub der 1. Liga Promotion steigt automatisch in die Challenge League auf.¹⁴ Aufgrund des Abbruchs der Amateurfussball-Meisterschaften 2019/20 ohne Wertung (s. Rz 15) gibt es diese Saison allerdings keinen Absteiger aus der Challenge League in die 1. Liga Promotion und keinen Aufsteiger aus der 1. Liga Promotion in die Challenge League¹⁵.

13. Zur Ermittlung des Schweizer Meisters treten die zehn Klubs der Super League im heutigen Modus vier Mal gegeneinander an. Die letztplatzierte Mannschaft steigt nach 36 Meisterschaftsrunden direkt in die Chal-

lenge League ab und wird durch den Meister der zweithöchsten Liga ersetzt. Seit der Saison 2018/19 wird zwischen dem Neunten der Super League und dem Zweiten der Challenge League in zwei Barrage-Spielen nach Europacup-Formel der letzte Teilnehmer an der Meisterschaft der Super League ermittelt.¹⁶

14. Die Teilnehmer aus der Super League in den europäischen Wettbewerben werden auf der Grundlage der Platzierung der Schweiz im 5-Jahres-Ranking der UEFA ermittelt. Die Vergabe der Plätze in der Qualifikation für die Champions League und der Europa League ändert sich jedes Jahr.¹⁷

A.1.3 Die professionellen Meisterschaften Saison 2019/20 sowie der Helvetia Schweizer Cup 2019/20 und COVID-19

15. Die professionellen Fussballmeisterschaften Saison 2019/20 starteten am 19. Juli 2019 (Super League) bzw. 20. Juli 2019 (Challenge League).¹⁸ Diese Meisterschaften und auch der Helvetia Schweizer Cup mussten infolge des COVID19-Ausbruchs in der Schweiz und der deswegen getroffenen Massnahmen des Bundesrates –

⁴ Statuten SFL (Fn 2), Art. 9, und Art. 18 Abs. 1 Wettspielreglement (WR) des SFV, Ausgabe Januar 2019 («SFV-Wettspielreglement»), <[https://org.football.ch/portaldata/28/Resources/dokumente/de/02_wettspielreglement_und_spielregeln/2.1_Wettspielreglement_\(Januar_2019\).pdf](https://org.football.ch/portaldata/28/Resources/dokumente/de/02_wettspielreglement_und_spielregeln/2.1_Wettspielreglement_(Januar_2019).pdf)> (18.6.2020).

⁵ Statuten SFL (Fn 2), Art. 12.

⁶ Ibid., Art. 20 und Art. 26 ff.

⁷ Ibid., Art. 20 und Art. 40 ff.

⁸ Zum Ganzen: Webpages der SFL, <www.sfl.ch/sfl/organisation/geschaeftsleitung/> (18.6.2020).

⁹ Art. 1 des Reglements für den Spielbetrieb der SFL, Version 11.2019 («SFL-Reglement Spielbetrieb»), <www.sfl.ch/fileadmin/user_upload/www.sfl.ch/downloads/reglemente/statuten_spielbetrieb/Reglement_Spielbetrieb_SFL_221119.pdf> (18.6.2020).

¹⁰ Art. 17 Abs. 5 der Statuten des Schweizer Fussballverbandes, Ausgabe Juli 2017 («Statuten SFV»), <https://org.football.ch/portaldata/28/Resources/Dokumente/DE/01_Statuten_und_Disziplinarwesen/1.1_Statuten.pdf> und SFV-Wettspielreglement (Fn 4), Art. 9.

¹¹ SFV-Wettspielreglement (Fn 4), Art. 8.

¹² UEFA ist das Akronym für die «Union of European Football Associations» bzw. den europäischen Fussballverband.

¹³ Zum Ganzen: Webpage des SFV, <https://org.football.ch/desktopdefault.aspx/tabid-2869/8789_read-165693/> (18.6.2020) und SFL-Reglement Spielbetrieb (Fn 9).

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Die beiden Fussballklubs Yverdon-Sport FC und FC Rapperswil-Jona, die sich vor dem Abbruch der 1. Liga Promotion-Meisterschaft auf dem 1. bzw. 2. Rangplatz befanden, reichten deswegen vor dem Tribunal Arbitral du Sport TAS Rekurs gegen den SFV-Beschluss, die 1. Liga Promotion-Meisterschaft abbrechen und nicht zu werten, ein. Am 12. Juni 2020 wies der TAS beide Rekurse ab. Der TAS befand, dass der SFV mit seinem Entscheid, die Fussballamateur-Meisterschaften abbrechen und nicht zu werten, keine Vorschriften verletzte und auch nicht willkürlich handelte (s. <www.tas-cas.org/en/general-information/news-detail/article/le-tas-rejette-les-appels-de-yverdon-sport-sa-et-du-fc-rapperswil-jona.html> [18.6.2020]).

¹⁶ Zum Ganzen: Webpages der SFL, <www.sfl.ch/sfl/organisation/die-swiss-football-league/> (18.6.2020) und SFL-Reglement Spielbetrieb (Fn 9).

¹⁷ Ibid. (Laufertext Webpage SFL).

¹⁸ Spielplan Super League 2019/20, <www.sfl.ch/fileadmin/user_upload/www.sfl.ch/downloads/spielplaene/Spielplan_RaiffeisenSuperLeague_2019-20_D_040620.pdf> (18.6.2020) und Spielplan Challenge League 2019/20, <www.sfl.ch/fileadmin/user_upload/www.sfl.ch/downloads/spielplaene/spielplan_BrackchChallengeLeague_2019-20_D_040620.pdf> (18.6.2020).

ab dem 16. März bis zum 19. Juni 2020 auf notrechtlicher Basis – von Februar bis letztendlich Juni 2020 ausgesetzt werden. Gleichermassen wurden auch alle Amateurfussball-Meisterschaften und alle anderen Cupwettbewerbe der Saison 2019/20 zunächst ausgesetzt, aber dann anders als die drei vorgenannten Fussballwettbewerbe durch Entscheid des Zentralvorstandes des SFV am 30. April 2020 abgebrochen und als Folge davon nicht gewertet.¹⁹ Im Einzelnen hat es sich hinsichtlich der Super League und der Challenge League wie folgt zugetragen:

16. Die letzten Spiele vor der erzwungenen, temporären Aussetzung der Super League und der Challenge League wurden am Wochenende vom 22./23. Februar 2020 ausgetragen. Damit waren 23 von insgesamt 36 Meisterschaftsrunden ausgespielt.

17. Am 28. Februar 2020 traf sich der Bundesrat zu einer ausserordentlichen Sitzung und stufte aufgrund der Ausbreitung des Coronavirus die Situation in der Schweiz als «besondere Lage» gemäss Epidemien-gesetz ein. Grossveranstaltungen mit mehr als 1000 Personen wurden deshalb per sofort verboten. Dieses Verbot galt damals mindestens bis am 15. März.²⁰

18. Ebenso am 28. Februar 2020 teilte die SFL mit, dass sie auf die Anordnung des Bundesrates im Zusammenhang mit dem Coronavirus reagiert und deswegen alle Partien der 24. Spielrunde der Super League und der Challenge League auf ein unbestimmtes Datum verschoben habe.²¹

19. Am 2. März 2020 teilte die SFL den Entscheid der 20 Klubs mit, dass aufgrund des Coronavirus in der Swiss Football League bis auf Weiteres nicht gespielt werde und dass das weitere Vorgehen vom Entscheid des Bundesrates über das Verbot der Veranstaltungen abhängig sei. Würde das Verbot aufgehoben, könne die Runde 27 wie vorgesehen vor Publikum ausgetragen werden. Für den Fall, dass das Verbot durch den Bundesrat verlängert werde und/oder umfangreichere Auflagen zum Tragen kommen sollten, würden sich die Liga und die Klubs der Super League und der Challenge League erneut beraten und über das weitere Vorgehen entscheiden.²²

20. Am 13. März 2020 verschärfte der Bundesrat seine Massnahmen gegen das Coronavirus zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung. Er verbot u. a. mit sofortiger Wirkung und bis mindestens am 30. April 2020 Veranstaltungen mit mehr als 100 Personen.²³

21. Ebenso am 13. März 2020 teilte die SFL mit, dass sie in Anbetracht der jüngsten Entwicklungen im Zusammenhang mit dem Coronavirus den Spielbetrieb der Super League und der Challenge League bis am 30. April 2020 ruhen lasse. Klares Ziel der SFL und ihrer Klubs sei es weiterhin, die Saison bis zum Sommer zu Ende spielen zu können – aus sportlichen Gesichtspunkten, aber insbesondere auch, weil eine vorzeitige Beendigung der Saison für einige Klubs existenzbedrohende Konsequenzen haben könne.²⁴

22. Am 16. März 2020 erklärte der Bundesrat die «ausserordentliche Lage» gemäss Epidemien-gesetz und verschärfte seinen Massnahmen zum Schutz der Bevölkerung weiter – u. a. wurden mit Geltung ab Mitternacht

sämtliche öffentlichen und privaten Veranstaltungen verboten.²⁵

23. Ebenso am 16. März 2020 informierte die SFL, dass nach dem Entscheid des Bundesrates die Notlage auszurufen, die SFL-Klubs ihre gesamtgesellschaftliche Verantwortung wahrnehmen und bis auf Weiteres den Trainings- und Spielbetrieb komplett einstellen würden, um so solidarisch alle Bemühungen des Bundes, die Verbreitung des Virus zu verlangsamen, zu unterstützen.²⁶

24. Am 20. März 2020 gab die SFL bekannt, dass ihre Klubs aufgrund eines Entscheids des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO auch für befristete Arbeitsverträge Kurzarbeit beantragen könnten.²⁷

25. Am 16. April 2020 informierte der Bundesrat über die schrittweise Lockerung der Massnahmen zum Schutz vor dem Coronavirus: In der ersten Etappe sollten ab dem 27. April die Massnahmen bei Einrichtungen, die nur eine geringe Anzahl direkter Kontakte aufweisen, Schutzkonzepte einfach umsetzen können und keine bedeutenden Personenströme verursachen, gelockert werden. In der zweiten Etappe sollten ab dem 11. Mai die obligatorischen Schulen sowie die Einkaufsläden und Märkte wieder öffnen. In der dritten Etappe sollten die Mittel-, Berufs- und Hochschulen wieder Präsenzveranstaltungen abhalten dürfen. Gleichzeitig sollten Unterhaltungs- und Freizeitbetriebe wie Museen, Bibliotheken,

¹⁹ SFV, Medienmitteilung «Abbruch der Saison 2019/20» vom 30.4.2020, <www.football.ch/desktop-default.aspx/tabid-3813/11153_read-247316/> (18.6.2020).

²⁰ Zum Ganzen: Bundesrat, Medienmitteilung «Coronavirus: Bundesrat verbietet grosse Veranstaltungen» vom 28.2.2020, <www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-78289.html> (18.6.2020).

²¹ SFL, Medienmitteilung «SFL verschiebt wegen Coronavirus alle Spiele vom Wochenende» vom 28.2.2020, <www.sfl.ch/news/news/artikel/sfl-verschiebt-wegen-coronavirus-alle-spiele-vom-wochenende/> (18.6.2020).

²² Zum Ganzen: SFL, Medienmitteilung «Meisterschaft wird wegen Coronavirus weiterhin ausgesetzt» vom 2.3.2020, <www.sfl.ch/news/news/artikel/meisterschaft-wird-wegen-coronavirus-weiterhin-ausgesetzt/> (18.6.2020).

²³ Bundesrat, Medienmitteilung «Bundesrat verschärft Massnahmen gegen das Coronavirus zum Schutz der Gesundheit und unterstützt betroffene Branchen» vom 13.3.2020, <www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-78437.html> (18.6.2020).

²⁴ Zum Ganzen: SFL, Medienmitteilung «Spielbetrieb in der SFL ruht bis am 30. April» vom 13.3.2020, <www.sfl.ch/news/news/artikel/spielbetrieb-in-der-sfl-ruht-bis-am-30-april/> (18.6.2020).

²⁵ Bundesrat, Medienmitteilung «Coronavirus: Bundesrat erklärt die «ausserordentliche Lage» und verschärft die Massnahmen» vom 16.3.2020, <www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-78454.html> (18.6.2020).

²⁶ Zum Ganzen: SFL, Medienmitteilung «Schweizer Fussball unterstützt einschneidende Massnahmen» vom 16.3.2020, <www.sfl.ch/news/news/artikel/schweizer-fussball-unterstuetzt-einschneidende-massnahmen/> (18.6.2020).

²⁷ SFL, Medienmitteilung «SFL-Klubs können Kurzarbeit beantragen» vom 20.3.2020, <www.sfl.ch/news/news/artikel/sfl-klubs-koennen-kurzarbeit-beantragen/> (18.6.2020).

botanische Gärten und Zoos wieder öffnen und das Versammlungsverbot gelockert werden.²⁸ Zum Trainings- und Spielbetrieb im Profi- und Amateurfussball äusserte sich der Bundesrat nicht.

26. Ebenso am 16. April 2020 informierte die SFL, dass sie die Informationen des Bundesrats zur schrittweisen Lockerung der Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus zur Kenntnis nehme und auf dieser Grundlage die weiteren Schritte an die Hand nehmen werde. Dabei gehe es um organisatorische Fragen zur Wiederaufnahme des Trainingsbetriebs in den Klubs und zur allfälligen Austragung von Geisterspielen.²⁹

27. Am 22. April 2020 informierte die SFL, dass sie in Kooperation mit dem Institut für Infektionskrankheiten der Universität Bern ein detailliertes Konzept erarbeitet und beim Bundesamt für Sport (BASPO) eingereicht habe. Es beinhalte mögliche Szenarien für die Wiederaufnahme des Trainingsbetriebs sowie die Organisation von Geisterspielen und solle als Grundlage für einen Entscheid der Behörden zum Profifussball dienen. Die SFL und ihre Klubs seien darauf angewiesen, möglichst bald einen Fahrplan für die Wiederaufnahme des Trainings- und Spielbetriebs zu erhalten. Dies scheine in einer ersten Phase der einzig gangbare Weg, den Schweizer Profifussball in seiner heutigen Form zu retten und gleichzeitig die wichtigen Auflagen zum Schutz der Spieler und der Bevölkerung einzuhalten. Weiter hielt die SFL fest, dass in den folgenden Tagen ein intensiver Austausch [mit den 20 Klubs] zum detaillierten Konzept und zu den formulierten Szenarien stattfinden solle. Um eine bessere Diskussionsgrundlage für diesen Austausch zu haben, habe die SFL die Behörden um eine zeitnahe Rückmeldung mit einem verbindlichen Zeitplan für die Wiederaufnahme des Trainings- und Spielbetriebs gebeten.³⁰

28. Am 29. April 2020 erlaubte der Bundesrat ab dem 11. Mai wieder Sporttrainings im Breiten- und Leistungssport, sowohl im Einzel- als auch Mannschaftssport, unter der Voraussetzung, dass Schutzkonzepte und Hygienevorschriften eingehalten würden. In Abhängigkeit der Entwicklung der Pandemie stellte er zusätzlich in Aussicht, den Spielbetrieb unter Ausschluss der Öffentlichkeit in Ligen mit überwiegend professionellem Spielbetrieb ab dem 8. Juni 2020 wieder zuzulassen.³¹

29. Ebenso am 29. April 2020 informierte die SFL, dass ihr Komitee die Lockerungsschritte des Bundesrats für den Sport zur Kenntnis genommen habe. Für den Profifussball stellten sich im Nachgang organisatorische, gesellschaftspolitische und existenzielle wirtschaftliche Fragen, die im Austausch mit den Klubs und den Behörden beantwortet werden müssten. Erst wenn diese geklärt seien, könne über die Wiederaufnahme der laufenden Meisterschaften entschieden werden. Das Komitee bekräftigte die grundsätzliche Absicht, die Meisterschaften der Super League und der Challenge League der laufenden Saison 2019/20 ab dem 8. Juni wieder aufzunehmen.³²

30. Am 7. Mai 2020 informierte die SFL bezugnehmend auf den Entscheid des Bundesrates, ab dem 11. Mai 2020 Mannschaftstrainings wieder zu erlauben, sowie seiner Ankündigung am 27. Mai 2020 definitiv darüber zu entscheiden, ob der Spielbetrieb in den beiden Profi-

Meisterschaften unter Ausschluss der Öffentlichkeit ab dem 8. Juni 2020 wieder zugelassen werden kann, dass durch ihr Komitee auf den 29. Mai 2020 eine ausserordentliche Generalversammlung angesetzt worden sei, anlässlich derer die Vertreter der 20 Klubs über die Weiterführung der Meisterschaften entscheiden würden. Damit den Klubs bei einem Entscheid zur Wiederaufnahme des Spielbetriebs genügend Zeit zur Vorbereitung bleibe, wären die ersten Partien am Wochenende vom 19./20./21. Juni 2020 vorgesehen.³³

31. Am 27. Mai 2020 informierte der Bundesrat über die Lockerungen der Massnahmen ab dem 6. Juni 2020, namentlich wurden ab dann alle privaten und öffentlichen Veranstaltungen mit bis zu 300 Personen wieder zugelassen. Für Sportveranstaltungen gelten seither dieselben Regeln wie für alle anderen Veranstaltungen. Der Trainingsbetrieb ist für alle Sportarten seit dem 6. Juni ohne Einschränkung der Gruppengrösse wieder erlaubt. Der Bundesrat entschied zudem, die ausserordentliche Lage gemäss Epidemien-gesetz auf den 19. Juni 2020 zu beenden.³⁴

32. Am 29. Mai 2020 teilte die SFL mit, dass die 20 Klubs sich an der ausserordentlichen Generalversammlung mit 17 zu 2 Stimmen (eine Enthaltung) für eine Fortsetzung der wegen des Coronavirus unterbrochenen Saison 2019/20 ausgesprochen hatten. Mit diesem Entscheid könnten die Wettbewerbe voraussichtlich am Freitag, 19. Juni, mit den Partien der 24. Runde fortgesetzt werden. Der Datenplan sieht mehrere englische Wochen³⁵ vor, damit die beiden Meisterschaften am 2. August abgeschlossen werden können. Um die geordnete Wiederaufnahme des Spielbetriebs zu garantieren, waren kurzfristige Anpassungen in den Reglementen der SFL notwendig. So beschlossen die Klubs mit einer temporären Regeländerung, bis zum Saisonende in beiden Meisterschaften jedem Team neu fünf statt wie gewohnt drei Auswechslungen pro Spiel zu erlauben,

²⁸ Zum Ganzen: Bundesrat, Medienmitteilung «Bundesrat lockert schrittweise Massnahmen zum Schutz vor dem neuen Coronavirus» vom 16.4.2020, <www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-78818.html> (18.6.2020).

²⁹ Zum Ganzen: SFL, Medienmitteilung «SFL prüft nach BR-Entscheid weiteres Vorgehen» vom 16.4.2020, <www.sfl.ch/news/news/artikel/sfl-prueft-nach-br-entscheid-weiteres-vorgehen/> (18.6.2020).

³⁰ Zum Ganzen: SFL, Medienmitteilung «SFL setzt sich für Wiederaufnahme des Spielbetriebs ein» vom 22.4.2020, <www.sfl.ch/news/news/artikel/sfl-setzt-sich-fuer-wiederaufnahme-des-spielbetriebs-ein/> (18.6.2020).

³¹ Zum Ganzen: Bundesrat, Medienmitteilung «Coronavirus: Bundesrat erlaubt Sport-Trainings ab 11. Mai» vom 29.4.2020, <www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-78930.html> (18.6.2020).

³² Zum Ganzen: SFL, Medienmitteilung «SFL nimmt sich Zeit zur Klärung wichtiger Fragen» vom 29.4.2020, <www.sfl.ch/news/news/artikel/sfl-nimmt-sich-zeit-zur-klarung-wichtiger-fragen/> (18.6.2020).

³³ Zum Ganzen: SFL, Medienmitteilung «Entscheid über Weiterführung der Meisterschaften am 29. Mai 2020» vom 7.5.2020, <www.sfl.ch/news/news/artikel/entscheid-ueber-weiterfuehrung-der-meisterschaften-am-29-mai-2020/> (18.6.2020).

³⁴ Zum Ganzen: Bundesrat, Medienmitteilung «Coronavirus: Bundesrat beschliesst weitgehende Lockerungen per 6. Juni» vom 27.5.2020, <www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-79268.html> (18.6.2020).

³⁵ Als englische Woche wird der Zeitraum von acht Tagen von Sonntag bis Sonntag verstanden, in dem eine Mannschaft drei Punktspiele austragen muss.

um das Verletzungsrisiko für die Spieler nach der langen Zwangspause zu reduzieren. Zudem verpflichten sich die Klubs, das vom Bundesamt für Gesundheit genehmigte Schutzkonzept vollumfänglich einzuhalten. In weiteren Punkten des durch die Klubs eingeführten Reglements zur Wiederaufnahme des Spielbetriebs wurden die nationalen Lizenzen verlängert sowie die Qualifikationsperioden und Spielberechtigungen geklärt. Gemäss Artikel 6 des Reglements der FIFA zum Status und Transfer von Spielern, ist die Qualifikation und der Einsatz neuer Spieler vor dem Ende der laufenden Meisterschaft nicht zulässig; und zwar weder für internationale noch für nationale Übertritte. Einzig in Härtefällen sollen neue Spieler qualifiziert und eingesetzt werden können. Darunter fallen auch Spieler, deren letzter Arbeitsvertrag aufgrund von COVID-19 beendet wurde.³⁶

33. Ebenso am 29. Mai 2020 teilte der SFV mit, dass sein Zentralvorstand nach dem Beschluss der SFL, die Saison 2019/20 fortzuführen, entschieden hat, auch den Helvetia Schweizer Cup 2019/20 zu Ende zu spielen.³⁷

34. Gegen den Beschluss der SFL (s. vorne Rz 32), die professionellen Fussballmeisterschaften Saison 2019/20 fortzusetzen, hat die OLA Anzeige beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung erstattet (mehr dazu hinten Rz 72 ff.).

A.1.4 Die FIFA- und SFL-Massnahmen rund um COVID-19

A.1.4.1 Sportverbandsregulatorischer Hintergrund der SFL

35. Gemäss den Statuten SFV, ist der SFV Mitglied der internationalen Fachverbände FIFA und UEFA sowie des nationalen Sportdachverbandes Swiss Olympic Association (Art. 4 Abs. 1).³⁸ Die FIFA ist die «Fédération Internationale de Football Association», der Weltfussballverband.

36. Gemäss Art. 5 Statuten SFV³⁹

- sind die Statuten, Reglemente und Beschlüsse der FIFA, der UEFA und des SFV für den SFV selbst, die Abteilungen, die Unterorganisationen und die Klubs sowie für die jeweiligen Organe, sonstigen Behörden, Mitglieder, Spieler und Funktionäre verbindlich (Abs. 1).
- gilt, soweit im Einzelfall kraft Mitgliedschaft oder Teilnahme an einem Wettbewerb eine Unterstellung besteht, dasselbe für die statutengemäss zustande gekommenen Vorschriften und für die Beschlüsse der Abteilungen und der Unterorganisationen. Statuten, Reglemente und Beschlüsse des SFV gehen entgegenstehenden Vorschriften und Beschlüssen der Abteilungen und der Unterorganisationen vor (Abs. 2).
- müssen die Statuten der Klubs und ihre Verträge mit Mitgliedern, Spielern und Funktionären eine Bestimmung enthalten, welche die Statuten, Reglemente und Beschlüsse der FIFA, der UEFA und des SFV sowie (soweit eine Unterstellung gemäss Absatz 2 besteht) die Vorschriften und die Beschlüsse der jeweiligen Abteilungen und Unterorganisationen für ihre Mitglieder, Spieler und Funktionäre für verbindlich erklärt (Abs. 3).

- sind die Organe, ständigen Kommissionen und sonstigen Behörden des SFV, der Abteilungen und der Unterorganisationen verpflichtet, sich bei ihrer Tätigkeit an die gemäss dieser Bestimmung verbindlichen Vorschriften und Beschlüsse zu halten (Abs. 4).

37. Gemäss Art. 77 Statuten SFV sind der SFV, die Abteilungen (inkl. Unterorganisationen) und seine Klubs an den koordinierten internationalen Spielkalender der FIFA gebunden.⁴⁰ Weiter bestimmt Art. 1 Abs. 5 SFV-Wettspielreglement, dass für offizielle internationale Spiele und internationale Freundschaftsspiele die Regelungen der FIFA und/oder der UEFA vorgehen.⁴¹

38. Vor diesem sportregulatorischen Hintergrund legt die SFL gemäss Art. 12 SFL-Reglement Spielbetrieb vor Beginn der Meisterschaft oder allenfalls vor Beginn jeder einzelnen Phase den Spielkalender fest unter Berücksichtigung und Abwägung:⁴²

- der Interessen des sportlichen Wettbewerbs;
- der Interessen der Mannschaften, die an einem UEFA-Wettbewerb teilnehmen, und der Vorgaben der UEFA;
- der Interessen der Nationalmannschaft;
- der Interessen der Vertragspartner der SFL; und
- der Vorgaben der Behörden.

A.1.4.2 FIFA und COVID-19

39. Die Corona-Pandemie hat nicht nur in der Schweiz, sondern nach Feststellung der FIFA in fast allen Ländern und Gebieten der Welt zu einem mehrmonatigen Unterbruch des Fussballbetriebs geführt. Dieser einmalige Stillstand – gemäss FIFA hat es seit dem zweiten Weltkrieg im organisierten Fussball nichts Derartiges gegeben – hat bei der FIFA zu zahlreichen Anfragen ihrer Mitgliederverbände geführt, die insbesondere das Reglement bezüglich Status und Transfer von Spielern der FIFA («FIFA-Spielerreglement»)⁴³ mit Blick auf die Weiterführung des Spielbetriebs nach dem COVID-19-Unterbruch betrafen.⁴⁴

³⁶ Zum Ganzen: SFL, Medienmitteilung «Saison wird fortgesetzt – Klubs lehnen Aufstockung ab» vom 29.5.2020, <www.sfl.ch/news/news/artikel/saison-wird-fortgesetzt-klubs-lehnen-aufstockung-ab/> (18.6.2020).

³⁷ SFV, Medienmitteilung «Helvetia Schweizer Cup 2019/20 wird zu Ende gespielt» vom 29.5.2020, <www.football.ch/SFV/Schweizer-Cups/schweizer-cup/News/helvetia-schweizer-cup-2019-20-wird-zu-ende-gespielt.aspx> (18.6.2020).

³⁸ Statuten SFV (Fn 10), Art. 4 Abs. 1.

³⁹ Ibid., Art. 5.

⁴⁰ Ibid., Art. 77.

⁴¹ SFV-Wettspielreglement (Fn 4), Art. 1 Abs. 5.

⁴² SFL-Reglement Spielbetrieb (Fn 9), Art. 12.

⁴³ FIFA, «Reglement bezüglich Status und Transfer von Spielern» («FIFA-Spielerreglement»), <<https://img.fifa.com/image/upload/bhr8gm4bkbrf3mtapi8l.pdf>> (18.6.2020).

⁴⁴ Zum Ganzen: FIFA-Richtlinie «COVID-19 Fussballregulatorische Probleme», Version 1.0, April 2020 («FIFA-Richtlinie COVID-19»), Einleitung, <<https://img.fifa.com/image/upload/jzajnptbc8e8h1cqww2e.pdf>> (18.6.2020).

40. Angesichts der erwähnten beispiellosen Auswirkungen von COVID-19 auf alle Stufen des Fussballs hat die FIFA bereits anfangs April 2020 die «FIFA-Richtlinie COVID-19» verfasst mit einer Reihe von Empfehlungen und Leitlinien zur Lösung einiger wichtiger Probleme infolge der Pandemie, so insbesondere in Bezug auf Spielerverträge – namentlich hinsichtlich des Endes und Beginns von Spielerverträgen sowie von Arbeitsverträgen im Fussball, die nicht mehr erfüllt werden können – und das Transfersystem im Allgemeinen, namentlich des angemessenen Zeitpunkts für Registrierungsperioden (die sog. «Transferfenster»)⁴⁵ Wie FIFA-Präsident Gianni Infantino dazu ausführte, mögen diese Richtlinien und Empfehlungen zwar nicht alle Probleme lösen, sie sollten aber für die nächste Zukunft zumindest für eine gewisse Stabilität und Gewissheit im Fussball sorgen.⁴⁶

41. Wie die FIFA darin weiter ausführt, sieht sie sich nicht in der Lage, den Mitgliedsverbänden vorzuschreiben oder zu empfehlen, wann der Spielbetrieb in einem Land oder Gebiet wiederaufgenommen werden sollte. Diese Entscheidung muss jeder Mitgliedsverband auf Empfehlung der zuständigen nationalen Gesundheitsbehörden selbst treffen.⁴⁷

42. Für sich schloss die FIFA aus alledem, dass COVID-19 die Gegebenheiten des Fussballs für diese Saison (bzw. die Saison 2019/20) derart verändert hat, dass sie diese Störung des Fussballbetriebs durch COVID-19 als *Fall höherer Gewalt* einstuft.⁴⁸

43. Zu ablaufenden und neuen Arbeitsverträgen hält die FIFA-Richtlinie COVID-19 grundsätzlich fest, dass diese durch nationales Recht und die Vertragsfreiheit der Parteien geregelt werden, sie aber in Übereinstimmung mit Art. 18 Abs. 2 FIFA-Spielerreglement folgende Regelungen dazu vorschlägt:⁴⁹

- Wenn ein Vertrag am ursprünglichen Enddatum einer Spielzeit endet [für die Schweiz: auf das reguläre Saisonende am 30. Juni⁵⁰], wird das Vertragsende bis zum neuen Enddatum der Spielzeit aufgeschoben.
- Wenn ein Vertrag am ursprünglichen Anfangsdatum einer neuen Spielzeit beginnen sollte [für die Schweiz: ab dem regulären Saisonbeginn am 1. Juli⁵¹], wird der Vertragsbeginn bis zum neuen Anfangsdatum der neuen Spielzeit aufgeschoben.
- Vorbehaltlich einer anderslautenden Absprache zwischen allen massgebenden Parteien hat der ehemalige Verein bei überlappenden Spielzeiten und/oder Registrierungsperioden das Vorrecht, seine Spielzeit mit dem ursprünglichen Kader abzuschliessen, damit die Integrität einer nationalen Liga, eines Mitgliedsverein-Wettbewerbs oder eines kontinentalen Wettbewerbs gewahrt wird.
- Die obigen Regelungen gelten analog für Vereinbarungen für internationale Transfers.

44. Für Verträge, die nicht wie von den Parteien ursprünglich beabsichtigt erfüllt werden können, erarbeitete die FIFA Empfehlungen, damit ein Mindestmass an Gehaltszahlungen an Spieler und Trainer garantiert wird. Weiter dienen die Empfehlungen der Vermeidung von Gerichtsfällen, dem Schutz der Vertragsstabilität, der

Vermeidung von Konkursen von Vereinen und erfolgen im Bewusstsein um die finanziellen Folgen von COVID-19 auf Vereine.⁵² Da die SFL-Klubs das Institut der Kurzarbeit auch für ihre befristeten Arbeitsverträge beantragen durften (s. vorne Rz 24) sind diese Empfehlungen im Anzeigekontext nicht weiter relevant.

45. Gemäss Art. 6 Abs. 1 des FIFA-Spielerreglements darf ein Spieler nur während einer von zwei vom zuständigen Mitgliedsverband pro Jahr festgelegten Perioden (gemeinhin auch Transferfenster genannt) registriert werden.⁵³ Dazu führt die FIFA in ihrer FIFA-Richtlinie COVID-19 aus, dass gemäss dem zweiten Satz von Anhang 3, Art. 5.1 Abs. 1 des FIFA-Spielerreglements Verbände in Ausnahmesituationen die Daten ihrer Registrierungsperioden bis zu deren Beginn anpassen oder ändern dürfen. COVID-19 ist eindeutig eine Ausnahmesituation.⁵⁴ Die FIFA empfiehlt daher folgendes dazu:

- Allen Anträgen auf Verlängerung des Enddatums der laufenden Spielzeit wird stattgegeben.
- Allen Anträgen auf Verlängerung oder Änderung von Registrierungsperioden, die bereits begonnen haben, wird stattgegeben, sofern ihre Dauer der im Reglement festgelegten maximalen Zeitspanne (d. h. 16 Wochen) entspricht.
- Allen Anträgen auf Änderung oder Verschiebung von Registrierungsperioden, die noch nicht begonnen haben, wird stattgegeben, sofern ihre Dauer der im Reglement festgelegten maximalen Zeitspanne (d. h. 16 Wochen) entspricht.
- Mitgliederverbände dürfen Daten von Spielzeiten und/oder Registrierungsperioden im Transfer Matching System (TMS) oder mittels Mitteilung an die FIFA ändern.
- In Abweichung von Art. 6 Abs. 1 des Reglements hat ein Berufsspieler, dessen Vertrag aufgrund von COVID-19 abgelaufen ist oder beendet wurde, das Recht, ausserhalb einer Registrierungsperiode durch einen Verband registriert zu werden, ungeachtet des Datums des Vertragsablaufs oder der Vertragsbeendigung.

46. Am 11. Juni 2020 bzw. am Tag, an dem das Sekretariat den Beteiligten sein Ergebnis der Prüfung der vorliegenden Anzeige bekannt gab, hat der FIFA-Ratsausschuss weitere vorübergehende Änderungen am FIFA-Spielerreglement sowie an der Verfahrensordnung für die Kommission für den Status von Spielern und für die Kammer zur Beilegung von Streitigkeiten

⁴⁵ Ibid., Einleitung.

⁴⁶ FIFA, Medienmitteilung «FIFA-Richtlinien zu rechtlichen Folgen von COVID-19» vom 7.4.2020, <<https://de.fifa.com/who-we-are/news/fifa-richtlinien-zu-rechtlichen-folgen-von-covid-19>> (18.6.2020).

⁴⁷ FIFA-Richtlinie COVID-19 (Fn 44), Einleitung.

⁴⁸ FIFA-Richtlinie COVID-19 (Fn 44), Einleitung.

⁴⁹ Ibid., S. 4 f.

⁵⁰ S. vorne Rz 10.

⁵¹ Ibid.

⁵² FIFA-Richtlinie COVID-19 (Fn 44), S. 6 f.

⁵³ FIFA-Spielerreglement (Fn 43), Art. 6 Abs. 1.

⁵⁴ FIFA-Richtlinie COVID-19 (Fn 44), S. 9.

verabschiedet und veröffentlicht. Ein weiteres, gleichentags veröffentlichtes FIFA-Dokument mit häufigen Fragen («FIFA-COVID 19 FAQs») erläutert verschiedene Punkte des von der FIFA am 7. April 2020 publizierten Dokuments FIFA-Richtlinie COVID-19, insbesondere im Zusammenhang mit ablaufenden Arbeitsverträgen (Verträge, die am Ende der laufenden Spielzeit ablaufen) und neuen Verträgen (bereits abgeschlossene Verträge, die am Anfang der nächsten Spielzeit beginnen sollen), Arbeitsverträgen, die aufgrund von COVID-19 nicht wie von den Parteien ursprünglich beabsichtigt erfüllt werden können, sowie mit Transferfenstern.⁵⁵

47. Zunächst präzisiert die FIFA in den FIFA-COVID-19 FAQs, dass kein formeller Beschluss seitens ihres Ratsausschusses ergangen ist, dass die Corona-Pandemie in einem bestimmten Land oder Gebiet ein Fall höherer Gewalt ist oder dass ein bestimmter Arbeitsvertrag oder eine bestimmte Transfervereinbarung vom Konzept der höheren Gewalt erfasst wird. Die FIFA bestätigt allerdings auch, dass sie ihre Zuständigkeit, ihr FIFA-Spielerreglement vorübergehend über die FIFA-Richtlinie COVID-19 abzuändern, aus dem Umstand zieht, dass die Corona-Pandemie für die FIFA und den Fussball im Allgemeinen ein nicht vorgesehener Fall und ein Fall höherer Gewalt ist.⁵⁶

48. Weiter bezieht die FIFA-COVID-19 FAQs zu unterschiedlichsten Fragen Stellung, so namentlich die folgenden:

- Ganz allgemein empfiehlt die FIFA den Vereinen eindringlich, ihre nationale Spielzeit mit dem ursprünglichen Kader abzuschliessen und so die Integrität ihrer Wettbewerbe zu wahren.⁵⁷
- Zu verlängerten, bestehenden und zu neuen Spielerverträgen mit aufgeschobenen Beginn, erklärt die FIFA, grundsätzlich sämtliche Vertragsänderungen, die schriftlich mit der Unterschrift aller Parteien erfolgen, anzuerkennen.⁵⁸
- Für laufende Leihvereinbarungen (und entsprechende Arbeitsverträge), die am ursprünglichen Enddatum der laufenden Spielzeit enden, empfiehlt die FIFA eindringlich, dem verpflichtenden Verein (an den der Spieler ausgeliehen wurde) Vorrang einzuräumen, damit dieser seine nationale Spielzeit mit dem ursprünglichen Kader abschliessen kann und die Integrität seiner Wettbewerbe gewahrt wird. Falls die Leihgabe nicht verlängert wird und der Spieler zum freigebenden Verein zurückkehrt, kann es je nachdem sein, dass der Spieler für längere Zeit nicht registriert werden kann, da die massgebende Registrierungsperiode wegen COVID-19 geändert oder verschoben wurde und folglich eventuell nicht offen ist und/oder der Spieler möglicherweise nicht spielberechtigt ist.⁵⁹
- Gemäss Beschluss des Ratsausschusses hat ein Berufsspieler, dessen Vertrag aufgrund von COVID-19 abgelaufen ist oder beendet wurde, in Abweichung von Art. 6 Abs. 1 FIFA-Spielerreglement das Recht, ausserhalb einer Registrierungsperiode durch einen Verband registriert zu werden, ungeachtet des Datums des Vertragsablaufs oder der Vertragsbeendigung. Diese COVID-19-Ausnahme soll den Spielern, deren Anstellung von der Pandemie direkt be-

troffen ist, in erster Linie zusätzliche Beschäftigungsmöglichkeiten bieten. Die Formulierung «aufgrund von COVID-19» bezieht sich gemäss FIFA auf eine Situation, in der COVID-19 zu Folgendem führt:

- o dem Ablauf eines Arbeitsvertrags, wenn:
 - das Enddatum eines Arbeitsvertrags z. B. auf das Ende der Spielzeit fällt, wobei kein bestimmtes Datum genannt wird, und die Spielzeit vor dem Abschluss des Spielkalenders vorzeitig beendet oder abgebrochen wurde (z. B. durch eine behördliche Verordnung oder auf Beschluss des Mitgliedverbands oder der Liga). Sowohl der Spieler als auch der Verein dürfen diese Ausnahmeregelung in Anspruch nehmen,
 - ein laufender Arbeitsvertrag bis zum neuen Enddatum der Spielzeit verlängert wird, wenn das Enddatum einer Spielzeit aufgrund von COVID-19 verschoben wurde, und dieser Vertrag abgelaufen ist. Sowohl der Spieler als auch der Verein dürfen diese Ausnahmeregelung in Anspruch nehmen,
 - die Leihgabe eines Spielers bis zum neuen Enddatum der Spielzeit verlängert wird, wenn das Enddatum einer Spielzeit aufgrund von COVID-19 verschoben wurde, und diese Leihgabe abgelaufen ist. Sowohl der Spieler als auch der Mutterverein dürfen diese Ausnahmeregelung in Anspruch nehmen.
- o der Beendigung eines Arbeitsvertrags, wenn:
 - eine Partei den Arbeitsvertrag aufgrund von COVID-19 einseitig beendet. Bei einer einseitigen Beendigung, die nicht direkt mit der Pandemie zusammenhängt, darf ein Berufsspieler von einem Mitgliedsverband nur gemäss FIFA-Spielerreglement registriert werden (d. h. grundsätzlich während einer offenen Registrierungsperiode vorbehaltlich der in Art. 6 genannten Ausnahmen),
 - ein Spieler ausgeliehen wurde, die Spielzeit vor dem Abschluss des Spielkalenders vorzeitig beendet oder abgebrochen wurde (z. B. durch eine behördliche Verordnung oder auf Beschluss des Mitgliedverbands oder der Liga) und dies zur Beendigung der Leihgabe (und folglich des Arbeitsvertrags) zwischen dem Spieler und dem verpflichtenden Verein führt. Sowohl der Spieler als auch der Mutterverein dürfen diese Ausnahmeregelung in Anspruch nehmen.

⁵⁵ Zum Ganzen: FIFA, Medienmitteilung «Weitere Leitlinien der FIFA zu fussballregulatorischen Problemen aufgrund von COVID-19» vom 11. 6.2020, <<https://de.fifa.com/who-we-are/news/weitere-leitlinien-der-fifa-zu-fussballregulatorischen-problemen-au>> (18.6.2020).

⁵⁶ FIFA, «COVID-19 fussballregulatorische Probleme, Häufige Fragen», 11. Juni 2020 («FIFA-COVID-19 FAQs»), Einleitung, <<https://img.fifa.com/image/upload/qztu0i55hwezu9zkluzd.pdf>> (18.6.2020).

⁵⁷ Ibid., Q&A 9.

⁵⁸ Ibid., Q&A 6.

⁵⁹ Ibid., Q&A 7.

A.1.4.3 SFL und COVID-19

49. Vor dem Hintergrund dieser Vorgaben von FIFA (exklusive der FIFA-COVID 19 FAQs⁶⁰) und gestützt auf die Statuten der SFL und das Wettspielreglement des SFV sowie des Beschlusses der SFL-Klubs anlässlich der a. o. GV vom 29. Mai 2020, die wegen des Coronavirus unterbrochenen Saison 2019/20 der beiden professionellen Ligen Super League und Challenge League fortzusetzen, beschloss die SFL ein Reglement zur Wiederaufnahme des Spielbetriebs («SFL-Reglement Wiederaufnahme Spielbetrieb»)⁶¹, dem Vorrang gegenüber allen bisherigen Reglementen und Richtlinien der SFL zukommt. Der Entwurf dieses Reglements wurde allen SFL-Klubs vor der a. o. GV zugestellt.

50. Gemäss Art. 1 SFL-Reglement Wiederaufnahme Spielbetrieb werden mit diesem Reglement Anpassungen der geltenden Reglemente und Richtlinien der SFL vorgenommen zur:⁶²

- Wiederaufnahme des Spielbetriebs für die Beendigung der Saison 2019/20;
- Abstimmung des Übergangs von der laufenden Saison 2019/20 zur nächsten Saison 2020/21;
- Lizenzerteilung für die Teilnahme an den Meisterschaften der Saison 2020/21.

51. Gemäss diesem Zweck und Geltungsbereich bestimmt dieses Reglements namentlich folgendes für den fortgeführten Spielbetrieb der Saison 2019/20:

- Die Meisterschaftsspiele der SFL werden fortan unter Einhaltung eines vom Bundesamt für Gesundheit genehmigten Schutzkonzeptes durchgeführt.⁶³
- In den Meisterschaften der Super League und der Challenge League in der Saison 2019/20 sind pro Spiel und Team maximal 5 Auswechslungen [anstatt wie bisher regulär 3 Auswechslungen] zulässig.⁶⁴ Bei Verlängerungen in Entscheidungsspielen darf jedes Team eine zusätzliche Auswechslung vornehmen, und zwar unabhängig davon, ob es sein Auswechslkontingent und seine Auswechslgelegenheiten bereits ausgeschöpft hat.⁶⁵
- Die von den Lizenzbehörden der SFL erteilten Lizenzen für die Meisterschaften der Saison 2019/20 werden um eine Saison verlängert.⁶⁶
- Die Qualifikation eines Spielers ist nur während den folgenden Qualifikationsperioden erlaubt:⁶⁷
 - o vom Ende der Meisterschaft bis zum 12. Oktober 2020;
 - o vom 28. Januar bis 15. Februar 2021;
 - o vom Ende der Meisterschaft bis zum 31. März für nationale Transfers lokal ausgebildeter Spieler unter 21 Jahren.
- Ein Spieler, der nach einer Ausleihe automatisch wieder für seinen Stammklub in der SFL qualifiziert wird, ist in der Saison 2019/20 nicht mehr spielberechtig.⁶⁸
- Gestützt auf ein begründetes Gesuch und unter Berücksichtigung der sportlichen Integrität des Wettbewerbs kann die Transferkommission bis Ende Juni in

Härtefällen Abweichungen erlauben. Darunter können insbesondere Spieler fallen, deren letzter Arbeitsvertrag vor dem Ende der zurückliegenden Qualifikationsperiode abgelaufen ist oder aufgelöst wurde. Die Entscheidung der Transferkommission ist endgültig.⁶⁹

- Als Härtefälle im Sinne von Absatz 3 [bzw. des vorstehenden Spiegelstrichs] können auch Spieler gelten, deren letzter Arbeitsvertrag erst nach dem Ende der zurückliegenden Qualifikationsperiode aufgrund von COVID-19 beendet wurde.⁷⁰
- Eine am 30. Juni 2020 auslaufende Ausleihe eines Spielers kann auf Antrag der beiden Klubs und des Spielers bis zum Ende der Meisterschaft der Saison 2019/20 verlängert werden. Bei einer solchen Verlängerung der Ausleihe wird der Spieler erst nach dem letzten Spiel der Meisterschaft automatisch wieder für seinen Stammklub qualifiziert.⁷¹

52. Mit diesem Reglement zur Wiederaufnahme des Spielbetriebs hat die SFL Rahmenbedingungen geschaffen, um unerwünschte Folgen, die sich aufgrund der beschlossenen Fortführung und damit Verlängerung der Saison 2019/20 für alle SFL-Klubs ergeben (können), innerhalb der Vorgaben der FIFA einheitlich zu regeln. Dies betrifft namentlich Folgen hinsichtlich des Endes oder Beginns befristeter Arbeitsverträge, der Spielerbelastung und -gesundheit wegen den vorgesehenen sechs englischen Wochen in Serie⁷², damit die verbleibenden 13. Runden der beiden Meisterschaften bis am 2. August abgeschlossen werden können, sowie der Spielergefährdung wegen der weiterhin bestehenden Coronavirus-Situation.

A.1.5 Der FC Sion und COVID-19

53. Mit dem Entscheid der SFL vom 28. Februar 2020, die Spiele der 24. Spielrunde auszusetzen und auf unbestimmte Zeit zu verschieben, konnte das Spiel zwischen dem FC Sion und dem FC St. Gallen nicht mehr stattfinden. Der FC Sion teilte auf seiner Vereinshomepage dazu mit, dass die SFL in enger Absprache mit den Behörden und den Klubs in der kommenden Woche

⁶⁰ Die FIFA-COVID 19 FAQs wurde erst am 11. Juni 2020 veröffentlicht, d. h., am Tag, an dem der OLA durch das Sekretariat das Ergebnis der Prüfung des Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen mitgeteilt wurde. Sie führt aber, soweit hier überhaupt relevant, nicht zu einem abweichenden Ergebnis, sondern stützt im Nachhinein die OLA mündlich mitgeteilte Begründung der Ablehnung vorsorglicher Massnahmen.

⁶¹ Reglement der SFL zur Wiederaufnahme des Spielbetriebs («SFL-Reglement Wiederaufnahme Spielbetrieb»), <www.sfl.ch/fileadmin/user_upload/www.sfl.ch/downloads/reglemente/statuten_spiel-betrieb/Reglement_der_SFL_zur_Wiederaufnahme_Spielbetriebs.pdf> (18.6.2020).

⁶² Ibid., Art. 1.

⁶³ Ibid., Art. 4 Abs. 1.

⁶⁴ Ibid., Art. 5 Abs. 1.

⁶⁵ Ibid., Art. 5 Abs. 3.

⁶⁶ Ibid., Art. 6.

⁶⁷ Ibid., Art. 9 Abs. 1.

⁶⁸ Ibid., Art. 9 Abs. 2.

⁶⁹ Ibid., Art. 9 Abs. 3.

⁷⁰ Ibid., Art. 9 Abs. 4.

⁷¹ Ibid., Art. 10.

⁷² An sechs Tagen die Woche wird in der Super League und/oder der Challenge League gespielt, nur der Montag ist jeweils fußballspielfrei.

weiter informieren werde. Aufgrund des hohen Termindrucks und um die Meisterschaft in einem regulären Rahmen weiterführen zu können, müssten Spiele ohne Zuschauer ins Auge gefasst werden. Gleichzeitig müssten bei der Diskussion der möglichen Szenarien aber auch die wirtschaftlichen Interessen der Klubs berücksichtigt werden.⁷³

54. Im Anschluss an diesen Entscheid der SFL hat der Präsident des FC Sion, Christian Constantin, unter Aufrechterhaltung des Trainingsbetriebs Kurzarbeitsentschädigung für seine Spieler beantragt, mit der Begründung: «Le Conseil Fédéral a pris une décision qui les empêche de pratiquer leur métier et donc de générer du revenu. Mais ils doivent s'entraîner afin d'être prêts à jouer quand on le leur demande».⁷⁴ Bereits früh äussert sich Christian Constantin zudem als potenzieller Befürworter eines möglichen Saisonabbruchs.⁷⁵

55. Im Anschluss an die Mitteilung der SFL vom 16. März 2020, dass der Trainings- und Spielbetrieb bis auf Weiteres komplett eingestellt werden muss, hat der FC Sion am 18. März 2020 die Verträge von neun Spielern fristlos gekündigt. Der Präsident nannte als Ursache für die Kündigung wirtschaftliche Beweggründe aufgrund höherer Gewalt: «Wir sind all unserer Einkommen beraubt. Es ist uns untersagt, ihnen ihre Arbeitsleistung anzubieten, und es ist ihnen untersagt, ihre Leistung zu erbringen.» Bei der Selektion der entlassenen Spieler sei er nach den Kriterien Alter und Vertragslänge ausgegangen, wobei er «bewusst neun Spieler herausgepickt [hat], weil die Entlassung von zehn Angestellten als Massenentlassung gilt, was spezielle und komplizierter Prozedere erfordert.» Die betroffenen Spieler äusserten sich gegenüber den Medien dahingehend, die Entlassung sei deswegen erfolgt, weil sie nicht sofort bereit gewesen seien, die Forderungen des Präsidenten hinsichtlich der Kurzarbeitszeitentschädigung zu akzeptieren.⁷⁶

56. Bei den neun betroffenen Spielern handelt es sich – soweit ersichtlich – um Kapitän Xavier Kouassi, Alex Song, Pajtim Kasami, Ermir Lenjani, Seydou Doumbia, Mickaël Facchinetti, Christian Zock, Birama Ndoye und Johan Djourou. Die entlassenen Spieler sollen Medienberichten zufolge zu den am besten verdienenden im Klub gehören.⁷⁷ Mit Ausnahme von Johan Djourou, der erst in der Winterpause Saison 2019/2020 zum FC Sion gewechselt war, hat jeder dieser Spieler in der laufenden Saison 2019/20 über zehn Spiele (wenn auch Seydou Doumbia und Alex Song häufig nur als Einwechsellspieler) bestritten. Insbesondere bei Pajtim Kasami und Ermir Lenjani handelt es sich um unangefochtene Stammkräfte und Leistungsträger des FC Sion in der Saison 2019/20.⁷⁸

57. Im Zuge weiterer Verhandlungen konnte sich der FC Sion noch im April 2020 mit vier Spielern auf eine Zurücknahme der fristlosen Kündigung einigen – dies nachdem sie die Regelung bezüglich der Kurzarbeit akzeptiert hatten. Bei den vier Spielern handelt es sich um die Topverdiener Pajtim Kasami, Ermir Lenjani, Birama Ndoye und Mickaël Facchinetti.⁷⁹ Mittlerweile ist auch Christian Zock, mit dem sich der FC Sion kurz vor der Wiederaufnahme des Trainingsbetriebs geeinigt hat⁸⁰, wieder Spieler der 1. Mannschaft des FC Sion.

Damit sind fünf Stammkräfte und Leistungsträger wieder in den Klub integriert.

58. Somit hat der FC Sion während des COVID19-bedingten Unterbruchs der Super League letztendlich vier Spielern aus eigener Initiative gekündigt und diese auch nicht wieder zurückgewonnen oder zurückgewinnen wollen. Zwei davon, Xavier Kouassi und Johan Djourou, spielen inzwischen für den Neuchâtel Xamax FCS («FC Xamax», s. hinten Rz 67).

59. Der FC Sion hatte – gemäss Anzeige OLA vom 29. Mai 2020, S. 3 – (zu diesem Zeitpunkt noch) acht Spieler im Kader der 1. Mannschaft, deren Verträge per regulärem Saisonende und somit spätestens am 30. Juni 2020 auslaufen.⁸¹ In der Replik der OLA vom 8. Juni 2020, S. 9 wird ergänzend vorgebracht, dass die Verträge von drei der vier entlassenen Spielern (vgl. Rz 57 vorstehend) ebenfalls am 30. Juni 2020 ausgelaufen wären. Anlässlich des durchgeführten Schriftenswechsels hat die OLA sich nicht weiter dazu geäussert, ob sie (ggfs. vergebliche) Versuche und Anstrengungen zur Verlängerung dieser Spielerverträge über den 30. Juni 2020 bzw. bis Ende der verlängerten Saison 2019/20 oder darüber hinaus unternommen hat. Der Präsident Christian Constantin lässt sich in den Medien dazu wie folgt zitieren: «Nicht alle sind bereit, nur um zwei Monate zu verlängern.»⁸² Andererseits ist auch zu lesen, dass Präsident Christian Constantin «auch nicht

⁷³ FC Sion, News «Die Partie zwischen Sion und St. Gallen findet nicht statt» vom 28.2.2020, <www.fc-sion.ch/de/news/detail/1267/die-partie-zwischen-sion-und-st-gallen-findet-nicht-statt> (18.6.2020).

⁷⁴ FC Sion, News «Double séance pour la première équipe ce lundi» vom 2.3.2020, <www.fc-sion.ch/fr/news/detail/1273/doppelsitzung-fur-die-erste-mannschaft-am-montag> (19.6.2020).

⁷⁵ Vgl. statt anderer: Artikel NZZ «Coronavirus und der Schweizer Fussball: Christian Constantin meldet seine Spieler bei der Arbeitslosenkasse an» vom 28.2.2020, in welchem Christian Constantin wie folgt zitiert wird: «Mit Publikum zu spielen, geht offenbar nicht. Aber ohne geht auch nicht, wenn nur ein einziger Spieler eines Teams infiziert ist. Wir warten nun ab. Aber im Notfall würde ich einen Abbruch befürworten.» <www.nzz.ch/sport/coronavirus-und-der-schweizer-fussball-christian-constantin-meldet-seine-spieler-bei-der-arbeitslosenkasse-an-ld.1543327> (18.6.2020).

⁷⁶ Zum Ganzen: Artikel Tagesanzeiger «So lief die Entlassung der Sion-Spieler ab» vom 29.3.2020, <www.tagesanzeiger.ch/so-lief-die-entlassung-der-sion-spieler-ab-168671613399> (18.6.2020).

⁷⁷ Artikel SRF «Sion-Präsident Constantin kündigt 9 Spielern fristlos» vom 19.3.2020, <www.srf.ch/sport/fussball/super-league/wegen-corona-krise-sion-praesident-constantin-kuendigt-9-spielern-fristlos> (18.6.2020).

⁷⁸ Vgl. für die Leistungsdaten: SFL-Webpage, <www.sfl.ch/superleague/klubs/fc-sion/> (18.6.2020).

⁷⁹ Artikel SRF «Kehrtwende: Sion einigt sich mit 4 der 9 entlassenen Spieler» vom 10.04.2020, <www.srf.ch/sport/fussball/super-league/nach-fristlosen-kuendigungen-kehrtwende-sion-einigt-sich-mit-4-der-9-entlassenen-spieler> (18.6.2020).

⁸⁰ FC Sion, News «Reprise de l'entraînement sous le soleil à Riddes» vom 1.6.2020, <www.fc-sion.ch/fr/news/detail/1350/reprise-de-l-entrainement-sous-le-soleil-a-riddes> (18.6.2020).

⁸¹ Dabei dürfte es sich gemäss der Datenbank des Fussballportals transfermarkt.ch um die Spieler Pajtim Kasami, Quentin Maceiras, Ermir Lenjani, Birama Ndoye, Christian Zock, Joaquim Adao, Jose Aguilar und zusätzlich Mickaël Facchinetti handeln (<www.transfermarkt.ch/fc-sion/vertragsende/verein/321> [19.6.2020]).

⁸² Artikel Sonntagszeitung «Bestreitet der FCB drei Wettbewerbe aus zwei Saisons in einer Woche?» vom 31.5.2020, Beilage 2 der Replik OLA vom 8.6.2020.

ein[sieht], dass er auslaufende Verträge verlängern muss für die Spiele im Juli und August.»⁸³ Zwei der von den auslaufenden Verträgen betroffenen Spieler sind Pajtim Kasami und Ermir Lenjani. Pajtim Kasami zeigte sich jedenfalls bereits am 14. April 2020 bereit, seinen Vertrag beim FC Sion zu verlängern.⁸⁴

60. Neben den vorerwähnten ablaufenden Verträgen von ordentlich verpflichteten FC Sion-Spielern, hat die OLA gemäss eigener Aussage in ihrer 1. Mannschaft – anders als andere Super League-Klubs wie z. B. der FC Lugano oder der FC Xamax – keine inländischen Leihspieler, deren Leihverträge am 30. Juni 2020 bzw. am regulären Saisonende 2019/20 ablaufen.⁸⁵

61. Am 25. Mai 2020 resp. am 29. Mai 2020 hat der FC Sion die Transfers von Geoffroy Serey Die und Gaëtan Karlen, zwei bis dahin unangefochtene Stammkräfte und Leistungsträger beim FC Xamax, verkündet. Da deren Verträge beim FC Xamax per 30. Juni 2020 enden werden, konnte der FC Sion diese Spieler ablösefrei von diesem direkten Konkurrenten um den Klassenerhalt in der Super League verpflichten.⁸⁶

62. Am 1. Juni 2020 hat der FC Sion als letzte Mannschaft der Super League ihren Trainingsbetrieb wieder aufgenommen.⁸⁷

63. Am 3. Juni 2020 verkündete der FC Sion die sofortige Trennung von Cheftrainer Ricardo Dionisio und die Rückkehr von Paolo Tramezzani als neuen Cheftrainer.⁸⁸

A.1.6 Die anderen SFL-Klubs und COVID-19

64. Es ist notorisch und unbestritten, dass alle Klubs der Super League und der Challenge League aufgrund der COVID19-Situation grosse finanzielle Einbussen bereits erlitten und weiter erleiden werden – verschiedene Klubs sehen gar ihre Existenzen bedroht. Nichtsdestotrotz kam es, soweit ersichtlich, bei keinem Super League-Klub ausser dem FC Sion zu Spielerentlassungen bei der 1. Mannschaft während der Zeit des COVID-19-bedingten Meisterschaftsunterbruchs Saison 2019/20.

65. Wie der FC Sion meldeten auch die übrigen Super League-Klubs für ihre Mitarbeiter, ihren Trainerstaff und ihre Spieler grösstenteils Kurzarbeit an, um so den finanziellen Verlusten aufgrund des Meisterschaftsunterbruchs wenigstens teilweise entgegenzuwirken.

66. Anfangs Mai 2020 teilte das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO der SFL unverbindlich mit, dass die Klubs ab dem Moment des Trainingsstarts keine Kurzarbeit mehr geltend machen könnten. Die SFL legte daher den Entscheid über den Zeitpunkt der Aufnahme des Trainingsbetriebs ab dem 11. Mai 2020 (s. vorne Rz 28) in der Verantwortung der Klubs.⁸⁹ Deswegen haben nur der FC St. Gallen aus der Super League und der Grasshoppers Club Zürich aus der Challenge-League bereits am 11. Mai 2020 ihren Trainingsbetrieb wieder aufgenommen. Alle übrigen Klubs warteten damals noch zu.³

67. Am 29. Mai 2020 hat der FC Xamax die vorher beim FC Sion fristlos entlassenen Spieler Xavier Kouassi und Johann Djourou für den Saisonendspurt verpflichtet. Der FC Xamax ging bei der Verpflichtung davon aus, dass der Transfer der beiden Spieler unter die sich auf die

FIFA-Richtlinie COVID-19 stützende Härtefallregelung im SFL-Reglement Wiederaufnahme Spielbetrieb⁹¹ fällt und die Spieler somit bei Wiederaufnahme der Meisterschaft direkt spielberechtigt sind.⁹²

68. Verschiedene Vereine der Super League äusserten sich im Vorfeld der Abstimmung vom 29. Mai 2020 als Befürworter eines Abbruchs der Meisterschaft 2019/20, hauptsächlich der FC Sion, der FC Thun, der FC Lugano und FC Xamax. Laut dem Präsidenten des FC Lugano, Angelo Renzetti, hat die SFL eine Chance verpasst: «Sie hätte wie die niederländische Liga den Mut haben sollen, die Saison abzubrechen. Also das Ganze mit möglichst wenig Schaden zu beenden.»⁹³ FC Thun Präsident Markus Lüthi teilte anfangs Mai in einem Interview gegenüber den Medien mit, er habe tatsächlich die ultimative Meinung vertreten, dass ein Abbruch die einzige Lösung sei, allerdings habe er den Komplexitätsgrad der verschiedenen Varianten erkannt und möchte mit seiner weiteren Meinungsbildung noch zuwarten.⁹⁴

69. Schliesslich stimmte der FC Thun am 29. Mai 2020 aber aus wirtschaftlichen Gründen für die Weiterführung der professionellen Meisterschaften: «Wir mussten erkennen, dass der wirtschaftliche Schaden, der für den FC Thun Berner Oberland bei einem Abbruch der Super-League-Saison 2019/20 entstehen würde, schlicht nicht verkraftbar wäre.»⁹⁵ Demgegenüber votierten der FC

⁸³ Artikel NZZ am Sonntag «Die Krise kommt erst» vom 31.5.2020, Beilage 3 der Replik OLA vom 8.6.2020.

⁸⁴ Artikel Nau.ch «Bleibt Pajtim Kasami also doch beim FC Sion?» vom 14.4.2020, <www.nau.ch/sport/fussball/bleibt-pajtim-kasami-also-doch-beim-fc-sion-65692893> (18.6.2020).

⁸⁵ Anzeige OLA vom 29.5.2020, S. 6.

⁸⁶ FC Sion, News «Geoffroy Serey Die est de retour au FC Sion» vom 25.5.2020, <www.fcsion.ch/fr/news/detail/1344/geoffroy-serey-die-est-de-retour-au-fc-sion> (18.6.2020); FC Sion, News «Gaëtan Karlen revient au FC Sion» vom 29.5.2020, <www.fcsion.ch/fr/news/detail/1348/gaetan-karlen-revient-au-fc-sion> (18.6.2020).

⁸⁷ FC Sion, News vom 1.6.2020 (Fn 80).

⁸⁸ SFL, News «Sion trennt sich von Dionisio und holt Tramezzani zurück» vom 3.6.2020, <www.sfl.ch/news/news/artikel/sion-trennt-sich-von-dionisio-und-holt-tramezzani-zurueck/> (19.6.2020).

⁸⁹ SFL, Medienmitteilung «Entscheid über Weiterführung der Meisterschaften am 29. Mai 2020» vom 07.5.2020, <<https://www.sfl.ch/news/news/artikel/entscheid-ueber-weiterfuehrung-der-meisterschaften-am-29-mai-2020/>> (19.06.2020).

⁹⁰ Vgl. statt anderer: SRF, Artikel «Nur St. Gallen nimmt am Montag das Training wieder auf» vom 10.5.2020, <www.srf.ch/sport/fussball/super-league/kurzarbeit-statt-training-nur-st-gallen-nimmt-am-montag-das-training-wieder-auf> (18.6.2020).

⁹¹ S. vorne Rz 51, 6. Spiegelstrich f.

⁹² Neuchâtel Xamax FCS, News «Unterstützung von Xavier Kouassi und Johan Djourou für die Rouge et Noir» vom 29.5.2020, <www.xamax.ch/news-detail.php?langue=2&idnews=3124> (18.6.2020).

⁹³ Watson, Artikel «Geisterspiele wären ein Blutbad – Lugano-Boss Renzetti möchte keinen Fussball-Neustart» vom 30.4.2020, <www.watson.ch/sport/fussball/487393911-fussball-lugano-boss-renzetti-moechte-keinen-neustart-in-der-super-league> (19.6.2020).

⁹⁴ Luzerner Zeitung, Interview «Wir suchen einen guten Entscheid, der nicht allen gefallen wird: FC-Thun-Präsident Markus Lüthi will keine Geisterspiele» vom 2.5.2020, <www.luzernerzeitung.ch/sport/wir-suchen-einen-guten-entscheid-der-nicht-allen-gefallen-wird-fc-thun-praesident-markus-luethi-will-keine-geisterspiele-id.1217023> (19.6.2020). Vgl. dazu auch als allg. Überblick: Blick, Artikel «Kleinklubs könnten Basel und Co zum Spielen zwingen» vom 11.5.2020, <www.blick.ch/sport/fussball/superleague/verrueckte-konstellation-vorgeisterspiel-gv-kleinklubs-koennten-basel-und-co-zum-spielen-zwingen-id15884719.html> (19.6.2020).

⁹⁵ FC Thun, News «Botschaft des Präsidenten» vom 29.5.2020, <www.fcthun.ch/de/club/coronavirus#news-entry-3355> (18.06.2020).

Sion und der FC Xamax gegen die Wiederaufnahme der professionellen Meisterschaften; der FC Lugano enthielt sich der Stimme. Nach der Abstimmung liess sich der FC Xamax – gemäss der Duplik der SFL vom 10. Juni, S. 5⁹⁶ – gegenüber den übrigen Klubs und der SFL dahingehend verlauten, dass man sich zwar stets gegen die Wiederaufnahme der Meisterschaft ausgesprochen habe, den Entscheid aber akzeptiere, insbesondere da er auf demokratische Weise gefällt und jede Stimme, ob dafür oder dagegen, angehört worden sei.

70. Im Anschluss an den Entscheid vom 29. Mai 2020 haben mehrere Vereine von der Möglichkeit Gebrauch gemacht und die Verträge ihrer Spieler, welche eigentlich am 30. Juni 2020 ausgelaufen wären, bis zum Saisonende oder gleich um ein Jahr verlängert.⁹⁷

71. Angefügt sei, dass der FC Thun, der zusammen mit dem FC Sion und dem FC Xamax um den Klassenerhalt in der Super League kämpft, im Zusammenhang mit dem bereits geschilderten «Transfer-Hin und Her» um die vier Spieler Geoffroy Serey Die und Gaëtan Karlen (vom FC Xamax zum FC Sion, s. vorne Rz 61) sowie Xavier Kouassi und Johann Djourou (vom FC Sion zum FC Xamax, s. vorne Rz 67), von Wettbewerbsverzerrung sprach, da der FC Thun keine Transfers tätige.⁹⁸

A.2 Anzeige der Olympique des Alpes SA bzw. des FC Sion

A.2.1 Anträge

72. Am 29. Mai 2020 und nachdem die SFL beschlossen hatte, die Meisterschaften der Super League und der Challenge League Saison 2019/20 ab dem 19. Juni 2020 fortzuführen und bis zum 2. August 2020 zu beenden (s. vorne Rz 32), reichte die OLA eine Anzeige bei den Schweizer Wettbewerbsbehörden mit folgenden Anträgen ein.⁹⁹

«1. Es sei eine Untersuchung nach Artikel 27 KG gegen die Swiss Football League wegen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung einzuleiten;

2. Es sei der Swiss Football League ohne vorgängige Anhörung, eventualiter nach vorgängiger Anhörung, die Wiederaufnahme der Super League Meisterschaft 2019/20 zu untersagen.»

73. Es wird aus der Begründung der Anzeige von OLA nicht ganz klar, ob die beantragte Untersuchung gegen die SFL wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung die beschlossene Fortführung beider professioneller Meisterschaften zum Untersuchungsgegenstand haben soll oder nur die Fortführung der Super League-Meisterschaft.¹⁰⁰ Angesichts des «generellen» Antrags 1 der Anzeige sowie der Tatsache, dass alle 20 SFL-Mitglieder zusammen und in derselben umfassenden Abstimmung über die Fortführung beider professionellen Fussballmeisterschaften entschieden haben, gehen die Wettbewerbsbehörden davon aus, dass ein allfälliges Verfahren nach Art. 26 KG ff. die Fortführung beider Meisterschaften zum Gegenstand haben müsste.

74. Klar ist hingegen, dass der Antrag 2 der Anzeige von OLA bzw. ihr Gesuch um superprovisorische, eventuell provisorische, Untersagung der Meisterschaftsfortführung nur die Super League, an welcher der FC Sion mit seiner 1. Mannschaft als Wettbewerber teilnimmt, nicht

aber die Challenge League betrifft, in welcher der FC Sion mit keiner seiner Mannschaften vertreten ist.

75. Von der Anzeige von OLA gänzlich unbetroffen ist die Fortführung des Helvetia Cup-Wettbewerbs, in dem der FC Sion mit seiner (gleichen) 1. Mannschaft weiterhin vertreten ist.

76. Nachfolgend werden die OLA auch als Anzeigerin oder Gesuchstellerin und die SFL auch als Gesuchsgegnerin bezeichnet.

A.3 Verfahrensgeschichte

77. [...]

78. Am 20. Mai 2020 ging dem Sekretariat eine E-Mail des Rechtsvertreters der SFL zu, in welcher mitgeteilt wurde, dass die OLA möglicherweise in Erwägung ziehe, superprovisorische Massnahmen gegen die bevorstehende Durchführung der a. o. GV der Liga vom 29. Mai 2020 betreffend Weiterführung der Super League und der Challenge League zu beantragen. Es sei möglich, dass die OLA ein solches Gesuch bei der Wettbewerbskommission («WEKO») und bei den zuständigen Zivilgerichten einreiche. Die SFL habe bei einigen Zivilgerichten Schutzschriften zur Abwehr von Gesuchen um superprovisorische Massnahmen eingereicht. Dem Sekretariat wurde zur Information eine Kopie der Schutzschrift an das Handelsgericht Bern zugestellt. Die darin enthaltenen Überlegungen könnten mutatis mutandis auch für die Beurteilung eines allfälligen bei der WEKO eingereichten Gesuchs herangezogen werden.¹⁰¹ Als weitere Beilage war dieser E-Mail [...] angefügt.

79. Am 26. Mai 2020 reichte die SFL auf Nachfrage des Sekretariats [...] ein.¹⁰²

80. Am 29. Mai 2020 per E-Mail und am 2. Juni 2020 postalisch ging die Anzeige von OLA beim Sekretariat ein.¹⁰³

81. Noch gleichentags bestätigte das Sekretariat der Gesuchstellerin den Eingang ihrer Anzeige per E-Mail, fragte nach, ob die Anzeige und ihre Beilagen Geschäftsgeheimnisse enthielten, und kündigte an, die SFL anhören zu wollen.¹⁰⁴

82. Ebenso gleichentags bestätigte die Gesuchstellerin per E-Mail, dass sowohl ihre Anzeige wie auch die Beilagen dazu keine Geschäftsgeheimnisse enthielten.¹⁰⁵

⁹⁶ Vgl. dazu auch: SRF, Sportclip Interview mit Xamax-Besitzer Jean-Francois Collet: «Wir sind eine Demokratie» vom 29.5.2020, <www.srf.ch/play/tv/sport-clip/video/xamax-besitzer-jean-francois-collet-wir-sind-eine-demokratie-frz-?id=3b878a40-66ab-4bce-9309-c5290de0a9d9> (19.6.2020). Darin präzisiert er, dass er gegen die Wiederaufnahme gestimmt hat, die gegenteilige Position jedoch verstehe und die demokratisch getroffene Entscheidung akzeptieren werde.

⁹⁷ Vgl. statt anderer: SFL, News Ticker <www.sfl.ch/news/ticker/> (18.6.2020).

⁹⁸ Artikel Sonntagszeitung «Bestreitet der FCB drei Wettbewerbe aus zwei Saisons in einer Woche?» vom 31.5.2020, Beilage 2 der Replik OLA vom 8.6.2020.

⁹⁹ Anzeige OLA vom 29.5.2020.

¹⁰⁰ Illustrierend hierfür Rz 26 ff. der Anzeige OLA vom 29.5.2020.

¹⁰¹ E-Mail SFL vom 20.5.2020.

¹⁰² E-Mail SFL vom 26.5.2020.

¹⁰³ E-Mail OLA vom 29.5.2020.

¹⁰⁴ E-Mail Sekretariat vom 29.5.2020.

¹⁰⁵ E-Mail OLA vom 29.5.2020.

83. Mit Schreiben vom 2. Juni 2020 (vorab per E-Mail) wurde die Anzeige inkl. Beilagen der Gesuchsgegnerin übermittelt und ihr Gelegenheit eingeräumt, bis zum 5. Juni 2020 Stellung zu nehmen.¹⁰⁶

84. Am 5. Juni 2020 reichte die Gesuchsgegnerin ihre Stellungnahme fristgerecht ein.¹⁰⁷

85. Gleichentags (vorab per E-Mail) leitete das Sekretariat die geschäftsgeheimnisbereinigte Version der Stellungnahme (inkl. Beilagen) an die Gesuchstellerin weiter verbunden mit der Gelegenheit, bis am 8. Juni 2020, 16 Uhr zu replizieren.¹⁰⁸

86. Am 8. Juni 2020 reichte die Gesuchstellerin ihre Replik fristgerecht ein.¹⁰⁹

87. Gleichentags (vorab per E-Mail) leitete das Sekretariat die Replik (inkl. Beilagen) der Gesuchsgegnerin weiter verbunden mit Gelegenheit, bis am 10. Juni 2020, 12 Uhr zu duplizieren.¹¹⁰

88. Am 10. Juni 2020 reichte die Gesuchsgegnerin ihre Duplik fristgerecht ein.¹¹¹

89. Direkt nach Eintreffen der Duplik erklärte das Sekretariat den Schriftenwechsel als abgeschlossen und bediente die Gesuchstellerin mit einer Kopie derselben (inkl. Beilage).¹¹²

90. Noch am gleichen Nachmittag sandte die Gesuchstellerin dem Sekretariat zwei E-Mails mit Bemerkungen zur Duplik und einem Link zum Urteil des französischen Staatsrat (Conseil d'État) betreffend den Abbruch der professionellen Meisterschaft in Frankreich.¹¹³

91. Am 11. Juni 2020 um 13 Uhr gab das Sekretariat im Rahmen einer Telefonkonferenz der Gesuchstellerin und der Gesuchsgegnerin das Ergebnis seiner Prüfung der Anzeige und aller weiteren eingereichten Stellungnahmen mündlich bekannt und begründete dieses kurz.

92. Nach der Telefonkonferenz veröffentlichte die WEKO um 14 Uhr eine Medieninformation, in welcher sie mitteilte, dass der Beschluss der SFL, die Meisterschaften der Super League und der Challenge League fortzuführen, nicht gegen das Kartellgesetz verstösst.

A.4 Schriftenwechsel

A.4.1 Anzeige OLA

93. Zur Begründung bringt die Anzeigerin vor, dass sich die SFL mit dem Beschluss vom 29. Mai 2020, die Raiffeisen Super League Meisterschaft über das ordentliche Saisonende, d. h. über den 30. Juni 2020 hinaus, zu verlängern, missbräuchlich im Sinne von Art. 7 KG verhalten habe. Mit diesem Beschluss sei eine verfälschte Wettbewerbssituation geschaffen worden, welche verschiedene Super League-Klubs nach Wiederaufnahme der Meisterschaft in nicht zu rechtfertigender Art und Weise bis zum Ende der Saison benachteiligen werde.

94. Im Einzelnen rügt sie u. a. die folgenden Vorgehensweisen der SFL:

- Mit dem Beschluss vom 29. Mai 2020 zwingt die SFL die Anzeigerin und weitere Klubs, den Wettkampf unter wettbewerbswidrigen Umständen aufzunehmen, ansonsten sie von der Meisterschaft ausgeschlossen würden.

- Dabei habe es die SFL unterlassen, sachdienliche Massnahmen zu ergreifen, um die betroffenen Klubs vor Benachteiligung zu schützen und die Meisterschaften fair und ohne Wettbewerbsverzerrung ablaufen zu lassen, was als Organisatorin der beiden Meisterschaften ihre Aufgabe gewesen wäre.

- Bei der Situationsbeurteilung habe sich die SFL zudem von sachfremden Einflüssen leiten lassen. Insbesondere habe sie ihre eigenen finanziellen Interessen, konkret die Erfüllung der Verträge gegenüber der CT Cinetrade, um nicht der Entschädigungen aus dem Verkauf der TV-Übertragungsrechte verlustig zu gehen, über die wettbewerbsrechtlichen Besonderheiten des Sports gestellt.

95. Konkret lassen sich die Gründe für die verfälschte Wettbewerbssituation ab dem 30. Juni 2020 aus Sicht der Anzeigerin wie folgt zusammenfassen: Per 30. Juni 2020 würden in der Regel verschiedene Spieler- und auch Trainerverträge auslaufen und müssten neu verhandelt werden, es sei denn, der Spieler wechsele zu einem anderen Verein oder trete zurück. Gemäss Medienberichten würden allein in der Super League weit über 80 Spielerverträge auslaufen. Je mehr Verträge mit Teamstützen und Trainerstaff auf diesen Zeitpunkt hin auslaufen würden, desto grösser sei der Wettbewerbsnachteil für den betreffenden Klub ab dem 30. Juni 2020. Während die grösseren und finanziell stärkeren Klubs die Spieler mit auslaufenden Verträgen aufgrund eines breiteren Kaders an qualitätsmässig austauschbaren Spielern problemlos mit bereits vorhandenen Spielern ersetzen könnten, sei es für die kleineren Klubs schwierig, ihre aufgrund eines auslaufenden Vertrages nicht mehr zur Verfügung stehenden Teamstützen vereinsintern durch Spieler ebenbürtiger Qualität zu ersetzen, was dazu führe, dass die vier kleineren Klubs FC Sion, Neuchâtel Xamax FCS, FC Lugano und FC Thun vor grosse Probleme gestellt würden und sich das Qualitätsgefälle zu den grösseren Klubs verstärke.

96. Die von der SFL getroffenen Massnahmen seien schliesslich nicht geeignet, die entstandene Wettbewerbsverzerrung zu beseitigen. Die getroffene Regelung über die Möglichkeit, Verträge mit Leihspielern bis zum neuen Saisonende zu verlängern, sei wenig praktikabel und darüber hinaus für die betroffenen vier Klubs kaum von Bedeutung. Weiter könne der Abgang der Teamstützen auch nicht mit Neuverpflichtungen kompensiert werden, da gemäss Reglement zur Wiederaufnahme des Spielbetriebs¹¹⁴ eine Qualifikation neuer Spieler ausserhalb der Qualifikationsphase nur in Härtefällen möglich sei.

¹⁰⁶ Schreiben Sekretariat vom 2.6.2020.

¹⁰⁷ Stellungnahme SFL vom 5.6.2020.

¹⁰⁸ Schreiben Sekretariat vom 5.6.2020.

¹⁰⁹ Replik OLA vom 8.6.2020.

¹¹⁰ Schreiben Sekretariat vom 8.6.2020.

¹¹¹ Duplik SFL vom 10.6.2020.

¹¹² E-Mail Sekretariat vom 10.6.2020.

¹¹³ E-Mails OLA vom 10.6.2020.

¹¹⁴ Vgl. dazu: SFL-Reglement Wiederaufnahme Spielbetrieb (Fn 61).

97. Die Anzeigerin bringt vor, der SFV und, im Rahmen ihrer von diesem delegierten Befugnisse, die SFL seien marktbeherrschend auf dem Markt für Organisation und Vermarktung des nationalen Fussballsports. Das Verhalten der SFL sei missbräuchlich, weil sie mit ihrem Beschluss – entgegen der ihr als marktbeherrschendes Unternehmen obliegenden besonderen Verantwortung für die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs – die Wettbewerbsbedingungen zum Nachteil der kleineren Klubs verändere und nicht die Rahmenbedingungen für einen diskriminierungsfreien unverfälschten Wettbewerb schaffe.

A.4.2 Stellungnahme SFL

98. Die SFL beantragt in ihrer Stellungnahme vom 4. Juni 2020, es sei auf das Gesuch vom 29. Mai nicht einzutreten. Eventualiter sei das Gesuch vollumfänglich abzuweisen und subeventualiter sei die Anordnung vorsorglicher Massnahmen von der vorgängigen Bezahlung einer Sicherheitsleistung durch die Gesuchstellerin im Betrag von mind. CHF 15 Mio. abhängig zu machen und beim Erlass einer vorsorglichen Massnahme sei davon abzusehen, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Schliesslich sei davon abzusehen, gegen die Gesuchsgegnerin eine Vorabklärung zu eröffnen.

99. Die SFL bringt vor, die Klubs hätten von Anfang an damit rechnen müssen, dass die Meisterschaft zu Ende gespielt werde. Die Anzeigerin habe sich selber in die Situation eines potentiellen Wettbewerbsnachteils manövriert, indem sie sich dazu entschieden habe, in der Zwischenzeit eine beträchtliche Anzahl Spieler zu entlassen.

100. Weiter macht die SFL geltend, die 20 Klubs der SFL hätten mit 17 zu 2 Stimmen (bei einer Enthaltung) für die Wiederaufnahme der Meisterschaft gestimmt. Das deutliche Abstimmungsresultat zeige, dass die Interessen an der Wiederaufnahme des Spielbetriebs die Interessen an einem Abbruch der Meisterschaft deutlich überwiegen.

101. Die SFL legt dar, dass eine Beendigung vor dem 30. Juni 2020 aufgrund der Massnahmen des Bundesrates nicht möglich gewesen wäre. Sie habe eine Entscheidung treffen müssen und habe nur die Wahl zwischen zwei imperfekten Alternativen gehabt. Unabhängig vom Ausgang der Entscheidung hätten sich einzelne Klubs benachteiligt gefühlt. Sie hätte somit keinen Entscheid fällen können, der von sämtlichen Klubs als fair beurteilt worden wäre. Bei genauer Betrachtung liege die Ursache dieser Problematik indes nicht in einer unzulässigen Verhaltensweise der SFL, sondern im COVID-19 Ausbruch und den auf Notrecht basierenden Massnahmen des Bundesrates. Es fehle mithin an der Kausalität zwischen dem Beschluss der SFL und der wettbewerbswidrigen Auswirkung.

102. Überhaupt könne ein Behinderungsmissbrauch ausgeschlossen werden, da ein solcher sich typischerweise gegen Mitbewerber richte. Die SFL sei keine Wettbewerberin der Klubs.

103. Gehe man demgegenüber tatsächlich von einem kritischen Verhalten aus, lasse sich das Handeln der SFL und der Entscheid, die Meisterschaft 2019/20 zu

Ende zu spielen, zusätzlich auf sachliche Rechtfertigungsgründe (*legitimate business reasons*) stützen.

A.4.3 Replik OLA

104. Die OLA hält in ihrer Replik an den Anträgen und den Ausführungen in der Anzeige fest. Zur Begründung wird namentlich Folgendes geltend gemacht:

105. Es sei erstellt, dass zumindest fünf Super League-Klubs, d. h. 50 % aller Super League-Akteure, sich dahingehend geäussert hätten, dass wegen des Beschlusses der Weiterführung der Saison eine erhebliche Wettbewerbsverzerrung vorliege. Dass von diesen Klubs einige für die Weiterführung der Saison gestimmt hätten und die Wettbewerbsverzerrung aufgrund vorab wirtschaftlichen Gründen in Kauf nehmen (müssten), vermöge an der Wettbewerbsverzerrung nichts zu ändern. Zudem könne die Vertretung einzelner Klubs im Komitee der SFL dazu führen, dass sie in ihrem Abstimmungsverhalten bei besagter Abstimmung nicht mehr frei gewesen seien.

106. Die SFL habe nicht die Wahl zwischen zwei imperfekten Alternativen gehabt. Entweder funktioniere der Wettbewerb oder nicht. Funktioniere er nicht, dürfe die Meisterschaft nicht weitergespielt werden, bis die bestehenden Wettbewerbsprobleme adäquat gelöst würden. Allfällige Rechtfertigungsgründe seien in dieser Situation gar nicht denkbar. Die SFL habe es indes unterlassen und sich darüber hinaus auch gar nicht bemüht, effektive Massnahmen zu ergreifen, um die Wettbewerbsverzerrung zu beheben, obwohl zahlreiche Möglichkeiten zur Verfügung gestanden wären. So habe sie sogar die COVID-19 Empfehlungen der FIFA¹¹⁵ im Bereich der Transfers nur einschränkend übernommen und somit die Möglichkeit für kleinere Klubs, Transfers zur Kompensation ihrer Abgänge zu tätigen und auf diese Weise den Wettbewerbsnachteil abzuschwächen, enger gefasst.

A.4.4 Duplik SFL

107. Die SFL bringt in ihrer Duplik vor, dass die Anzeigerin in unzutreffender Weise nur von den Interessen der zehn Super League-Klubs ausgehe. Die SFL bestehe indes aus 20 Klubs, welche den Entscheid über die Weiterführung treffen mussten. Die Challenge-League und die Super-League könnten nicht unabhängig voneinander beurteilt werden, da die Weiterführung nur einer Meisterschaft keinen Sinn ergeben würde. Folglich seien die Interessen sämtlicher 20 Klubs zu berücksichtigen.

108. Zudem gehe die OLA von einer falschen Interpretation der COVID-19 Empfehlungen der FIFA aus. Sowohl aus der massgeblichen englischen Sprachfassung als auch aus der deutschen Fassung sei klar ersichtlich, dass COVID-19 die Ursache sowohl für die Beendigung als auch für den Ablauf des Spielervertrags sein müsse. Die verabschiedete Version des Reglements zur Wiederaufnahme des Spielbetriebs der SFL stehe im Einklang mit den Empfehlungen der FIFA und stelle sicher,

¹¹⁵ Vgl. dazu: FIFA-Richtlinie COVID-19 (Fn 44).

dass die Anreize an einer Verlängerung der auslaufenden Verträge mit dem Stammklub möglichst hoch seien, sodass die Zusammensetzung der Kader nach dem 30. Juni 2020 bis zum Saisonende möglichst konstant bleibe, was dem Grundsatz der Chancengleichheit am ehesten entspreche.

109. Bezüglich der Chancengleichheit bringt sie SFL schliesslich vor, die Anzeigerin mache in übertriebener Weise geltend, dass diese nicht mehr gewährleistet sei. Dabei hätten die Klubs durchaus die Möglichkeit, Spieler innerhalb der Härtefallklausel zu engagieren und insbesondere bestehende Verträge mit Spielern ohne Vorgaben seitens der SFL über den 30. Juni 2020 hinaus bis zum Ende der Saison zu verlängern. Da die Anzeigerin diesbezüglich wiederholt keine konkreten Angaben mache, ob sie Bemühungen in diese Richtung unternommen und versucht habe, auslaufende Verträge zu verlängern, könne auf dieser Grundlage nicht von einer Beeinträchtigung der Chancengleichheit ausgegangen werden.

B Rechtliche Würdigung

B.1 Formelle Voraussetzungen

B.1.1 Vorsorgliche Massnahmen im Kartellverwaltungsverfahren

B.1.1.1 Allgemeines

110. Nach Rechtsprechung und Lehre sind auch ohne spezialgesetzliche Grundlage in analoger Anwendung von Art. 56 VwVG¹¹⁶ im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren vorsorgliche Massnahmen zulässig.¹¹⁷ In der Tat ist es denn auch unbestritten, dass die WEKO im kartellverwaltungsrechtlichen Untersuchungsverfahren vorsorgliche Massnahmen treffen kann, obwohl das Kartellgesetz solche nicht ausdrücklich vorsieht.¹¹⁸

111. Das schutzwürdige Interesse am Erlass vorsorglicher Massnahmen kann öffentlicher oder privater Natur sein, wobei ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügt.¹¹⁹

112. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen kann von Amtes wegen oder auf Anstoss bzw. Antrag von Dritten erfolgen.¹²⁰ Ihr Erlass kann allerdings nur im Rahmen eines formell eröffneten Untersuchungsverfahrens gemäss Art. 27 ff. KG erfolgen.¹²¹

113. Das Kartellrecht räumt Dritten erst im Rahmen der Untersuchung formelle Mitwirkungsrechte ein. Dritten, die eine Wettbewerbsbehinderung geltend machen, kommen daher erst im Verfahren der Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG (nicht aber der Vorabklärung gemäss Art. 26 KG) Parteistellung und damit Parteirechte zu. Wenn Dritte ein kartellverwaltungsrechtliches Verfahren anstossen wollen und dafür die Eröffnung einer Vorabklärung oder gleich einer Untersuchung und in diesem Rahmen bestimmte (vorsorgliche) Massnahmen beantragen, haben sie daher die Stellung von Anzeigern.¹²²

114. Im Kartellrecht ist zudem zu berücksichtigen, dass unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen parallel auf dem zivilrechtlichen Weg und auf dem verwaltungsrechtlichen Weg verfolgt werden können. Aus diesem Nebeneinander von zwei Verfahrenswegen, die beide die gleichen materiellrechtlichen Ansprüche durchsetzen, folgt,

dass der öffentlich-rechtliche Weg primär auf das öffentliche Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb ausgerichtet ist. Damit sind im kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren vorsorgliche Massnahmen vorab dann anzuordnen, wenn dies dem öffentlichen Interesse am Schutz des wirksamen Wettbewerbs dient; stehen hingegen in erster Linie private Interessen zur Diskussion, so ist der zivilrechtliche bzw. gerichtliche Weg zu beschreiten, auf welchem ebenfalls vorsorgliche Massnahmen möglich sind.¹²³ Die Frage, ob ein öffentliches und nicht lediglich ein privates Interesse an einer vorsorglichen Massnahme besteht, ist allerdings eine materielle, mithin nicht an dieser Stelle, sondern im Rahmen der materiellen Prüfung des vorliegenden Gesuchs zu würdigen (s. hinten Rz 156 ff.).¹²⁴

115. Im Übrigen folgt die (allfällige) Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Kartellverwaltungsverfahren denselben Regeln, wie sie allgemein für das Verwaltungsverfahren gelten (mehr dazu hinten Rz 144 ff. und 165).¹²⁵

B.1.1.2 Aktuelles informelles Verfahrensstadium

116. Wie bereits vorne (Rz 113) ausgeführt, hat die Anzeigerin, im aktuellen Verfahrensstadium bzw. vor allfälliger Eröffnung der beantragten Untersuchung keine Parteistellung. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hat die Anzeigerin deshalb auch keinen Anspruch darauf, dass die Wettbewerbsbehörden die Ablehnung vorsorglicher Massnahmen vor Eröffnung einer Untersuchung mittels Verfügung entscheiden. Entsprechenden Mitteilungen des Sekretariats kommt nicht die Rechtsnatur von Verfügungen zu und sie sind daher nicht anfechtbar.¹²⁶

117. Nach Mitteilung des Abschlusses des doppelten Schriftenwechsels am 10. Juni 2020 reicht die OLA zwei E-Mails mit Bemerkungen zur Duplik und weiteren Vorweisen nach (s. vorne Rz 90). Diese verspäteten Vorbringen wurden im Sinne von Art. 32 Abs. 2 VwVG gewürdigt und hiernach berücksichtigt.

B.1.1.3 Superprovisorische Massnahmen

118. Die Anzeigerin beantragt, die vorsorglichen Massnahmen *ohne vorgängige Anhörung* (bzw. superprovisorisch), eventualiter *nach vorgängiger Anhörung* (bzw. provisorisch), anzuordnen (s. vorne Rz 72).

¹¹⁶ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

¹¹⁷ BERNHARD WALDMANN/JÜRG BICKEL, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2. Aufl. 2016, Art. 56 N 18.

¹¹⁸ Grundlegend dazu: BGE 130 II 149, 154 ff. E. 2 m. H.

¹¹⁹ Praxiskommentar VwVG-WALDMANN/BICKEL (Fn 117), Art. 56 N 27.

¹²⁰ Urteil des BVGer B-4637/2013 vom 9. Juli 2015 E. 1.6.

¹²¹ RPW 2014/2, 388, Rz 8 m. H., *Sport im Pay-TV – vorsorgliche Massnahmen*.

¹²² Zum Ganzen: BGE 130 II 521, 527 f. E. 2.7.2.

¹²³ Zum Ganzen: BGE 130 II 149, 156 E. 2.4 m. H.

¹²⁴ Urteil des BVGer B-4637/2013 vom 9. Juli 2015 E. 1.6 in fine; STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 39 N 93.

¹²⁵ ISABELLE HÄNER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), 2018, Art. 39 N 100 f. m. H.

¹²⁶ BGE 130 II 521, 528 f. E. 2.7.4.

119. Bei besonderer Dringlichkeit können die vorsorglichen Massnahmen im Kartellverwaltungsverfahren auch superprovisorisch, d. h. sofort und ohne Anhörung der weiteren Verfahrensbeteiligten, angeordnet werden (Art. 23 und Art. 39 KG i. V. m. Art. 56 [analog] und Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG).¹²⁷

120. Die sofortige Verfügung ohne Anhörung gemäss Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG setzt voraus, dass neben der Voraussetzung, dass die betreffende Verfügung der Beschwerde unterliegt, was vorliegend gegeben ist (Art. 39 KG i. V. m. Art. 46 Abs. 1 VwVG und Art. 31 ff. VGG¹²⁸),¹²⁹ Gefahr im Verzuge ist und der davon Betroffene (bzw. hier die Gesuchsgegnerin) aufgrund wichtiger Anliegen sowie sachlicher und zeitlicher Dringlichkeit nicht mehr vorgängig angehört werden kann. Die Behörde hat das Interesse an der sofortigen Verfügung gegen das Interesse des Betroffenen an der Gewährung des rechtlichen Gehörs sorgfältig und auf der Basis der Umstände des konkreten Falles gegeneinander abzuwägen. Das Verhältnismässigkeitsprinzip kann allenfalls gebieten, das vorgängige Anhörungsrecht nur punktuell zu beschneiden. Auf die vorgängige Anhörung darf jedenfalls nur dann gänzlich verzichtet werden, wenn der besonderen Gefahrensituation nicht durch eine mildere Massnahme gleichermassen Rechnung getragen werden kann – z. B., indem dem Betroffenen eine kurze Stellungnahmefrist von wenigen Tagen angesetzt wird.¹³⁰ Die superprovisorische Massnahme bleibt in jedem Fall ein schwerer Eingriff in grundlegende Verfahrensrechte und sie darf deswegen nur ausnahmsweise angeordnet werden.¹³¹

121. Sind die Voraussetzungen von Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG gegeben, braucht die Behörde den Betroffenen keine Äusserungsgelegenheit einzuräumen. Den Betroffenen bleibt aber unbenommen, von sich aus eine antizipierte Stellungnahme, eine sog. «Schutzschrift»¹³², einzureichen, weil sie befürchten, dass die Behörde, geht ihr zu einem späteren Zeitpunkt tatsächlich das erwartete superprovisorische Massnahmengesuch ein, eine Verfügung ohne Anhörung erlässt.¹³³

122. In der Tat teilte der Rechtsvertreter der SFL dem Sekretariat per E-Mail am 20. Mai 2020 mit, dass befürchtet werde, dass die OLA superprovisorische Massnahmen u. a. bei der WEKO beantragen könnte, und das Sekretariat deswegen zu seiner Information eine Kopie der Schutzschrift an das Handelsgericht Bern erhalte (s. vorne Rz 78).

123. Ob die SFL damit bei den Wettbewerbsbehörden formell beantragt hat, diese E-Mail mit einer Kopie einer Schutzschrift, die für eine andere Behörde (bzw. ein Gericht) bestimmt war, im Sinne einer Schutzschrift anzunehmen und befristet aufzubewahren¹³⁴, braucht angesichts des weiteren Verfahrensverlaufs (s. dazu sogleich) vorliegend nicht beantwortet zu werden.

124. Das Gesuch der Anzeigerin, vorsorglichen Massnahmen superprovisorisch, eventualiter provisorisch, zu erlassen, ging dem Sekretariat am 29. Mai 2020 ein. Gegenstand des Massnahmengesuchs ist die Frage, ob sich die SFL mit ihrem an der a. o. GV vom 29. Mai 2020 gefällten Beschluss, die COVID-19-bedingt ausgesetzte Super League-Meisterschaft 2019/20 am 19. Juni 2020 wiederaufzunehmen und über das ordentliche Saison-

ende, d. h. über den 30. Juni 2020 hinaus, zu verläßern, missbräuchlich im Sinne von Art. 7 KG verhalten habe und deswegen die Wiederaufnahme der Super League-Meisterschaft 2019/20 zu untersagen ist. Damit fehlt es dem superprovisorischen Gesuch bereits an der besonderen zeitlichen Dringlichkeit, die fragliche Vorkehr sofort treffen zu müssen. In Abwägung der gegenseitigen Interessen der Gesuchsbetroffenen und in Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips (Wahl der milderen Massnahme) blieb genügend Zeit, um einen doppelten Schriftenwechsel mit beidseits jeweils kurzen Antwortfristen zu instruieren und dennoch rechtzeitig vor der geplanten Wiederaufnahme der Super League-Meisterschaft 2019/20 über das Massnahmengesuch zu beschliessen sowie das Prüfergebnis den Gesuchsbetroffenen am 11. Juni 2020 mündlich mitzuteilen und summarisch zu begründen, um für alle Betroffenen, insbesondere die OLA, die SFL und alle anderen 19 SFL-Klubs, Planungssicherheit in Hinblick auf die Frage, ob die beiden professionellen Fussballmeisterschaften 2019/20 wiederaufgenommen werden können, zu erreichen. Gleichzeitig haben die Gesuchsbetroffenen so die Gelegenheit erhalten, ihre Standpunkte den Wettbewerbsbehörden ausführlich darzulegen.

¹²⁷ Vgl. dazu Praxiskommentar VwVG-Waldmann/Bickel (Fn 117), Art. 30 N 69; DIKE KG-ISABELLE HÄNER (Fn 125), Art. 39 N 102 m. H.

¹²⁸ Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG; SR 173.32).

¹²⁹ BGE 130 II 149, 153 E. 1.1.; BSK KG-STEFAN BILGER (Fn 124), Art. 39 N 105.

¹³⁰ Vgl. zum Ganzen: Praxiskommentar VwVG-WALDMANN/BICKEL (Fn 117), Art. 30 N 72 ff. m. H.

¹³¹ BSK KG-RETO JACOBS/GION GIGER (Fn 124), Art. 17 N 32. Für das Kartellzivilverfahren wird daorts unter N 33 m. H. weiter ausgeführt, dass «der Umstand, dass sich die Gegenpartei vor Erlass der superprovisorischen Massnahme nicht äussern kann, die normale Verteilung von Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast vorübergehend aufhebt. Sämtliche tatsächlichen Vorbringen des Gesuchstellers sind als bestritten zu betrachten. Deshalb hat sich der Gesuchsteller im Massnahmengesuch auch mit den möglichen Einreden der Gegenpartei auseinanderzusetzen und diese glaubhaft zu widerlegen. (...) Angesichts dieser Beweiserschwerungen liegt die Hürde für superprovisorische Massnahmen im Kartellrecht hoch. Superprovisorische Massnahmen sind denn auch selten.»

¹³² Als «Schutzschrift» wird die Eingabe einer möglichen Gesuchsgegnerin bezeichnet, die in Erwartung eines gegen sie gerichteten Gesuchs um Erlass einer superprovisorischen Massnahmenverfügung dem ggfs. zuständigen Gericht Gründe darlegt, die einer solchen Verfügung entgegenstehen (Urteil des Obergerichts Luzern vom 3. September 2003 (01 03 4), LGVE 2003 I Nr. 28, 58; MICHAEL LEUPOLD, Die Schutzschrift – Grundsätzliches und prozessuale Fragen, AJP 1998, 1076–1086, 1077; MARCEL LUSTENBERGER/MICHAEL RITSCHER, Die Schutzschrift – zulässiges Verteidigungsmittel oder verpönte Einflussnahme, AJP 1997, 515–518, 515). Die Schutzschrift ist mit anderen Worten ein «vorbeugendes Verteidigungsmittel gegen einen erwarteten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung und verfolgt das Ziel, den Erlass einer vorsorglichen Verfügung zu verhindern, indem entweder mündliche Verhandlung verlangt wird oder der Sachstandpunkt dem Gericht schon zum Voraus unterbereitet wird.» (BGE 119 Ia, 53, 57 f.).

¹³³ Zum Ganzen: Praxiskommentar VwVG-WALDMANN/BICKEL (Fn 117), Art. 30 N 72 ff. m. H.

¹³⁴ Vgl. Zwischenverfügung des BVGer B-3402/2009 vom 27. Mai 2009, S. 3; MICHAEL LIPS/MADELEINE SCHREINER, Verwaltungsrechtspflege in Bund und Kantonen – Einzelfragen zu Schutzschriften, Baubewilligungen und Vergabeentscheiden, DACH Schriftenreihe, Band 45, 2015, 29–62, 46; Praxiskommentar VwVG-WALDMANN/BICKEL (Fn 117), Art. 30 N 80.

B.1.2 Mündliche Mitteilung des Prüfergebnisses zur Anzeige OLA

125. Am 11. Juni 2020, einen Tag nach Abschluss des doppelten Schriftenwechsels, hat das Sekretariat den Gesuchsbetroffenen sein ablehnendes Ergebnis der Prüfung der Anzeige mündlich mitgeteilt und summarisch begründet.

126. Es bestehen keine gesetzlichen Vorschriften, wie in diesem informellen Verfahrensstadium die Mitteilung des Sekretariats (s. dazu vorne Rz 116), dass sowohl vorsorgliche Massnahmen wie auch die Eröffnung einer Untersuchung abgelehnt werden, den Gesuchsbetroffenen zu eröffnen ist.

127. Aufgrund der vorerwähnten Umstände des konkreten Falles (s. dazu insbesondere vorne Rz 124) befand das Sekretariat die mündliche Mitteilung und summarische Begründung seines Prüfergebnisses zur Anzeige OLA als das geeignete Mittel, um im Interesse beider Gesuchsbetroffenen möglichst rasch Planungssicherheit in Hinblick auf die Frage, ob die beiden professionellen Fussballmeisterschaften am 19. Juni 2020 wiederaufgenommen werden können, zu schaffen. Die vorliegende schriftliche Begründung ist (eingehenderer) Ausfluss der damaligen mündlichen summarischen Begründung und hat nur mehr deklaratorischen Charakter.

B.1.3 Geltungsbereich

128. Art. 2 KG regelt den persönlichen (Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis}), sachlichen (Art. 2 Abs. 1) sowie den örtlichen und zeitlichen (Art. 2 Abs. 2) Geltungsbereich des Kartellgesetzes. Geltung eines Gesetzes oder einer Rechtsnorm bedeutet, dass der zu beurteilende Sachverhalt dem betreffenden Gesetz bzw. der betreffenden Rechtsnorm unterstellt ist. Davon muss die Frage, ob ein Gesetz oder eine Rechtsnorm anzuwenden ist, getrennt werden (s. dazu hinten Rz 141 ff.).¹³⁵

B.1.3.1 Persönlicher Geltungsbereich

129. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG).

130. Es ergibt sich, dass dem Kartellgesetz ein funktionaler Unternehmensbegriff zugrunde liegt.¹³⁶ Nicht die rechtliche Organisation, sondern die wirtschaftlich selbstständige Teilnahme am Wettbewerbsprozess ist ausschlaggebend dafür, ob ein «Gebilde» als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gilt. Insofern kann ein Verein, der gemäss Rechtsprechung über die Zwecksetzung von Art. 60 Abs. 1 ZGB hinaus auch einen wirtschaftlichen Zweck verfolgen kann, unbestritten ein Unternehmen im Sinne des Kartellrechts sein. Allerdings führt die funktionale Betrachtungsweise des Kartellrechts dazu, dass für eine Körperschaft wie dem Verein, der ein breites Feld an nicht-wirtschaftlichen Zwecken verfolgen kann (s. Art. 60 Abs. 1 ZGB), nicht abschliessend und pro futuro festgestellt werden kann, ob er unbeschränkt ein Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne darstellt, sondern nur für die konkret in Frage ste-

hende Tätigkeit, nämlich dann, wenn er mit dieser Tätigkeit am Wirtschaftsprozess teilnimmt.¹³⁷

131. In casu macht die SFL geltend, sie sei für den angezeigten Sachverhalt nicht als Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG zu betrachten, weswegen auf die Anzeige nicht einzutreten sei (s. Stellungnahme SFL vom 4.6.2020, Rz 3 ff.).

132. Man kann sich in der Tat *prima facie* fragen, ob die SFL bei der konkret in Frage stehenden Tätigkeit, nämlich der Organisation und Überwachung der professionellen Fussballmeisterschaften der Super League und der Challenge League, als Unternehmen im Sinne des KG zu betrachten ist, weil es sich mit dieser Dienstleistung am Wirtschaftsprozess beteiligt. Sie nimmt diese Aufgabe gemäss Art. 1 SFL-Reglement Spielbetrieb ausschliesslich und nur für ihre 20 SFL-Klubmitglieder wahr (s. dazu vorne Rz 9 ff.), womit es sich dabei zunächst um eine vereinsautonome, vereinsinterne Aufgabe im Rahmen ihrer Satzungsbefugnis (s. Art. 60 Abs. 2 ZGB) und ihres Selbstverwaltungsrechts (s. Art. 63 ZGB) handelt. Jeder Verein ist im Rahmen der übrigen Rechtsordnung zunächst einmal frei, sich Regeln zu geben und diese für seine Mitglieder anzuwenden und auch gegen seine Mitglieder durchzusetzen.

133. Mit Blick auf das Tätigsein eines Vereins schützt die übrige Rechtsordnung insbesondere die Persönlichkeitsrechte anderer Akteure, den Wettbewerb an sich, das Handeln nach Treu und Glauben, die guten Sitten sowie die Beachtung der vereinsrechtlichen Verfahrensgrundsätze. Die Zulässigkeit eines Eingriffs hängt deshalb von einer Abwägung zwischen den Bedürfnissen des Vereins und den anderen durch die Rechtsordnung geschützten Gütern ab. Konkrete Rechtsfolgen, welche an die Vereinsregeln geknüpft sind, oder die soziale Macht eines Vereins führen eher zu einer rechtlichen Überprüfung der Vereinsregeln. Aufgrund des Vorrangs der staatlichen Rechtsordnung lässt sich die Anerkennung eines generell rechtsfreien Bereichs für Vereinsregeln und im konkreten Fall eines Sportverbandes für Spielregeln nicht rechtfertigen.¹³⁸

134. Das vorliegende summarische Verfahren ist nicht das passende Gefäss, um gesamthaft und abschliessend darüber zu befinden, ob das Kartellrecht auf Sportvereine unbeschränkt oder im Einzelfall doch nur eingeschränkt bzw. mit Zurückhaltung (in Respektierung der Vereinsautonomie) anzuwenden ist oder ob gar eine «*Sporting Exemption*» bzw. ein «rechtsfreier Raum» für

¹³⁵ DIKE KG-RETO HEINZELMANN/MICHAEL MAYER HÄNER (Fn 125), Art. 2 N 1 m. H.

¹³⁶ BSK KG-JENS LEHNE (Fn 124), Art. 2 N 9 m. H.; DIKE KG-Reto Heinzelmänn/Michael Mayer Häner (Fn 125), Art. 2 N 7 m. H.

¹³⁷ Vgl. zum Ganzen: DIKE KG-RETO HEINZELMANN/MICHAEL MAYER HÄNER (Fn 125), Art. 2 N 7 und 16 m. H.

¹³⁸ Zum Ganzen: HANS CASPAR VON DER CRONE/THILO PACHMANN, Individuum und Verband - Legitimation der Vereinsautonomie durch Verfahren, in: Festschrift Juristentag 2006, hrsg. von Schweizer Juristenverein, Zürich 2006, 105, 112 f. m. H. In der Tat wurde eine explizite «*Sporting Exemption*» in der Schweizer Praxis bisher nicht angenommen.

gewisse Vereinsregeln und -beschlüsse anzunehmen ist, welche die Anwendbarkeit von Kartellrecht in diesen spezifischen Bereichen/Sektoren gänzlich ausschliesst. Mit Blick auf die sich hier konkret stellende Frage, ob die SFL als Verein gemäss Art. 60 ff. ZGB ein Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG darstellt, hat die bisherige Rechtsprechung die Unternehmenseigenschaft von Sportverbänden – so auch der SFL und des SFV sowie gerade mit Bezug auf ihre Aufgabe, den professionellen Spielbetrieb zu organisieren¹³⁹ – in verschiedenen Fällen bejaht, und es gebietet sich im vorliegenden summarischen Verfahren nicht, ohne Not von dieser bisherigen Rechtsprechung abzuweichen. Der Fussballsport ist jedenfalls auf nationaler, professioneller Ebene ein wirtschaftlich relevanter Markt, bei dem sich auf der einen Seite die in der Super League und Challenge League spielberechtigten Klubs und die Profifussballspieler als Anbieter sowie auf der anderen Seite das fussballinteressierte Publikum sowie die Medien als Verbraucher oder Nachfrager gegenüberstehen. Der SFV und die Gesuchsgegnerin organisieren den Schweizer Fussballmarkt, indem sie die Regeln aufstellen, nach denen Spieler und Klubs an den nationalen und regionalen Amateur- und Nicht-Amateur Fussballmeisterschaften teilnehmen können.¹⁴⁰ In diesem Sinne nimmt die Gesuchsgegnerin bei der konkret in Frage stehenden Tätigkeit, nämlich der Organisation und Überwachung professionellen Fussballmeisterschaften der Super League und der Challenge League, (zumindest mittelbar) für ihre SFL-Klubs am Wirtschaftsprozess teil. Bezeichnenderweise führt die Gesuchsgegnerin für die sachliche Rechtfertigung der beschlossenen Wiederaufnahme und Verlängerung der professionellen Meisterschaften Saison 2019/20 an, diesen Beschluss auch deswegen gefasst zu haben, um sich und ihren SFL-Klubs die vollen Einnahmen aus der Vermarktung der TV-Übertragungsrechte für die Saison 2019/20 zu sichern¹⁴¹, die ansonsten bzw. bei Abbruch der Meisterschaften eingestellt bzw. mit künftigen Zahlungen verrechnet würden (s. Stellungnahme SFL vom 4.6.2020, Rz 43). Die Gesuchsgegnerin wird somit für die weitere Fallprüfung als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG betrachtet.

135. Hinzuzufügen ist, dass selbst wenn die SFL in casu kein Unternehmen im Sinne des Kartellgesetz wäre, ihre Vereinsmitglieder bzw. die 20 Super und Challenge League-Fussballklubs jedenfalls Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 KG sind. Diese Sichtweise öffnet das kartellrechtliche Blickfeld, wie durch die OLA angetönt, aber – zu Recht – nicht weiterverfolgt, auf eine Auseinandersetzung mit Art. 4 i. V. m. Art. 5 und/oder 7 KG (kollektive Marktbeherrschung). Diese möglichen Fallbetrachtungen sind nachfolgend ebenso wenig weiterzuverfolgen und zu vertiefen, da sie letztlich zu keinem anderen kartellrechtlichen Endergebnis führen wie die Betrachtung der SFL als Unternehmen im Sinne des KG.

B.1.3.2 Sachlicher Geltungsbereich

136. 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).

137. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

138. Ob die Gesuchsgegnerin in diesem Sinne marktbeherrschend ist, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung erörtert. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und auf deren Wiedergabe an dieser Stelle verzichtet.

139. Allerdings ist ergänzend folgendes anzumerken: Wie schon zur Unterstellung von Vereinen/Verbänden unter den persönlichen Geltungsbereich des Kartellrechts in Abwägung der Vereinsautonomie einschränkend ausgeführt (s. vorne Rz 130 ff.), wäre analog genauso sorgfältig und zusätzlich abzuwägen, ob denn der einen Verein/Verband betreffende Sachverhalt im konkreten Fall auch dem sachlichen Geltungsbereich des Kartellrechts unterstellt ist. Denn Beschlüsse von Vereinen/Verbänden, aber auch von anderen juristischen Personen, dürften in der Regel nicht unter den sachlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes fallen. Dies kann letztlich nur der Fall sein, wenn es um Abreden oder den Missbrauch von Marktmacht geht und insbesondere die wirtschaftliche Freiheit einzelner Mitglieder tangiert wird, wie z. B. ein Boykott oder eine Nichtaufnahme wegen Nichtbefolgung von kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen.¹⁴² In casu erübrigt sich allerdings eine detaillierte Prüfung dieser Frage, weil ohnehin keine missbräuchliche Verhaltensweise vorliegt.

B.1.3.3 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich

140. Auf nähere Ausführungen zum örtlichen wie auch zum zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes kann vorliegend verzichtet werden. Die fraglichen Handlungen haben in der Schweiz stattgefunden und haben hier Auswirkungen.

B.1.4 Vorbehaltene Vorschriften

141. Trotz grundsätzlicher Geltung des Kartellgesetzes kann dessen Anwendbarkeit aufgrund öffentlicher Interessen in bestimmten (Rechts-)Bereichen ausgeschlossen oder eingeschränkt sein.

¹³⁹ So etwa schon: Appellationshof des Kantons Bern vom 14.11.1994, SpuRt 1995, 30–40, 37; RPW 1998/4, 567, Rz 10 ff. – *Homologation und Sponsoring von Fussbällen*; RPW 2003/4, 972, 973 f. – *Football Club Sion Association et Olympique des Alpes SA/Swiss Football League*; RPW 2004/4, 1203, 1207 E. 3.2.1 – *Fussball-Club Aarau 1902, FC Aarau AG, David Sesa/Swiss Football League*.

¹⁴⁰ Vgl. RPW 2004/4, 1203, 1207 E. 3.2.1 – *Fussball-Club Aarau 1902, FC Aarau AG, David Sesa/Swiss Football League*.

¹⁴¹ Im Rahmen einer Zentralvermarktung verhandelt die SFL die gesamten Medien- und Marketingrechte von Super League und Challenge League mit Drittinteressenten. Seit 2011 sind diese Rechte, so auch die TV-Übertragungsrechte, seitens der SFL an die CT Cinetrade AG, Zürich, vergeben.

¹⁴² S. in diesem Zusammenhang: MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT, in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Tercier/Bovet* (Hrsg.), 2. Aufl. 2012, Art. 4 I KG N 61 ff., insb. 63: «Pour conclure, les décisions d'associations constituent donc en principe des accords. Toutefois, pour qu'un tel accord tombe sous le coup de l'art. 4 I LCart, les autorités de la concurrence doivent en outre constater qu'il vise ou entraîne une restriction à la concurrence.»

142. So bestimmt Art. 3 KG, dass dem Kartellgesetz Vorschriften vorbehalten sind, 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).

143. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb im geäusserten Sinne nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird von der Gesuchsgegnerin auch nicht geltend gemacht.

B.2 Materielle Voraussetzungen

B.2.1 Allgemeines

144. Vorsorgliche Massnahmen, die vor Anordnung einer Verfügung ergehen, zielen darauf ab, deren Wirksamkeit sicherzustellen. Mit *sichernden* Vorkehren wird gewährleistet, dass der bestehende tatsächliche oder rechtliche Zustand einstweilen unverändert erhalten bleibt. Mit *gestaltenden* Massnahmen wird demgegenüber ein Rechtsverhältnis provisorisch geschaffen oder einstweilen neu geregelt. Der Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt Dringlichkeit voraus, d. h., es muss sich als notwendig erweisen, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen. Sodann muss der Verzicht auf Massnahmen für den Betroffenen einen Nachteil bewirken, der nicht leicht wieder gut zu machen ist, wofür ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügt. Erforderlich ist schliesslich, dass die Abwägung der verschiedenen Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint. Der durch die Endverfügung zu regelnde Zustand soll weder präjudiziert noch verunmöglicht werden. Vorsorgliche Massnahmen beruhen auf einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Die Hauptsachenprognose kann dabei berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist; bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil in diesem Fall die erforderlichen Entscheidgrundlagen im Hauptverfahren erst noch beschafft werden müssen.¹⁴³

145. Diese Regeln gelten grundsätzlich auch im Wettbewerbsrecht. Voraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sind demnach kumulativ ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil, eine über das allgemeine Bestreben nach möglichst rascher Umsetzung gesetzlicher Vorgaben hinausgehende, besondere Dringlichkeit sowie die Verhältnismässigkeit der Anordnung. Die ganze oder teilweise Vorwegnahme des mutmasslichen Resultats des Untersuchungsverfahrens rechtfertigt sich nur, wenn die Entscheidprognose entsprechend eindeutig ausfällt. Je zweifelhafter der Verfahrensausgang erscheint, desto höhere Anforderungen sind an den für die Verfahrensdauer im öffentlichen Interesse zu beseitigenden Nachteil, die Dringlichkeit und die Verhältnismässigkeit der Anordnung zu stellen. Dabei erfolgt im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen

nur eine summarische Prüfung ohne eingehende Beweisabnahme.¹⁴⁴

B.2.1.1 Auswirkungen der beantragten Massnahmen

146. Vorliegend beantragt die Anzeigerin, es sei der SFL ohne vorgängige Anhörung, eventualiter nach vorgängiger Anhörung, die Wiederaufnahme der Super League Meisterschaft 2019/20 zu untersagen. Sie beantragt mit anderen Worten die Behebung dieses vorgängig an der a. o. GV unter Beteiligung aller 20 SFL-Mitgliederklubs beschlossenen Zustandes.

147. Die antragsgemässe vorsorgliche Untersagung der Wiederaufnahme der Super League-Meisterschaft Saison 2019/20 würde dazu führen, dass zwar die Challenge League-Meisterschaft Saison 2019/20, nicht aber die Super League-Meisterschaft Saison 2019/20 zu Ende gespielt werden könnte.¹⁴⁵ Letztere müsste im Ergebnis wohl ohne wettkampfsportliche Beendigung ersatzlos abgebrochen werden, da eine Nachholung zu einem späteren Zeitpunkt unmöglich erscheint. Der SFV, seine Abteilungen und Unterorganisationen sowie seine Klubs sind an den koordinierten internationalen Spielkalender der FIFA gebunden. Für offizielle internationale Spiele und internationale Freundschaftsspiele gehen die Regelungen der FIFA und/oder der UEFA vor (s. vorne Rz 35 ff., insb. 37). Deswegen musste bspw. die Viertelfinalpartie im Helvetia Schweizer Cup zwischen dem FC Lausanne-Sport und dem FC Basel vor den offiziellen «Saisonstart» der SFL am 19. Juni 2020 vorverlegt bzw. am Sonntag, 14. Juni 2020, gespielt werden. Grund hierfür ist, wie der SFV mitteilte, eine allfällige Terminüberschneidung mit der UEFA Europa League, in welcher der FC Basel noch vertreten ist.¹⁴⁶ Überdies kann

¹⁴³ BGE 130 II 149, 155 E. 2.2.

¹⁴⁴ BGE 130 II 149, 155 f. E. 2.3 m. H.

¹⁴⁵ Zu welchen zusätzlichen Problemen ein Super League-Abbruch aufgrund der Interdependenzen zwischen der Super und der Challenge League führen kann, illustriert folgendes: Die Challenge League-Meisterschaft Saison 2019/20, die durch den Antrag für vorsorgliche Massnahmen nicht betroffen ist, wird sportlich ausgetragen und zu Ende geführt. Es werden ein Meister sowie direkter Aufsteiger in die Super League und ein Zweitplatzierter bestimmt, der in zwei anschliessenden Barrage-Spielen gegen den Neunten der Super League um den letzten Teilnehmerplatz in der Super League 2020/21 kämpfen sollte. Die einzige Ausnahme zu einer ordentlichen, ununterbrochenen Meisterschaft 2019/20 besteht darin, dass es keinen Absteiger aus der Challenge League gibt, da die Amateur-Fussballmeisterschaften ohne Wertung abgesagt wurden (s. zum Ganzen vorne Rz 11 ff.). Würde nun die Super League Saison 2019/20 abgebrochen, müsste nachträglich «am grünen Tisch» – auch in Hinblick auf die internationalen Wettbewerbe wie UEFA Champions League und Europa League Saison 2020/21 – folgendes entschieden werden: Erfolgt der Abbruch ohne Wertung, es mithin keinen Super League-Meister 2019/20 und auch keine Auf- und Absteiger mit Blick auf die Super und Challenge Leagues Saison 2020/21 gibt (so wie es bspw. zwischen der Challenge League und der 1. Liga Promotion der Fall ist)? Oder erfolgt trotz Abbruch eine sportliche Wertung, es mithin einen Super League-Meister 2019/20, einen direkten Absteiger in die Challenge League Saison 2020/21, einen Neunten für die zwei vorgenannten Barrage-Spiele mit Blick auf die professionellen Meisterschaften Saison 2020/21 gibt und welche übrigen Platzierungen der abgebrochenen Super League-Meisterschaft Saison 2019/20-Teilnehmer sich für die vorgenannten internationalen Wettbewerbe qualifizieren sowie wie und warum diese am «grünen Tisch» so und nicht anders bestimmt wurden?

¹⁴⁶ Vgl. SFV, Medienmitteilung «Cup-Viertelfinalspiel FC Lausanne-Sport – FC Basel 1893 wird vorverlegt» vom 4.5.2020, <www.football.ch/desktopdefault.aspx/tabid-3813/11153_read-247904/> (19.6.2020).

der ordentliche Saisonbeginn der professionellen Schweizer Fussballmeisterschaften Saison 2020/21, welcher am 1. Juli 2020 wäre (s. vorne Rz 10), aus denselben Gründen ebenso wenig beliebig in die Zukunft verschoben werden, ansonsten wiederum die ordentliche Durchführung der Saison 2020/21 gefährdet wäre und unüberwindbare Friktionen mit dem internationalen Spielkalender entstünden. Deswegen sieht der Spielplan der SFL für die Austragung von 13 Spielrunden und die Beendigung der professionellen Meisterschaften 2019/20 vom 19. Juni bis 2. August 2020 englische Wochen (verbunden mit gesundheitlichen Massnahmen für die stark belasteten Spieler) vor (s. vorne Rz 32 und Fn 72). Es ist daher nicht ersichtlich, auf welchem späteren Zeitpunkt, wenn nicht jetzt, die noch ausstehenden 13 Spielrunden der Super League-Meisterschaft 2019/20 verschoben und noch ausgetragen werden könnten. Bezeichnenderweise beantragt die Gesuchstellerin denn auch den Abbruch und nicht die Verschiebung der Super League-Meisterschaft 2019/20. In der Anzeigebegründung meint sie zwar, «[e]ine Verschiebung der Wiederaufnahme gäbe nicht nur Zeit für den Entscheid in der Hauptsache, sondern gäbe den betroffenen kleineren Klubs auch Zeit, mit der SFL wirksame Massnahmen zur Behebung der Wettbewerbsnachteile zu evaluieren», dies allerdings ohne weitere Begründung, wie denn solches konkret in Berücksichtigung aller Interdependenzen zwischen nationalen und internationalen Fussballwettbewerben der Saison 2020/21 überhaupt erreicht werden könnte.

148. Massnahmen, die im Resultat und in ihrer Begründung praktisch auf eine Vorwegnahme des Endescheides hinauslaufen, sollen vorbehältlich ausserordentlicher Verhältnisse nicht angeordnet werden (s. auch vorne Rz 144 f.).¹⁴⁷ In diesem Rahmen ist das Verhältnismässigkeitsprinzip wegleitend. Die Massnahme muss wirksam und geeignet sein, um den angestrebten Zweck zu erreichen. Nach diesen Gesichtspunkten haben sich die zu treffenden Massnahmen auszurichten. Idealerweise schafft die vorsorgliche Massnahme einen für alle Beteiligten wenigstens einigermaßen zufriedenstellenden *modus vivendi* für die Dauer des Verfahrens. Je schwerwiegender und irreversibler die Auswirkungen der Massnahme für eine der beteiligten Parteien sind, desto zurückhaltender ist sie anzuordnen.¹⁴⁸

149. Wie vorne in Rz 144 f. bereits ausgeführt und hinten in Rz 165 f. nochmals zusammengefasst, müssen vier Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein, damit vorsorgliche Massnahmen erlassen werden können, die Verhältnismässigkeit der Anordnung ist eine davon. Ist eine dieser vier Voraussetzungen nicht erfüllt, können vorsorglichen Massnahmen nicht gewährt werden und es erübrigt sich, die anderen Voraussetzungen zu prüfen. Nachfolgend wird aufgezeigt, dass es am Erfordernis einer günstigen Entscheidprognose fehlt, weshalb sowohl auf vorsorgliche Massnahmen wie auch auf die Eröffnung eines kartellrechtlichen Verwaltungsverfahrens mit weiteren Beweiserhebungen zu verzichten ist (s. hinten Rz 165 ff.). Somit erübrigt es sich, nachfolgend die Verhältnismässigkeit der beantragten vorsorglichen Massnahme eingehender zu diskutieren. Immerhin angemerkt sei aber dies:

150. Die vorstehenden Ausführungen unter Rz 147 f. zeigen, dass die beantragte vorsorgliche Massnahme schwerwiegende, so auch schwerwiegende wirtschaftliche, und (höchst wahrscheinlich) irreversible Auswirkungen auf die SFL und ihre 20 Mitgliederklubs hätte (keine sportliche Beendigung der Saison 2019/20 mit allen Folgen). Überdies wurde von der Gesuchstellerin nicht einmal ansatzweise dargelegt (und aufgrund des greifbaren Sachverhalts können es sich die Wettbewerbsbehörden auch nicht vorstellen), inwiefern als mildere Alternative bzw. Massnahme eine Verschiebung der Beendigung der Super League-Meisterschaft Saison 2019/20 auf eine spätere Zeitperiode als den 19. Juni bis 2. August 2020 möglich sein und als beidseits zumutbare Alternative überhaupt in Frage kommen könnte – dies bei aktuell sportlicher Weiterführung und Beendigung der Challenge League-Meisterschaft Saison 2019/20 sowie mit Blick auf die internationalen Fussballwettbewerbe, seien es die dafür wiederaufgenommene Saison 2019/20 und/oder die absehbar Ende Sommer/Herbst 2020 dafür aufzunehmende Saison 2020/21. Wie die Gesuchsgegnerin zutreffend ausführt, hatte sie bzw. hatten ihre 20 Mitgliederklubs der Super und der Challenge Leagues COVID19-bedingt nur die Wahl zwischen zwei «imperfekten Lösungen» (s. Stellungnahme SFL vom 4.6.2020, Rz 23 und 37). Wie das Ergebnis der Abstimmung anlässlich der a. o. GV vom 29. Mai 2020 mit 17 Ja-Stimmen zu 2 Nein-Stimmen (bei einer Enthaltung) zeigt, war zwischen den beiden Alternativen, Abbruch der beiden professionellen Meisterschaften Saison 2019/20 einerseits und Weiterführung und Beendigung der professionellen Meisterschaften Saison 2019/20 andererseits, die sportliche Weiterführung und Beendigung der Saison 2019/20 im Rahmen der von der SFL ausgearbeiteten Vorschläge und Massnahmen das geeignetere und das zumutbarere Vorhaben bzw. der «zufriedenstellendere *modus vivendi*». Es spricht somit viel dafür, dass die beantragte vorsorgliche Massnahme sich bei sorgfältiger Abwägung der Interessen zwischen der Eingriffswirkung für die Gesuchsgegnerin (und ihre 19 anderen Vereinsmitglieder) und dem drohenden Nachteil der Gesuchstellerin auch als unverhältnismässig herausstellen würde.

B.2.1.2 Beweisrecht und Beweisverfahren

151. Es kommt hinzu, dass beweisrechtlich generell gilt, dass je höher der Eingriff mittels vorsorglicher Massnahme ist, desto höhere Anforderungen an die Beweise zu stellen sind.¹⁴⁹ Vor diesem Hintergrund ist kurz und überblicksweise auf das geltenden Beweisrecht im Zusammenhang mit der Prüfung von vorsorglichen Massnahmen einzugehen.

¹⁴⁷ Praxiskommentar VwVG-WALDMANN/BICKEL (Fn 117), Art. 56 N 42 m. H.

¹⁴⁸ Ibid., Art. 56 N 43 m. H.

¹⁴⁹ Urteil des BVGer B-4637/2013 vom 9. Juli 2015 E. 3.

152. Im Verwaltungsverfahren gilt grundsätzlich der Untersuchungsgrundsatz. Die Verwaltungsbehörden haben den Sachverhalt von Amtes wegen abklären. Sie sind für die Beschaffung der Entscheidungsgrundlagen verantwortlich.¹⁵⁰ Der Untersuchungsgrundsatz wird allerdings durch die Mitwirkungspflicht der Parteien relativiert.¹⁵¹ Gerade mit Blick auf den vorliegend zu fällenden Entscheid über den Erlass von vorsorglichen Massnahmen ist es in erster Linie Aufgabe der Gesuchstellerin, ihre Beanstandungen vorzutragen und diese auch zu belegen. Sie trägt die Substantiierungslast.

153. Der Untersuchungsgrundsatz ändert an der Verteilung der materiellen Beweislast nichts. Auch im Verwaltungsverfahren trägt eine Partei bzw. hier die Gesuchstellerin gemäss allgemeinen Beweislastregeln die Folgen der Beweislosigkeit. Der Entscheid der Behörde fällt mit anderen Worten zu Ungunsten jener Partei aus, die aus dem unbewiesenen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte. Dies bedeutet konkret folgendes für den vorliegenden Fall:

154. Der Sachverhalt muss von der Gesuchstellerin zwar nur glaubhaft gemacht werden. Glaubhaft machen ist weniger als beweisen, bedeutet aber in jedem Fall mehr als nur behaupten. Dies gesagt, ist nochmals zu betonen, dass je höher der Eingriff mittels vorsorglicher Massnahme, desto höhere Anforderungen an die Beweise zu stellen sind. Im vorliegenden Fall hätte das verlangte Verbot der Wiederaufnahme und Beendigung der Super League-Meisterschaft Saison 2019/20 erhebliche und nicht wiedergutzumachende Folgen, da die 13 Spielrunden nicht einfach nach einem allfälligen materiellen Entscheid aufgrund eines Untersuchungsverfahrens nachgeholt werden könnten (s. vorne Rz 147 f. und 150). Die ganze oder teilweise Vorwegnahme des mutmasslichen Resultats des Untersuchungsverfahrens rechtfertigte sich daher nur, wenn die Entscheidprognose entsprechend eindeutig ausfällt. Dies tut sie, wie nachfolgend begründet wird, aber nicht.

155. Werden in der vorliegenden Anzeige somit bloss Behauptungen aufgestellt, die nicht einmal durch Indizien gestützt sind – bspw. die Behauptung, die Anzeigerin würde auch für andere Super League Klubs sprechen –, so sind diese Vorbringen zunächst einmal als bestritten zu betrachten. Es kommt hinzu, dass die Wettbewerbsbehörden trotz Untersuchungsgrundsatz nicht verpflichtet sind, von sich aus eigene Nachforschungen anzustellen, um zu überprüfen, ob reine Behauptungen letztlich doch als glaubhaft betrachtet werden können. Vielmehr dürfte die Behörde bezüglich unsubstantiierten Vorbringen ohne weiteres Zutun direkt zu Ungunsten der Anzeigerin erwägen, dies erst recht, wenn die Gesuchsgegnerin Behauptungen in der Anzeige bereits im ersten Schriftenwechsel konkret bestreitet oder gar glaubhaft widerlegt. Davon unbesehen haben die Wettbewerbsbehörden in casu sehr wohl aus eigener Initiative zum Fall recherchiert, aber auch in Bezug auf die beispielhaft vorerwähnte Behauptung der Anzeigerin keine belastbaren Anhaltspunkte für die Glaubhaftigkeit dieser Behauptung gefunden (vgl. vorne Rz 15 ff., insb. Rz 53–71).¹⁵² In diesem Zusammenhang darf allerdings nicht unerwähnt bleiben, dass die Gesuchstellerin in ihrer Replik zwei Zeitungsartikel nachreichte (s. Replik OLA vom 8.6.2020, Rz 21):

- Im Artikel der Sonntagszeitung «Bestreitet der FCB drei Wettbewerbe aus zwei Saisons in einer Woche?» vom 31.5.2020 (Beilage 2 der Replik OLA vom 8.6.2020) nimmt der FC Thun tatsächlich das Wort «Wettbewerbsverzerrung» in den Mund, aber nach Verständnis der Wettbewerbsbehörden nicht in dem Sinne, wie es die Anzeigerin in ihrer Anzeige und Replik verstanden haben will. Vielmehr bezieht sich der FC Thun damit primär auf das Gebaren seiner zwei direkten Liga-Konkurrenten um den Abstieg, dem FC Sion und dem FC Xamax, die vor Wiederaufnahme der Super League-Meisterschaft Saison 2019/20 noch kurzfristig Transfers tätigten, was dem FC Thun offenbar finanziell nicht möglich war (s. vorne Rz 69 ff., insb. Rz 71).
- Dass die Super League-Klubs unterschiedlich grosse und – wie es sich dann im Laufe der gespielten Saison jeweils zeigt – auch unterschiedlich starke Kader haben, liegt in der Natur des Wettbewerbs um die Fussballmeisterschaft, der jedes Jahr im Sommer von neuem startet. Die Klubs haben unterschiedliche finanzielle Voraussetzungen und kaufen damit unterschiedlich erfolgreich ein, denn ein teures Preisschild alleine heisst noch nicht, dass der Spieler automatisch wertvoll für das Kader und für den anstehenden Fussballwettbewerb wird. Wenn nun der FC St. Gallen gemäss Artikel der NZZ am Sonntag «Die Krise kommt erst» vom 31.5.2020 (Beilage 3 der Replik OLA vom 8.6.2020) sagt, dass es mit einem engen Kader schwieriger sei, diese anstehenden englischen Wochen für die Beendigung der Super League Saison 2019/20 herunterzuspielen als mit einem breiten Kader an gleichwertigen Spielern, dann trifft dies ohne Frage zu. Aber diese unterschiedlichen Voraussetzungen hinsichtlich Kadergrösse und Kaderbreite in der Qualität bestehen schon die ganze Saison

¹⁵⁰ Zum Ganzen: BGE 135 II 161, 165 f. E. 3.

¹⁵¹ Urteil des BVGer B-4637/2013 vom 9. Juli 2015 E. 3.

¹⁵² Bezeichnend sind in diesem Zusammenhang etwa auch die Ausführungen der Anzeigerin, dass es «nicht weiter verwunderlich» sei, «[d]ass der Präsident von Neuchâtel Xamax FCS, der Mitglied des Komitees der SFL ist, sich der Stimme enthalten hat, [obwohl es] Tatsache ist, dass gerade dieser Club mit grössten Wettbewerbsnachteilen zu rechnen hat.» Insofern und soweit die Anzeigerin damit suggerieren möchte, dass die Vertretung der Klubs im Komitee der SFL eine wie auch immer geartete «Stimmbindung» der Klubs zugunsten der Anträge des Komitees bewirken solle oder seitens der SFL derart Druck auf die Vertreter der Klubs ausgeübt werden könne, dass sie nicht mehr im Sinne ihres Klubs, sondern im Sinne des SFL-Komitees abstimmen, erscheint dies zunächst einmal als versuchte «Stimmungsmache», ist aber mit Bezug auf das Abstimmverhalten des FC Xamax an der a. o. GV vom 29. Mai 2020 schlicht nicht zutreffend. Der Komitee-Vertreter des FC Xamax stimmte mit Nein bzw. gegen die Wiederaufnahme der professionellen Fussballmeisterschaften Saison 2019/20. Dazu ist zunächst zu Gunsten der Anzeigerin zu ergänzen, dass die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme den FC Xamax als enthaltende Stimme führte. Dieses Versehen stellte die Gesuchsgegnerin in ihrer Duplik allerdings glaubhaft richtig und die Überprüfung des Sekretariats hat dann auch bestätigt, dass der FC Xamax tatsächlich mit Nein gestimmt hat (s. vorne Rz 64 ff., insbes. Rz 69 und Fn 96). Auf dieses Versehen der Gesuchsgegnerin kann und darf man als Gesuchstellerin partiell aufspringen. Es darf aber unterstellt werden, dass die Anzeigerin als Abstimmungsteilnehmende genau wusste, welche Klubs an der a. o. GV vom 29. Mai 2020 wie gestimmt haben. Somit spricht das Ermittlungsergebnis für die Gesuchsgegnerin, nämlich, dass sowohl im Komitee als auch in der a. o. GV vom 29. Mai 2020 das freie und uneingeschränkte Meinungsäusserungsrecht galt und der strittige Beschluss demokratisch in Beachtung der Statuten und Reglemente getroffen wurde.

2019/20 (und wiederholen sich von neuem in jeder Saison) und treffen alle 20 SFL-Klubs gleichermaßen, daran hat der COVID19-bedingte Unterbruch nichts geändert – ausser allerdings beim FC Sion, der selbstbestimmt zunächst ganze neun Kadermitglieder, darunter den aktuellen Captain und weitere Mannschaftsstützen, fristlos entlassen hat und diese bis dato nur teilweise, aber doch zu einem wesentlichen Teil¹⁵³, hat zurückgewinnen können (s. vorne Rz 55 ff.).¹⁵⁴ Wenn nun die Anzeigerin trotzdem die Wettbewerbsbehörden anruft und eine Wettbewerbsverzerrung und -behinderung geltend macht, weil sie wegen den selbstbestimmt vorgenommenen Entlassungen zahlreicher Stammspieler das Ausspielen der Super League-Meisterschaft 2019/20 mit einem engeren Kader als vor dem COVID19-bedingten Unterbruch bestreiten muss, dann hat sie im Gegenzug zu akzeptieren, dass auch der Aspekt des Selbstverschuldens im Anzeigekontext zu prüfen ist (s. später Rz 163). Hätte sie die Verträge nicht gekündigt und sich um die Verlängerung der auslaufenden Verträge gekümmert, müsste und könnte sie eigentlich auch keinen Wettbewerbsnachteil beklagen. Ganz zu schweigen davon, dass der beklagte «Wettbewerbsnachteil», einen engeren Kader als andere Klubs zu haben, den FC St. Gallen offensichtlich nicht bremst, die Überraschung dieser ganzen Saison zu sein und den in den letzten Fussballsaisons grossen Klubs wie vor allem BSC YB und FC Basel auch weiterhin einen harten und spannenden Fight um den Meistertitel Saison 2019/20 zu liefern.

B.2.1.3 Öffentliches Interesse vs. privates Interesse

156. Das Kartellrecht stellt zur Verfolgung unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen parallel den zivilrechtlichen Weg (Art. 12 ff. KG) und den verwaltungsrechtlichen Weg (Art. 18 ff. KG) zur Verfügung (s. vorne Rz 114).

157. Entsprechend dieser Parallelität greift die WEKO Fälle auf, wenn öffentliche Interessen an einem funktionierenden Wettbewerb tangiert sind. Plakativ auf den konkreten Fall heruntergebrochen bedeutet dies: Sie schützt primär den Wettbewerb gemäss Art. 1 KG, und nur mittelbar die Wettbewerber, soweit diese für Wettbewerb sorgen. Ein öffentliches Interesse kann aber auch dann gegeben sein, wenn nur ein einzelnes Unternehmen behindert und dadurch der wirksame Wettbewerb beeinträchtigt wird.

158. Dies vorausgeschickt, ist festzustellen, dass beide Gesuchsbetroffenen ausführlich und wiederholend zur Frage argumentieren, ob nun ein öffentliches Interesse an diesem Fall gegeben ist oder nicht. Unbestritten sind klar wesentliche private Interessen des FC Sion betroffen. Die SFL führt aber auch aus, dass sie aufgrund ihrer «Raison d'Être», die beiden professionellen Meisterschaften zu organisieren, öffentliche Interessen erfüllt (s. Stellungnahme SFL vom 4.6.2020, Rz 41 f.). Die fallbezogene Opportunitätsbewertung der Wettbewerbsbehörden erkennt trotz erheblicher privater Interessen des FC Sion ein genügendes öffentliches Interesse, um diesen Fall aufzugreifen.

B.2.1.4 Kausalität

159. Die SFL wirft die Frage der Kausalität ihrer Handlung in Bezug auf möglicherweise unzulässige Wettbewerbsbeschränkung als Folge ihres Beschlusses, die professionellen Meisterschaften fortzuführen, auf (s. Stellungnahme SFL vom 4.6.2020, Rz 38).

160. Die Meisterschaftsspiele mussten infolge des COVID19-Ausbruchs in der Schweiz und der deswegen getroffenen Massnahmen des Bundesrates – ab dem 16. März bis zum 19. Juni auf notrechtlicher Basis – seit Februar 2020 ausgesetzt werden (s. vorne Rz 15 ff.). Unbestritten dürfte sein, dass der COVID19-Ausbruch als Fall höher Gewalt eingestuft werden muss – davon gehen auch die Fussballgemeinschaft und die FIFA im Besonderen aus (s. vorne Rz 42 und 47). Ebenso unbestritten dürfte sein, dass «höhere Gewalt» als festgestellter Fakt und rechtsrelevanter Grund den Kausalzusammenhang unterbricht.

161. Die Lehre und Rechtsprechung beantworten die Frage uneinheitlich, ob zwischen den verschiedenen Tatbestandselementen/-voraussetzungen, betreffe es im Einzelnen die Generalklausel in Art. 7 Abs. 1 KG und/oder den Katalog der nicht abschliessend aufgezählten Missbrauchstatbeständen in Art. 7 Abs. 2 KG, eine kausale Verknüpfung bestehen muss, damit Art. 7 KG zur Anwendung kommt.¹⁵⁵ Die Erfordernisfrage der Kausalität bei Art. 7 KG ist nicht im Rahmen der vorliegenden summarischen Prüfung zu vertiefen und zu klären. Vielmehr ist die Kausalität zu Gunsten der Anzeigerin als gegeben zu unterstellen, soweit sie für die Prüfung fraglicher Missbrauchstatbestände gemäss Art. 7 KG von Lehre und Rechtsprechung vorausgesetzt wird. Zu den beidseitigen Argumenten der Gesuchsbetroffenen in diesem Zusammenhang ist immerhin folgendes anzumerken:

¹⁵³ Die – soweit ersichtlich – nicht mehr wiedereingestellten Altstars Seydou Doumbia und Alex Song, die in der bisherigen Saison bzw. vor dem COVID19-bedingten Unterbruch beim FC Sion sowieso häufig nur als Einwechselspieler zum Zuge kamen, würden für die anstehenden englischen Wochen bis zum Saisonschluss kaum eine wesentliche Mannschaftsverstärkung darstellen. Die fristlos entlassenen Xavier Kouassi und Johann Djourou sind vom FC Xamax verpflichtet worden. Die verbleibenden fünf damals fristlos entlassenen Spieler spielen – soweit ersichtlich – aktuell wieder beim FC Sion.

¹⁵⁴ Zu ergänzen ist, dass – soweit ersichtlich – der FC Sion regelmässig zu denjenigen SFL-Vereinen mit den grössten Kadern gehört, so auch in der bisherigen Saison 2019/20 (s. statt anderer: <www.transfermarkt.ch/raiffeisen-super-league/startseite/wettbewerb/C1>, <www.transfermarkt.ch/fc-sion/kader/verein/321/saison_id/2019/plus/1> und <www.sfl.ch/superleague/klubs/fc-sion/> [19.6.2020]). Auch wenn der FC Sion sich aktuell sportlich nicht mit den «Grossen», BSC YB und FC Basel, aber auch nicht mit dem Underdog FC St Gallen vergleichen lässt, so ist er in Bezug auf die Kaderngrösse dennoch keinesfalls ein «kleiner Klub», so wie die Anzeigerin es vorträgt.

¹⁵⁵ DIKE KG-LUCA STÄUBLE/FELIX SCHRANER (Fn 125), Art. 7 N 22 ff. m. H.

162. Der Lockdown wegen der Corona-Pandemie erzwang ohne Frage das Aussetzen der professionellen Fussballmeisterschaften der SFL. Für die Wiederaufnahme der Meisterschaften erscheint der Beschluss der SFL allerdings kausal. Die bundesrätliche Massnahme erzwang das Aussetzen, hätte aber auch den Abbruch, die Verschiebung und (später) die Wiederaufnahme als Alternativen zugelassen. Entschieden was davon nun passiert, hat die SFL. Bezeichnenderweise spricht die SFL selber von der Wahl zwischen «zwei imperfekten Lösungen» (s. vorne Rz 150). Eine Verschiebung ist in der Tat nur eine theoretische Option (s. vorne Rz 147).

163. Andererseits darf aber auch in den Raum gestellt werden, ob denn nicht die verschiedenen Spielerentlassungen durch den FC Sion, deren wirtschaftliche Notwendigkeit nicht glaubhaft gemacht ist, letztlich ursächlich dafür sind, dass die Anzeigerin meint, ihr drohten unzulässige Wettbewerbsnachteile. Unbestreitbar führt schweres Selbstverschulden ebenso wie höhere Gewalt zum Unterbruch des Kausalzusammenhanges. Die Serie der Entlassung von Mannschaftsstützen verantwortet der FC Sion und die eigene Argumentation in der Anzeige zeigt, dass dieser Vorgang offenbar stark seine Einschätzung beeinflusst, mögliche unzulässige Wettbewerbsnachteile zu erleiden.

164. Vorliegend wird die Kausalität zu Gunsten der Anzeigerin als gegeben unterstellt, soweit sie für die Prüfung fraglicher Missbrauchstatbestände gemäss Art. 7 KG vorausgesetzt wird.

B.2.2 Fehlende günstige Entscheidprognose

165. Die vier Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen wurden bereits vorne dargestellt (Rz 144 f.).

166. Da diese Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen kumulativ erfüllt sein müssen, erübrigt sich die Prüfung aller vier Voraussetzungen, wenn sich erweist, dass bereits eine nicht erfüllt ist.¹⁵⁶ Wie nachfolgend aufgezeigt wird, fehlt es am Erfordernis einer günstigen Entscheidprognose, weshalb auf vorsorgliche Massnahmen sowie auf die Eröffnung eines verwaltungsrechtlichen Verfahrens mit weiteren Beweiserhebungen verzichtet wird.

B.2.2.1 Entscheidprognose

167. Die Prüfung der Entscheidprognose hat zum Gegenstand, wie ein späterer Hauptentscheid voraussichtlich ausfallen würde.¹⁵⁷ Vorliegend ist somit zu prüfen, ob es glaubhaft ist, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.

168. Die Anzeigerin macht geltend, die SFL verhalte sich unzulässig im Sinne von Art. 7 KG, indem sie ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Organisation (und Vermarktungstätigkeit) des nationalen Fussballsports mit dem Beschluss vom 29. Mai 2020 missbrauche und mit der Weiterführung der Fussballmeisterschaften über den 30. Juni 2020 eine Wettbewerbssituation schaffe, welche einzelne Super League-Klubs nach Wiederaufnahme der Meisterschaft bis zum Ende der Saison benachteilige (vgl. vorne Rz 93 f.).

B.2.2.1 Marktbeherrschende Stellung

169. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Um festzustellen, ob die SFL sich in einer marktbeherrschenden Stellung befindet, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

170. Der vorliegende Fall befasst sich mit der Organisation der nationalen Fussballmeisterschaften und betrifft *prima facie* – zumindest teilweise – dieselben Märkte wie die Vorabklärung Homologation und Sponsoring von Fussbällen.¹⁵⁸ Im damaligen Fall grenzte die WEKO einen separaten Markt für die Organisation von Fussballspielen und einen Markt für Fussbälle ab. Dabei ging sie jeweils von einem nationalen Markt als räumlich relevanten Markt aus. Die WEKO stellte fest, dass der SFV auf dem Markt für die Organisation des nationalen Fussballsports als Alleinanbieter auftritt und daher marktbeherrschend ist.¹⁵⁹

171. Innerhalb des SFV ist die SFL autonom für die Organisation des Nicht-Amateur-Fussballs zuständig, soweit ihre Autonomie nicht durch verbindliche Vorschriften und Beschlüsse des SFV eingeschränkt wird (s. vorne Rz 3 ff.). Insofern ist für den SFV und im Rahmen ihrer von diesem delegierten Befugnisse, namentlich Organisation der Super League und Challenge League-Meisterschaften, für die SFL von einer marktbeherrschenden Stellung auszugehen.

172. Die Europäische Kommission ging in einem jüngeren Entscheid in Zusammenhang mit einem Sportverband von einem etwas weiteren sachlich relevanten Markt aus und definierte einen Markt für die Organisation *und die Vermarktung* von internationalen Eisschnelllauf-Wettkämpfen.¹⁶⁰ Dieser Beurteilung lag die internationale Eislaufunion (International Skating Union – ISU) zugrunde, welche – als einziger vom Internationalen Olympischen Komitee (IOC) anerkannter Dachverband für den Eiskunstlauf und den Eisschnelllauf – Eisschnelllauf-Wettkämpfe organisiert und damit Einnahmen generiert, auch mit grossen internationalen Wettkämpfen wie den Olympischen Winterspielen oder Welt- und Europameisterschaften.

173. Der SFV und innerhalb seiner Abteilung die SFL sind neben der Organisation des nationalen Fussballsports zusätzlich für die Vermarktung desselben zuständig, insbesondere für die Vergabe der multimedialen Rechte und der Werberechte an den Spielen.¹⁶¹ Die

¹⁵⁶ Vgl. BGE 130 II 149, 160 E. 3.5 (= RPW 2004/2, 649 E. 3.5), *Sellita/ETA*.

¹⁵⁷ RPW 2003/4, 916, E. 3.2, *Cablecom GmbH / Teleclub AG, WEKO, REKO/WEF*.

¹⁵⁸ RPW 1998/4, 567 ff., *Homologation und Sponsoring von Fussbällen*.

¹⁵⁹ RPW 1998/4, 570 ff. Rz 18 ff., *Homologation und Sponsoring von Fussbällen*.

¹⁶⁰ Entscheid der Europäischen Kommission vom 8.12.2020, Case AT.40208, 30 Rz 105, *International Skating Union's Eligibility rules*.

¹⁶¹ Statuten SFV (Fn 10), Art. 45 Abs. 4 Bst. k; Statuten SFL (Fn 2), Art. 41 Abs. 1 Bst. q.

Organisation und die kommerzielle Verwertung der einzelnen Fussballmeisterschaften und Fussballspiele sind – vor allem im Bereich des Nicht-Amateur-Spielbetriebs – eng miteinander verflochten. Die Einnahmen der kommerziellen Verwertung der jeweiligen Veranstaltung decken ganz oder teilweise die Kosten für die Bereitstellung von Ressourcen für die Organisation und die Durchführung der jeweiligen Sportveranstaltung. Umgekehrt ermöglicht erst die Durchführung einer (organisierter) Veranstaltung eine entsprechende Kommerzialisierung; mithin beeinflusst die organisatorische Leistung häufig sehr stark den kommerziellen Verwertungserfolg.¹⁶² So weist dann auch die SFL in ihrer Stellungnahme vom 4. Juni 2020, S. 17 darauf hin, dass die Erträge aus der Verwertung der TV-Übertragungsrechte für viele Klubs und sie selber überlebenswichtig seien.

174. Eine endgültige Abgrenzung des Marktes sowie weitere Abklärungen sind an dieser Stelle allerdings nicht erforderlich, da unabhängig davon, ob das Element der Vermarktung ebenfalls in den sachlich relevanten Markt einfließt, von einer marktbeherrschenden Stellung des SFV / der SFL auszugehen ist.

B.2.2.1.2 Missbrauch

175. Nach Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Es kann zwischen einem sog. Behinderungsmissbrauch und einem sog. Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch unterschieden werden.¹⁶³

176. Ein Behinderungsmissbrauch liegt vor, wenn andere Unternehmen (i. d. R. aktuelle oder potenzielle Konkurrenten; in einem ersten Schritt aber auch andere Marktteilnehmer) in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich die Behinderung auf dem Markt des marktbeherrschenden Unternehmens oder auf einem vor- bzw. nachgelagerten Markt materialisiert. Der Behinderungsmissbrauch umfasst somit sämtliche Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen ausserhalb eines fairen Leistungswettbewerbs, die sich gegen (aktuelle oder potenzielle) Konkurrenten oder Handelspartner richten und diese in ihren Handlungsmöglichkeiten auf dem beherrschten oder benachbarten Markt einschränken.¹⁶⁴

177. Demgegenüber wird bei einem Benachteiligungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch die Marktgegenseite (d. h. insb. die Lieferanten oder Abnehmer des marktbeherrschenden Unternehmens) benachteiligt, indem dieser ausbeuterische Geschäftsbedingungen oder Preise aufgezwungen werden. Einen typischen Ausbeutungsmissbrauch stellt deshalb die Erzwingung von unangemessenen Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG dar. Charakteristisch für den Ausbeutungsmissbrauch ist das Streben des marktbeherrschenden Unternehmens nach ökonomischen Vorteilen durch eine Beeinträchtigung der Interessen von Handelspartnern und Verbrauchern unter Ausnutzung seiner marktbeherrschenden Stellung.¹⁶⁵

178. Die Lehre anerkennt daneben weitere Kriterien für die Beurteilung der Frage, ob ein unzulässiges Verhalten bzw. ein Missbrauch vorliegt, wie etwa die Behinderungs- oder Verdrängungsabsicht, die Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit, den Nichtleistungswettbewerb oder die normzweckorientierte Interessenabwägung.¹⁶⁶

179. Gewisse Verhaltensweisen von marktbeherrschenden Unternehmen können zugleich behindernd und benachteiligend (ausbeutend) sein; insofern ist es für die Frage des Missbrauchs grundsätzlich irrelevant, ob eine zu beurteilende Verhaltensweise dem Begriff Behinderungs- bzw. Ausbeutungsmissbrauch zugewiesen werden kann, welchem ohnehin nur heuristischer Wert zukommt. Massgebend ist aber allemal, dass die Missbräuchlichkeit (einschliesslich der Wettbewerbsschädigung) der strittigen Verhaltensweise aufgrund der Einzelfallanalyse festgestellt wird. Praktiken von marktbeherrschenden Unternehmen können zudem mehrere Tatbestandsvarianten von Art. 7 Abs. 2 KG betreffen. Dies ist sowohl der Fall, wenn eine Verhaltensweise zugleich mehrere Tatbestandsvarianten erfüllt, als auch, wenn verschiedene Verhaltensweisen je verschiedene Tatbestandsvarianten erfüllen.¹⁶⁷

180. In Art. 7 Abs. 2 KG hat der Gesetzgeber eine nicht abschliessende Liste von Verhaltensweisen aufgestellt, die das Verbot von Art. 7 Abs. 1 KG veranschaulichen bzw. konkretisieren soll. Die Tatbestände von Art. 7 Abs. 2 KG indizieren jedoch nicht per se eine unzulässige Verhaltensweise; es müssen vielmehr immer die Kriterien der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt sein, damit ein Missbrauch vorliegt.¹⁶⁸

181. Gegenstand der vorliegenden Prüfung sind allfällige missbräuchliche Verhaltensweisen der SFL im Zusammenhang mit dem Entscheid vom 29. Mai 2020, die Nicht-Amateur-Fussballmeisterschaft 2019/20 über den 30. Juni 2020 hinaus fortzuführen und zu beenden.

182. Im vorliegenden Fall rügt die Anzeigerin eine Verletzung von Art. 7 KG, verzichtet allerdings darauf, konkrete Spezialtatbestände zu bezeichnen und geltend zu machen. Vorliegend ist das Verhalten der SFL nach

¹⁶² Vgl. Entscheid der Europäischen Kommission vom 8.12.2020, Case AT.40208, 28 Rz 98 ff., *International Skating Union's Eligibility rules*; vgl. bereits früher Urteil des Gerichtshofs vom 1.7.2008 C-49/07, MO-TOE, Slg. 2008 I-04863 Rz 33.

¹⁶³ RPW 2014/4, 683 Rz 96, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*; vgl. auch BGE 139 I 72, 100 ff. E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁶⁴ BGE 139 I 72, 101 E. 10.1.1 m. w. H. (= RPW 2013/1, 130 E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁶⁵ BGE 139 I 72, 102 E. 10.1.1 m. w. H. (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; RPW 2014/4, 684 Rz 100, *Preispolitik und andere Verhaltensweisen der SDA*.

¹⁶⁶ BGE 139 I 72, E. 10.1.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*, m. w. H.

¹⁶⁷ Vgl. RPW 2016/4, 997 Rz 608, *Sport im Pay-TV*; BGE 139 I 72, E. 10.1.1 (= RPW 2013/1, 130 f. E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*, m. w. H.; Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 510 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹⁶⁸ Vgl. BGE 139 I 72, 103 E. 10.1.1 m. w. H. (= RPW 2013/1, 131 E. 10.1.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*. Gewisse Praktiken von marktbeherrschenden Unternehmen können gleichzeitig mehrere Tatbestände des Beispielkatalogs von Art. 7 Abs. 2 KG erfüllen.

Ansicht des Sekretariats – unter dem Vorbehalt vorheriger Ausführungen – unter den Spezialtatbeständen von Art. 7 Abs. 2 Bst. b (Diskriminierung von Handelspartnern) und Bst. c (Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen) KG sowie unter der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG zu prüfen.

B.2.2.1.2.1 Behinderungsmisbrauch im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG

183. Gemäss Art. 3 ihrer Statuten (vgl. vorne Rz 5) bezweckt die SFL für ihre Mitglieder die Organisation des Nicht-Amateur-Fussballs und des entsprechenden Wettspielbetriebs in der Schweiz und wahrt in diesem Zusammenhang die gemeinsamen Interessen ihrer Mitglieder, also der je zehn Vereine der Super League und der Challenge League.

184. Bereits während des COVID19-bedingten Unterbruchs der professionellen Fussballmeisterschaften liess die SFL in ihrer Funktion als Organisatorin dieser beiden Meisterschaften mehrfach verlauten, dass sie gewillt ist, die Meisterschaften 2019/20 zu Ende spielen zu lassen, vorausgesetzt die gesundheitliche Situation und die durch den Bundesrat geschaffenen Rahmenbedingungen lassen dies zu. In Erfüllung ihrer statutarischen Pflichten hat die SFL die Anliegen ihrer Mitglieder ernst genommen und den Klubs an der ausserordentlichen Generalversammlung am 29. Mai 2020 die Möglichkeit gegeben, über den weiteren Verlauf der Saison abzustimmen. Die 20 Klubs entschieden sich mit einer deutlichen Mehrheit von 17:2 Stimmen (bei einer Enthaltung) für die Weiterführung der Meisterschaften; mithin ist also ein statutenkonformer Entscheid der Generalversammlung durch die beteiligten Klubs selbst ursächlich für den Entscheid der SFL, die Meisterschaften 2019/20 weiterzuführen. Mit diesem Entscheid manifestierten die Klubs nicht zuletzt ihr gemeinsames Interesse, die Saison innerhalb der gegebenen Verhältnisse und sogar unter den erschwerten Bedingungen zu beenden, welche zwangsläufig durch die Mehrbelastung innerhalb der kurzen zur Verfügung stehenden Zeit auf sie zukommen würde. Die Mehrheit der Klubs hat jeweils für sich entschieden, dass die Weitführung der Saison in dieser Situation für sie – sei es aus sportlichen oder wirtschaftlichen Gründen – die bessere Lösung ist. Dass die SFL umgekehrt die individuellen Interessen des FC Sion und des FC Xamax an einem Saisonabbruch deshalb nicht berücksichtigen konnte, ist nicht zu beanstanden, schliesst aber per se einen allfälligen Missbrauch nicht aus.

185. Trotzdem sind keine Anzeichen ersichtlich und es wird darüber hinaus auch nicht glaubhaft dargebracht, inwiefern dieser Entscheid geeignet sein sollte, einzelne Klubs in der Ausübung des wirksamen Wettbewerbs zu behindern. Die Ausführungen der OLA, wonach sich die SFL ihrer besonderen Verantwortung an der Sicherstellung von fairen Wettbewerbsbedingungen nicht bewusst sei und bereits dadurch missbräuchlich handle, dass sie die Meisterschaften wiederaufnahme und weit über den 30. Juni 2020 hinaus laufen lasse¹⁶⁹, vermögen nicht zu überzeugen, insbesondere auch deshalb nicht, da sich die vorgebrachten Änderungen der Wettbewerbsparameter nicht in dem Masse einschneidend auf die einzel-

nen Klubs auswirken, wie es durch die Anzeigerin versucht wird glaubhaft darzustellen (vgl. Rz 197).

186. Darüber hinaus verhält sich die Anzeigerin bis zu einem gewissen Grad inkonsistent, macht sie doch deutlich, dass sie die Weiterführung des Helvetia Cups, an dem der FC Sion noch beteiligt ist und Chancen auf den Gewinn des Pokals hat, befürwortet. Die Anzeigerin führt aus, die Wettbewerbsnachteile würden sich bekanntlich bei den Cupwettbewerben nicht stellen, da der Spielerkader im Cupwettbewerb nicht derart beansprucht werde wie durch die Wiederaufnahme der Meisterschaften.¹⁷⁰ Demgegenüber hält die OLA in ihrer ersten Eingabe dem widersprechend fest, die Grösse des Spielerkaders sage allein nichts über seine wahre Stärke aus. Der Grad des Wettbewerbsnachteils bemesse sich vielmehr nach der Anzahl Teamstützen, welche nach dem 30. Juni 2020 den Verein verlassen würden.¹⁷¹

187. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern das Fehlen dieser Teamstützen in den Cup-Spielen im Vergleich zur Meisterschaft vorliegend anders ins Gewicht fallen sollte. Gerade im Hinblick darauf, dass der Pokalwettbewerb für den FC Sion die einzige Möglichkeit ist, diese Saison einen Titel zu gewinnen und sich nächstes Jahr für den Europäischen Fussball zu qualifizieren, ist vielmehr zu erwarten, dass sämtliche verfügbaren Leistungsträger in den Pokalspielen eingesetzt werden. Stünden sie also nach dem 30. Juni 2020 nicht mehr zur Verfügung, dürfte sich ihr potenzielles Fehlen gleichartig auf die Meisterschaft und den Pokal auswirken, womit in dieser Hinsicht kein nachvollziehbarer Grund besteht, wieso der FC Sion zwar an den Cupspielen teilnehmen möchte, nicht aber die Meisterschaft beenden möchte.

188. Überhaupt dürfte bei dieser Sachlage ein Behinderungsmisbrauch im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG bereits mangels Wettbewerbsverhältnis zwischen der SFL und den einzelnen Klubs ausser Betracht fallen. Die SFL tritt mit diesem Entscheid als statutarisch berechnete und originär zuständige Organisatorin der Fussballmeisterschaften auf. Als solche steht sie nicht in einem aktuellen oder potenziellen Wettbewerbsverhältnis zu den Fussballklubs.

B.2.2.1.2.2 Diskriminierung von Handelspartnern

189. Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG hält fest, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen unzulässig verhält, wenn es Handelspartner bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen diskriminiert. Gemäss dieser Bestimmung sind marktbeherrschende Unternehmen an das Gleichbehandlungsgebot gebunden. Eine Diskriminierung kann daher einerseits bei der Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte, aber auch bei der Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte gegeben sein. Keine Diskriminierung liegt vor, wenn die Verhaltensweise des marktbeherrschenden Unternehmens auf sachlichen Gründen basiert (*legitimate business reasons*).¹⁷²

¹⁶⁹ Anzeige OLA vom 29.5.2020, S. 12.

¹⁷⁰ Replik SFL vom 8.6.2020, S. 15.

¹⁷¹ Vgl. Anzeige OLA vom 29.5.2020, S. 3 ff.

¹⁷² Zum Ganzen: RPW 2011/1, 178 Rz 484, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, m. w. H.

190. Die Tatbestandsvariante von Art. 7 Abs. 2 Bst. b i. V. m. Art. 7 Abs. 1 KG ist erfüllt, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen gegeben sind:¹⁷³

- Es liegt eine Verhaltensweise vor, die zu einer Ungleichbehandlung führt;
- die Ungleichbehandlung betrifft einen Handelspartner;
- durch die Verhaltensweise werden andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt;
- die durch die Verhaltensweise bewirkte Ungleichbehandlung ist nicht sachlich gerechtfertigt (keine *legitimate business reasons*).

191. Da es sich bei Art. 7 KG gemäss bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung um ein Gefährdungsdelikt handelt, genügt es bereits, wenn das Verhalten geeignet ist, den wirksamen Wettbewerb zu behindern, ohne dass bereits Wirkungen auf dem Markt eingetreten sind.¹⁷⁴

a) Ungleichbehandlung

192. Im vorliegenden Fall ist zu prüfen, ob überhaupt eine Verhaltensweise der SFL vorliegt, die zu einer Ungleichbehandlung der verschiedenen Klubs führt.

193. Eine Ungleichbehandlung im Sinne des Tatbestands liegt sowohl bei einer Ungleichbehandlung gleichartiger Sachverhalte (= direkte Diskriminierung) als auch bei einer Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte (= indirekte Diskriminierung) vor. Diskriminierungsgegenstand sind entweder die Preis- oder die Geschäftsbedingungen, wobei der Begriff «sonstige Geschäftsbedingungen» weit auszulegen ist.¹⁷⁵ Das Diskriminierungsverbot von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG führt dazu, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen alle potenziellen Handelspartner in sachlich vergleichbarer Lage grundsätzlich gleich behandeln muss.¹⁷⁶

194. Der Entscheid der SFL, die professionellen Meisterschaften 2019/20 weiterzuführen und erst nach dem ordentlichen Saisonende vom 30. Juni 2020 zu beenden, betrifft alle Klubs aus der Super League und aus der Challenge League gleichermaßen. Sämtliche Klubs haben bis zum 2. August 2020 die noch ausstehenden 13 Spiele innerhalb ihrer Ligastufe zu absolvieren, was für alle Klubs in dieser Zeit mehrere englische Wochen zur Folge hat. Auch hinsichtlich der temporären Anpassungen in den Reglementen (vgl. vorne Rz 31) behandelt die SFL alle ihre Mitglieder gleich, womit eine Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte resp. eine direkte Diskriminierung von vornherein ausser Betracht fällt.

195. Hinsichtlich einer allfälligen indirekten Diskriminierung gilt es festzuhalten, dass grundsätzlich gleichartige Situationen für sämtliche Fussballklubs vorliegen, wenngleich der Entscheid der Verlängerung der Meisterschaften über den 30. Juni 2020 hinaus und das damit einhergehende Mammutprogramm für einzelne Klubs eine grössere Herausforderung darstellen kann als für andere. Das liegt allerdings nicht zuletzt in der Natur der Sache: So besitzen die finanzkräftigeren Grossklubs bereits während einer Saison Möglichkeiten hinsichtlich

Kaderqualität und Kaderdichte, die kleineren Klubs nicht zur Verfügung stehen. Grössere Klubs können häufig einfacher auf Verletzungen einzelner Spieler oder auf eine auftretende Formschwäche eines Spielers reagieren. Sie können bei Bedarf gezielt Spieler schonen und für gleichwertigen Ersatz sorgen. Demgegenüber haben die grösseren Klubs in der Regel auch ein grösseres Programm, das es zu bewältigen gilt. So ist der FC Basel, notabene zusammen mit dem BSC Young Boys die finanzkräftigsten Klubs der Schweiz, in dieser Saison noch im Achtelfinale der UEFA Euro League vertreten und hat dort bis resp. nach Saisonende in der Schweiz zusätzliche Spiele zu absolvieren.

196. Die OLA macht geltend, dass durch den Entscheid der SFL die Wettbewerbsparameter zum Nachteil der kleineren Klubs verändert würden. Dadurch, dass am 30. Juni 2020 die Verträge diverser Spieler auslaufen würden, sei es für sie noch schwieriger, sich im Wettbewerb zu behaupten. Der FC Sion beklagt ihrerseits auslaufende Verträge von acht Spielern (vgl. vorne Rz 59 für den FC Sion und Rz 95 für die allg. Rüge).

197. Der Umstand, dass Verträge von Spielern am 30. Juni 2020 auslaufen, bedeutet indes nicht, dass diese nicht bis zur Beendigung der Meisterschaften 2019/20 verlängert werden können. Die OLA legt während des Verfahrens nicht dar, dass entsprechende Verhandlungen mit den betroffenen Spielern diesbezüglich gescheitert sind und die Verlängerung der Verträge damit unmöglich ist.¹⁷⁷ Zahlreiche Klubs haben von der Möglichkeit Gebrauch gemacht und die Verträge mit ihren Spielern bis zum Saisonende verlängert. Diese Möglichkeit erlaubt es den Vereinen, die Saison mit dem Kader zu beenden, wie sie begonnen wurde.

198. Darüber hinaus ist dem FC Sion vorzuhalten, dass dieser seinen Kader während der Unterbrechung der Meisterschaft durch die vorgenommenen Spielerentlassungen (vgl. vorne Rz 39) selber verkleinert hat. Soweit die Situation nach dem 30. Juni 2020 die vier entlassenen Spieler betrifft, ist der FC Sion für die Lage selber verantwortlich und hat die entsprechenden Folgen zu tragen.

b) Fazit

199. Nach dem Gesagten fehlt es vorliegend bereits am Element der Ungleichbehandlung, welche durch die Anzeigerin nicht glaubhaft dargelegt wurde. Folglich müssen die weiteren Tatbestandselemente nicht geprüft

¹⁷³ Vgl. RPW 2014/1, 125 Rz 113, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz* mit Verweis auf RPW 2012/3, 467 f. Rz 73 f., *Erdgas Zentralschweiz AG*; RPW 2011/1, 178 Rz 485, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

¹⁷⁴ Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018 E. 1198 ff., *Sanktionsverfügung – DCC*.

¹⁷⁵ Vgl. BGE 139 I 72, 106 E. 10.2.3 m. w. H. (= RPW 2013/1, 132 E. 10.2.3), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁷⁶ RPW 2014/1, 125 Rz 115, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*.

¹⁷⁷ So hat beispielsweise der unumstrittene Leistungsträger Pajtim Kasami bereits früh – und sogar nach dem Intermezzo hinsichtlich der zwischenzeitlich fristlosen Entlassung – verkündet, er könne sich vorstellen, den Vertrag mit dem FC Sion zu verlängern. Der Ball liege beim Klub (vgl. Rz 59).

werde. Doch selbst wenn eine Ungleichbehandlung bejaht würde, hat die SFL zusätzliche Bemühungen unternommen, um die Schwierigkeiten, welche ein solcher Entscheid für die betroffenen Klubs zwangsläufig mit sich bringt, für sämtliche Klubs zu mildern. Diesbezüglich sei auf die Ausführungen zu den sachlichen Rechtfertigungsgründen ab Rz 214 verwiesen.

B.2.2.1.2.3 Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen

200. Gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG fällt eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens bei einer Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen in Betracht.

201. Praxis und Lehre sehen bei Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG als Tatbestandselemente den Preis und sonstige Geschäftsbedingungen, die Erzwingung sowie die Unangemessenheit vor. Der Wortlaut von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG zielt auf den Preis bzw. auf sonstige Geschäftsbedingungen ab, wobei die Trennlinie zwischen Preis und sonstigen Geschäftsbedingungen nicht scharf ist.¹⁷⁸

202. Dem Element des Erzwingens unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen – dem eigentlichen Verhaltensselement in Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG – kommt gemäss Bundesgericht eine eigenständige Bedeutung zu. Dabei muss für das Vorliegen eines «Erzwingens» im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG zumindest auf die Marktgegenseite ökonomischer Druck ausgeübt werden, der sich auf die Marktbeherrschung stützt und welchem sie nichts entgegenzusetzen hat bzw. welchem sie nicht ausweichen kann.¹⁷⁹

203. Wie bereits vorne unter Rz 159 ff. festgehalten, könnte bereits gefragt werden, ob der Entscheid der SFL vom 29. Mai 2020 tatsächlich kausal für die geltend gemachten Wettbewerbsbeschränkungen ist, und wenn doch, ob die Anzeigerin diesen Kausalzusammenhang selbstverschuldet nicht wieder unterbrochen hat? Aber selbst bei gegebener Kausalität fehlt es an einer unzulässigen Verhaltensweise seitens der SFL.

204. Es ist *prima facie* nicht ersichtlich und wird darüber hinaus auch nicht glaubhaft dargelegt, inwiefern die SFL mit ihrem Entscheid vom 29. Mai 2020 unangemessene Preise oder sonstige unangemessene Geschäftsbedingungen erzwingt. Es stellt sich dabei bereits grundsätzlich die Frage, inwiefern die SFL bei dieser Konstellation etwas erzwingen kann. Mit ihrem Entscheid vom 29. Mai 2020 setzt die SFL einen statutenkonform zustande gekommenen Mehrheitsentscheid ihrer Mitglieder um, wozu sie durch Vereinsrecht verpflichtet ist. Die überwiegende Mehrheit der Klubs hat für sich entschieden, dass die Weiterführung der Meisterschaften in ihrem Interesse liegt (vgl. dazu bereits vorne Rz 150). Dabei hatte jeder Klub, wie der Präsident eines der in dieser Abstimmung unterliegenden Klubs verlauten liess, Gelegenheit, seinen Standpunkt darzulegen (vgl. vorne Rz 69).

205. Soweit die OLA geltend macht, die im Komitee der SFL vertretenen Klubs seien in ihrer Stimmabgabe möglicherweise nicht frei gewesen¹⁸⁰, stellt sie lediglich Mutmassungen in den Raum, welche anschliessend nicht

belegt werden (vgl. dazu bereits vorne Rz 155 Fn 152). Dieser Mutmassung steht dann auch das Stimmverhalten des FC Xamax entgegen, dessen im Komitee Vertreterer Präsident neben dem FC Sion als einziger gegen die Wiederaufnahme der Meisterschaften gestimmt hat.

206. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die SFL ihren Mitgliedern die Möglichkeit gewährt hat, bezüglich des weiteren Vorgehens der Meisterschaften 2019/20 Stellung zu nehmen und im Lichte ihrer sportlichen und wirtschaftlichen Interessen am 29. Mai 2020 eine (freie) Stimme für oder gegen die Weiterführung der Meisterschaften abzugeben. Damit ist die SFL ihren statutarisch auferlegten Pflichten nachgekommen. Inwiefern sie dabei etwas erzwingt, ist im Rahmen der vorliegenden (summarischen) Prüfung nicht ersichtlich (s. vorne Rz 155 und Fn 152). Doch selbst wenn man davon ausgehen würde, dass die SFL im Sinne des Gesetzes etwas erzwingt, erübrigt es sich, die weiteren Tatbestandsmerkmale von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG zu prüfen, da das Verhalten der SFL und ihr Beschluss vom 29. Mai 2020 durch die nachfolgend dargestellten *legitimate business reasons* gerechtfertigt werden.

B.2.2.1.3 Legitimate business reasons

207. Selbst wenn eine missbräuchliche Verhaltensweise seitens der SFL im Rahmen der durchgeführten Prüfung der *prima facie* einschlägigen Tatbestände von Art. 7 KG bejaht werden würde, so müsste im Anschluss noch geprüft werden, ob keine sachlichen Rechtfertigungsgründe («*legitimate business reasons*») vorliegen.

208. Als sachliche Rechtfertigungsgründe kommen zunächst betriebswirtschaftliche Gründe («kaufmännische Grundsätze») in Frage. Solche sind gegeben, wenn die Verhaltensweise objektiv notwendig ist. Zulässiges Verhalten ist etwa dann anzunehmen, wenn sich das marktbeherrschende Unternehmen nicht anders verhält, als es auch ein Unternehmen ohne gesteigerten Markteinfluss in der gleichen Situation tun würde. Als sachliche Gründe kommen weiter auch Effizienzgründe in Frage.¹⁸¹

209. Ferner kommt eine sachliche Rechtfertigung nur dann in Frage, wenn der Grundsatz der Verhältnismässigkeit eingehalten wird. Dies bedeutet namentlich, dass keine alternative Verhaltensweise zur Verfügung stand, welche sich weniger wettbewerbsverfälschend ausgewirkt hätte («Gebot der Unerlässlichkeit»)¹⁸².

210. Ist der Sportsektor betroffen, stellt sich regelmässig die Frage, ob rein betriebswirtschaftliche Gründe den Besonderheiten des Sports genügend Rechnung tragen. Beim Marktverhalten der Sportverbände dürfte regelmässig auch der sportliche Wettbewerb zu berücksichtigen sein, da der sportliche Erfolg den wirtschaftlichen

¹⁷⁸ RPW 2016/1, 186 Rz 393, *Swisscom WAN-Anbindung*.

¹⁷⁹ RPW 2016/4, 1017 Rz 786, *Sport im Pay-TV* mit Verweis auf BGE 137 II 199, 211 E. 4.3.4 f. (= RPW 2011/3, 446 E. 4.3.4 f.), *Terminierungspreise im Mobilfunk*; dazu allgemein: DIKE KG-STÄUBLE/SCHRANER (Fn 125), Art. 7 N 370 m. H.

¹⁸⁰ Replik OLA vom 8.6.2020, S. 3 f.

¹⁸¹ RPW 2011/1, 165 Rz 409 m. w. H., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

¹⁸² RPW 2011/1, 165 Rz 409 m. w. H., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

Erfolg massgeblich beeinflusst.¹⁸³ Eine weitere Besonderheit liegt darin, dass die Teilnehmer im Rahmen des sportlichen Wettbewerbs seltener ein Interesse daran haben dürften, die übrigen Wettbewerber vom Markt zu verdrängen, resp. zu ihren Lasten einen wirtschaftlichen Erfolg zu erzielen. Die Sportmärkte leben vom kompetitiven Element und dementsprechend besitzen die einzelnen Teilnehmer ein Interesse daran, sich mit ähnlich leistungsfähigen Konkurrenten zu messen, da sich nur in diesem Fall eine attraktive Meisterschaft durchführen lässt.¹⁸⁴

211. So ist nach einem Teil der Lehre mittlerweile anerkannt, dass auch «sportnotwendige» Gründe das Vorgehen eines Verbandes rechtfertigen können.¹⁸⁵ Dem Entscheid der SFL, die Meisterschaften nicht abzubrechen und sämtliche Spiele auszutragen, liegen dann auch solche Gründe zugrunde: So liegt die Raison d'Être der SFL in der Organisation der beiden Meisterschaften Super League und Challenge League. Ohne Beendigung der Saison und der Durchführung sämtlicher Spiele hätte die Super League am grünen Tisch entschieden werden müssen. Der Meister, die Qualifikanten für die europäischen Klubwettbewerbe und der/die Absteiger hätten auf Basis einer unvollständigen Rangliste – sei es die Rangliste vom 23. Spieltag oder die Rangliste nach der Hinrunde – bestimmt werden müssen. Eine weitere Alternative hätte darin bestanden, die Meisterschaften nicht zu zählen, keinen Meister zu küren und keinen Absteiger zu bestimmen, was dann jedoch ein verlorenes Fussballjahr für sämtliche Beteiligten bedeutet hätte. Zudem müssten auch bei dieser Variante die Teilnehmer für die europäischen Klubwettbewerbe der nächsten Saison bestimmt werden, was wiederum zu offenen Fragen und kontroversen Diskussionen geführt hätte. Gleiches gilt in Bezug auf Meister, Aufsteiger und Absteiger für die Challenge League. In dem Sinne bildet das Anliegen, die professionellen Meisterschaften auf sportlichem Weg zu beenden, ein sportnotwendiger Grund.

212. Mit der Weiterführung der Meisterschaften besitzt die SFL die Möglichkeit, ihre vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der CT Cinetrade AG zu erfüllen, welche die TV-Übertragungsrechte erworben hat. Die CT Cinetrade AG hat bereits zum Ausdruck gebracht, dass im Falle eines Abbruchs der Saison die Zahlungen eingestellt würden bzw. die bereits bezahlten Ratenzahlungen mit zukünftigen Zahlungen zu verrechnen. Die Einkünfte aus den TV-Verträgen stellen für zahlreiche Klubs (die Klubs der Challenge League und die finanzschwächeren Klubs der Super League) und für die SFL selbst wichtige und einkalkulierte Einnahmen dar. Der Verlust dieser Einnahmequelle würde für viele Beteiligte einen sehr grossen finanziellen Schaden bedeuten. Die negativen Auswirkungen wären umso stärker, da die einzelnen Klubs bereits während des COVID19-bedingten Unterbruchs finanzielle Einbussen erleiden mussten. Für zahlreiche Klubs hätte der Entscheid, die Saison abzubrechen, zu existenzbedrohenden Konsequenzen geführt (vgl. vorne Rz 69).

213. Die von der SFL für sich und für ihre Mitglieder geltend gemachten Verpflichtungen resp. der Beweggrund, existenzbedrohende Einbussen zu vermeiden,

sind legitim und als zulässige *legitimate business reasons* zu qualifizieren.

214. Schliesslich erfüllt die Massnahme der SFL auch das Kriterium der Verhältnismässigkeit (vgl. vorne Rz 209). Der SFL standen nach dem Unterbruch der professionellen Meisterschaften auf der grundlegenden Ebene nur zwei Alternativen zur Verfügung, entweder die Meisterschaften abzubrechen oder die Fortsetzung zu beschliessen, welche dann aber zwangsläufig über den 30. Juni 2020 hinaus dauert. Das Abschliessen der Meisterschaften 2019/20 innerhalb des ordentlichen Saisonrahmens wäre indes nicht möglich gewesen. Die weitere Verschiebung der Meisterschaften bis zur Lösung etwaiger Probleme besteht – wie gezeigt – zwar in der Theorie, ist aber nicht praktikabel (s. vorne Rz 147). Sodann haben 17 von 20 SFL-Klubs den Abbruch der Meisterschaften abgelehnt. Nur die Weiterführung der Meisterschaften erschien der Grossmehrheit der SFL-Klubs geeignet, obgenannte Ziele zu erreichen.

215. Im Zusammenhang mit der Verhältnismässigkeit gilt es zusätzlich zu berücksichtigen, dass die SFL im Rahmen ihrer Möglichkeiten Massnahmen ergriffen hat, um den von den Klubs geltend gemachten Wettbewerbsnachteilen abschwächend zu begegnen.

216. So hat die SFL in Einklang mit den Empfehlungen der FIFA (FIFA-Richtlinie COVID-19) die Voraussetzungen und Anreize geschaffen, um die Verträge mit den Leihspielern auf nationaler Ebene ab dem 30. Juni 2020 bis zum neu terminierten Saisonende unkompliziert verlängern zu können (vgl. ausführlich vorne Rz 43 und 51). Damit wurde die Leihspielerproblematik, [...] von der SFL aufgegriffen und gelöst. Entsprechend stand die Leihspielerproblematik ab diesem Zeitpunkt nicht mehr im Fokus der weiteren Eingaben der OLA. In ihrer Anzeige vom 29. Mai 2020 hält sie sogar fest, dass die Leihspieler bei den benachteiligten Klubs sowieso nur eine untergeordnete Rolle spielen würden und die Regelung folglich keine Linderung bringe.¹⁸⁶

217. Weiter besteht für die Vereine die Möglichkeit, die per 30. Juni 2020 auslaufenden Verträge ihrer Spieler bis zum Saisonende zu verlängern. Die Spieler bleiben in dieser Zeit für ihren ursprünglichen Klub qualifiziert und müssen hinsichtlich der Vertragsverlängerung nicht neu qualifiziert werden. Hingegen nicht möglich ist in dieser Zeit die Qualifikation von neu transferierten Spielern, es sei denn, sie fallen unter die Härtefallregelung des Reglements (vgl. vorne Rz 51). Damit hat die SFL

¹⁸³ DANIEL GRÄTZ, Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung durch Sportverbände, Eine rechtsvergleichende Untersuchung des europäischen, deutschen und schweizerischen Missbrauchsverbots, Tübingen 2009, 262.

¹⁸⁴ Vgl. MARCEL DIETRICH, Sportregeln und Kartellrecht, Zum Entscheid des Handelsgerichts des Kantons Aargau vom 19. Oktober 2004, in: *causa sport* 3/4/2004, 249–261, 252 m. w. H.

¹⁸⁵ Vgl. PETER PHILIP, Kartellrecht und Sport, in: *Jusletter* vom 11.6.2005, N 19–22; GRÄTZ (Fn 183), 261.

¹⁸⁶ Anzeige OLA vom 29.5.2020, S. 5 f.

Voraussetzungen geschaffen, um den ursprünglichen Spielerkader der Klubs beibehalten zu können. Entspricht dieser nämlich nach dem 30. Juni 2020 mehrheitlich noch dem Kader vor dem Saisonunterbruch, unterscheiden sich die Wettbewerbsvoraussetzungen in einem deutlichen geringeren Masse, als wenn den Klubs die Möglichkeiten gegeben worden wäre, sich für das Saisonende zusätzlich auszurüsten.

218. Schliesslich hat die SFL auch im Bereich der Sportregeln hinsichtlich der Mehrbelastung Anpassungen vorgenommen. Die Möglichkeit der Wechsel pro Spiel wurde von 3 auf 5 erhöht, was den Klubs gezielt die Möglichkeit gibt, ihre wichtigen Kräfte zu schonen.

219. Abschliessend ist festzuhalten, dass vorliegend für den Entscheid der SFL, die beiden professionellen Meisterschaften 2019/20 weiterzuführen und zu beenden, sowohl klassisch wirtschaftliche resp. kaufmännische

Rechtfertigungsgründe als auch sportnotwendige Gründe vorliegen. Selbst wenn also im Rahmen von Art. 7 KG ein missbräuchliches Verhalten vorliegen würde, wäre dieses durch *legitimate business reasons* gerechtfertigt.

C Fazit

220. Mangels günstiger Entscheidprognose kann auf die Prüfung der weiteren Kriterien zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen verzichtet werden. Folglich sind vorliegend keine verwaltungsrechtlichen vorsorglichen Massnahmen zum Schutz des wirksamen Wettbewerbs zu erlassen.

221. Da keine missbräuchliche Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens glaubhaft ist bzw. keine Anhaltspunkte für eine solche bestehen, verzichtet das Sekretariat auf die Eröffnung eines Verfahrens gemäss Art. 26 ff. KG.

B 1	4. Beratungen Conseils Consulenze
B 1.4	1. Verkauf [eines Unternehmensteils]

Beurteilung betreffend Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 1 KG¹ im Rahmen einer Beratung nach Art. 23 Abs. 2 KG.

I. Sachverhalt

1. Die [A AG], mit Sitz [in der Schweiz], ist eine Gruppengesellschaft des [A] Konzerns. Die [A AG] beabsichtigt, die von ihr betriebene Niederlassung [X] im Rahmen eines Asset Deals an die [...] [B] Gruppe zu verkaufen.

2. Die [A AG] weist zwei gesonderte Geschäftsbereiche auf: Einerseits agiert sie als Schweizer Import- und Vertriebsgesellschaft für Fahrzeuge und Ersatzteile der Marken [...] und betreibt mit der Sparte [...] Leasing auch in gewissem Rahmen Finanzierungsgeschäfte. Bei diesem Geschäftsbereich handelt es sich um die «National Sales Company» (nachfolgend: NSC). Die NSC betreibt den Import und den Vertrieb der genannten Fahrzeuge und Ersatzteile an die Mitglieder des schweizweiten Vertriebs- und Servicenetzes von eigenständigen [...] Vertragshändlern und Servicepartnern.

3. Andererseits betreibt die A AG in [X] die Niederlassung [X] (nachfolgend: Niederlassung [X]). Die Niederlassung [X] ist [...] von der [A] Group eigenständig betriebene Verkaufs- und Servicestützpunkt in der Schweiz.² Das Tätigkeitsfeld der Niederlassung [X] umfasst den Vertrieb von Neufahrzeugen der Marken [...], den Handel mit Gebrauchtfahrzeugen und Aftersales-Produkten, Teilen und Zubehör sowie Serviceleistungen in den Bereichen Werkstatt, Karosserie und Lackiererei. Die Niederlassung [X] tritt als Verkaufs- und Servicestützpunkt für Einzelkunden sowie für Gross- und Firmenkunden auf dem Markt auf. Zudem erbringt sie auch Verkaufs- und Serviceleistungen für die NSC. Darunter fallen beispielsweise Reparaturen und Ersatzteilverkäufe für Dienst- und Repräsentationsfahrzeuge der NSC sowie für durch die NSC importierte Fahrzeuge, welche vor dem Vertrieb in der Schweiz umgerüstet werden müssen.

4. Die [B] Gruppe ist [...].

5. Die A AG führt derzeit Verhandlungen mit der [B] Gruppe über den Verkauf der Niederlassung [X]. Im Rahmen der Transaktion soll der gesamte Geschäftsbereich Niederlassung [X] mittels Asset Deal auf eine Gesellschaft der [B] Gruppe übertragen werden. Zu den zu übertragenden Vermögenswerten gehören [...]. Der gesamte Geschäftsbereich NSC verbleibt hingegen bei der A AG. Nach dem Vollzug der Transaktion soll die Niederlassung [X] unter alleiniger Kontrolle der [B] Gruppe als eigenständiger [...] Vertragshändler tätig sein.

6. Sie ersuchen das Sekretariat, im Rahmen der vorliegenden Beratung zu bestätigen, dass die geplante Transaktion nicht der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1 KG untersteht.

II. Beurteilung

1. Unternehmenszusammenschluss

7. Als Unternehmenszusammenschluss gilt unter anderem der Erwerb der Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen oder Teile von einem solchen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG). Vorliegend plant die [B] Gruppe die alleinige Kontrolle über die Niederlassung [X] zu erlangen. Fraglich ist, ob es sich hierbei um einen Unternehmensteil im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG handelt.

8. Gemäss der Praxis der Wettbewerbskommission ist für eine Qualifikation als Unternehmensteil vorausgesetzt, dass der Geschäftsbereich eine eigene Marktpräsenz hat, dem ein Marktumsatz zugewiesen werden kann.³ Nach Ihren Angaben verfügt die Niederlassung [X] über eine eigene Marktpräsenz, was auf deren Website erkennbar sei⁴, und kann ihr ein eigenständiger Marktumsatz zugewiesen werden (siehe unten, Rz 12). Folglich ist davon auszugehen, dass es sich bei der Niederlassung [X] um einen Unternehmensteil handelt und der Erwerb der Kontrolle durch die [B] Gruppe über diesen Unternehmensteil als Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG zu qualifizieren ist.

2. Meldepflicht

a. Beteiligte Unternehmen

9. Zusammenschlussvorhaben sind der Wettbewerbskommission zu melden, wenn die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die umsatzmässigen Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 KG erreichen. Das heisst wenn die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Mia. Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Mio.

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

² Die Niederlassung [X] wird organisatorisch bzw. wirtschaftlich nicht selbständig geführt und ist entsprechend keine im Handelsregister eingetragene Zweigniederlassung der A AG im Sinne von Art. 641 OR. Die Bezeichnung als «Niederlassung» bezieht sich nicht auf die Organisationsform im rechtlichen Sinne, sondern auf deren Funktion als Verkaufs- und Servicestützpunkt.

³ Vgl. etwa RPW 2014/3, 512, *LGTBank (Switzerland) Ltd./Unternehmensteil HSBC Private Bank (Suisse) SA*, Rz 14, Fn 2.

⁴ Webseite der Niederlassung [X].

10. Als beteiligte Unternehmen gelten im Falle des Kontrollerwerbs das Unternehmen, welches die Kontrolle erwirbt, und das zu kontrollierende Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU⁵).⁶ Sofern nur ein Teil eines Unternehmens Gegenstand eines Zusammenschlusses ist, so gilt dieser Teil als beteiligtes Unternehmen (Art. 3 Abs. 2 VKU). Folglich sind beim Kontrollerwerb nur das zu verkaufende Unternehmen bzw. der zu verkaufende Unternehmensteil einerseits und die Käuferin andererseits je ein «beteiligtes Unternehmen».⁷

11. Vorliegend sind demnach die [B] Gruppe, als das die Kontrolle erwerbende Unternehmen, und die Niederlassung [X], als das zu kontrollierende Unternehmen, beteiligte Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 3 Abs. 2 VKU. Keine beteiligten Unternehmen sind demgegenüber die bei der A AG verbleibende NSC sowie die weiteren Gruppengesellschaften der [A] Group.

b. Relevante Umsätze

12. Für die Berechnung der relevanten Umsätze sind die Erlöse, welche die beteiligten Unternehmen während des letzten Geschäftsjahres mit Waren und Leistungen in ihrem normalen geschäftlichen Tätigkeitsbereich erzielt haben, massgebend (Art. 4 Abs. 1 VKU).⁸ Da vorliegend die Verkäuferin und die konzernmässig mit ihr verbundenen Mutter-, Tochter-, Schwester- und Gemeinschaftsunternehmen keine beteiligten Unternehmen sind (siehe oben, Rz 11), sind deren Umsätze nicht zu berücksichtigen.⁹ Folglich sind nur die Umsätze der zu verkaufenden Niederlassung [X] und der kaufenden [B] Gruppe relevant.

13. Nach Art. 4 Abs. 1 VKU wird auf die Umsätze aus dem normalen geschäftlichen Tätigkeitsbereich der beteiligten Unternehmen abgestellt. In diesem Zusammenhang stellt sich vorliegend die Frage, ob Umsätze eines zu verkaufenden Unternehmensteils aus Geschäften mit dem Schwesterunternehmen als Umsätze aus dem normalen geschäftlichen Tätigkeitsbereich zu betrachten sind. Für den Fall, dass der zu verkaufende Unternehmensteil bisher nur konzerninterne Umsätze erzielt hat, sind diese Umsätze gemäss der Praxis der Europäischen Kommission und der Schweizer Lehre zu berücksichtigen und nötigenfalls auf ein marktübliches Niveau zu korrigieren.¹⁰ Nach Auffassung des Sekretariats gilt dies auch in jenen Fällen, in denen der zu verkaufende Unternehmensteil zwar nicht ausschliesslich, aber auch konzerninterne Umsätze erzielt hat. Diese bisherigen konzerninternen Umsätze des zu verkaufenden Unternehmensteils sind zu berücksichtigen und nötigenfalls auf ein marktübliches Niveau zu korrigieren. PRÜMMER vertritt offenbar die Meinung, dass Umsätze des Zielunternehmens mit dem restlichen Konzern auf der Verkäuferseite als konzernintern im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VKU gelten.¹¹ Nach Auffassung des Sekretariats kann dies allerdings in Fällen wie dem vorliegenden nicht zutreffen, in denen die Verkäuferin und die bei ihr verbleibenden Konzerngesellschaften keine beteiligten Unternehmen sind und deren Umsätze für die Berechnung der Schwellenwerte gestützt auf Art. 5 Abs. 1 VKU folglich nicht herangezogen werden (siehe oben, Rz 11 und 12). Denn in diesen Fällen kommt es somit nicht zu einer Doppelzählung von Umsätzen aus geschäftlicher Tätig-

keit, um deren Vermeidung es bei Art. 5 Abs. 2 VKU geht.

14. Mit anderen Worten kommt Art. 5 Abs. 2 VKU, wonach die Umsätze aus Geschäften mit konzerninternen Unternehmen nicht zu berücksichtigen sind, nur, aber immerhin, dann zur Anwendung, wenn es sich um Umsätze handelt, die dem beteiligten Unternehmen nach Art. 5 Abs. 1 VKU zuzurechnen sind.¹² Der Zweck von Art. 5 Abs. 2 VKU liegt darin, dem tatsächlichen wirtschaftlichen Gewicht der beteiligten Unternehmen auf dem Markt Rechnung zu tragen.¹³ Im Fall eines über mehrere Wertschöpfungsketten hinweg tätigen Konzerns sollen so Doppelzählungen vermieden werden.¹⁴

15. Nach Ihren Angaben weist die Niederlassung [X] für das Jahr 2019 einen Betriebsertrag von CHF [95-105] Mio. aus. Dieser Betriebsertrag basiere auf einer Addition der Umsätze der einzelnen Abteilungen innerhalb der Niederlassung [X] (z.B. Aftersales, Vertrieb Gebrauchtfahrzeuge, Vertrieb Neufahrzeuge etc.) und enthalte auch die nachfolgenden innerhalb der A AG erzielten Umsätze im Umfang von rund CHF [1-10] Mio.:

- (i) Interne Umsätze **zwischen verschiedenen Abteilungen der Niederlassung [X]** im Umfang von rund CHF [1-10] Mio. Darunter würden bspw. Leistungen fallen, welche die Abteilung Aftersales für die Abteilungen Gebrauchtfahrzeug-, Neufahrzeug-, [...]sparte erbringe und verrechne.
- (ii) Interne Umsätze zwischen den beiden Geschäftsbereichen **Niederlassung [X] und NSC** im Umfang von rund CHF [1-10] Mio. Darunter würden Verkaufs- und Serviceleistungen fallen, welche die Niederlassung [X] für die NSC erbringe und verrechne (siehe oben, Rz 3).

⁵ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4).

⁶ FELIX PRÜMMER, in: Zäch et al. (Hrsg.), Dike Kommentar Kartellgesetz, Art. 9 N 14.

⁷ PRÜMMER, DIKE-KG (Fn 8), Art. 9 N 20.

⁸ Siehe auch Mitteilung der Europäischen Kommission: Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Amtsblatt der Europäischen Union C 43 vom 21.2.2009 (EU Zuständigkeits-Mitteilung), Rz 161.

⁹ PRÜMMER, DIKE-KG (Fn 8), Art. 9 N 21.

¹⁰ EU Zuständigkeits-Mitteilung (Fn 10), Rz 163; MANI REINERT, in: Amstutz/Reinert (Hrsg.), Basler Kommentar Kartellgesetz, Art. 9 N 115; PRÜMMER, DIKE-KG (Fn 8), Art. 9 N 47.

¹¹ PRÜMMER, DIKE-KG (Fn 8), Art. 9 N 47, m.V.a. RPW 2012/4, 818, Beratung betreffend konzerninterne Umsätze im Sinne von Art. 5 VKU, der allerdings ein anderer Sachverhalt zugrunde lag als der vorliegende; zu dieser Beratung siehe auch OLIVER KAUFMANN, in: Michael Tschudin (Hrsg.), Schweizerisches Kartellrecht in der Praxis, Erläuterte Beratungen des WEKO-Sekretariats, 269 ff.

¹² EU Zuständigkeits-Mitteilung (Fn 10), Rz 167 f.; PRÜMMER, DIKE-KG (Fn 8), Art. 9 N 47; REINERT, BSK-KG (Fn 12), Art. 9 N 115.

¹³ RPW 2012/4, 818, *Beratung betreffend konzerninterne Umsätze im Sinne von Art. 5 VKU*; PRÜMMER, DIKE-KG (Fn 8), Art. 9 N 47; REINERT, BSK-KG (Fn 12), Art. 9 N 115; EU Zuständigkeits-Mitteilung (Fn 10), Rz 167.

¹⁴ PRÜMMER, DIKE-KG (Fn 8), Art. 9 N 47; vgl. auch RPW 2010/1 176, *Preispolitik Swisscom ADSL*, Rz 385.

16. Gestützt auf die vorerwähnte Lehre und Praxis (siehe oben, Rz 12 ff.) bezweckt Art. 5 Abs. 2 VKU bei Konzernen, die über mehrere Wertschöpfungsketten hin tätig sind, Doppelzahlungen zu vermeiden, um dem tatsächlichen wirtschaftlichen Gewicht des beteiligten Unternehmens Rechnung zu tragen. Daher sind vorliegend jene internen Umsätze aus Leistungen **zwischen verschiedenen Abteilungen der Niederlassung [X]** (siehe oben, Rz 15 i), die doppelt gezählt würden, weil sie bspw. in den Umsätzen, welche die Niederlassung mit Verkäufen an Endkundinnen und Endkunden realisiert hat, bereits enthalten sind, nicht zu berücksichtigen.

17. In Bezug auf die Umsätze der **Niederlassung [X] aus Geschäften mit der NSC** (siehe oben, Rz 15 ii), ist Art. 5 Abs. 2 VKU hingegen nicht anwendbar, weil die NSC vorliegend kein beteiligtes Unternehmen ist und deren Umsätze gestützt auf Art. 5 Abs. 1 VKU nicht zum Umsatz des beteiligten Unternehmens gerechnet werden. Daher sind diese Umsätze zu berücksichtigen und allenfalls auf ein marktübliches Niveau zu korrigieren.

18. Zusammenfassend sind vorliegend für die Beurteilung, ob die für die Meldepflicht relevanten Schwellenwerte erreicht werden, gestützt auf Art. 5 Abs. 2 VKU **die konzerninternen Umsätze aus Geschäften zwischen den verschiedenen Abteilungen der Niederlassung [X]** (siehe oben, Rz 15 i) **nicht zu berücksichtigen**, sofern diese doppelt gezählt werden und sie damit nicht die tatsächliche wirtschaftliche Bedeutung der Nieder-

lassung [X] widerspiegeln. In Bezug auf die Umsätze der Niederlassung [X] aus Geschäften mit der NSC (siehe oben, Rz 15 ii) ist Art. 5 Abs. 2 VKU hingegen nicht anwendbar, weil die Umsätze der NSC bei der Berechnung des für den Schwellenwert massgebenden Umsatzes der Niederlassung [X] gestützt auf Art. 5 Abs. 1 VKU nicht berücksichtigt wurden. **Die Umsätze der Niederlassung [X] aus Geschäften mit der NSC sind daher zu berücksichtigen**. Sofern dabei, wie vorliegend vorgetragen wird, ein Umsatz in der Schweiz resultiert, der unter CHF 100 Mio. liegt, teilt das Sekretariat Ihre Auffassung, dass der Schwellenwert in Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG von einem der beiden beteiligten Unternehmen nicht erreicht wird und der Zusammenschluss folglich nicht meldepflichtig ist.

19. Im Zusammenhang mit der Beurteilung der Meldepflicht ist allerdings darauf hinzuweisen, dass Zusammenschlussvorhaben nach Art. 9 Abs. 1 KG meldepflichtig sind, wenn die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Mia. Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Mio. Franken erzielen (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Mio. Franken erzielen (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG). Da die Umsätze der [B] Gruppe in der Beratungsanfrage nicht aufgeführt werden, kann die Frage der Meldepflicht vorliegend nicht abschliessend beurteilt werden.

B 1.4	2. Einzelfasermanagement
-------	---------------------------------

I. Sachverhalt

[A] und regionale Elektrizitätsversorgungsunternehmen (nachfolgend: EVU) betreiben gemeinsame lokale Glasfasernetzinfrastrukturen (FTTH). [B] ist ein Gemeinschaftsunternehmen lokaler und regionaler EVU, mittels welchem die EVU die lokalen Glasfasernetzinfrastrukturen (FTTH) schweizweit homogen und standardisiert anbieten, um so die Prozesse und Schnittstellen standardisiert gegenüber anderen Fernmeldediensteanbietern (nachfolgend: FDA) bereitzustellen.

Die Übergabepunkte der von [B] bereitgestellten Layer-1 Glasfasernetzangebote liegen in vielen Fällen in den Ortszentralen von [A], weshalb die Faserüberführung für Transportdienste, die [B] gegenüber ihren Kunden anbietet, von [A] als Vorleistung gegenüber [B] bzw. den jeweiligen EVU erbracht wird. Gemäss Angaben des um Beratung ersuchenden Unternehmens werden die einmaligen Preise für Leistungen im Rahmen des Einzelfasermanagements und Fasersteckens in dem einmaligen Anschlusspreis von [B] (nachfolgend: [B] OTC Preis) an die nachfragenden FDA weitergereicht. Der [B] OTC Preis, welcher im Wesentlichen durch die Kosten des Einzelfasermanagements durch [A] getrieben ist, wird von den FDA als zu hoch angesehen, weshalb sich diese auf den Endkundenmärkten in ihrer Konkurrenzfähigkeit gegenüber [A] beeinträchtigt fühlen. [A] hat gemäss [B] bisher darauf verzichtet die entsprechenden Vorleistungspreise zu senken.

[B] und ihre Netzpartner sind bestrebt mit [A] die Preise für diese Vorleistungen neu zu verhandeln und planen daher ein Verhandlungskonsortium bestehend aus den Unternehmen [B], [C], [D], [E], [F], [G], [H], [I], [J], [K], [L], [M] und [N] zu bilden. Zwischen den Netzpartnern soll kein Informationsaustausch stattfinden, zudem sollen die am Konsortium beteiligten Unternehmen nicht verpflichtet sein, einen Vertrag gemäss dem möglichen Verhandlungsergebnis zwischen dem Konsortium und [A] abzuschliessen.

II. Beurteilung

Für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts stellt sich auf der einen Seite die Frage, ob durch das Verhandlungskonsortium allenfalls eine kollektiv marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 7 KG begründet wird und auf der anderen Seite, ob ein solches Verhandlungskonsortium mit dem Zweck, Preisverhandlungen zu führen, eine unzulässige Abrede im Sinne von Art. 5 KG darstellt.

II.1 Kollektiv marktbeherrschende Stellung

Vorliegend erscheint es unwahrscheinlich, dass aufgrund eines solchen Verhandlungskonsortiums eine kollektiv marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 7 KG resultiert, da [A] nicht zwingend auf die Einnahmen des Verhandlungskonsortiums angewiesen ist. Das Verhandlungskonsortium ist aber zur Nutzung seiner eigenen Glasfasernetzwerkinfrastruktur ab den [A] An-

schlusszentralen zwingend auf die Vorleistungen von [A] angewiesen. Vor diesem Hintergrund ist eine kollektiv marktbeherrschende Stellung des Verhandlungskonsortiums quasi ausgeschlossen.

II.2 Wettbewerbsabrede

Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG sind 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 des wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig.

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).

Damit ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen vorliegt, müssen zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren, wobei massgebend ist, ob eine Verhaltenskoordination vorliegt.¹ Ein vom Kartellgesetz gefordertes Mindestmass an Koordination bedingt, dass sich die beteiligten Unternehmen in irgendeiner Form miteinander verständigen.² Hierbei muss es zu einem Konsens zwischen den an einer Abrede Beteiligten kommen. Das Kartellgesetz umfasst neben rechtlich erzwingbaren auch nicht erzwingbare Vereinbarungen. Nicht erzwingbare Vereinbarungen liegen vor, wenn die Parteien zwar zu einer Vereinbarung gelangen, deren Nichteinhaltung jedoch keine Konsequenzen hat und diese damit rechtlich nicht durchsetzbar sind.³

Gemäss dem zugrundeliegenden Sachverhalt planen [B] und die beteiligten Unternehmen die Vertragsverhandlungen gegenüber [A] zu koordinieren, wobei [B] mit [A] die Preise für die Vorleistungsprodukte aushandeln soll. Damit koordinieren die am Verhandlungskonsortium beteiligten Unternehmen ihre Preisverhandlungen, so dass sie die Wahl haben, nicht mehr nur individuell, sondern auch gemeinsam gegenüber den Fernmeldediensteanbietern auftreten zu können. Da die Unternehmen nicht verpflichtet sind, den von [B] ausgehandelten Preis anzunehmen, kann die Koordination daher als nicht erzwingbare Vereinbarung angesehen werden.

¹ SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, Art. 4 KG N 21, in: Zäch/Arnet/Kiener/Schraner (Hrsg.), DIKE Kommentar zum Kartellgesetz.

² SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, Art. 4 KG N 22, in: Zäch/Arnet/Kiener/Schraner (Hrsg.), DIKE Kommentar zum Kartellgesetz.

³ vgl. SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, Art. 4 KG N 37, in: Zäch/Arnet/Kiener/Schraner (Hrsg.), DIKE Kommentar zum Kartellgesetz.

Grundsätzlich könnte auch die Frage aufgeworfen werden, ob allenfalls das so genannte Konzernprivileg zur Anwendung kommen könnte.⁴ [B] ist grundsätzlich als Vollfunktionsunternehmen ausgestaltet und hat einen eigenständigen Marktauftritt. Vorliegend kann allerdings aufgrund der nachfolgenden Ausführungen offengelassen werden, ob das Konzernprivileg zur Anwendung gelangen würde.

Als zweites Tatbestandsmerkmal einer Abrede sieht das Kartellgesetz das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung vor. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts im Fall Hallenstadion stellt eine Wettbewerbsbeschränkung eine nachteilige Einwirkung auf den Wettbewerb dar, weil die Handlungsfreiheit der Unternehmen zur eigenständigen Festlegung ihrer Wettbewerbspositionen hinsichtlich einzelner Wettbewerbsparameter aufgehoben wurde und dadurch die zentrale Funktion des Wettbewerbs zur effizienten Allokation der eingesetzten Ressourcen vermindert wird.⁵ Es stellt sich daher die Frage, ob durch das Verhandlungskonsortium eine Wettbewerbsbeschränkung erzielt werden kann. In der Schweiz bestehen zu dieser Frage bisher keine Entscheide der WEKO oder der Gerichte.⁶

In ihrer Praxis haben sowohl die WEKO wie auch das Sekretariat schon mehrmals Bereitschaft gezeigt, *offensichtlich* prokompetitive Auswirkungen einer Einkaufsgemeinschaft bereits bei der Prüfung des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG zu berücksichtigen.⁷ Es gilt somit jeden Einzelfall auf seine prokompetitive Wirkung zu analysieren.

Im vorliegend zu beurteilenden Fall soll durch das Verhandlungskonsortium eine bessere Verhandlungsposition gegenüber [A] erreicht werden. Angesichts der durch die Infrastruktur bedingten starken Stellung von [A] beim Einzelfasermanagement und Faserstecken ist davon auszugehen, dass durch die gemeinsame Verhandlung im Rahmen des Verhandlungskonsortiums die sich allenfalls verstärkende «countervailing buyer power» geeignet ist, den Wettbewerb zu stärken.

Zudem steht es den am Verhandlungskonsortium beteiligten Unternehmen frei, ob sie das Ergebnis der Preisverhandlungen annehmen wollen, oder ob sie individuell in die Preisverhandlungen mit [A] eintreten wollen. Unabhängig davon wäre [A], falls sie in diesem Bereich als marktbeherrschend zu qualifizieren wäre, verpflichtet, die Preise gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG nichtdiskriminierend auszugestalten.

Damit erscheint ein wie oben beschriebenes Verhandlungskonsortium offensichtlich prokompetitive Auswirkungen zu haben, weshalb für den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG zu verneinen wäre.

Das Verhandlungskonsortium wäre daher nicht als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

⁴ vgl. SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, Art. 4 KG N 23, in: Zäch/Arnet/Kiener/Schraner (Hrsg.), DIKE Kommentar zum Kartellgesetz.

⁵ SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, Art. 4 KG N 118, in: Zäch/Arnet/Kiener/Schraner (Hrsg.), DIKE Kommentar zum Kartellgesetz mit Verweis auf BVGer B-3618/2016 vom 24.11.2016, E. 301, *Hallenstadion*.

⁶ In der Untersuchung Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern (RPW 2008/4, 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*) wurde geprüft, ob zwischen den Krankenkassen, die mit den Spitälern im Kanton Luzern einen gemeinsamen Tarifvertrag abgeschlossen haben eine unzulässige horizontale nachfrageseitige Wettbewerbsabrede vorliegt. Diese Konstellation ist allerdings insoweit unterschiedlich zu beurteilen, als dass Krankenkassen nicht als so genannte Endabnehmer im Markt tätig sind. Die WEKO hat in ihrem damaligen Entscheid die Unternehmenseigenschaften der Krankenkassen ohne weitere Prüfung bejaht (RPW 2008/4, 547 Rz 28, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*). Ebenfalls wurde für die Krankenkassen ohne weitere Prüfung angenommen, dass eine mögliche Abrede unter ihnen als Nachfrager eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstellt (RPW 2008/4, 548 Rz 35, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*).

⁷ SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, Art. 4 KG N 130, in: Zäch/Arnet/Kiener/Schraner (Hrsg.), DIKE Kommentar zum Kartellgesetz.

B 2 Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

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

Hinweis:

Diese Verfügung wurde von einer Partei beim Bundesverwaltungsgericht angefochten und ist derzeit dort hängig (Stand: Oktober 2019). Sie ist daher gegenüber der beschwerdeführenden Partei nicht rechtskräftig.

Verfügung vom 27. Mai 2019 in Sachen Untersuchung 22-0459 gemäss Art. 27 KG betreffend 22-0459: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II wegen unzulässiger Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG gegen

1. **Broggi Lenatti AG**, in Bergün/Bravuogn
vertreten durch [...]
2. **Foffa Conrad AG**, in Zernez
vertreten durch [...]
3. **P. Lenatti AG**, Hoch- und Tiefbau, in Bever
vertreten durch [...]
4. **Rocca + Hotz AG**, in Zuoz
vertreten durch [...]

Inhaltsverzeichnis

A Verfahren	1664	B Sachverhalt	1666
A.1 Gegenstand der Untersuchung	1664	B.1 Übersicht	1666
A.2 Untersuchungsadressaten	1665	B.2 Vorbemerkungen zum Beweis	1667
A.2.1 Broggi Lenatti AG	1665	B.2.1 Beweiswürdigung und Beweismass	1667
A.2.2 Foffa Conrad AG	1665	B.2.2 Verwertbarkeit der Aussagen von H.____ vom 14. März 2016	1667
A.2.3 P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau	1665	B.2.3 Keine weiteren Beweismassnahmen	1668
A.2.4 Rocca + Hotz AG	1665	B.3 Beweisthema	1669
A.3 Verfahrensgeschichte	1665	B.4 [...], [...] (2008)	1669
A.3.1 Untersuchungseröffnung am 30. Oktober 2012 und Hausdurchsuchungen	1665	B.4.1 Beweismittel	1669
A.3.2 Selbstanzeige der Foffa Conrad AG	1665	B.4.1.1 Urkunden	1669
A.3.3 Ausdehnung der Untersuchung am 22. April 2013	1665	B.4.1.2 Auskünfte der Parteien	1670
A.3.4 Ausdehnung der Untersuchung und Verfah- renstrennung am 23. November 2015	1666	B.4.1.2.1 Foffa Conrad AG	1670
A.3.5 Gewährung der Akteneinsicht	1666	B.4.1.2.2 Rocca + Hotz AG	1670
A.3.6 Versand des Antrags	1666	B.4.2 Beweiswürdigung	1670
		B.4.2.1 Natürlicher (tatsächlicher) Konsens	1670
		B.4.2.2 Verfolgter Zweck	1670
		B.4.2.3 Umsetzung und Auswirkungen	1671
		B.4.3 Beweisergebnis	1671
		B.5 [...], la Punt Chamues-ch (2008)	1671
		B.5.1 Beweismittel	1671
		B.5.1.1 Urkunden	1671
		B.5.1.2 Auskünfte der Parteien	1671
		B.5.1.2.1 Foffa Conrad AG	1671
		B.5.1.2.2 Rocca + Hotz AG	1671
		B.5.1.3 Auskunft von K.____ (Bauherr)	1672
		B.5.2 Beweiswürdigung	1672
		B.5.2.1 Natürlicher (tatsächlicher) Konsens	1672
		B.5.2.2 Verfolgter Zweck	1672

B.5.2.3	Umsetzung und Auswirkungen	1672	B.9.2	Beweiswürdigung	1682
B.5.3	Beweisergebnis	1673	B.9.2.1	Natürlicher (tatsächlicher) Konsens	1682
B.6	[...], [...] (2008)	1673	B.9.2.2	Verfolgter Zweck	1682
B.6.1	Beweismittel	1673	B.9.2.3	Umsetzung und Auswirkungen	1683
B.6.1.1	Urkunden	1673	B.9.3	Beweisergebnis	1683
B.6.1.2	Auskünfte von Parteien	1673	B.10	[...] (2011)	1683
B.6.1.2.1	Foffa Conrad AG	1673	B.10.1	Beweismittel	1683
B.6.1.2.2	Rocca + Hotz AG	1674	B.10.1.1	Urkunden	1683
B.6.1.3	Zeugenaussagen von M.____	1674	B.10.1.2	Auskünfte der Parteien	1684
B.6.2	Beweiswürdigung	1674	B.10.1.2.1	Foffa Conrad AG	1684
B.6.2.1	Natürlicher (tatsächlicher) Konsens	1674	B.10.1.2.2	Rocca + Hotz AG	1684
B.6.2.2	Verfolgter Zweck	1675	B.10.2	Beweiswürdigung	1684
B.6.2.3	Umsetzung und Auswirkungen	1676	B.10.2.1	Natürlicher (tatsächlicher) Konsens	1684
B.6.3	Beweisergebnis	1676	B.10.2.2	Verfolgter Zweck	1685
B.7	[...], Zuoz (2009)	1676	B.10.2.3	Umsetzung und Auswirkungen	1685
B.7.1	Beweismittel	1676	B.10.3	Beweisergebnis	1685
B.7.1.1	Urkunden	1676	B.11	[...], Zuoz (2011)	1685
B.7.1.2	Auskünfte der Parteien	1677	B.11.1	Beweismittel	1685
B.7.1.2.1	Foffa Conrad AG	1677	B.11.1.1	Urkunden	1685
B.7.1.2.2	Rocca + Hotz AG	1677	B.11.1.2	Auskünfte der Parteien	1685
B.7.1.3	Auskunft von N.____	1678	B.11.1.2.1	Foffa Conrad AG	1685
B.7.2	Beweiswürdigung	1678	B.11.1.2.2	Rocca + Hotz AG	1686
B.7.2.1	Natürlicher (tatsächlicher) Konsens	1678	B.11.2	Beweiswürdigung	1686
B.7.2.2	Verfolgter Zweck	1678	B.11.2.1	Natürlicher (tatsächlicher) Konsens	1686
B.7.2.3	Umsetzung und Auswirkungen	1678	B.11.2.2	Verfolgter Zweck	1686
B.7.3	Beweisergebnis	1679	B.11.2.3	Umsetzung und Auswirkungen	1686
B.8	[...], S-chanf (2010)	1679	B.11.3	Beweisergebnis	1687
B.8.1	Beweismittel	1679	B.12	[...], Zuoz (2011)	1687
B.8.1.1	Auskünfte der Parteien	1679	B.12.1	Beweismittel	1687
B.8.1.2	Auskünfte und Unterlagen der [...]	1679	B.12.1.1	Auskünfte der Parteien	1687
B.8.2	Beweiswürdigung	1679	B.12.1.1.1	Foffa Conrad AG	1687
B.8.2.1	Tatsächlicher (natürlicher) Konsens	1679	B.12.1.1.2	Rocca + Hotz AG	1687
B.8.2.2	Verfolgter Zweck	1681	B.12.1.2	Auskünfte des Architekten und Bauherrenvertreters	1687
B.8.2.3	Umsetzung und Auswirkungen	1681	B.12.2	Beweiswürdigung	1688
B.8.3	Beweisergebnis	1681	B.12.2.1	Natürlicher (tatsächlicher) Konsens	1688
B.9	[...], Zuoz (2011)	1681	B.12.2.2	Verfolgter Zweck	1688
B.9.1	Beweismittel	1681	B.12.2.3	Umsetzung und Auswirkungen	1688
B.9.1.1	Urkunden	1681	B.12.3	Beweisergebnis	1688
B.9.1.2	Auskünfte der Parteien	1681	B.13	[...], [...] (2012)	1688
B.9.1.2.1	Foffa Conrad AG	1681	B.13.1	Beweismittel	1688
B.9.1.2.2	Rocca + Hotz AG	1681	B.13.1.1	Urkunden	1688
B.9.1.3	Auskünfte der Bauherrschaft	1682	B.13.1.2	Auskünfte der Parteien	1691

B.13.1.2.1	Foffa Conrad AG	1691	D.1.2.5.5	Selbstanzeige	1705
B.13.1.2.2	Rocca + Hotz AG	1691	D.1.2.5.6	Verhältnismässigkeit	1705
B.13.2	Beweiswürdigung	1691	D.1.2.5.7	Ergebnis	1705
B.13.2.1	Natürlicher (tatsächlicher) Konsens	1691	D.1.2.6	[...], Zuoz (2009)	1706
B.13.2.2	Verfolgter Zweck	1692	D.1.2.6.1	Basisbetrag	1706
B.13.2.3	Umsetzung und Auswirkungen	1692	D.1.2.6.2	Dauer des Verstosses	1706
B.13.3	Beweisergebnis	1692	D.1.2.6.3	Erschwerende und mildernde Umstände	1706
C	Erwägungen	1692	D.1.2.6.4	Maximalsanktion	1706
C.1	Geltungsbereich	1692	D.1.2.6.5	Selbstanzeige	1706
C.2	Zuständigkeit der Gesamtkommission der WEKO	1692	D.1.2.6.6	Verhältnismässigkeit	1706
C.3	Vorbehaltene Vorschriften	1693	D.1.2.6.7	Ergebnis	1706
C.4	Unzulässige Wettbewerbsabreden	1693	D.1.2.7	[...], S-chanf (2010)	1707
C.4.1	Einleitung	1693	D.1.2.7.1	Basisbetrag	1707
C.4.2	Wettbewerbsabreden	1693	D.1.2.7.2	Dauer des Verstosses	1707
C.4.2.1	Qualifikation als horizontale Preis- und Geschäftspartnerabreden (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	1694	D.1.2.7.3	Erschwerende und mildernde Umstände	1707
C.4.2.2	Relevanter Markt	1694	D.1.2.7.4	Maximalsanktion	1707
C.4.2.3	Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs in einem Fall	1695	D.1.2.7.5	Selbstanzeige	1707
C.4.2.4	Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs in neun Fällen	1696	D.1.2.7.6	Verhältnismässigkeit	1708
C.4.2.5	Rechtfertigung aus Effizienzgründen	1697	D.1.2.7.7	Ergebnis	1708
C.4.2.6	Zwischenergebnis	1697	D.1.2.8	[...], Zuoz (2011)	1708
D	Massnahmen	1698	D.1.2.8.1	Basisbetrag	1708
D.1.1	Anordnung von Massnahmen	1698	D.1.2.8.2	Dauer des Verstosses	1709
D.1.2	Sanktionierung	1699	D.1.2.8.3	Erschwerende und mildernde Umstände	1709
D.1.2.1	Allgemeines	1699	D.1.2.8.4	Maximalsanktion	1709
D.1.2.2	Voraussetzungen	1699	D.1.2.8.5	Selbstanzeige	1709
D.1.2.2.1	Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG	1699	D.1.2.8.6	Verhältnismässigkeit	1709
D.1.2.2.2	Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG	1699	D.1.2.8.7	Ergebnis	1709
D.1.2.2.3	Unternehmen	1699	D.1.2.9	[...](2011)	1710
D.1.2.2.4	Vorwerfbarkeit	1699	D.1.2.9.1	Basisbetrag	1710
D.1.2.2.5	Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht	1700	D.1.2.9.2	Dauer des Verstosses	1710
D.1.2.3	Zurechenbarkeit der Wettbewerbsverstösse	1701	D.1.2.9.3	Erschwerende und mildernde Umstände	1710
D.1.2.4	Bemessung	1703	D.1.2.9.4	Maximalsanktion	1710
D.1.2.5	[...], [...] (2008)	1703	D.1.2.9.5	Selbstanzeige	1711
D.1.2.5.1	Basisbetrag	1703	D.1.2.9.6	Verhältnismässigkeit	1711
D.1.2.5.2	Dauer des Verstosses	1704	D.1.2.9.7	Ergebnis	1711
D.1.2.5.3	Erschwerende und mildernde Umstände	1705	D.1.2.10	[...], Zuoz (2011)	1711
D.1.2.5.4	Maximalsanktion	1705	D.1.2.10.1	Basisbetrag	1711
			D.1.2.10.2	Dauer des Verstosses	1712
			D.1.2.10.3	Erschwerende und mildernde Umstände	1712

D.1.2.10.4	Maximalsanktion	1712	D.1.2.12.7	Ergebnis	1716
D.1.2.10.5	Selbstanzeige	1712	D.1.3	Gesamtsanktionen pro Unternehmen	1716
D.1.2.10.6	Verhältnismässigkeit	1713	D.1.4	Tragbarkeit der Gesamtsanktionen	1717
D.1.2.10.7	Ergebnis	1713	D.1.4.1	Grundlagen	1717
D.1.2.11	[...], Zuoz (2011)	1713	D.1.4.2	[...]	1717
D.1.2.11.1	Basisbetrag	1713	D.1.4.2.1	[...]	1718
D.1.2.11.2	Dauer des Verstosses	1714	D.1.4.2.2	[...]	1718
D.1.2.11.3	Erschwerende und mildernde Umstände	1714	D.1.4.2.3	[...]	1718
D.1.2.11.4	Maximalsanktion	1714	E	Kosten	1718
D.1.2.11.5	Selbstanzeige	1714	F	Ergebnis	1719
D.1.2.11.6	Verhältnismässigkeit	1714	G	Dispositiv	1719
D.1.2.11.7	Ergebnis	1714	A	Verfahren	
D.1.2.12	[...], [...] (2012)	1715	A.1	Gegenstand der Untersuchung	
D.1.2.12.1	Basisbetrag	1715	<p>1. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet die Frage, ob die Foffa Conrad AG, Rocca + Hotz AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau bzw. Broggi Lenatti AG bei einzelnen Ausschreibungen von Hoch- und Tiefbauprojekten im Oberengadin durch die Koordination ihrer Angebote unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG getroffen haben. Im Einzelnen handelt es sich hierbei um folgende zehn Bauobjekte:</p>		
D.1.2.12.2	Dauer des Verstosses	1715			
D.1.2.12.3	Erschwerende und mildernde Umstände	1715			
D.1.2.12.4	Maximalsanktion	1715			
D.1.2.12.5	Selbstanzeige	1716			
D.1.2.12.6	Verhältnismässigkeit	1716			

Bauprojekt	Parteien	Jahr	Bereich	Verweis
«[...]», [...]	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2008	Tiefbau	Rz 41 ff.
«[...]», la Punt Chamues-ch	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2008	Hochbau	Rz 56 ff.
«[...]», [...]	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG P. Lenatti AG	2008	Tiefbau	Rz 70 ff.
«[...]», Zuoz	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2009	Hochbau	Rz 93 ff.
«[...]», S-chanf	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2010	Hochbau	Rz 107 ff.
«[...]», Zuoz	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2011	Tiefbau	Rz 123 ff.
«[...]», [...]	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2011	Tiefbau	Rz 138 ff.
«[...]», Zuoz	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2011	Hochbau	Rz 151 ff.
«[...]», Zuoz	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2011	Hochbau	Rz 163 ff.
«[...]», [...]	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2012	Tiefbau	Rz 175 ff.

A.2 Untersuchungsadressaten

A.2.1 Broggi Lenatti AG

2. Die Broggi Lenatti AG entstand aus einer im Jahr 1890 in Bergün durch A.____ gegründeten Baufirma. 1996 gründeten B.____ und C.____ zusammen die Hohenegger & Broggi GmbH in Madulain. Gemäss Handelsregister wandelte sich die HOBRO GmbH per 16. April 2014 in die Broggi Lenatti AG um. Die Tätigkeit der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau (vgl. zu dieser Gesellschaft Rz 4), sowie der Hohenegger & Broggi AG, Bergün/Bravuogn, im Bereich Hoch- und Tiefbau wurden per 29. April 2014 auf die Broggi Lenatti AG überführt.¹ Die Unternehmen Hohenegger & Broggi AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau bestehen weiterhin. [...] der Broggi Lenatti AG ist B.____.

A.2.2 Foffa Conrad AG

3. Die Foffa Conrad AG mit Sitz in Zernez wurde 1964 gegründet. Sie bezweckt die Übernahme und Ausführung von Hoch- und Tiefbauten aller Art sowie den Handel mit Baumaterialien. [...] der Foffa Conrad AG ist seit September 2018 D.____. Zuvor übte [...] E.____ aus. [...] der Foffa Conrad AG ist F.____. Die Gesellschaft hat Zweigniederlassungen in Scuol, Samnaun und Val Müstair.

A.2.3 P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau

4. Die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau mit Sitz in Bever ist seit 1972 im Handelsregister eingetragen. Sie bezweckt den Betrieb eines Hoch- und Tiefbaugeschäftes mit Schreinerei und Zimmerei. Laut Handelsregister hat die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau eine Zweigniederlassung in La Punt-Chamues-ch. Verwaltungsratspräsident der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau ist G.____.

A.2.4 Rocca + Hotz AG

5. Die Rocca + Hotz AG mit Sitz in Zuoz ist seit 1988 im Handelsregister eingetragen und betreibt eine Bauunternehmung. Sie verfügt über eine Zweigniederlassung in La Punt-Chamues-ch. Sie beschäftigt rund 45 Personen im Bauwesen und sieben bis acht Personen in der Administration.² [...] der Rocca + Hotz AG ist H.____.

A.3 Verfahrensgeschichte

A.3.1 Untersuchungseröffnung am 30. Oktober 2012 und Hausdurchsuchungen

6. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eröffnete am 30. Oktober 2012 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) gegen 19 im Unterengadin tätige Unternehmen der Baubranche die Untersuchung 22-0433: Bau Unterengadin nach Art. 27 ff. KG.³

7. Dem Sekretariat lagen aufgrund einer Anzeige Anhaltspunkte für mutmassliche Wettbewerbsabreden in der Baubranche im Unterengadin vor, namentlich bezüglich der Märkte für Hoch-, Tief- und Strassenbau sowie Kies und Beton. Es bestand der Verdacht, dass sich im Unterengadin Vertreter verschiedener Bauunternehmen abgesprochen hatten, insbesondere um bei Ausschreibungen die Angebote bzw. Angebotssummen zu koordinieren und allenfalls die Bauprojekte bzw. Kunden aufzuteilen.

8. Vom 30. Oktober bis 1. November 2012 führte das Sekretariat bei insgesamt 13 Unternehmen Hausdurchsuchungen durch. Während der Hausdurchsuchungen wurden insgesamt zehn Partei- und Zeugeneinvernahmen durchgeführt.⁴

A.3.2 Selbstanzeige der Foffa Conrad AG

9. Mit Fax-Bonusmeldung vom 12. November 2012 reichte die Foffa Conrad AG Selbstanzeige betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse in der Baubranche im Oberengadin ein.⁵ Sie ergänzte ihre Selbstanzeige betreffend das Oberengadin mit Eingaben vom 30. November 2012⁶, 1. Februar 2013⁷, 12. September 2018⁸ und 11. April 2019⁹.

10. Zudem gaben folgende Personen dem Sekretariat im Rahmen von mündlichen Ergänzungen der Selbstanzeige Auskunft zu mutmasslichen Wettbewerbsverstössen im Oberengadin:

- E.____, Verwaltungsrat der Foffa Conrad AG (12. November 2012¹⁰ und 27. Oktober 2015¹¹);
- I.____, Foffa Conrad AG (20. August 2015¹²).

A.3.3 Ausdehnung der Untersuchung am 22. April 2013

11. Am 22. April 2013 dehnte das Sekretariat die Untersuchung 22-0433 Bauleistungen Graubünden (vormals: Bau Unterengadin) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO in örtlicher Hinsicht auf den gesamten Kanton Graubünden und in persönlicher Hinsicht auf sieben weitere Unternehmen aus.¹³ Damit wurden unter anderem auch allfällige Wettbewerbsabreden in der Baubranche im Oberengadin in den Untersuchungsgegenstand einbezogen. Zwischen dem 23. und 24. April 2013 führte das Sekretariat sechs weitere Hausdurchsuchungen durch.

¹ <<http://broggi-lenatti.ch/de/ueber-uns/geschichte>> (30.11.2018).

² Act. IV.026, Zeile 79 f. – Die Akten des vorliegenden Verfahrens setzen sich aus den Akten bis und mit der Verfahrenstrennung vom 23. November 2015 (Aktenverzeichnis 22-0433) und den Akten nach der Verfahrenstrennung (Aktenverzeichnis 22-0459) zusammen. Ist bei der Angabe der Aktenstücke (Act.) kein Hinweis auf das Aktenverzeichnis vermerkt, sind diese im Aktenverzeichnis 22-0433 erfasst.

³ Vgl. SHAB vom 13.11.2012, Nr. 221 (Act. I.025) und Untersuchungseröffnungsschreiben an die Parteien vom 30.10.2012 und 5.11.2012 (Act. I.002–I.022).

⁴ Vgl. Act. IV.002.

⁵ Act. IX.C.3.

⁶ Act. IX.C.24.

⁷ Act. IX.C.35.

⁸ Act. 57 (22-0459).

⁹ Act. 99 (22-0459).

¹⁰ Act. IX.C.5.

¹¹ Act. IX.C.61.

¹² Act. IX.C.53.

¹³ Vgl. SHAB vom 28.5.2013, Nr. 100 (Act. I.080); Act. I.059–I.067.

A.3.4 Ausdehnung der Untersuchung und Verfahrenstrennung am 23. November 2015

12. Mit Schreiben vom 23. November 2015 dehnte das Sekretariat die Untersuchung 22 0433: Bauleistungen Graubünden im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO auf weitere Gesellschaften aus¹⁴, unter anderem auf die Broggi Lenatti AG, die P. Lenatti, Hoch- und Tiefbau und die Rocca + Hotz AG. Mit Zwischenverfügung gleichen Datums trennte das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO die Untersuchung 22-0459: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II von der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden.¹⁵ Das getrennte Verfahren 22-0459: Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II wurde gegen die Broggi Lenatti AG, Foffa Conrad AG, P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau und Rocca + Hotz AG weitergeführt.

A.3.5 Gewährung der Akteneinsicht

13. Am 7. Juni 2016¹⁶ und am 10. Januar 2019 stellte das Sekretariat den Verfahrensparteien die Verfahrensakten auf einem gesicherten Server der Bundesbehörden zur Einsicht bereit.

14. Mit Schreiben vom 11. August 2016 informierte das Sekretariat die Verfahrensparteien, welche Unternehmen Selbstanzeige eingereicht haben. Weiter informierte es, wie die entsprechenden Selbstanzeigedossiers eingesehen werden können.¹⁷

15. Die Einsicht in die Beilagen zu den Selbstanzeigen erfolgte am 30. März 2017 durch Versand der elektronischen Aktenverzeichnisse.¹⁸ Die eigentlichen Selbstanzeigen konnten die Verfahrensparteien ab Mai 2017 vor Ort in den Räumlichkeiten des Sekretariats einsehen.¹⁹

A.3.6 Versand des Antrags

16. Mit Schreiben vom 10. Januar 2019 stellte das Sekretariat den Parteien seinen Antrag zur Stellungnahme zu. Darin beantragte es den Erlass des folgenden Dispositivs:

1. Der Broggi Lenatti AG, Foffa Conrad AG, P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau und Rocca + Hotz AG wird untersagt:
 - 1.1. Konkurrenten und Konkurrentinnen im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen oder dergartiges anzubieten;
 - 1.2. sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten und Konkurrentinnen vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preisleistungen 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 Auftragserteilung als Subunternehmer.

2. 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:

- 2.1. die Broggi Lenatti AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau solidarisch mit einem Betrag von CHF [rund 2'000].
- 2.2. die Foffa Conrad AG mit einem Betrag von CHF [rund 11'000].
- 2.3. die Rocca + Hotz AG mit einem Betrag von CHF [rund 480'000].
3. Die Verfahrenskosten betragen CHF [...] und werden folgendermassen auferlegt:
 - 3.1. Die Broggi Lenatti AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau tragen solidarisch CHF [...].
 - 3.2. Die Foffa Conrad AG trägt CHF [...].
 - 3.3. Die Rocca + Hotz AG trägt CHF [...].

A.3.7 Stellungnahmen der Parteien (Art. 30 Abs. 2 KG)

17. Mit Stellungnahme vom 13. März 2019 beantragte die Rocca + Hotz AG, dass die Untersuchung gegen sie einzustellen sei. Es seien ihr keine Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und auch keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.²⁰ Die Foffa Conrad AG verzichtete mit Eingabe vom 25. Januar 2019 auf eine Stellungnahme. Sie beantragte allerdings, dass ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen seien, die unter Umständen zu den bereits aufgelaufenen dazukommen sollten.²¹ Die Broggi Lenatti AG und die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau liessen sich nicht vernehmen.

A.3.8 Anhörungen der Parteien

18. Am 13. Mai 2019 führte die WEKO eine Anhörung der Rocca + Hotz AG nach Art. 30 Abs. 2 zweiter Satz KG durch.²² Anlässlich der Anhörung bestätigte sie ihre in der schriftlichen Stellungnahme gestellten Rechtsbehörden. Die übrigen Parteien verzichteten auf eine Anhörung.

19. Nach Beratung fällte die WEKO am 27. Mai 2019 den vorliegenden Entscheid.

B Sachverhalt

B.1 Übersicht

20. Die nachfolgenden Ausführungen zum Sachverhalt sind wie folgt aufgebaut: Zunächst werden in den Vorbemerkungen die Grundlagen der Beweisführung dargelegt (Rz 21 ff. hiernach). Anschliessend wird das Beweisthema erörtert (Rz 39 f. hiernach), bevor schliesslich

¹⁴ Act. I.518 und Act. I.534.

¹⁵ Act. I.502–I.545.

¹⁶ Act. 24 (22-0459).

¹⁷ Act. 26–29 (22-0459).

¹⁸ Act. 40 (22-0459).

¹⁹ Act. 41–44 (22-0459).

²⁰ Act. 93 (22-0459).

²¹ Act. 80 (22-0459).

²² Act. 109 (22-0459).

die kartellrechtlich relevanten Sachverhaltsfragen im Zusammenhang mit den zu beurteilenden zehn Hoch- und Tiefbauprojekten im Oberengadin im Zeitraum von 2008 bis 2012, bei denen Anhaltspunkte auf eine Angebotskoordinierung zwischen den Untersuchungsadressaten bestehen (Rz 41 ff. hiernach), im Einzelnen behandelt werden.

B.2 Vorbemerkungen zum Beweis

B.2.1 Beweiswürdigung und Beweismass

21. Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)²³ anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Auch im Kartellverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i. V. m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP²⁴).

22. 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.²⁵ 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.²⁶ 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.²⁷

23. Diesen Grundsätzen ist im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen zum Sachverhalt Rechnung zu tragen.

B.2.2 Verwertbarkeit der Aussagen von H.____ vom 14. März 2016

24. Die Rocca + Hotz AG bringt in ihrer Stellungnahme vom 13. März 2019 vor, dass das Sekretariat bei der Befragung von H.____, Rocca + Hotz AG, vom 14. März 2016 zur Ausschreibung «[...]», S-chanf (2010), den nemo-tenetur-Grundsatz verletzt habe. Das Sekretariat habe H.____ Suggestivfragen gestellt. Aus dessen Antworten zu schliessen, dass die Rocca + Hotz AG eine Absprache eingestanden hätte, sei nicht zulässig und verletze sämtliche Grundsätze eines fairen Verfahrens. Die Aussagen von H.____ seien daher unverwertbar, jedenfalls soweit daraus die Anerkennung einer Absprache abgeleitet werde (Rz 59 ff. der Stellungnahme vom 13. März 2019).²⁸

25. Weder das Kartellgesetz noch das VwVG kennen eine Bestimmung zu den Beweisverwertungsverböten.²⁹ Wann Beweismittel in kartellrechtlichen Verfahren nicht verwertet werden dürfen, ist daher anhand der Verfassungsprinzipien, allgemeiner Rechtsgrundsätze und allenfalls durch Analogien zu anderen Rechtsgebieten zu beurteilen.³⁰ Damit ein Beweisverwertungsverbot überhaupt zur Diskussion stehen kann, ist allerdings

vorausgesetzt, dass die Behörde die fraglichen Beweismittel rechtswidrig erlangt hat.³¹ Hat die Behörde bei der Erhebung rechtskonform gehandelt, das heisst sämtliche Normen der Rechtsordnung beachtet, scheidet das Vorliegen eines Beweisverwertungsverböts zum Vornherein aus. Im Folgenden ist daher zu beurteilen, ob das Sekretariat im Zusammenhang mit den fraglichen Parteieinvernahmen gegen Rechtsnormen verstossen hat.³²

26. Zunächst ist auf den Vorwurf der Verletzung des nemo-tenetur-Grundsatzes einzugehen. Der nemo-tenetur-Grundsatz soll verhindern, dass die Behörden Beweismittel durch unzulässige Zwangsmittel gegenüber beschuldigten Personen erlangen. Er fliesst – je nach Betrachtungsweise – aus den Persönlichkeitsrechten oder aus dem Anspruch der Parteien auf ein faires Verfahren (Art. 29 Abs. 1 BV; Art. 6 Abs. 1 EMRK).

27. Die vorliegend strittigen Protokollstellen resultieren aus einer Parteieinvernahme der Rocca + Hotz AG. Dabei unterstand die einvernommene Person keiner Aussage- oder Wahrheitspflicht. Vielmehr war sie frei, ihre Aussage ohne Begründung generell oder in Bezug auf einzelne Fragen zu verweigern. Auf dieses Schweigerecht machte das Sekretariat die einvernommene Person zu Beginn der Einvernahme ausdrücklich aufmerksam. Eine Verletzung des nemo-tenetur-Grundsatzes liegt nicht vor.

28. Soweit die einvernommene Person der Rocca + Hotz AG Aussagen machte und die Fragen des Sekretariats beantwortete, verzichtete sie auf die Ausübung ihres Schweigerechts. Dieses gilt dadurch als verwirkt. Nachträglich kann das Schweigerecht nicht mehr geltend

²³ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

²⁴ Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

²⁵ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2 f., *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.2 f., *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; vgl. auch etwa Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24.3.2003, E. 3.5; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

²⁶ Vgl. z.B. BGE 124 IV 86, E. 2a.

²⁷ BGE 139 I 72, 91 E. 8.3.2 (= RPW 2013/1, 126 f. E. 8.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.7, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.7, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; je m.w.Hinw.

²⁸ Act. 93 (22-0459).

²⁹ Anders verhält es sich im Strafrecht. Hier ist sind die Beweisverwertungsverböte in Art. 140 f. StPO explizit geregelt.

³⁰ Vgl. zur Thematik der Beweisverwertungsverböte im Verwaltungsverfahren auch PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: *Praxiskommentar VwVG*, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2016, Art. 12 N 198 ff.

³¹ Vgl. SEBASTIAN LUBIG, *Beweisverwertungsverböte im Kartellverfahrensrecht der Europäischen Gemeinschaft, eine Untersuchung zu den gemeinschaftsrechtlichen Grenzen einer Beweisverwertung in behördlichen Kartellverfahren*, 2007, 28; ferner auch PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: *Praxiskommentar VwVG*, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 12 N 188, die darauf hinweisen, dass sich die Behörde als Grundlage ihrer (belastenden) Entscheidungen nur auf rechtmässig erlangte Informationen stützen dürfe.

³² Vgl. zu diesem Prüfschritt im Zusammenhang mit Beweisverwertungsverböten auch Urteil des BVGer A-7342/2008 und A-7426/2008 vom 5.3.2009, E. 8.3.

gemacht werden. Gleiches gilt im Übrigen auch bei der Ausübung von Zeugnisverweigerungsrechten. Wer als Zeuge oder als Zeugin die ihm oder ihr gestellten Fragen beantwortet, verzichtet konkludent auf sein oder ihr allfälliges Zeugnisverweigerungsrecht, sofern ein Hinweis auf dieses stattgefunden hat.³³

29. Nach dem Gesagten ist der Vorwurf der Verletzung des nemo-tenetur-Grundsatzes unbegründet.

30. Sodann ist auf das Vorbringen der Rocca + Hotz AG einzugehen, dass die Fragen des Sekretariats an H.____ zum Bauprojekt «[...]», S-chanf (2010), suggestiv gestellt worden seien und daraus die Unverwertbarkeit der Aussagen fliesse. Suggestivfragen sind Fragen, die eine bestimmte Antwort nahelegen, eine bestimmte Erwartung des Vernehmenden erkennen lassen oder denen nicht bewiesene Tatsachen zu Grunde liegen.³⁴ Die Zulässigkeit von Suggestivfragen ist nicht abschliessend geklärt. Selbst wenn jedoch Suggestivfragen vorlägen, was offengelassen werden kann, führte dies nicht zur Unverwertbarkeit der Aussagen. Der Art, wie Antworten erlangt wurden, ist bei der Würdigung der entsprechenden Aussagen Rechnung zu tragen.³⁵ Vorliegend hat die Behörde die Aussagen von H.____ im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», S-chanf (2010) – entgegen der Behauptung der Rocca + Hotz AG (vgl. Rz 61 der Stellungnahme der Rocca + Hotz AG vom 13. März 2019³⁶) – nicht als Eingeständnis einer Absprache gewertet. Vielmehr hat sie aus dessen Aussagen einzig gefolgert, dass die Rocca + Hotz AG nichts vorgebracht hat, was gegen das Vorliegen einer Absprache spricht (vgl. Rz □ hiernach). Dieser Schluss im Rahmen der Beweiswürdigung ist korrekt. Vor diesem Hintergrund zielt auch dieser Einwand der Rocca + Hotz AG ins Leere. Das geltend gemachte Beweisverwertungsverbot – falls es überhaupt rechtzeitig geltend gemacht worden ist – ist unbegründet.

B.2.3 Keine weiteren Beweismassnahmen

31. Die Rocca + Hotz AG stellte mit Eingabe vom 20. Februar 2019³⁷ den Antrag, dass in Bezug auf sieben Projekte die jeweiligen Architekten bzw. die jeweilige Bauleitung (teilweise Bauherrschaft) als Zeugen zu befragen seien. Konkret seien sie zu befragen:

- ob sie nach Erhalt der Angebote der einzelnen Anbieter weitere Preisreduktionen verlangt hätten;
- wie viele weitere Angebotsrunden durchgeführt worden seien;
- welche Anbieter angefragt worden seien, ein weiter reduziertes Angebot einzureichen;
- ob die Anbieter die Preise daraufhin reduziert hätten und um wieviel Prozent;
- welcher Anbieter zu welchem Angebot den Zuschlag erhalten habe.

32. Zudem sei H.____, Geschäftsführer der Rocca + Hotz AG, im Sinne einer Beweisaussage zu den eingereichten Unterlagen einzuvernehmen.

33. Zur Begründung dieser Beweisanträge führte sie im Wesentlichen aus, dass die erste Angebotsrunde in den meisten Fällen erst der Auftakt zu weiteren Preisverhandlungen gebildet habe. In der Regel habe der Archi-

tekt bzw. die Bauleitung (teilweise auch der Bauherr) des jeweiligen Bauprojekts die jeweiligen Anbieter kontaktiert und diese unabhängig voneinander aufgefordert, den jeweiligen Angebotspreis noch einmal zu reduzieren.

34. Anlässlich der Anhörung der Rocca + Hotz AG vom 13. Mai 2019 lehnte die WEKO den Antrag der Rocca + Hotz AG, zusätzliche Beweismassnahmen durchzuführen, ab. Bezüglich der Begründung verwies sie auf die vorliegende Endverfügung.³⁸

35. Nach Art. 33 Abs. 1 VwVG nimmt die Behörde die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen. Das Recht auf Beweisabnahme steht den Betroffenen nicht voraussetzungslos zu. Vielmehr ist es an gewisse formelle und materielle Bedingungen geknüpft, die in Bezug auf den betreffenden Beweisantrag kumulativ erfüllt sein müssen. In formeller Hinsicht erfordert das Beweisantragsrecht gemäss Art. 33 VwVG, dass die Betroffenen einen frist- und formgerechten Antrag stellen und dadurch das betreffende Beweismittel «anbieten». Aus dem Beweisantrag muss sodann hervorgehen, welche rechtserheblichen Tatsachen der Antragsteller damit zu beweisen gedenkt. Insofern hat der Beweisantrag eine (kurze) Begründung zu enthalten (vgl. analog Art. 52 Abs. 1 VwVG), namentlich zur Relevanz des Beweismittels.³⁹ In materieller Hinsicht muss das angebotene Beweismittel im betreffenden Verfahren zulässig, verfügbar und beweistauglich sein. Verlangt ist, dass das angebotene Beweismittel geeignet ist, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erhellen⁴⁰ oder im Sinne eines Indizienbeweises zumindest einen Sachumstand betrifft, der einen logischen Rückschluss auf eine rechtserhebliche Tatsache erlaubt.⁴¹ Zudem kann die Behörde im Einzelfall im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs von der Beweisabnahme absehen, wenn der rechtserhebliche Sachverhalt bereits hinreichend geklärt ist, selbst wenn die Voraussetzungen für die Gutheissung eines Beweisantrags an sich erfüllt sind. Insofern kommt der Instruktionsbehörde bei der Auswahl der abzunehmenden Beweise ein gewisses Ermessen zu.⁴²

³³ ANDREAS GÜNGERICH/JÜRIG BICKEL, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2016, Art. 16 VwVG N 55.

³⁴ Urteil des BGer 6B_1163/2016 vom 21.4.2017, E. 2.5.

³⁵ Urteil des BGer 6B_1163/2016 vom 21.4.2017, E. 2.5.

³⁶ Act. 93 (22-0459), Rz 61.

³⁷ Act. 90 (22-0459).

³⁸ Act. 106 (22-0459), Zeilen 21–27.

³⁹ Beabsichtigt die Behörde, auf die beantragte Beweisabnahme zu verzichten, braucht sie der Partei in der Regel nicht nochmals Gelegenheit einzuräumen, sich zur Relevanz des Beweismittels zu äussern; PATRICK SUTTER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2018, Art. 33 VwVG N 3.

⁴⁰ Urteil BGer 2A.266/2005 vom 5.9.2005, E. 2.1.

⁴¹ Zum Ganzen BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2016, Art. 33 VwVG N 6 ff.; ferner auch Urteil BGer 2A.770/2006 vom 26.4.2007, E. 3.2.

⁴² 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.

36. Mit der Eingabe vom 20. Februar 2019 erfüllt die Rocca + Hotz AG die formellen Voraussetzungen an Beweisanträge. In materieller Hinsicht ist jedoch Folgendes zu beachten: Der Vorwurf an die Rocca + Hotz AG beinhaltet vorliegend, ihre Angebote bei einzelnen Bauprojekten im Oberengadin in den Jahren 2008 bis 2012 mit der Foffa Conrad AG koordiniert zu haben, in einem Fall zusätzlich mit der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau. Der Vorwurf betrifft somit im Wesentlichen bilaterale Angebotskoordinierungen. Bei den strittigen Ausschreibungen haben in der Regel auch weitere Bauunternehmen Angebote eingereicht (sog. Aussenwettbewerber). Dies ist unbestritten (vgl. Rz 214 hiernach). Dass die Rocca + Hotz AG ihre Angebote auch mit diesen weiteren Bauunternehmen koordiniert haben soll, wird ihr nicht vorgeworfen. Vielmehr nimmt die Behörde an, dass es sich hierbei um Angebote handelte, die unter Konkurrenz zustande gekommen sind. Dies gilt auch für die Abgebotsrunden. In diesem Punkt decken sich die behördlichen Sachverhaltsfeststellungen mit der Sachverhaltsdarstellung der Rocca + Hotz AG. Aus diesem Grund erübrigen sich hierzu weitere Beweismassnahmen, zumal diese Sachverhaltsfragen gar nicht strittig sind. Dass es bei meisten der fraglichen Ausschreibungen weitere Bewerber gab, berücksichtigt die Behörde vorliegend sowohl bei der rechtlichen Beurteilung als auch bei der Sanktionierung. Namentlich geht sie in diesen Fällen nicht von einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs aus, sondern von einer erheblichen Wettbewerbsbeschränkung (Rz 214 f. hiernach), was Folgen bei der Sanktionierung hat.

37. Wie im Einzelnen zu zeigen ist, sind die vorgeworfenen Angebotskoordinierungen der Rocca + Hotz AG mit der Foffa Conrad AG und der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau erwiesen. Diesbezüglich hat sie die erforderlichen Beweismassnahmen getroffen (eingehend zur Beweisführung Rz 21 ff. hiernach). Insbesondere hat sie abgeklärt und erachtet es als erstellt, dass die Foffa Conrad AG auch im Rahmen von allfälligen Abgebotsrunden nicht versucht hat, die Rocca + Hotz AG im Nachhinein zu unterbieten, um den Auftrag zu erhalten. Die Eingabe der Foffa Conrad AG vom 11. April 2019⁴³ lässt daran keine vernünftigen Zweifel. Das Gegenteil wird von der Rocca + Hotz AG im Übrigen auch nicht behauptet. Soweit die Beweisanträge der Rocca + Hotz AG überhaupt auf diesen Sachverhaltsaspekt zielen, durfte die Behörde diese in antizipierter Würdigung abweisen.

38. Nach dem Gesagten war die Behörde berechtigt, auf die von der Rocca + Hotz AG beantragten Beweisvorkehren zu verzichten.

B.3 Beweisthema

39. Nachfolgend ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob zwischen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich der zehn strittigen Bauprojekte im Oberengadin in den Jahren 2008 bis 2012 (vgl. die Übersicht unter Rz 1 hiervor) zu koordinieren (*Vorliegen eines natürlichen Konsenses*). Bezüglich des Bauprojekts «[...]», S-chanf (2008), richtet sich der Vorwurf der Angebotskoordination auch an die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau. Der Sachverhalt ist in Bezug auf

die einzelnen Bauprojekte gesondert darzulegen. Ist eine Angebotskoordination zu bejahen, ist jeweils für jedes Bauprojekt zu prüfen, welchen Zweck die Unternehmen mit der Angebotskoordination verfolgten sowie ob sich die Unternehmen tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die Angebotskoordination verhielten und welche Auswirkungen dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte. Dabei wird in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht die volkswirtschaftliche Wirkung der Verhaltensweisen untersucht. Darüber brauchen die Wettbewerbsbehörden keinen Beweis zu führen.⁴⁴ Vielmehr prüfen die Wettbewerbsbehörden, ob sich die Verfahrensparteien entsprechend ihrem Konsens verhalten haben und den Wettbewerb untereinander eingeschränkt haben. Diese Aspekte sind – sofern tatbestandsmässige und sanktionierbare Verhaltensweisen vorliegen – bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen.

40. Der Fokus der Sachverhaltsfeststellungen liegt damit im Verhalten der Parteien bei den einzelnen strittigen Ausschreibungen. Vorliegend ist nicht erwiesen, dass die nachstehend untersuchten Angebotskoordinierungen von einem projektübergreifenden Konsens der Parteien getragen worden sind bzw. dass sie ihr Bieterverhalten umfassender aufeinander abgestimmt haben (Gesamtkonsens). Wie zu zeigen ist, ist zwar eine gewisse Häufung von Angebotskoordinierungen zwischen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG bei Bauprojekten im Oberengadin in den Jahren 2008 bis 2012 zu beobachten. Im vorliegenden Fall ist jedoch kein hinreichend klares Muster zu erkennen, um auf einen Gesamtkonsens zu schliessen.⁴⁵ Namentlich sind keine Treffen, Korrespondenz, gemeinsame Strategieüberlegungen oder organisatorische Vorkehren der Parteien bekannt, die auf eine projektübergreifende, systematische Koordination hindeuten.

B.4 [...], [...] (2008)

41. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», S-chanf (2008), richtet sich der Vorwurf der Angebotskoordination an die Foffa Conrad AG und die Rocca + Hotz AG.

B.4.1 Beweismittel

B.4.1.1 Urkunden

42. Zur Beurteilung der vorliegend relevanten Sachverhaltsfragen stützt sich die Behörde auf folgende Urkunden:

- Faxschreiben der Rocca + Hotz AG an die Foffa Conrad AG vom 18. Februar 2008⁴⁶, welches die Offerte der Rocca + Hotz AG betreffend das Bauprojekt «[...]», [...], an die [...] enthält. Auf dem Faxschreiben findet sich folgender handschriftlicher Vermerk: «*Dies ist unsere Offerte! Salüds [...]*». Das Angebot der Rocca + Hotz AG belief sich auf CHF [...] (exkl. MWST).

⁴³ Act. 99 (22-0459).

⁴⁴ Urteil des BGer 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016, *Colgate-Palmolive Europe Sàrl (ehemals Gaba International AG)/WEKO*, E. 5.1.4.

⁴⁵ Vgl. auch Urteil des BVer B-771/2012 vom 25.6.2018, E. 6.1.12.

⁴⁶ Act. IX.C.35, pag. 9.

- Vergabeentscheid der [...] betreffend das Bauprojekt «[...]», [...]»⁴⁷. Daraus ist ersichtlich, dass das strittige Bauprojekt an die Rocca + Hotz AG zum Preis von CHF [...] (exkl. MWST) vergeben worden ist.

B.4.1.2 Auskünfte der Parteien

B.4.1.2.1 Foffa Conrad AG

43. In ihrer Eingabe vom 30. November 2012 kennzeichnete die Foffa Conrad AG das Bauprojekt «[...]», [...], als «abgesprochenes» Projekt.⁴⁸ Der entsprechenden internen Offertliste der Foffa Conrad AG ist zu entnehmen, dass das Projekt im Einladungsverfahren vergeben worden ist und die Foffa Conrad AG der Bauherrschaft hierfür den Preis von CHF [...] (exkl. MWST) offerierte.

44. Die Foffa Conrad AG präzisierte im weiteren Verfahren ihre Auskünfte. An der Befragung vom 27. Oktober 2015 räumte E.____ ein, dass es in Bezug auf das Bauprojekt «[...]», [...], zu einer bilateralen Absprache zwischen der Foffa Conrad AG und der Rocca + Hotz AG gekommen sei. Die Rocca + Hotz AG habe der Foffa Conrad AG mit Faxschreiben vom 18. Februar 2008 ihre Offerte zukommen lassen. Die Foffa Conrad AG habe der Bauherrschaft ein höheres Angebot unterbreiten sollen, was sie auch gemacht habe. Der Nutzen der Absprache habe für die Rocca + Hotz AG darin bestanden, dass sie dadurch mit einer Konkurrentin weniger konfrontiert gewesen sei. Die Foffa Conrad AG ihrerseits sei an der Ausführung des Bauprojekts nicht interessiert gewesen. Dass die Rocca + Hotz AG ihr die Offerte zugestellt habe, habe für die Foffa Conrad AG eine Arbeitserleichterung bei der Offertstellung zur Folge gehabt.⁴⁹

B.4.1.2.2 Rocca + Hotz AG

45. Anlässlich der Einvernahme vom 29. Oktober 2015 gab H.____ zu Protokoll, dass es sich beim Bauprojekt «[...]» um ein kleines Projekt gehandelt habe, welches aber für die Offertberechnung relativ viel Zeit beansprucht habe. J.____, der den handschriftlichen Vermerk auf dem Faxschreiben vom 18. Februar 2008 angebracht habe, sei ein ehemaliger Bauführer der Foffa Conrad AG gewesen und zum Zeitpunkt des Faxversandes bei der Rocca + Hotz AG angestellt gewesen.

46. Weiter führte H.____ aus, dass [...] wohl noch ein zweites Angebot gebraucht habe und sich deshalb an die Foffa Conrad AG gewandt habe. Die Foffa Conrad AG habe sich möglicherweise den Aufwand für die Offertstellung sparen wollen und daher die Rocca + Hotz AG kontaktiert. So laufe es in der Praxis. Die Rocca + Hotz AG habe davon selber keinen Nutzen gehabt. Allerdings sei die Foffa Conrad AG in Bezug auf dieses Projekt eine Mitbewerberin bzw. Konkurrentin der Rocca + Hotz AG gewesen.

47. Schliesslich brachte H.____ vor, dass er nicht glaube, dass bei diesem Projekt – neben der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG – noch ein anderes Unternehmen offeriert habe, allenfalls die Angelini Hoch- & Tiefbau AG als ortsansässiges Unternehmen.⁵⁰

B.4.2 Beweiswürdigung

B.4.2.1 Natürlicher (tatsächlicher) Konsens

48. Aus dem Faxschreiben der Rocca + Hotz AG an die Foffa Conrad AG vom 18. Februar 2008⁵¹ ist ersichtlich, dass die Rocca + Hotz AG der Foffa Conrad AG vor Ablauf der Eingabefrist ihre Offerte zustellte. Die Foffa Conrad AG räumte ein, dass diesem Schreiben eine bilaterale Absprache zwischen der Foffa Conrad AG und der Rocca + Hotz AG zugrunde lag. Die Foffa Conrad AG sollte der Bauherrschaft ein höheres Angebot unterbreiten als die Rocca + Hotz AG. Diese Aussagen sind schlüssig, konkret und widerspruchsfrei. Auch von der Rocca + Hotz AG wird nicht bestritten, dass die Foffa Conrad AG und die Rocca + Hotz AG in Bezug auf die strittige Ausschreibung in Kontakt standen, um ihre Angebotspreise zu koordinieren.

49. Bei dieser Beweislage ist erstellt, dass die Foffa Conrad AG und Rocca + Hotz AG übereingekommen waren, ihre Angebote bei der Ausschreibung «[...]» zu koordinieren. Konkret sollte die Foffa Conrad AG der Vergabestelle ein höheres Angebot als die Rocca + Hotz AG unterbreiten, um deren Chancen auf die Zuschlagserteilung zu begünstigen. Im Lichte der objektiven Beweismittel, insbesondere des Faxschreibens vom 18. Februar 2018, sowie der Auskünfte der Parteien bestehen daran keine vernünftigen Zweifel.

B.4.2.2 Verfolgter Zweck

50. Wie erstellt ist (Rz 49), kamen die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG überein, ihre Angebote bezüglich der strittigen Ausschreibung zu koordinieren. Einer solchen Angebotskoordination ist immanent, dass sie darauf zielt, den Wettbewerb zwischen den Beteiligten zu verhindern. Dies bestätigen vorliegend auch die Aussagen der Foffa Conrad AG. Demnach habe der Nutzen für die Rocca + Hotz AG an der Angebotskoordination darin bestanden, dass sie mit einer Konkurrentin weniger konfrontiert gewesen sei. Nicht glaubhaft ist in diesem Zusammenhang die Behauptung der Rocca + Hotz AG, dass von der Verhaltensabstimmung nur die Foffa Conrad AG profitiert habe, indem sie sich den Aufwand für die Offertstellung sparen können. Dabei ist zu beachten, dass die Rocca + Hotz AG selber bestätigte, dass die Foffa Conrad AG bei der Ausschreibung «[...]» eine Mitbewerberin bzw. Konkurrentin der Rocca + Hotz AG gewesen sei. Wenn in einer Submission eine Konkurrentin infolge einer Angebotskoordination entfällt, stärkt dies die Position des anderen Unternehmens, das an der Ausführung des Projekts interessiert ist. Dies gilt vorliegend umso mehr, da neben der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG höchstens ein weiteres Unternehmen an der Ausschreibung teilnahm (vgl. auch Rz 54 hiernach).

51. Damit ist erwiesen, dass die Foffa Conrad AG und die Rocca + Hotz AG mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei der Ausschreibung «[...]» nicht zu konkurrenzieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

⁴⁷ Act. VI.047, pag. 22.

⁴⁸ Act. IX.C.24, pag. 13.

⁴⁹ Act. IX.C.61, Zeilen 63 ff.

⁵⁰ Zum Ganzen Act. IV.026, Zeilen 185 ff.

⁵¹ Act. IX.C.35, pag. 9.

B.4.2.3 Umsetzung und Auswirkungen

52. Dem Vergabeentscheid [...] betreffend das Bauprojekt «[...]», [...]»⁵², ist zu entnehmen, dass sich die Rocca + Hotz AG in der Ausschreibung mit ihrem Angebot von CHF [...] durchsetzte. Die Foffa Conrad AG offerierte der Bauherrschaft den Preis von CHF [...] (exkl. MWST).⁵³

53. Damit ist erwiesen, dass sich die Foffa Conrad AG und die Rocca + Hotz AG an die getroffene Abmachung hielten. Konkret reichte die Foffa Conrad AG ein höheres Angebot als die Rocca + Hotz AG ein. Ebenso ist erstellt, dass sie sich bei der strittigen Ausschreibung nicht konkurrenzten. Daran bestehen im Lichte der umgesetzten Angebotskoordination keine vernünftigen Zweifel.

54. Schliesslich ist erwiesen, dass die Rocca + Hotz AG den Zuschlag erhielt und das Bauprojekt «[...]» ausführte. Wie die Rocca + Hotz AG ausführte, nahm neben den beiden Parteien möglicherweise die [...] an der Ausschreibung teil.⁵⁴ Aufgrund der erhobenen Beweise kann dies nicht ausgeschlossen werden. Im Zweifel ist die für die beschuldigten Unternehmen günstigere Sachverhaltsvariante anzunehmen (Grundsatz *in dubio pro reo*). Im Ergebnis ist daher anzunehmen, dass die [...] tatsächlich an der Ausschreibung teilgenommen hat (vgl. zu den rechtlichen Implikationen Rz 214 hiernach).

B.4.3 Beweisergebnis

55. Nach dem Gesagten ist erwiesen, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG ein natürlicher (tatsächlicher) Konsens vorlag, ihre Angebote beim Bauprojekt «[...]» im Jahr 2008 zu koordinieren. Konkret sollte die Foffa Conrad AG ein höheres Angebot einreichen als die Rocca + Hotz AG. Damit bezweckten sie, sich bei diesem Bauprojekt nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist erstellt, dass sie sich in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – verhielten und sich nicht konkurrenzten. Wie beabsichtigt, erhielt die Rocca + Hotz AG den Zuschlag zum Preis von CHF [...] (exkl. MWST). Als weiterer Mitbewerber nahm wohl die [...] an der Ausschreibung teil; dies ist jedenfalls im Lichte des Grundsatzes *in dubio pro reo* anzunehmen.

B.5 [...], la Punt Chamues-ch (2008)

56. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», la Punt Chamues-ch (2008), richtet sich der Vorwurf der Angebotskoordination an die Foffa Conrad AG und Rocca + Hotz AG.

B.5.1 Beweismittel

57. Im Folgenden werden die Beweismittel genannt, auf die sich die Behörde bei der Würdigung der in diesem Abschnitt zu beurteilenden Sachverhaltsfragen stützt.

B.5.1.1 Urkunden

58. Zur Beurteilung der vorliegenden Sachverhaltsfragen sind folgende Urkunden zu würdigen:

- Faxschreiben der Rocca + Hotz AG an die Foffa Conrad AG vom 12. März 2008⁵⁵.

Daraus ist ersichtlich, dass die Rocca + Hotz AG der Foffa Conrad AG ihren Offertentwurf für die Baumeisterarbeiten betreffend das Bauprojekt «[...]» zustellte.

Der Angebotspreis der Rocca + Hotz AG ist im Offertentwurf mit CHF [...] (inkl. MWST) angegeben. Die beiden Positionen «Regiearbeiten» (CHF [...]) und Garten- und Landschaftsbau (CHF [...]) sind handschriftlich durchgestrichen.

- Offerten der Rocca + Hotz AG vom 7. März 2008 betreffend das Bauprojekt «[...]» (Baumeisterarbeiten, verputzte Aussenwärmedämmung und innere Verputzarbeiten)⁵⁶.

Den Offerten ist zu entnehmen, dass die Rocca + Hotz AG der Bauherrschaft die Baumeisterarbeiten zum Preis von CHF [...] (inkl. MWST), die verputzte Aussenwärmedämmung zum Preis von CHF [...] (inkl. MWST) sowie die inneren Verputzarbeiten zum Preis von CHF [...] (inkl. MWST) offerierte. Das Angebot für alle diese Arbeiten belief sich auf gesamt CHF [...] (inkl. MWST).

- Schreiben der Foffa Conrad AG an K.____ mit dem Offertdeckblatt vom 25. März 2008 betreffend das Bauprojekt «[...]»⁵⁷ mit handschriftlichen Korrekturen.
- Werkvertrag zwischen K.____ und der Rocca + Hotz AG vom [...] betreffend das Bauprojekt «[...]»⁵⁸.

B.5.1.2 Auskünfte der Parteien

B.5.1.2.1 Foffa Conrad AG

59. In ihrer Eingabe vom 30. November 2012 kennzeichnete die Foffa Conrad AG das Bauprojekt «[...]», la Punt Chamues-ch, als «abgesprochenes» Projekt.⁵⁹ Sie bestätigte dies in der Eingabe vom 1. Februar 2013.⁶⁰

60. An der Befragung vom 27. Oktober 2015 gab E.____ zu Protokoll, dass die Devisierung beim betreffenden Bauprojekt relativ aufwändig gewesen sei, insbesondere wenn ein Unternehmen kein grosses Interesse am Auftrag gehabt habe. Er nehme an, dass der Kontakt im Hinblick auf die Absprache von der Rocca + Hotz AG ausgegangen sei. Die Foffa Conrad AG habe die Rocca + Hotz AG daraufhin um den Devis gebeten. Sie habe diesen angepasst und entsprechend höher als die Rocca + Hotz AG eingegeben.⁶¹

B.5.1.2.2 Rocca + Hotz AG

61. Anlässlich seiner Einvernahme vom 29. Oktober 2015 wurde H.____ mit dem Faxschreiben der Rocca + Hotz AG an die Foffa Conrad AG vom 12. März 2008⁶² konfrontiert. Daraufhin sagte H.____ aus, dass er sich an das Bauprojekt «[...]», la Punt Chamues-ch, nicht erinnern könne. Welches Unternehmen dieses Bauprojekt ausgeführt habe, wisse er nicht. Die Frage, ob die Rocca + Hotz AG den Zuschlag erhalten habe, verneinte er.⁶³

⁵² Act. VI.047, pag. 22.

⁵³ Vgl. Act. IX.C.24, pag. 13.

⁵⁴ Act. IV.026, Zeilen 204 ff.

⁵⁵ Act. IX.C.35, pag. 10.

⁵⁶ Act. 15 (22-0459), Beilagen 1.

⁵⁷ Act. 15 (22-0459), Beilage 2.

⁵⁸ Act. 15 (22-0459), Beilage 3.

⁵⁹ Act. IX.C.24, pag. 13.

⁶⁰ Act. IX.C.35, pag. 10.

⁶¹ Act. IX.C.61, Zeilen 135 ff.

⁶² Act. IX.C.35, pag. 10.

⁶³ Act. IV.026, Zeilen 271 ff.

B.5.1.3 Auskunft von K.____ (Bauherr)

62. Der Bauherr des strittigen Bauprojekts, K.____, erteilte der Behörde auf deren Ersuchen folgende Auskünfte⁶⁴:

- Er habe für die [...] in La Punt-Chamues-ch zunächst lediglich die Rocca + Hotz AG zur Offertstellung eingeladen. Die erste Offerte der Rocca + Hotz AG vom [...] in der Höhe von CHF [...] habe er jedoch als zu hoch erachtet. Er habe die Rocca + Hotz AG daher um die Abgabe eines günstigeren Angebots ersucht. Die Rocca + Hotz AG habe ihm daraufhin ein Angebot in der Höhe von insgesamt CHF [...] unterbreitet.
- Im Zuge der Vergabe für die Zimmermannsarbeiten habe K.____ die Foffa Conrad AG kennengelernt. Dabei habe er festgestellt, dass die Foffa Conrad AG an der Ausführung der Baumeisterarbeiten ebenfalls interessiert gewesen sei. Er habe sich daher entschieden, die Foffa Conrad AG zur Einreichung einer Konkurrenzofferte einzuladen. Am [...] habe er von der Foffa Conrad AG ein entsprechendes Angebot erhalten. Nach seiner Erinnerung habe der ausgehandelte Angebotspreis der Foffa Conrad AG zwischen CHF [...] und CHF [...] betragen. Da ihr Angebot günstiger gewesen sei als dasjenige der Rocca + Hotz AG, habe er die Baumeisterarbeiten unbedingt durch die Foffa Conrad AG ausführen lassen wollen. Er habe um einen Zeichnungstermin für den Werkvertrag gebeten. Aus ihm unerfindlichen Gründen sei diese Unterzeichnung des Werkvertrags anschliessend aber über Wochen hinweg nicht zustande gekommen.
- Im Rahmen eines Telefonats habe ihm E.____ daraufhin «etwas umständlich» erklärt, dass dieser mit H.____ seine Anfrage beim Golfspielen diskutiert habe und dass die Rocca + Hotz AG ihm bestimmt noch etwas entgegenkommen würde. Schliesslich habe er sich mit der Rocca + Hotz AG auf einen Pauschalbetrag von CHF [...] gemäss Werkvertrag vom [...] geeinigt.

B.5.2 Beweiswürdigung

B.5.2.1 Natürlicher (tatsächlicher) Konsens

63. Zunächst ist das Faxschreiben der Rocca + Hotz AG an die Foffa Conrad AG vom 12. März 2008⁶⁵ zu würdigen. Daraus geht hervor, dass die Rocca + Hotz AG der Foffa Conrad AG die eigene Offerte für das Bauprojekt zustellte. Bereits daraus ist zu schliessen, dass die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG den gemeinsamen Willen geäussert haben mussten, ihre Angebote in Bezug auf das Bauprojekt «[...]» zu koordinieren. Im Kontext von Submissionen läuft es den üblichen Abläufen und Verhaltensweisen zuwider, wenn ein Unternehmen einem Konkurrenzunternehmen seine Offerte zustellt, namentlich wenn es sich unabhängig von Konkurrenten verhalten will. Damit deckt es seine Absichten zum Eingabeverhalten auf und riskiert, vom Konkurrenzunternehmen in der Ausschreibung unterboten zu werden. Dass die Rocca + Hotz AG der Foffa Conrad AG während der laufenden privaten Vergabe ihre Offerte zusandte, ist daher mit typischem Verhalten in Konkurrenzverhältnissen nicht vereinbar. Vielmehr lässt sich dieses nur durch den gemeinsamen Willen zur Koordination der Angebote erklären.

64. Vorliegend wurde dies zudem von der Foffa Conrad AG ausdrücklich bestätigt. Sie räumte ein, ihr Angebot mit der Rocca + Hotz AG koordiniert zu haben. Diese Aussagen erscheinen schlüssig und im Einklang mit den objektiven Beweismitteln. Schliesslich ist auch den Auskünften des Bauherrn, K.____, zu entnehmen, dass Gespräche zwischen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG betreffend das Bieterverhalten stattgefunden haben.⁶⁶ Kaum Beweiskraft ist dagegen den Aussagen der Rocca + Hotz AG beizumessen. H.____ konnte sich offenbar nicht mehr an das strittige Projekt erinnern.

65. Damit ist erstellt, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihr Bieterverhalten bezüglich des Bauprojekts «[...]» in la Punt Chamues-ch im Jahr 2008 zu koordinieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Wie den Beweismitteln zu entnehmen ist, trat die Foffa Conrad AG nicht nur hinter die Rocca + Hotz AG zurück. Vielmehr fand auch eine preisliche Abstimmung statt. Dies zeigen der Versand der Offerte der Rocca + Hotz AG an die Foffa Conrad AG und die Aussagen von E.____.

B.5.2.2 Verfolgter Zweck

66. Wie erstellt ist (Rz 65), kamen die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG überein, ihre Angebote bezüglich der strittigen Ausschreibung zu koordinieren. Einer solchen Angebotskoordination ist immanent, dass sie darauf zielt, den Wettbewerb zwischen den Beteiligten zu verhindern. Andere Gründe sind hierfür nicht ersichtlich. Den Angaben des Bauherrn ist zu entnehmen, dass die Foffa Conrad AG zunächst Interesse an der Ausführung des Projekts gezeigt hat und der Abschluss des Werkvertrags offenbar kurz bevorstand. Infolge des Kontakts mit der Rocca + Hotz AG trat sie aber hinter deren Interessen zurück.⁶⁷

67. Damit ist erwiesen, dass die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG mit ihrem Verhalten bezweckten, sich beim Bauprojekt «[...]» nicht zu konkurrenzieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

B.5.2.3 Umsetzung und Auswirkungen

68. Die Angaben von E.____ und des Bauherrn zeigen, dass die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG ihr Bieterverhalten in Bezug auf das Bauprojekt «[...]» tatsächlich koordiniert haben. Konkret hielten sie sich an ihre Abmachung, dass die Foffa Conrad AG hinter die Rocca + Hotz AG zurücktrete. Damit verzichteten sie im Einvernehmen, sich bei der strittigen Ausschreibung zu konkurrenzieren. Auch dies ist erstellt. Den Zuschlag erhielt – wie vorgesehen – die Rocca + Hotz AG zum Preis von CHF [...].

⁶⁴ Zum Ganzen Act. 15 (22-0459), Antwort auf Frage 2.

⁶⁵ Act. IX.C.35, pag. 10.

⁶⁶ Vgl. Act. 15 (22-0459), Antwort auf Frage 2.

⁶⁷ Act. 15 (22-0459), Antwort auf Frage 2.

B.5.3 Beweisergebnis

69. Nach dem Gesagten ist erwiesen, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG ein natürlicher (tatsächlicher) Konsens vorlag, ihre Angebote beim Bauprojekt «[...]» im Jahr 2008 zu koordinieren. Konkret sollte die Foffa Conrad AG ein höheres Angebot einreichen als die Rocca + Hotz AG. Damit bezweckten sie, sich bei diesem Bauprojekt nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist erstellt, dass sie sich in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – verhielten und sich nicht konkurrenzieren. Wie beabsichtigt, erhielt die Rocca + Hotz AG den Zuschlag. Weitere Mitbewerber gab es nicht.

B.6 [...], [...] (2008)

70. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», [...] (2008), richtet sich der Vorwurf der Angebotskoordinierung an die Foffa Conrad AG, P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau und Rocca + Hotz AG.

B.6.1 Beweismittel

B.6.1.1 Urkunden

71. Zur Beurteilung der vorliegend relevanten Sachverhaltsfragen stützt sich die Behörde auf folgende Urkunden:

- E-Mail von H.____, Rocca + Hotz AG, vom 3. Oktober 2008 an M.____, P. Lenatti AG, und E.____, Foffa Conrad AG, mit dem Betreff «[...]»⁶⁸;

Foffa & Conrad SA



Von: [REDACTED] Rocca + Hotz AG [REDACTED]@roccahotz.ch
 Gesendet: Freitag, 3. Oktober 2008 10:00
 An: [REDACTED]@lenatti.ch; Foffa + Conrad [REDACTED]
 Betreff: [REDACTED]

Hallo [REDACTED]
 Beiliegend meine Offerte mit Berücksichtigung der S-chanfer Konkurrenz relativ scharf gerechneten Preisen.
 Ich bitte Euch um Anhebung Eurer Offerte um 5 – 10 %
 Gruss und Dank
 [REDACTED]
 Rocca + Hotz AG
 Bauunternehmung
 Zuoz / La Punt / S-chanf
 www.roccahotz.ch
 Tel. [REDACTED]

- Offertöffnungsprotokoll der [...] betreffend das Bauprojekt «[...]».⁶⁹ Daraus geht hervor, dass folgende Unternehmen Angebote für das zu beurteilende Bauprojekt einreichten:

Unternehmen	Offertsumme (inkl. MWST, gerundet)
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]
Rocca + Hotz AG, Zuoz	CHF [...]
Foffa Conrad AG, Zernez	CHF [...]
P. Lenatti AG, Bever	CHF [...]
[...]	keine Eingabe

B.6.1.2 Auskünfte von Parteien

B.6.1.2.1 Foffa Conrad AG

72. In ihrer Eingabe vom 30. November 2012 kennzeichnete die Foffa Conrad AG das Bauprojekt «[...]», [...] (2008), als «abgesprochenes» Projekt.⁷⁰ Sie bestätigte dies in der Eingabe vom 1. Februar 2013.⁷¹

⁶⁸ Act. IX.C.035, pag. 15 und 16 sowie Act. III.C.001, pag. 6.

⁶⁹ Act. IX.C.035, pag. 16 sowie Act. III.C.001, pag. 6.

⁷⁰ Act. IX.C.24, pag. 19.

⁷¹ Act. IX.C.35, pag. 5 und 15.

73. An der Befragung vom 27. Oktober 2015 gab E. ___ zu Protokoll, dass es bei diesem Bauprojekt eine Absprache zwischen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG gegeben habe. H. ___ habe das Projekt kalkuliert und der Foffa Conrad AG mitgeteilt, dass sie «etwas höher» eingeben solle.⁷² Die Foffa Conrad AG habe kein Interesse an der Ausführung dieses Projekt gehabt. Sie habe aber trotzdem eingeben wollen.⁷³ Solche E-Mails wie dasjenige vom 3. Oktober 2008 von H. ___ habe er nie ohne vorgängigen Kontakt erhalten. Er habe nie einfach so etwas von einem Konkurrenten gekriegt, ohne dass er gewusst habe, um was es gegangen sei. In seinen Worten wäre das ja «hirnverbrannt». Man schicke nicht einfach so Zahlen rum. Er erachte daher die Wahrscheinlichkeit als klein, dass H. ___ seine Eingabe an die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau geschickt habe, ohne vorgängig mit ihr Kontakt gehabt zu haben.⁷⁴

B.6.1.2.2 Rocca + Hotz AG

74. Anlässlich der Einvernahme vom 29. Oktober 2015 sagte H. ___ aus, dass er seine Offerte der Foffa Conrad AG und der P. Lenatti, Hoch- und Tiefbau habe zukommen lassen, weil die beiden Unternehmen den Aufwand für die Offertstellung gescheut hätten. Das Preisniveau in [...] sei unrealistisch tief. Unter diesen Umständen sei der Aufwand und Ertrag bei der Erstellung einer eigenen Offerte in keinem realistischen Verhältnis.⁷⁵

75. Dass er ohne vorgängige Kontaktaufnahme Konkurrenten die Offerte der Rocca + Hotz AG geschickt hätte, schloss er aus.⁷⁶

B.6.1.3 Zeugenaussagen von M. ___

76. Anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 20. Oktober 2015⁷⁷ konfrontierte die Behörde M. ___, [...] der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau, mit der E-Mail von H. ___ vom 3. Oktober 2008 (Rz 71 hiervor). M. ___ führte dazu aus, dass er Zweifel am Erhalt dieser E-Mail habe. Aus dem Eröffnungsprotokoll gehe hervor, dass die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau eine ca. 50% höhere Offerte als Rocca + Hotz AG eingereicht habe. Hätte er wirklich Kenntnis vom Angebotspreis der Rocca + Hotz AG gehabt, hätte er nicht eine solch hohe Offerte eingereicht. Er habe sich mit diesem hohen Preis der Lächerlichkeit preisgegeben.⁷⁸ Insofern habe er Zweifel, diese E-Mail überhaupt erhalten bzw. davon Kenntnis genommen zu haben.⁷⁹ Es treffe aber zu, dass es sich bei der auf der E-Mail vom 3. Oktober 2008 angegebenen Adresse um seine handle. Die E-Mailadresse sei korrekt geschrieben. Er habe keine Kenntnisse davon, dass er in anderen Fällen, in denen E-Mails an diese Adresse geschickt worden seien, er diese nicht erhalten habe.⁸⁰

77. Weiter gab M. ___ zu Protokoll, dass es sich bei der E-Mail von H. ___ vom 3. Oktober 2008 um eine Anfrage um Schutzgewährung der Rocca + Hotz AG gehandelt habe. Allerdings habe er Zweifel am Erhalt bzw. der Kenntnisnahme dieser E-Mail.⁸¹

78. Auf die Frage nach der Häufigkeit der Anfragen von H. ___ um Schutzgewährung per E-Mail antwortete M. ___: «Hätten Sie mir dieses E-Mail nicht vorgehalten, hätte ich «nie» gesagt.»⁸² Allerdings habe man sich gut gekannt und miteinander gesprochen. Dabei sei es nicht unbedingt um «Schutzofferten» gegangen, sondern um Auftragsbesprechungen. Er habe sich mit H. ___ etwa im

[...] oder woanders getroffen. Die Mitglieder des GBV Sektion Oberengadin seien auch zusammen vier Tage an der Expo Mailand gewesen. Dass man dort auch über Aufträge spreche, liege auf der Hand.⁸³

B.6.2 Beweiswürdigung

B.6.2.1 Natürlicher (tatsächlicher) Konsens

79. Anhand der genannten Beweismittel ist zu beurteilen, ob zwischen der Rocca + Hotz AG, Foffa Conrad AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich des Bauprojekts «[...]» in [...] im Jahr 2008 zu koordinieren.

80. Die E-Mail von H. ___ vom 3. Oktober 2008 an E. ___ und M. ___ stellt ein objektives Beweismittel dar, das in unmittelbarem und konkretem Bezug zur vorgeworfenen Verhaltensweise steht. Darin liess die Rocca + Hotz AG der Foffa Conrad AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau ihre Offerte für das strittige Bauobjekt zukommen. Die Aufforderung von H. ___ «*Ich bitte Euch um Anhebung der Offerte um 5–10 %*» lässt keinen anderen Schluss zu, als dass die Rocca + Hotz AG die Foffa Conrad AG und P. Lenatti, Hoch- und Tiefbau darum ersuchte, höhere Offerten einzugeben bzw. sie bei diesem Bauprojekt nicht zu konkurrenzieren.

81. Aus der E-Mail ist dagegen nicht unmittelbar ersichtlich, ob die Foffa Conrad AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau mit der von H. ___ beabsichtigten Koordination des Bieterverhaltens einverstanden waren. Dem Ersuchen der Rocca + Hotz AG haben jedenfalls weder die Foffa Conrad AG noch die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau schriftlich zugestimmt. Zu prüfen ist daher, ob ein natürlicher Konsens zur Angebotskoordination zwischen den beteiligten Unternehmen mündlich oder durch konkludentes Verhalten zustande gekommen ist.

82. Die Foffa Conrad AG räumte ein, dass sie sich beim vorliegenden Projekt mit der Rocca + Hotz AG geeinigt habe, eine höhere Offerte einzureichen. Auch die Rocca + Hotz AG stellte dies nicht in Abrede. Ihre Aussagen sind schlüssig und decken sich mit den objektiven Beweismitteln, konkret der E-Mail vom 3. Oktober 2008 und dem Offertöffnungsprotokoll der Gemeinde S-chanf. Aus Letzterem ist ersichtlich, dass die Foffa Conrad AG tatsächlich ein leicht höheres Angebot eingereicht hat als die Rocca + Hotz AG. Bei dieser Beweislage ist erstellt, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG ein natürlicher (tatsächlicher) Konsens vorlag, ihre Angebote beim Bauprojekt «[...]» im Jahr 2008 zu koordinieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

⁷² Act. IX.C.061, Zeilen 298–303.

⁷³ Act. IX.C.061, Zeilen 305–307.

⁷⁴ Act. IX.C.061, Zeilen 315 ff.

⁷⁵ Act. IV.026, Zeilen 318–322.

⁷⁶ Act. IV.026, Zeilen 328–336.

⁷⁷ Act. IV.024.

⁷⁸ Act. IV.024, Zeilen 181 ff und 199 ff.

⁷⁹ Act. IV.024, Zeilen 179 ff.

⁸⁰ Act. IV.024, Zeilen 254–261.

⁸¹ Act. IV.024, Zeile 173 f. und Zeilen 226–230.

⁸² Act. IV.024, Zeile 233.

⁸³ Act. IV.024, Zeilen 217 ff.

83. Näher zu beleuchten ist, ob auch zwischen der Rocca + Hotz AG und der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau ein Konsens zur Angebotskoordination zustande gekommen ist. Dabei gilt es zu beachten, dass die Behörde eine Tatsache nur dann als erwiesen erachten darf, wenn sie an deren Vorhandensein keine vernünftigen Zweifel hat. M.____ hat Zweifel geäußert, die E-Mail von H.____ vom 3. Oktober 2008 erhalten zu haben bzw. hiervon Kenntnis genommen zu haben. Für den Erhalt der E-Mail spricht, dass seine E-Mailadresse korrekt geschrieben ist und M.____ keine (anderweitigen) Fälle bekannt sind, in denen er E-Mails an die betreffende E-Mailadresse nicht erhalten habe. Allerdings hat die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau ein um rund 40 % höheres Angebot eingereicht als die Rocca + Hotz AG. Die Aufforderung von H.____ bestand darin, die Offerte nur um 5–10 % anzuheben. In den Worten von M.____ habe sich die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau mit dem überhöhten Angebot der «Lächerlichkeit» preisgegeben. Vor diesem Hintergrund ist es tatsächlich denkbar, dass er die E-Mail von H.____ vom 3. Oktober 2008 nicht zur Kenntnis genommen und bei seiner Preiskalkulation nicht berücksichtigt hat. Damit bestehen konkrete Zweifel daran, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau ein Konsens zur preislichen Angebotskoordination zustande gekommen ist. Im Einklang mit dem Grundsatz *in dubio pro reo* ist das Vorliegen von übereinstimmenden Willenserklärungen in diesem Punkt zu verneinen.

84. Allerdings lässt dieses Beweisergebnis nicht den Schluss zu, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau in gar keiner Hinsicht ein Konsens vorlag. So muss vor Versand der fraglichen E-Mail vom 3. Oktober 2008 ein Kontakt zwischen der Rocca + Hotz AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau stattgefunden haben. Dies untermauern die Aussagen von H.____ und E.____. H.____ verneinte, dass er jemals vor Ablauf der Eingabefrist einer Konkurrentin ohne vorgängigen Kontakt die Offerte der Rocca + Hotz AG zu kommen liess. E.____ bezeichnete es gar als «hirnverbrannt», wenn dies ein Unternehmen tun würde. Weiter ist der Kontext zu berücksichtigen, indem sich Unternehmen bei einer Ausschreibung befinden. Anlässlich des Kontakts mit der Rocca + Hotz AG muss die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau zum Ausdruck gebracht haben, dass sie hinter deren Interessen zurückstehe, sei es durch Einreichung eines höheren Angebots («Schutzofferte»), sei es durch Angebotsverzicht. Die Rocca + Hotz AG ihrerseits hätte der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau ihre Offerte nicht zugesandt, wenn sie nicht mit einem solchen Entgegenkommen der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau gerechnet hätte, zumal sie ansonsten riskiert hätte, von ihr unterboten zu werden. Die E-Mail von H.____ vom 3. Oktober 2008 an M.____ (und E.____) lässt sich nur durch den gemeinsamen Willen zur Koordination des Bieterverhaltens erklären.

85. Vor diesem Hintergrund ist erstellt, dass (auch) im Verhältnis zwischen der Rocca + Hotz AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau ein natürlicher Konsens zustande gekommen ist, sich bei der Ausschreibung «[...]» nicht zu konkurrenzieren. Dieser Konsens bezog sich aber (in dubio pro reo) nicht auf eine konkrete preisliche

Angebotskoordination. Die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau sollte beim strittigen Projekt aber ihr Eingabeverhalten (durch einen hohen Preis oder Angebotsverzicht) so gestalten, dass sie eine mögliche Zuschlagserteilung an die Rocca + Hotz AG nicht gefährden würde. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

86. Dass die Foffa Conrad AG und die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau – wie dies von der Rocca + Hotz AG geltend gemacht wird (vgl. Stellungnahme vom 13. März 2019, Rz 14 ff. und 19 ff.) – zum Vornherein kein Interesse am betreffenden Bauprojekt gehabt hätten, ist nicht relevant. Die Rocca + Hotz AG war damit einverstanden, diesen beiden Unternehmen ihre Offerte zur Verfügung zu stellen. Gleichzeitig forderte sie auf, höher einzugeben⁸⁴. Diesem Ersuchen kamen die beiden Unternehmen anschliessend auch nach. Damit steht fest, dass zwischen der Rocca + Hotz AG, der Foffa Conrad AG und der P. Lenatti, Hoch- und Tiefbau Einigkeit darüber bestand, das Bieterverhalten zu koordinieren. Dabei wäre es der Rocca + Hotz AG ohne Weiteres freigestanden, sich an der fraglichen Angebotskoordination nicht zu beteiligen. Die Behauptung, dass das Zusenden der Offerte lediglich eine «nette Geste unter Kollegen» gewesen sei⁸⁵, ändert daran nichts. Insbesondere blendet die Rocca + Hotz AG damit die Optik der Bauherrschaft aus, die durch das Einreichen von koordinierten Angeboten getäuscht worden ist.

87. Im Übrigen unterscheiden sich auch so genannte «Pro-Forma-Offerte» oder «Alibiofferten» (ohne Interesse an der Ausführung) bzw. absichtlich zu hoch eingeebete Offerten nicht von normalen Offerten. Im Kontext privater Submissionen handelt sich hierbei um einen Antrag zum Abschluss eines Vertrages. An seinen Antrag bzw. seine Offerte ist das Bauunternehmen gebunden (Art. 5 Abs. 1 OR). Die Kenntnis des Bauherrn, ob die Submittentin eine «Pro-Forma-Offerte» (ohne Interesse an der Ausführung) oder eine Offerte mit Ausführungsinteresse einreicht, ist nicht entscheidend. In beiden Fällen liegen verbindliche Offerten vor, welche in die Auswahl der Offerten einhergehen und bei Annahme durch den Bauherrn zum Vertragsabschluss führen.

B.6.2.2 Verfolgter Zweck

88. Wie erstellt ist (vgl. Rz 79 ff. hiervor), kamen die Rocca + Hotz AG, Foffa Conrad AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau überein, ihr Bieterverhalten bei der Ausschreibung «[...]» zu koordinieren. Einem Konsens über einen solchen Inhalt ist immanent, dass die Beteiligten (auch) darauf zielen, sich nicht zu konkurrenzieren. Dass die Foffa Conrad AG zum Vornherein kein Interesse am betreffenden Bauprojekt gehabt habe und sich lediglich den Aufwand für die Offerterstellung habe ersparen wollen, wie dies die Rocca + Hotz AG vorbringt,⁸⁶ ist nicht relevant. Der Anfahrtsweg von Zernez nach S-chanf beträgt rund 15 km und wäre zu bewältigen gewesen. So hat die Foffa Conrad AG nach Aussagen von H.____ in der Vergangenheit Bauleistungen

⁸⁴ Act. IX.C.035, pag. 15 und 16 sowie Act. III.C.001, pag. 6.

⁸⁵ Act. 93 (22-0459), Rz 21.

⁸⁶ Act. 93 (22-0459), Rz 26 ff.

selbst im entfernteren Zuoz erbracht.⁸⁷ Auch sonst bestanden für die Foffa Conrad AG keine grundsätzlichen Hindernisse, ein Projekt dieser Art und Grössenordnung auszuführen. Daher konnte die Rocca + Hotz AG nicht ausschliessen, dass sich Foffa Conrad AG um den Zuschlag für das entsprechende Bauprojekt bemühen wollte. Dies erschloss sich ihr erst durch den Informationsaustausch im Hinblick auf die Angebotskoordination. So konnte sie sichergehen und -stellen, dass die Foffa Conrad AG kein Konkurrenzangebot einreichen würde.

89. Nach dem Gesagten bestand der Zweck der Angebotskoordination – neben möglichen weiteren Zielen – auch darin, sich nicht zu konkurrenzieren. Dass die Beteiligten mit ihrem Verhalten ausschliesslich andere Zwecke verfolgten, kann bei den vorliegend zu beurteilenden Verhaltensweisen ausgeschlossen werden. Darüber hinaus ist zu beachten, dass sie der Bauherrschaft die Angebotskoordination verschwiegen.⁸⁸ Insofern handelten sie auch mit Täuschungsabsicht.

B.6.2.3 Umsetzung und Auswirkungen

90. Aus dem Offertöffnungsprotokoll der [...] (Rz 71 hiavor) ist ersichtlich, dass die Rocca + Hotz AG die Ausführung des Bauprojekts «[...]» zum Preis von CHF [...] (inkl. MWST), die Foffa Conrad AG zum Preis von CHF [...] (inkl. MWST) und die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau zum Preis [...] (inkl. MWST) offerierten. Damit ist erstellt, dass sie sich an die getroffenen Abmachungen hielten. Die Foffa Conrad AG unterbreitete der Bauherrschaft ein um rund 5,6 % höheres Angebot als Rocca + Hotz AG, das Angebot der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau ist rund 40 % höher als dasjenige der Rocca + Hotz AG. Erwiesen ist damit auch, dass sich die Rocca + Hotz AG, Foffa Conrad AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau in Bezug auf das vorliegende Bauprojekt nicht konkurrenzieren. Dies gilt auch für allfällige Abgebotsrunden. So verneinte die Foffa Conrad AG, zur Abgabe eines Abgebots eingeladen worden zu sein.⁸⁹ Dies muss umso mehr für die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau gelten, deren Angebot weit über demjenigen der Foffa Conrad AG lag.

91. Den Zuschlag erhielt allerdings nicht, wie beabsichtigt, die Rocca + Hotz AG, sondern die Angelini Hoch- & Tiefbau AG.⁹⁰

B.6.3 Beweisergebnis

92. Nach dem Gesagten ist erwiesen, dass zwischen der Rocca + Hotz AG, Foffa Conrad AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau ein natürlicher (tatsächlicher) Konsens vorlag, ihr Bieterverhalten beim Bauprojekt «[...]» im Jahr 2008 zu koordinieren. Konkret sollten die Foffa Conrad AG und die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau ihr Bieterverhalten so gestalten, dass sie eine mögliche Zuschlagserteilung an die Rocca + Hotz AG nicht gefährden würden. Im Verhältnis zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG beinhaltete der Konsens auch eine preisliche Koordination der Angebote. Erstellt ist sodann, dass sich die beteiligten Unternehmen in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – verhielten und sich nicht konkurrenzieren. Der Zuschlag erging allerdings nicht, wie beabsichtigt, an die Rocca + Hotz AG, sondern an die [...].

B.7 [...], Zuoz (2009)

93. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», Zuoz (2009), richtet sich der Vorwurf der Angebotskoordinierung an die Foffa Conrad AG und die Rocca + Hotz AG.

B.7.1 Beweismittel

B.7.1.1 Urkunden

94. Zur Beurteilung der relevanten Sachverhaltsfragen sind folgende Urkunden zu würdigen:

⁸⁷ Act. IV.026, Zeilen 622 ff.

⁸⁸ Vgl. Act. IV.026, Zeilen 576–578; Act. 18 (22-0458), Zeilen 99–101, 179–181 und 193–205 (je Aussagen von H.____).

⁸⁹ Act. 99 (22-0459).

⁹⁰ Vgl. Act. IX.C.53, Zeile 273 f. (Aussage von I.____).

- E-Mail von H.____ an E.____ vom 21. Dezember 2009 betreffend «[...]»⁹¹;

Von: [REDACTED] Rocca + Hotz AG [REDACTED]@roccahotz.ch]

Gesendet: Montag, 21. Dezember 2009 10:49

An: Foffa + Conrad [REDACTED]

Betreff: [REDACTED]

Hallo [REDACTED]

Beiliegend meine Offerte.

Mit der Bitte um Anpassung und Änderung der Preise um 4- .. %.

Besten Dank und schöne Festtage

Gruss

[REDACTED]
Dorta 74, 7524 Zuoz

www.roccahotz.ch

[REDACTED]@roccahotz.ch

Tel [REDACTED]

Fax [REDACTED]

Natel [REDACTED]

- Werkvertrag zwischen [...] und der Rocca + Hotz AG vom [...]⁹².

B.7.1.2 Auskünfte der Parteien

B.7.1.2.1 Foffa Conrad AG

95. Mit ihrer Eingabe vom 30. November 2012 zeigte die Foffa Conrad AG ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem «[...]» in Zuoz im Jahr 2009 an. Konkret bezeichnete sie dieses Projekt als «abgesprochen».⁹³ Sie bestätigte diesbezüglich ihre Selbstanzeige mit Eingabe vom 1. Februar 2013.⁹⁴

96. An der Befragung vom 27. Oktober 2015 sagte E.____ aus, dass die Foffa Conrad AG kein Interesse an der Ausführung dieses Projekt gehabt habe und sich die Arbeit für die Erstellung einer Offerte habe ersparen wollen. Aufgrund der Absprache habe es einen Mitbewerber weniger für die Rocca + Hotz AG gegeben. Die Aufforderung von H.____ in seiner E-Mail vom 21. Dezember 2009 habe bedeutet, dass die Foffa Conrad AG mindestens 4 % höher als die Rocca + Hotz AG eingeben sollen. Er nehme an, dass die Foffa Conrad AG ihre Offerte aufgrund der E-Mail von H.____ nach oben angepasst habe.⁹⁵

B.7.1.2.2 Rocca + Hotz AG

97. H.____ gab am 29. Oktober 2015 zu Protokoll, dass es sich beim «[...]» um eine spezielle Ausschreibung gehandelt habe. Die Rocca + Hotz AG habe das Projekt mit einer [...] %-igen Kostenüberschreitung ausgeführt. Bereits im Vorhinein habe sie grosse Vorbehalte beim Architekten angebracht. Bei dieser komplizierten und

unklaren Ausschreibung hätten sich seines Wissens viele Unternehmer distanziert. Es sei deshalb für die anderen Unternehmen nicht lohnenswert gewesen, eine eigene Offerte zu kalkulieren. Er nehme deshalb an, dass ihn die Foffa Conrad AG um die Zusendung einer Offerte angefragt habe. Seine Aufforderung in der E-Mail vom 21. Dezember 2009 an E.____ sei nicht zwingend so zu verstehen, dass eine Anhebung des Preises um mindestens 4 % gemeint gewesen sei. Der Preis habe keine primäre Rolle gespielt, weil die Offerte aufgrund der Komplexität des Projekts noch hätte angepasst werden müssen. Er wisse nicht, welche weitere Unternehmen noch eingegeben hätten, aber bestimmt fünf bis sechs andere Unternehmen. Es sei nicht darum gegangen, dass die Foffa Conrad AG die Rocca + Hotz AG «schützen» sollte. Den Zuschlag habe die Rocca + Hotz AG erhalten.⁹⁶

⁹¹ Act. IX.C.35, pag. 20.

⁹² Act. 23 (22-0459), pag. 25 ff.

⁹³ Act. IX.C.24, pag. 30.

⁹⁴ Act. IX.C.35, pag. 5 und 20.

⁹⁵ Act. IX.C.61, Zeilen 433–451.

⁹⁶ Act. IV.026, Zeilen 399–441.

B.7.1.3 Auskunft von N.____

98. Die Behörde ersuchte O.____, Bauherr des vorliegenden Projekts, um Sachverhaltsauskünfte. An seiner Stelle antwortete [...], N.____. Sie erteilte der Behörde mit E-Mail vom 5. Juni 2016 im Wesentlichen folgende Auskünfte⁹⁷:

99. Der Bauherr O.____ (später [...]) habe das Architekturbüro [...] für die Ausschreibung des Hauses an [...] in Zuoz beauftragt. Es sei klar gewesen, dass die Aufträge nach Möglichkeit im Dorf Zuoz oder in der Region vergeben werden sollten. Es habe – soweit sie sich erinnern könne – zwei zusätzliche Offerten für die Baumeisterarbeiten gegeben. Die Rocca + Hotz AG, welche bereits Umbauarbeiten für sie in den Jahren 2000 bis 2002 ausgeführt habe, habe den Zuschlag gemäss Werkvertrag vom [...] erhalten. Für die Schreinerarbeiten sei ein Unternehmen aus Samedan aus preislichen Gründen einem Schreiner aus Zuoz vorgezogen worden, der Dachdecker sei aus preislichen Gründen sogar aus Zürich beigezogen worden.

B.7.2 Beweiswürdigung

B.7.2.1 Natürlicher (tatsächlicher) Konsens

100. Vorliegend ist unstrittig, dass H.____ der Foffa Conrad AG mit E-Mail vom 21. Dezember 2009 die Offerte der Rocca + Hotz AG für das Bauprojekt «[...]» zukommen liess. In der E-Mail forderte H.____ die Foffa Conrad AG auf, die Preise um mindestens 4 % anzupassen. Gemäss seinen Aussagen sei dies jedoch nicht so zu verstehen gewesen, dass er die Foffa Conrad AG um eine höhere Offerte gebeten habe. In ihrer Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats wiederholt die Rocca + Hotz AG diesen Standpunkt.⁹⁸

101. Diese Vorbringen der Rocca + Hotz AG sind nicht glaubhaft. Wenn es der Rocca + Hotz AG gleichgültig gewesen wäre, in welche Richtung die Foffa Conrad AG ihre Offerte angepasst hätte, hätte sie nicht eine konkrete Änderung der Preise um mindestens 4 % verlangt. Um gegenüber der Bauherrschaft zu verdecken, dass die Foffa Conrad AG sich bei ihrer Offerte auf die Preisangaben der Rocca + Hotz AG stützte, wäre keine Mindstdifferenz erforderlich gewesen. E.____ bestätigte dies. Nach seinen Aussagen sei es darum gegangen, dass die Foffa Conrad AG höher eingebe. Er nehme an, dass die Foffa Conrad AG ihre Offerte aufgrund der E-Mail von H.____ nach oben angepasst habe. Zudem ist der Kontext von Submissionen zu berücksichtigen. Vorliegend war die Rocca + Hotz AG an der Zuschlagserteilung interessiert. Dies zeigt sich daran, dass sie in der Ausschreibung obsiegt und das Projekt ausgeführt hat. Bei dieser Interessenlage hätte die Rocca + Hotz AG einer Konkurrentin die eigene Eingabesumme nicht offengelegt. Denn damit hätte sie riskiert, von dieser unterboten zu werden. Entgegen den Vorbringen der Rocca + Hotz AG spielte für die Bauherrschaft der Preis bei der Vergabe sehr wohl eine Rolle. Dies zeigt sich nur schon daran, dass sie gewisse Arbeiten aus preislichen Gründen an weiter entfernte Anbieter vergeben hat, obwohl sie grundsätzlich mit lokalen Unternehmen zusammenarbeiten wollte.

102. Damit ist erstellt, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG ein Konsens zustande ge-

kommen ist, ihre Angebote beim Bauprojekt «[...]» zu koordinieren. Konkret sollte die Foffa Conrad AG ein höheres Angebot einreichen als die Rocca + Hotz AG. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

B.7.2.2 Verfolgter Zweck

103. E.____ legte dar, dass für die Rocca + Hotz AG der Nutzen an der «Absprache» darin bestanden habe, dass mit der Foffa Conrad AG eine Konkurrentin weggefallen sei. Diese Aussage zeigt ein klares Bild der Beweggründe der beteiligten Unternehmen für ihr Verhalten. Die Foffa Conrad AG sollte hinter die Rocca + Hotz AG zurücktreten und deren Chancen auf die Zuschlagserteilung durch ein höheres Angebot begünstigen. Insofern beabsichtigten die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG mit der Angebotskoordination, sich in Bezug auf das Bauprojekt «[...]» nicht zu konkurrenzieren. Dass ihre Angebotskoordination ausschliesslich von anderen Motive getragen war, kann ausgeschlossen werden. Selbst wenn für die Foffa Conrad AG im Vordergrund gestanden hätte, ein (nicht konkurrenzfähiges) Angebot einzureichen, um bei einer weiteren Ausschreibung allenfalls berücksichtigt zu werden (vgl. die Behauptung der Rocca + Hotz AG in ihrer Stellungnahme zum Antrag vom 13. März 2019⁹⁹), ändert dies nichts daran, dass die Angebotskoordination beim vorliegenden Projekt vom Gedanken getragen war, sich nicht zu konkurrenzieren. Darüber hinaus handelten die abredebeteiligten Unternehmen auch mit Täuschungsabsicht (dazu Rz 89 hier vor).

B.7.2.3 Umsetzung und Auswirkungen

104. Die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG verhielten sich entsprechend ihrem Konsens. So bestätigte E.____, dass die Foffa Conrad AG ein höheres Angebot als die Rocca + Hotz AG einreichte. Erwiesen ist damit auch, dass sich die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG in Bezug auf das vorliegende Bauprojekt nicht konkurrenzieren. Dies gilt auch für allfällige Abgebotsrunden, sofern die Foffa Conrad AG hierzu überhaupt eingeladen worden ist. So bestätigte die Foffa Conrad AG, dass sie nicht beabsichtigte, den Zuschlag für das vorliegende Bauprojekt im Rahmen von Abgebotsrunden zu erhalten. Wenn es zu Abgebotsrunden gekommen sei, habe sich die Foffa Conrad AG in den zu beurteilenden Fällen äussert passiv verhalten oder vielfach auf Abgebote verzichtet.¹⁰⁰

105. Erstellt ist sodann auch, dass die Rocca + Hotz AG – wie beabsichtigt – den Zuschlag für die Baumeisterarbeiten erhielt (Preis von CHF [...] exkl. MWST)¹⁰¹. Wie den Angaben von N.____ zu entnehmen ist, lag daneben wohl noch eine weitere Offerte für die Ausführung der Baumeisterarbeiten vor, welche die Bauherrschaft aber nicht berücksichtigte.

⁹⁷ Act. 23 (22-0459).

⁹⁸ Act. 93 (22-0459), Rz 39 f.

⁹⁹ Act. 93 (22-0459), Rz 42.

¹⁰⁰ Act. 99 (22-0459).

¹⁰¹ Act. 23 (22-0459), pag. 25.

B.7.3 Beweisergebnis

106. Zusammenfassend ist erwiesen, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG ein natürlicher (tatsächlicher) Konsens vorlag, ihre Angebote beim Bauprojekt «[...]» in Zuoz im Jahr 2009 zu koordinieren. Konkret sollte die Foffa Conrad AG ein höheres Angebot einreichen als die Rocca + Hotz AG. Damit bezweckten sie, sich bei diesem Bauprojekt nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist erstellt, dass sie sich in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – verhielten und sich nicht konkurrenzieren. Wie beabsichtigt, erhielt die Rocca + Hotz AG den Zuschlag. Neben den an der Angebotskoordination beteiligten Unternehmen lag der Bauherrschaft (wohl) eine weitere Offerte vor, welche sie aber nicht berücksichtigte.

B.8 [...], S-chanf (2010)

107. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», S-chanf (2010), richtet sich der Vorwurf der Angebotskoordination an die Foffa Conrad AG und Rocca + Hotz AG.

B.8.1 Beweismittel

B.8.1.1 Auskünfte der Parteien

108. Die Foffa Conrad AG zeigte mit Eingabe vom 30. November 2012 ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», S-chanf (2010), an. Konkret bezeichnete sie dieses Projekt als «abgesprochen».¹⁰² Sie bestätigte diesbezüglich ihre Selbstanzeige mit Eingabe vom 1. Februar 2013.¹⁰³ Das entsprechende E-Mail der Rocca + Hotz AG habe sie jedoch gelöscht.

109. An der Befragung vom 27. Oktober 2015 stellte E.____ klar, dass er keine Zweifel daran habe, dass die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG ihre Angebote für das Bauprojekt «[...]» abgesprochen hätten. Die Foffa Conrad AG habe aufgrund der «Absprache» eine höhere Offerte eingereicht als die Rocca + Hotz AG. Es könne sein, dass die «Absprache» mündlich und ohne E-Mailverkehr getroffen worden sei.¹⁰⁴

110. Die Behörde konfrontierte die Rocca + Hotz AG mit den Aussagen der Foffa Conrad AG. H.____ führte an der Parteienvernahme vom 14. März 2016 aus, dass der «[...]» in S-chanf auf Land gebaut worden sei, welches der Rocca + Hotz AG gehört habe. Der Bauherr habe dieses Bauobjekt durch die Rocca + Hotz AG ausführen lassen wollen. Es sei nur noch eine Frage des Baupreises gewesen. Neben der Foffa Conrad AG seien fünf bis sechs weitere Unternehmen zur Offertstellung eingeladen worden. Er vermute, dass die Foffa Conrad AG gewusst habe, dass die Rocca + Hotz AG den Auftrag ausführen werde, habe aber dennoch eine Offerte abgeben wollen. Es sei für die Foffa Conrad AG wohl darum gegangen, den Aufwand zu minimieren. Auf die Endsumme habe die allfällige Absprache keinen Einfluss gehabt, da sich die Rocca + Hotz AG noch gegen fünf weitere Mitbewerber habe durchsetzen müssen.¹⁰⁵

B.8.1.2 Auskünfte und Unterlagen der [...]

111. Die Offertzusammenstellung der [...], dem zuständigen Architekturbüro, zeigt folgendes Bild der eingereichten Offerten für das Bauprojekt «[...]» in S-chanf¹⁰⁶:

Unternehmen	Offertsumme (inkl. MWST)
Rocca + Hotz AG, Zuoz	CHF [...]
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]
Foffa Conrad AG, Zernez	CHF [...]

112. Daraus ist zudem ersichtlich, dass die Rocca + Hotz AG den Zuschlag nach einer Abgebotsrunde zum Preis von CHF [...] inklusive Mehrwertsteuer erhalten hat.

B.8.2 Beweiswürdigung

B.8.2.1 Tatsächlicher (natürlicher Konsens)

113. Urkunden, welche die Angebotskoordination zwischen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG in Bezug auf das Bauprojekt «[...]» belegen, liegen nicht vor. Zu würdigen sind daher primär die Aussagen der Parteien.

114. Die Foffa Conrad AG zeigte ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem betreffenden Bauprojekt bereits im November 2012 an, also rund zweieinhalb Jahre nach der Ausschreibung. Es handelte sich um ein grösseres Bauprojekt. Die Erinnerungen dürften bei der Foffa Conrad AG zu diesem Zeitpunkt daher noch relativ frisch gewesen sein. E.____ führte zudem mit Nachdruck aus, dass die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG ihre

Angebote für das betreffende Bauprojekt koordiniert hätten. Konkret habe die Foffa Conrad AG in Abstimmung mit der Rocca + Hotz AG eine höhere Offerte eingereicht.

115. Dagegen bringt die Rocca + Hotz AG im Wesentlichen vor, dass die Foffa Conrad AG unter grossem Zeitdruck gestanden habe, der Behörde möglichst umfassend alle Absprachen offen zu legen. Denn wenn der Selbstanzeiger eine Absprache, bei der er beteiligt gewesen sei, nicht offenlege, entfalle der Bussgelderlass bezüglich des nicht angezeigten Projektes. Sehr wohl möglich sei nämlich, dass in der Untersuchung ein anderer Beteiligter die Absprache offenlegen könnte. Damit

¹⁰² Act. IX.C.24, pag. 36.

¹⁰³ Act. IX.C.35, pag. 5.

¹⁰⁴ Act. IX.C.61, Zeilen 592–610.

¹⁰⁵ Act. 18 (22-0459), Zeilen 42–111.

¹⁰⁶ Act. 51 (22-0459), Beilage.

dies nicht geschehe, ist der Selbstanzeiger nachvollziehbarerweise geneigt, besser mehr zu melden als zu wenig. Der Aussage der Foffa Conrad AG sei daher vorliegend kein Beweiswert beizumessen.¹⁰⁷

116. Hierbei handelt es sich um abstrakte und theoretische Einwände, die vorliegend in mehrfacher Hinsicht nicht überzeugen:

- Die Foffa Conrad AG wurde bereits am 2. November 2012 vom Sekretariat darüber informiert, dass in der kartellrechtlichen Untersuchung mehrere Bonusmeldungen eingegangen waren.¹⁰⁸ Sie konnte daher zum Zeitpunkt ihrer Selbstanzeige nicht davon ausgehen, dass sie in Bezug auf die von ihr angezeigten Wettbewerbsverstösse als Erstanzeigerin betrachtet werden würde. Mit Schreiben vom 23. April 2013 teilten die Wettbewerbsbehörden der Foffa Conrad AG mit, dass sie die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass nicht erfülle, da sie nicht Erstanzeigerin gewesen sei.¹⁰⁹ Insofern musste sie mit einer Sanktionierung des von ihr angezeigten Sachverhalts rechnen. Sodann ist zu beachten, dass bei Selbstanzeigen, die nicht als erstes eingehen, das zeitliche Element für die Höhe der Sanktionsreduktion keine überragende Rolle spielt und namentlich auch die Qualität der Kooperation im Vordergrund steht. Erst viel später, nämlich mit dem Versand des Antrags vom 10. Januar 2019, durfte die Foffa Conrad AG – entgegen der Mitteilung vom 23. April 2013 – einen Sanktionserlass erwarten. Ein Anreiz, auf leichtfertige und vorschnelle Weise der Behörde mögliche Wettbewerbsabreden zu melden, wie dies die Rocca + Hotz AG suggeriert, bestand nicht.
- Die Foffa Conrad AG hat die von ihr angezeigten Projekte über einen Zeitraum von mehreren Monaten überprüft und bereinigt.¹¹⁰ Dabei ist sie sehr sorgfältig vorgegangen. In den sieben anderen (parallelen) kartellrechtlichen Verfahren¹¹¹, in denen sie Selbstanzeige erstattete, zeigte die Foffa Conrad AG eine Vielzahl von Wettbewerbsverstössen bei konkreten Bauprojekten im Ober- und Unterengadin sowie im Münstertal an. In keinem einzigen Fall stellte die Behörde fest, dass sie eine Angebotskoordinierung zu Unrecht angezeigt hätte.
- Weitere fällt vorliegend ins Gewicht, dass die Erinnerungen der Foffa Conrad AG an ein solch grosses Bauprojekt zum Zeitpunkt der Selbstanzeige noch relativ frisch gewesen sein dürften und sie ihre Sachverhaltsdarstellung konstant, mit Nachdruck und mit E.____ durch die direkt involvierte Person nicht nur schriftlich, sondern unmittelbar mündlich vorgebracht hat. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Foffa Conrad AG dabei allfällige Zweifel hätte verschweigen sollen. Die Foffa Conrad AG verhielt sich gegenüber der Behörde wie ein Täter, der ein klares, mehrfach bekräftigtes und bis heute nicht widerrufenes Geständnis über seine eigene Tat ablegt und dabei zugleich den Mittäter nennt.
- Die Angaben der Foffa Conrad AG decken sich mit den tatsächlich eingereichten Offerten. So zeigt die Offertzusammenstellung der Renato Maurizio AG, dass die Foffa Conrad AG der Bauherrschaft ein um

ca. 5,6% höheres Angebot als die Rocca + Hotz AG unterbreitet hat.

117. Vor diesem Hintergrund ist die Behörde von der Richtigkeit der Aussagen der Foffa Conrad AG überzeugt. Anzeichen, dass sich die Foffa Conrad AG fälschlicherweise selber und damit auch die Rocca + Hotz AG belastet hätte, sind nicht ersichtlich. Schliesslich bringt auch die Rocca + Hotz AG nichts vor, was gegen die Annahme einer Angebotskoordinierung spricht. Vielmehr äusserte H.____ an der Einvernahme vom 14. März 2016, dass es sein könne, dass die Foffa Conrad AG im Einvernehmen höher als die Rocca + Hotz AG habe eingeben sollen.¹¹² Anlässlich der Anhörung der Rocca + Hotz AG durch die WEKO vom 13. Mai 2019 hielt H.____ fest, dass der Ablauf bei allen acht Projekten¹¹³ gleich gewesen sei. In allen Fällen habe die Foffa Conrad AG Kontakt mit der Rocca + Hotz AG aufgenommen und um Zustellung der Offerte gebeten.¹¹⁴ Dass es in Bezug auf das vorliegende Bauprojekt keinen Kontakt mit der Foffa Conrad AG gegeben hätte, behauptete er nicht.

118. Nichts für ihren Standpunkt abzuleiten vermag die Rocca + Hotz AG schliesslich aus dem von ihr erwähnten Urteil des Bundesverwaltungsgericht B-771/2012 vom 25. Juni 2018.¹¹⁵ Darin betonte das Bundesverwaltungsgericht, dass im Rahmen der freien Beweiswürdigung im Einzelfall zu beurteilen sei, ob für die zu beweisende Tatsache das verlangte Beweismass aufgrund der erhobenen Beweismittel erfüllt sei. Es gehe nicht an, sich an eigentlichen Beweisregeln zu orientieren. Vielmehr gelte es, die vorliegenden Beweismittel im Einzelfall frei anhand der konkreten Umstände zu prüfen und zu bewerten, ohne sich dabei von einer schematischen Betrachtungsweise leiten zu lassen.¹¹⁶

119. Im Lichte der konkreten Beweislage und Umstände – und damit den Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts folgend – erachtet es die Behörde als erwiesen, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG ein natürlicher (tatsächlicher) Konsens zustande gekommen ist, ihre Angebote für das Bauprojekt «[...]» in S-chanf zu koordinieren. Konkret sollte die Foffa Conrad AG der Bauherrschaft ein höheres Angebot offerieren als die Rocca + Hotz AG. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

¹⁰⁷ Act. 93 (22-0459), Rz 53 ff.

¹⁰⁸ Act. II.016, Seite 12.

¹⁰⁹ Act. IX.C.36.

¹¹⁰ Vgl. Act. IX.C.24; Act. IX.C.29; Act. IX.C.35.

¹¹¹ RPW 2017/3, 421 ff., RPW 2018/4, 723 ff., 736 ff., 756 ff., 801 ff., 820 ff., 841 ff., *Verfügung der WEKO vom 26. März 2018 betreffend Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I.*

¹¹² Act. 18 (22-0459), Zeilen 65–67.

¹¹³ Die vorliegende Untersuchung hat das Verhalten der Rocca + Hotz AG im Zusammenhang mit zehn Projekte zum Gegenstand. H.____ sprach mutmasslich diejenigen acht Projekte an, bei denen die Voraussetzungen für eine Sanktionierung gegeben sind (dazu Rz 241 ff. hiernach).

¹¹⁴ Act. 106, Beilage 2.

¹¹⁵ Vgl. Act. 93 (22-0459), Rz 58.

¹¹⁶ Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25.6.2018, E. 6.5.5.4.

B.8.2.2 Verfolgter Zweck

120. Die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG haben den übereinstimmenden Willen geäussert, ihre Angebote beim Bauprojekt «[...]» zu koordinieren. Einem Konsens mit diesem Inhalt ist immanent, dass die daran beteiligten Unternehmen darauf zielten, den Wettbewerb untereinander zu verhindern. Dass hierfür ausschliesslich andere Gründe bestanden, ist nicht ersichtlich. Damit ist erstellt, dass die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG mit ihrem Verhalten bezweckten, sich beim Bauprojekt «[...]» nicht zu konkurrenzieren. Darüber hinaus handelten sie auch mit Täuschungsabsicht (dazu Rz 89 hiervor).

B.8.2.3 Umsetzung und Auswirkungen

121. Den Angaben der [...] (Rz 111) ist zu entnehmen, dass die Rocca + Hotz AG den Preis von CHF[...] offerierte, die Foffa Conrad AG den Preis von CHF [...]. Der Zuschlag ging schliesslich zum Preis von CHF [...] (Abgebot) an die Rocca + Hotz AG. Weitere Angebote reichten die [...] und [...] ein, die sich aber nicht durchsetzen konnten. Damit ist erwiesen, dass sich die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG an die getroffene Abmachung hielten. Konkret reichte die Foffa Conrad AG ein höheres Angebot als die Rocca + Hotz AG ein. Ebenso ist erstellt, dass sie sich beim strittigen Bauprojekt nicht konkurrenzieren. Daran bestehen im Lichte der umgesetzten Angebotskoordination keine vernünftigen Zweifel. Dies gilt auch für allfällige Abgebotsrunden, sofern die Foffa Conrad AG hierzu überhaupt eingeladen worden ist. So bestätigte die Foffa Conrad AG, dass sie nicht beabsichtigte, den Zuschlag für das vorliegende Bauprojekt im Rahmen von Abgebotsrunden zu erhalten. Wenn es zu Abgebotsrunden gekommen sei, habe sich die Foffa Conrad AG in den zu beurteilenden Fällen äussert passiv verhalten oder vielfach auf Abgebote verzichtet.¹¹⁷

B.8.3 Beweisergebnis

122. Zusammenfassend ist erwiesen, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG ein Konsens vorlag, ihre Angebote beim Bauprojekt «[...]» in S-chanf im Jahr 2010 zu koordinieren. Konkret sollte die Foffa Conrad AG ein höheres Angebot einreichen als die Rocca + Hotz AG. Damit bezweckten sie, sich bei diesem Bauprojekt nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist erstellt, dass sie sich in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – verhielten und sich nicht konkurrenzieren. Wie beabsichtigt, erhielt die Rocca + Hotz AG den Zuschlag. Die weiteren Mitbewerber, die [...] und die [...], konnten sich nicht durchsetzen.

B.9 [...], Zuoz (2011)

123. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», Zuoz (2011), richtet sich der Vorwurf der Angebotskoordination an die Foffa Conrad AG und Rocca + Hotz AG.

B.9.1 Beweismittel

B.9.1.1 Urkunden

124. Anlässlich der Hausdurchsuchung bei der Foffa Conrad AG beschlagnahmte die Behörde eine E-Mail von H.____, Rocca + Hotz AG, an I.____, Foffa Conrad AG, vom 30. März 2011 mit dem Betreff «[...]».¹¹⁸ Die E-

Mail enthält zwei angehängte Dateien ([...] und [...]). Die E-Mail verschickte H.____ ohne jeglichen Begleittext.

B.9.1.2 Auskünfte der Parteien

B.9.1.2.1 Foffa Conrad AG

125. Die Foffa Conrad AG zeigte mit ihren Eingaben vom 30. November 2012¹¹⁹ und 1. Februar 2013¹²⁰ ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», Zuoz (2011), an. Konkret bezeichnete sie dieses Projekt als «abgesprochen». Das entsprechende E-Mail der Rocca + Hotz AG habe sie jedoch gelöscht.

126. An der Befragung vom 20. August 2015 konfrontierte die Behörde I.____, [...] der Foffa Conrad AG, mit der E-Mail von H.____ an ihn vom 30. März 2011 mit dem Betreff «[...]». Er sagte daraufhin aus, dass er sich nicht an diese E-Mail erinnern könne. Mutmasslich habe sie H.____ auf Anweisung von E.____ versandt. Auf die Frage, was abstrakt der Grund dafür gewesen sein könnte, weshalb ein anderes Unternehmen solche Dateien geschickt habe, antwortete I.____, dass die E-Mail im Zusammenhang mit einer Arbeitsgemeinschaft stehen könnte. Allenfalls könne es auch sein, dass die Foffa Conrad AG das Projekt selber nicht gerechnet habe und trotzdem eingeben wollen. Auf Nachfrage gab I.____ an, dass der Anlass der E-Mail auch darin bestehen könne, dass man den Preis habe heben wollen.¹²¹

127. Nach Angaben von E.____ an der Befragung vom 27. Oktober 2015 handle es sich bei der E-Mail von H.____ vom 30. März 2011 an I.____ um diejenige E-Mail, welche die Foffa Conrad AG in ihrer Selbstanzeige vom 1. Februar 2013 erwähnt habe, aber als gelöscht angegeben habe. Die Foffa Conrad AG habe daraufhin höher eingegeben als die Rocca + Hotz AG. Er nehme an, dass es vor Versand der E-Mail einen Kontakt zwischen den beiden Unternehmen gegeben habe. Das Interesse der Rocca + Hotz AG (an der Angebotskoordination) habe darin bestanden, dass ein zusätzliches Unternehmen eine höhere Offerte als sie eingeben würde.¹²²

B.9.1.2.2 Rocca + Hotz AG

128. Anlässlich seiner Einvernahme vom 29. Oktober 2015 bestätigte H.____, dass seine E-Mail vom 30. März 2011 an I.____ das Projekt «[...]», Zuoz, betroffen habe. Das angehängte Dokument mit der Nummer «[...]» habe die Offerte der Rocca + Hotz AG für dieses Projekt enthalten. Möglicherweise habe die Rocca + Hotz AG bei diesem Projekt eine Arbeitsgemeinschaft mit der Lazzarini AG gebildet. Er könne sich dagegen nicht erklären, weshalb er der Foffa Conrad AG die Offerte der Rocca + Hotz AG habe zukommen lassen. Das Projekt habe wohl die Firma Costa ausgeführt. Die Baumeisterarbeiten seien Teil der Generalunternehmerleistungen gewesen.¹²³

¹¹⁷ Act. 99 (22-0459).

¹¹⁸ Act. III.C.103.

¹¹⁹ Act. IX.C.24, pag. 43.

¹²⁰ Act. IX.C.35, pag. 5.

¹²¹ Act. IX.C.53, Zeilen 189–241.

¹²² Act. IX.C.61, Zeilen 465–519.

¹²³ Act. IV.026, Zeilen 456–519.

B.9.1.3 Auskünfte der Bauherrschaft

129. Die [...] war Bauherrin des zu beurteilenden Projekts. Ihr [...], P.____, liess der Behörde den Vergabean-

trag sowie die Deckblätter der eingegangenen Offerten zukommen.¹²⁴ Daraus ist folgendes Bild der eingegangenen Offerten ersichtlich:

Unternehmen	Offertsumme (inkl. MWST)
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]
Rocca + Hotz AG, Zuoz	CHF [...]
[...]	CHF [...]
Foffa Conrad AG, Zernez	CHF [...]

130. Gemäss Auskunft von P.____ habe die [...] den Zuschlag zum Preis von CHF [...] erhalten.¹²⁵

B.9.2 Beweiswürdigung

B.9.2.1 Natürlicher (tatsächlicher) Konsens

131. Vorliegend räumte die Foffa Conrad AG ein, dass es zwischen der Rocca + Hotz AG und ihr in Bezug auf das Bauprojekt «[...]» zu einer Angebotskoordination gekommen sei. Konkret habe sie in Absprache mit der Rocca + Hotz AG eine höhere Offerte eingereicht als diese.

132. Diese Aussagen erfolgten bereits zu einem frühen Zeitpunkt im Verfahren. Die Foffa Conrad AG hielt anschliessend konstant daran fest. Sie decken sich sodann mit den objektiven Beweismitteln. Die E-Mail von H.____ an I.____ vom 30. März 2011 zeigt, dass die Rocca + Hotz AG der Foffa Conrad AG ihre Offerte für das strittige Projekt zukommen liess, es also tatsächlich zu einem Austausch der Preisinformationen gekommen ist. Aus den eingereichten Offerten ist ersichtlich, dass die Foffa Conrad in der Folge der Bauherrschaft effektiv ein höheres Angebot unterbreitete als die Rocca + Hotz AG. Schliesslich ist vorliegend kein Grund ersichtlich, weshalb die Foffa Conrad AG die Rocca + Hotz AG und sich selber zu Unrecht hätte belasten sollen. Aus diesen Gründen kann im Rahmen der vorliegenden Beweiswürdigung vollumfänglich auf die Aussagen der Foffa Conrad AG abgestellt werden. Betreffend das Zustandekommen und die Sorgfältigkeit der Selbstanzeige der Foffa Conrad AG kann auf die Ausführungen zum Bauprojekt «[...]» in S-chanf verwiesen werden (Rz 116 ff. hiervor). Die Ausführungen haben auch für das vorliegende Bauprojekt Gültigkeit.

133. Dagegen ist den Aussagen der Rocca + Hotz AG nur beschränkte Beweiskraft beizumessen. So räumte H.____ zwar ein, dass seiner E-Mail vom 30. März 2011 an I.____ die Eingabe der Rocca + Hotz AG für das strittige Projekt angehängt gewesen sei. Allerdings konnte er sich nicht erklären, weshalb er der Foffa Conrad AG die Offerte der Rocca + Hotz AG zukommen liess. Nach seinen Aussagen habe die Rocca + Hotz AG bei diesem Bauprojekt möglicherweise eine Arbeitsgemeinschaft mit der Lazzarini AG gebildet. Wie den Angaben der Bauherrschaft zu entnehmen ist, trifft dies jedoch nicht zu.

Relevant ist hingegen, dass die Auskünfte der Rocca + Hotz AG keine Hinweise liefern, dass der von der Foffa Conrad AG geschilderte Sachverhalt nicht der Wahrheit entsprechen sollte. Im Übrigen läuft es im Kontext von Submissionen den üblichen Abläufen und Verhaltensweisen zuwider, wenn ein Unternehmen einem Konkurrenzunternehmen seine Offerte zustellt, namentlich wenn es sich unabhängig von Konkurrenten verhalten will. Damit deckt es seine Absichten zum Eingabeverhalten auf und riskiert, vom Konkurrenzunternehmen in der Ausschreibung unterboten zu werden. Dass die Rocca + Hotz AG der Foffa Conrad AG während der laufenden Ausschreibung ihre Offerte zusandte, ist daher mit typischem Verhalten in Konkurrenzverhältnissen nicht vereinbar. Vielmehr lässt sich dieses nur durch den gemeinsamen Willen zur Koordination der Angebote erklären.

134. Vor diesem Hintergrund ist erstellt, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG ein natürlicher (tatsächlicher) Konsens zustande gekommen ist, ihre Angebote für das Bauprojekt «[...]» in Zuoz zu koordinieren. Konkret sollte die Foffa Conrad AG der Bauherrschaft ein höheres Angebot offerieren als die Rocca + Hotz AG. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

B.9.2.2 Verfolgter Zweck

135. Der Konsens zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad beinhaltetete, ihre Angebote zu koordinieren. Einer solchen Angebotskoordination ist immanent, dass sie darauf zielt, den Wettbewerb zwischen den Beteiligten zu verhindern. Dass hierfür ausschliesslich andere Gründe bestanden, ist nicht ersichtlich. Damit ist erstellt, dass die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG mit ihrem Verhalten bezweckten, sich beim Bauprojekt «[...]» nicht zu konkurrenzieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Darüber hinaus handelten sie auch mit Täuschungsabsicht (dazu Rz 89 hiervor).

¹²⁴ Act. 61 (22-0459).

¹²⁵ Act. 61 (22-0459), Antwort auf Fragen 6 und 7.

B.9.2.3 Umsetzung und Auswirkungen

136. Den Angaben der Bauherrschaft (Rz 129) ist zu entnehmen, dass die Foffa Conrad AG den Preis von CHF [...] offerierte, die Rocca + Hotz AG den Preis von CHF [...]. Daneben gaben vier weitere Unternehmen Angebote ab. Der Zuschlag ging schliesslich zum Preis von CHF [...] an die [...]. Dies ändert nichts daran, dass sich die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG an die getroffene Abmachung hielten. Konkret reichte die Foffa Conrad AG ein höheres Angebot als die Rocca + Hotz AG ein. Damit ist ebenso erstellt, dass sich die beiden Unternehmen beim strittigen Bauprojekt nicht konkurrenzieren. Daran bestehen im Lichte der umgesetzten Angebotskoordination keine vernünftigen Zweifel. Dies gilt auch für allfällige Abgebotsrunden. So verneinte die Foffa Conrad AG, zur Abgabe eines Abgebots eingeladen worden zu sein.¹²⁶

B.9.3 Beweisergebnis

137. Zusammenfassend ist erwiesen, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG ein Konsens vorlag, ihre Angebote beim Bauprojekt «[...]» in Zuoz im Jahr 2011 zu koordinieren. Konkret sollte die Foffa Con-

rad AG ein höheres Angebot einreichen als die Rocca + Hotz AG. Damit bezweckten sie, sich bei diesem Bauprojekt nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist erstellt, dass sie sich in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – verhielten und sich nicht konkurrenzieren. Der Zuschlag ging an die [...]. Daneben gab es drei weitere Mitbewerber, die sich nicht durchsetzen konnten.

B.10 [...] (2011)

138. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», Lose 1 und 2 (2011), richtet sich der Vorwurf der Angebotskoordinierung an die Foffa Conrad AG und Rocca + Hotz AG.

B.10.1 Beweismittel

B.10.1.1 Urkunden

139. Vorliegend sind folgende Urkunden zu würdigen:

- Zwei E-Mails von H.____ vom 1. und 5. September 2011 an I.____ betreffend «[...]», inkl. die angehängten Offerten der Rocca + Hotz AG betreffend die [...]:

- Vergabeentscheid [...] betreffend [...] ergibt sich folgendes Bild der eingereichten Offerten (inkl. MWST):

From: [REDACTED] Rocca + Hotz AG, 7524 Zuoz" [REDACTED]@roccahotz.ch>
 To: [REDACTED]@foffa-conrad.ch
 Date: Thu, 01 Sep 2011 17:05:28 +0200
 Attachments: [REDACTED] (1.43 MB)

Werter [REDACTED]

Im Anhang wie besprochen die Offerte [REDACTED] mit unseren Preisen.

Freundliche Grüsse
 [REDACTED]

¹²⁶ Act. 99 (22-0459).

From: [REDACTED] Rocca + Hotz AG, 7524 Zuoz" [REDACTED]@roccahotz.ch>
To: [REDACTED]@foffa-conrad.ch
Date: Mon, 05 Sep 2011 11:11:21 +0200
Attachments: [REDACTED] (1.12 MB)

Werter [REDACTED]

Im Anhang wie besprochen die Offerte [REDACTED] mit unseren Preisen.

Freundliche Grüsse
 [REDACTED]

Zudem ist im Vergabeentscheid festgehalten, dass der Zuschlag für beide Lose an die [...] zum Pauschalpreis von CHF [...] (inkl. MWST) erging.

B.10.1.2 Auskünfte der Parteien

B.10.1.2.1 Foffa Conrad AG

140. Die Foffa Conrad AG zeigte mit Eingabe vom 30. November 2012 ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]» (Lose 1 und 2) im Jahr 2011 an. Konkret bezeichnete sie dieses Projekt als «abgesprochen».¹²⁷ Sie bestätigte diesbezüglich ihre Selbstanzeige mit Eingabe vom 1. Februar 2013.¹²⁸ Darin brachte sie den Vermerk «Telefonisch vereinbart» an.

141. Die Behörde konfrontierte I.____, Foffa Conrad AG, am 20. August 2015 mit den E-Mails von H.____ an ihn betreffend die «[...]» in [...]. Er gab daraufhin zu Protokoll, dass er sich nicht mehr genau erinnern könne. Es habe mutmasslich einen Kontakt zwischen H.____ und E.____ gegeben. Die Foffa Conrad AG habe wohl höher eingegeben als die Rocca + Hotz AG.¹²⁹

142. Anlässlich der Befragung vom 27. Oktober 2015 sagte E.____ aus, dass er mit H.____ am Telefon vereinbart habe, dass die Foffa Conrad AG höher eingeben werde, wenn die Rocca + Hotz AG ihr eine Offerte zukommen lassen würde. Zudem habe er H.____ wohl telefonisch mitgeteilt, dass er das mit I.____ erledigen solle. Dies würde die E-Mails von H.____ an I.____ vom September 2011 erklären. Das Interesse der Rocca + Hotz AG (an der Angebotskoordination) habe darin bestanden, dass ein Unternehmen der Bauherrschaft eine höhere Offerte unterbreite habe als die Rocca + Hotz AG.¹³⁰

B.10.1.2.2 Rocca + Hotz AG

143. Anlässlich der Einvernahme vom 29. Oktober 2015 konfrontierte die Behörde auch H.____ mit seinen E-Mails an die Foffa Conrad AG betreffend das Bauprojekt «[...]» in [...]. H.____ führte dazu aus, dass die Foffa Conrad AG die Rocca + Hotz AG um ihre Offerte angefragt habe, um ihren Aufwand zu minimieren. Die Foffa Conrad AG hätte ihre Offerte auf der Basis der Offerte

der Rocca + Hotz AG kalkuliert. Der Aufwand für die Erstellung der Offerte sei gross gewesen. Die beteiligten Unternehmen hätten aber nur eine geringe Chance gehabt, diesen Auftrag in [...] zu erhalten. Die Rocca + Hotz AG habe keinen Nutzen aus der höheren Eingabe der Foffa Conrad AG gezogen.¹³¹

B.10.2 Beweiswürdigung

B.10.2.1 Natürlicher (tatsächlicher) Konsens

144. Aus den E-Mails von H.____ an I.____ vom September 2011 (Rz 139 hiavor) ist ersichtlich, dass die Rocca + Hotz AG der Foffa Conrad AG vor Ablauf der Eingabefrist ihre Offerten betreffend das Bauprojekt «[...]» (Lose 1 und 2) zustellte. Die Foffa Conrad AG und die Rocca + Hotz AG (Letztere jedenfalls an der Einvernahme von H.____ vom 29. Oktober 2015) räumten übereinstimmend ein, dass es hierbei darum gegangen sei, ihre Angebote zu koordinieren. Die übereinstimmenden Aussagen der beteiligten Unternehmen sind schlüssig, konkret und widerspruchsfrei. Im Übrigen läuft es im Kontext von Submissionen den üblichen Abläufen und Verhaltensweisen zuwider, wenn ein Unternehmen einem Konkurrenzunternehmen seine Offerte zustellt, namentlich wenn es sich unabhängig von Konkurrenten verhalten will. Damit deckt es seine Absichten zum Eingabeverhalten auf und riskiert, vom Konkurrenzunternehmen in der Ausschreibung unterboten zu werden. Dass die Rocca + Hotz AG der Foffa Conrad AG während der laufenden Ausschreibung ihre Offerte zusandte, ist daher mit typischem Verhalten in Konkurrenzverhältnissen nicht vereinbar. Vielmehr lässt sich dieses nur durch den gemeinsamen Willen zur Koordination der Angebote erklären.

¹²⁷ Act. IX.C.24, pag. 46.

¹²⁸ Act. IX.C.35, pag. 5.

¹²⁹ Act. IX.C.53, Zeilen 339–348.

¹³⁰ Act. IX.C.61, Zeilen 492–515.

¹³¹ Act. IV.026, Zeilen 522 ff.

145. Damit ist erstellt, dass die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG übereingekommen sind, ihre Angebote beim Bauprojekt «[...]» (Lose 1 und 2) zu koordinieren. Konkret sollte die Foffa Conrad AG dem Bauherrn für die beiden Lose jeweils ein höheres Angebot als die Rocca + Hotz AG unterbreiten. Daran bestehen bei der vorliegenden Beweislage keine vernünftigen Zweifel.

B.10.2.2 Verfolgter Zweck

146. Wie erstellt ist (Rz 145 hiervor), kamen die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG überein, ihre Angebote bezüglich der strittigen Ausschreibung zu koordinieren. Einer solchen Angebotskoordination ist immanent, dass sie darauf zielt, den Wettbewerb zwischen den Beteiligten zu verhindern. Dass die beteiligten Unternehmen ausschliesslich andere Gründe verfolgten, kann ausgeschlossen werden.

147. Damit ist erwiesen, dass die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG mit ihrem Verhalten – neben möglichen anderen Beweggründen – bezweckten, sich bei der Ausschreibung «[...]» (Lose 1 und 2) nicht zu konkurrenzieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Darüber hinaus handelten sie auch mit Täuschungsabsicht (dazu Rz 89 hiervor).

B.10.2.3 Umsetzung und Auswirkungen

148. Aus dem Vergabeentscheid [...] (vgl. Rz 139 hiervor) ist ersichtlich, dass die Foffa Conrad AG bei beiden Losen des Bauprojekts «[...]» eine höhere Offerte als die Rocca + Hotz AG einreichte. Damit hielten sich die beteiligten Unternehmen an die getroffene Abmachung. Erwiesen ist auch, dass sie sich in Bezug auf dieses Bauprojekt nicht konkurrenzieren. Dies gilt auch für allfällige

- E-Mail von H.____ an I.____ vom 18. Mai 2011 betreffend «[...]».¹³³ Die E-Mail enthält den Text «Wie besprochen». Ihr ist eine SIA-Schnittstellendatei angehängt.
- E-Mail von Q.____, [...], an R.____, Bauherr des Projekts, vom 19. Mai 2011.¹³⁴ Daraus ist ersichtlich, dass folgende Unternehmen ein Angebot für das Bauprojekt «[...]» eingereicht haben:

Unternehmen	Offertsumme (inkl. MWST)
[...]	CHF [...]
Rocca + Hotz AG, Zuoz	CHF [...]
[...]	CHF [...]
[...]	rund CHF [...]
Foffa Conrad AG, Zernez	CHF [...]

- Werkvertrag zwischen R.____ und der [...], vom [...] betreffend «[...]».¹³⁵

B.11.1.2 Auskünfte der Parteien

B.11.1.2.1 Foffa Conrad AG

153. Mit Eingabe vom 12. September 2018 erteilte die Foffa Conrad AG der Behörde folgende Auskünfte¹³⁶:

Abgebotsrunden. So verneinte die Foffa Conrad AG, zur Abgabe eines Abgebots eingeladen worden zu sein.¹³²

149. Den Zuschlag erhielt allerdings nicht, wie im internen Verhältnis beabsichtigt, die Rocca + Hotz AG, sondern die [...] zum Pauschalpreis von CHF [...] für beide Lose (vgl. den Vergabeentscheid [...], Rz 139 hiervor).

B.10.3 Beweisergebnis

150. Zusammenfassend ist erwiesen, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG ein Konsens vorlag, ihre Angebote bei der Ausschreibung «[...]» (Lose 1 und 2) im Jahr 2011 zu koordinieren. Konkret sollte die Foffa Conrad AG bei beiden Losen jeweils ein höheres Angebot einreichen als die Rocca + Hotz AG. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist erstellt, dass sie sich in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – verhielten und die Foffa Conrad AG der Vergabestelle tatsächlich ein höheres Angebot unterbreitete als die Rocca + Hotz AG. Den Zuschlag erhielt aber nicht, wie im internen Verhältnis beabsichtigt, die Rocca + Hotz AG, sondern die [...], die der Vergabestelle ein tieferes Angebot unterbreitete.

B.11 [...], Zuoz (2011)

151. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», Zuoz (2011), richtet sich der Vorwurf der Angebotskoordination an die Foffa Conrad AG und die Rocca + Hotz AG.

B.11.1 Beweismittel

B.11.1.1 Urkunden

152. Der Behörde liegen folgende relevanten Urkunden vor:

¹³² Act. 99 (22-0459).

¹³³ Act. III.C.102.

¹³⁴ Act. 16 (22-0459).

¹³⁵ Act. 16 (22-0459).

¹³⁶ Act. 57 (22-0459).

- Die Foffa Conrad AG sei seinerzeit zur Offertstellung für das Bauprojekt «[...]» eingeladen worden. Da ihr die Bauherrschaft im Oberengadin bekannt gewesen sei, habe sie sich für eine Offerteingabe entschieden, allerdings ohne Interesse an einer tatsächlichen Auftragserteilung. Um sich den Aufwand für die Erstellung der Offerte zu sparen und um sicher preislich höher zu liegen, habe sie den Mitbewerber Rocca + Hotz AG gebeten, ihr eine kalkulierte Offerte zukommen zu lassen. Mit E-Mail vom 18. Mai 2011 habe H.____ diese Bitte erfüllt und an I.____ eine entsprechende SIA-Datei gesandt. Die Eingabesumme der Foffa Conrad AG habe CHF [...] (exkl. MWST) betragen. Das entspreche einem Angebot in Höhe von CHF [...] (inkl. MWST). Den Zuschlag habe die [...] erhalten.
- Aus Sicht der Foffa Conrad AG habe es sich um eine «Pro-Forma-Offerte» gehandelt, weil sie am Auftrag kein Interesse gehabt habe. Im Verhältnis zur Rocca + Hotz AG habe es eine Angebotskoordination gegeben mit dem gemeinsamen Verständnis, dass die Foffa Conrad AG beim betreffenden Projekt höher als die Rocca + Hotz AG eingeben werde. Dieses Verhalten habe im Rahmen der Ausschreibung zu einer Wettbewerbsbeschränkung zwischen den beiden Unternehmen geführt.

B.11.1.2.2 Rocca + Hotz AG

154. Anlässlich seiner Einvernahme vom 29. Oktober 2015 sagte H.____ aus, dass die Foffa Conrad AG oftmals im Oberengadin für Projekte eingeladen worden sei. Die Foffa Conrad AG habe mitoffrieren wollen, habe aber ein kleines Interesse an der Ausführung gehabt und habe deshalb die Rocca + Hotz AG gefragt, ob sie ihr ihre Offerte zukommen lassen könne. Die Foffa Conrad AG habe so Zeit sparen können, da sie die Offerte so nicht von Grund auf selbst habe kalkulieren müssen. Es habe vier bis fünf weitere Unternehmen gegeben, die mit Interesse mitoffert hätten. Das Vorgehen der Foffa Conrad AG und der Rocca + Hotz AG habe für den Wettbewerb also gar nichts geändert. Es gebe auf dem Offertöffnungsprotokoll einfach noch ein weiteres Unternehmen mit einer Zahl. Den Zuschlag für das Projekt «[...]» habe die [...] erhalten.¹³⁷

B.11.2 Beweiswürdigung

B.11.2.1 Natürlicher (tatsächlicher) Konsens

155. Die Foffa Conrad AG und Rocca + Hotz AG räumen übereinstimmend ein, ihre Angebote für das Bauprojekt «[...]» koordiniert zu haben. Konkret habe die Foffa Conrad AG aufgrund ihres geringen bzw. fehlenden Interesse an der Ausführung die Rocca + Hotz AG um eine vorkalkulierte Offerte gebeten, die es ihr ermöglichen sollte, ohne Aufwand eine (höhere) Offerte einzureichen.

156. Die übereinstimmenden Aussagen betreffend die Angebotskoordination decken sich mit den objektiven Beweismitteln. Mit E-Mail vom 18. Mai 2011 liess die Rocca + Hotz AG der Foffa Conrad AG eine vorkalkulierte Offerte zukommen, um ihr einerseits die Einreichung einer Offerte ohne Aufwand zu ermöglichen und andererseits um sicherzustellen, dass das Angebot der Foffa Conrad AG höher ausfallen würde. Der E-Mail von

Q.____ vom 19. Mai 2011 ist sodann zu entnehmen, dass die Foffa Conrad AG in der Folge der Bauherrschaft tatsächlich ein höheres Angebot unterbreitete als die Rocca + Hotz AG. Dieses von den Parteien an den Tag gelegte Verhalten lässt sich nur durch den gemeinsamen Willen zur Angebotskoordination erklären. Im Kontext von Submissionen läuft es den üblichen Abläufen und Verhaltensweisen zuwider, wenn ein Unternehmen einem Konkurrenzunternehmen seine Offerte zustellt, namentlich wenn es sich unabhängig von Konkurrenten verhalten will. Damit deckt es seine Absichten zum Eingabeverhalten auf und riskiert, vom Konkurrenzunternehmen in der Ausschreibung unterboten zu werden. Vor diesem Hintergrund ist erstellt, dass die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG übereingekommen waren, ihre Angebote beim Bauprojekt «[...]» preislich zu koordinieren. Konkret sollte die Foffa Conrad AG ein höheres Angebot einreichen als die Rocca + Hotz AG. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

B.11.2.2 Verfolgter Zweck

157. Die Parteien bringen vor, dass die Angebotskoordination dazu bestimmt gewesen sei, der Foffa Conrad AG ohne Aufwand die Abgabe einer Offerte zu ermöglichen. Sie habe aber kein oder nur ein geringes Interesse an der Ausführung des Projekts gehabt.

158. Dies mag für die Parteien im Vordergrund gestanden sein. Allerdings ist eine Angebotskoordination zwischen zwei grundsätzlich im Wettbewerb stehenden Unternehmen bei einer Ausschreibung immer auch darauf gerichtet, sich nicht zu konkurrenzieren. Dieser Zweck ist einer solchen Verhaltensweise immanent.

159. Damit ist erstellt, dass die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG mit ihrem Verhalten – neben möglichen anderen Beweggründen – bezweckten, sich beim Bauprojekt «[...]» nicht zu konkurrenzieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Darüber hinaus handelten sie auch mit Täuschungsabsicht (dazu Rz 89 hiervor).

B.11.2.3 Umsetzung und Auswirkungen

160. Aus der E-Mail von Q.____ an R.____ vom 19. Mai 2011 ist ersichtlich, dass die Foffa Conrad AG beim Bauprojekt «[...]» eine höhere Offerte als die Rocca + Hotz AG einreichte. Damit hielten sich die beteiligten Unternehmen an die getroffene Abmachung. Erwiesen ist insofern auch, dass sie sich in Bezug auf dieses Bauprojekt nicht konkurrenzieren. Dies gilt auch für allfällige Abgebotsrunden, sofern die Foffa Conrad AG hierzu überhaupt eingeladen worden ist. So bestätigte die Foffa Conrad AG, dass sie nicht beabsichtigte, den Zuschlag für das vorliegende Bauprojekt im Rahmen von Abgebotsrunden zu erhalten. Wenn es zu Abgebotsrunden gekommen sei, habe sich die Foffa Conrad AG in den zu beurteilenden Fällen äussert passiv verhalten oder vielfach auf Abgebote verzichtet.¹³⁸

¹³⁷ Zum Ganzen Act. IV.026, Zeilen 584 ff.

¹³⁸ Act. 99 (22-0459).

161. Den Zuschlag erhielt allerdings nicht, wie im internen Verhältnis beabsichtigt, die Rocca + Hotz AG, sondern die [...] zum Preis von CHF [...]. Daneben gab es Angebote von zwei weiteren Unternehmen, die sich nicht durchsetzen konnten.

B.11.3 Beweisergebnis

162. Zusammenfassend ist erwiesen, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG ein Konsens vorlag, ihre Angebote bei der Ausschreibung «[...]» in Zuoz im Jahr 2011 zu koordinieren. Konkret sollte die Foffa Conrad AG ein höheres Angebot einreichen als die Rocca + Hotz AG. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist erstellt, dass sie sich in der Folge entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen verhielten und die Foffa Conrad AG der Vergabestelle tatsächlich ein höheres Angebot unterbreitete als die Rocca + Hotz AG. Den Zuschlag erhielt aber nicht, wie im internen Verhältnis beabsichtigt, die Rocca + Hotz AG, sondern die [...], die der Vergabestelle ein tieferes Angebot unterbreitete.

B.12 [...], Zuoz (2011)

163. Im Zusammenhang mit den Bauprojekten «[...]», Zuoz (2011), richtet sich der Vorwurf der Angebotskoordination an die Foffa Conrad AG und die Rocca + Hotz AG.

B.12.1 Beweismittel

B.12.1.1 Auskünfte der Parteien

B.12.1.1.1 Foffa Conrad AG

164. Die Foffa Conrad AG zeigte mit Eingabe vom 30. November 2012 ihr Verhalten im Zusammenhang mit den Bauprojekten «[...]», Zuoz (2011), an. Konkret bezeichnete sie diese beiden Projekte als «abgesprochen».¹³⁹ Sie bestätigte diesbezüglich ihre Selbstanzeige mit Eingabe vom 1. Februar 2013.¹⁴⁰ Die entsprechende E-Mail der Rocca + Hotz AG habe sie jedoch gelöscht.

165. An der Befragung vom 27. Oktober 2015 stellte E. ___ klar, dass er keine Zweifel daran habe, dass die

Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG ihre Angebote für die Bauprojekte «[...]» abgesprochen hätten. Die Foffa Conrad AG habe aufgrund der «Absprache» eine höhere Offerte eingereicht als die Rocca + Hotz AG. Es könne sein, dass die «Absprache» mündlich und ohne E-Mailverkehr getroffen worden sei.¹⁴¹

B.12.1.1.2 Rocca + Hotz AG

166. Die Behörde konfrontierte die Rocca + Hotz AG mit den Aussagen der Foffa Conrad AG. H. ___ führte an der Parteieinvernahme vom 14. März 2016 aus, dass die Projekte «[...]» gleich beschaffen gewesen seien wie das Haus «[...]», welches ca. drei Jahre zuvor von der Nicol. Hartmann & Cie. AG gebaut worden sei. Der Offertpreis der [...] sei damals deutlicher tiefer gewesen als derjenige der Rocca + Hotz AG. Die Rocca + Hotz AG habe ihren Preis von der Offerte für das Bauprojekt «[...]» für die Projekte «[...]» übernommen, obwohl ihr bewusst gewesen sei, damit keine Chance auf die Zuschlagserteilung zu haben. Mit den Aussagen von E. ___ konfrontiert, erörterte er, dass wohl eine «Absprache» mit der Foffa Conrad AG stattgefunden habe, er sich aber nicht mehr erinnern könne. Es sei aber nicht darum gegangen, dass die Foffa Conrad AG bei diesem Projekt habe höher eingeben sollen als die Rocca + Hotz AG. Da er gewusst habe, dass die Rocca + Hotz AG den Auftrag nicht erhalten würde, sei es ihm egal gewesen, wie hoch die Foffa Conrad AG eingeben würde. Auf welche Weise die Rocca + Hotz AG mit der Foffa Conrad AG kommuniziert habe, wisse er nicht mehr. Die Rocca + Hotz AG habe weder den Bauherrn noch den Architekten über die «Absprache» mit der Foffa Conrad AG informiert. Auf die entsprechende Frage antwortete er: *«Ich gehe doch nicht zum Bauherrn und sage ihm, dass ich mich mit einem Mitbewerber abgesprochen habe. Mit ein wenig gesundem Menschenverstand ist dies logisch».*

B.12.1.2 Auskünfte des Architekten und Bauherrenvertreters

167. Gemäss Auskunft des Architekten und Bauherrenvertreters bei den Projekten «[...]», S. ___, seien beim Bauprojekt «[...]» folgende Offerten eingegangen¹⁴²:

Unternehmen	Offertsumme (inkl. MWST)
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]
Foffa Conrad AG, Zernez	CHF [...]
Rocca + Hotz AG, Zuoz	CHF [...]

¹³⁹ Act. IX.C.24, pag. 42.

¹⁴⁰ Act. IX.C.35, pag. 5.

¹⁴¹ Act. IX.C.61, Zeilen 592–610.

¹⁴² Act. Act. 65 (22-0459), Antwort auf Frage 3c.

168. Die Angebote für das Bauprojekt «[...]» seien vom Bauprojekt «[...]» übernommen worden. Die [...] und die [...] hätten sich im Verlaufe der Ausschreibung wegen zu hoher Auslastung zurückgezogen. Die beiden Projekte seien schliesslich nach Verhandlungen der [...] zum Preis von CHF [...] («[...]») und von CHF [...] («[...]») vergeben worden. Dabei sei der Umfang des Projekts «[...]» verringert worden. Die Preise bezeichnete S.____ als «naheliegend» und «gut».¹⁴³

B.12.2 Beweiswürdigung

B.12.2.1 Natürlicher (tatsächlicher Konsens)

169. Urkunden, welche die Angebotskoordination zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG in Bezug auf die Bauprojekte «[...]» belegen, liegen nicht vor. Zu würdigen sind daher primär die Aussagen der Parteien.

170. Die Foffa Conrad AG zeigte ihr Verhalten im Zusammenhang mit den betreffenden Bauprojekten bereits im November 2012 an. Es handelte sich um grössere Bauprojekte. Die Erinnerungen dürften bei der Foffa Conrad AG zu diesem Zeitpunkt daher noch relativ frisch gewesen sein. E.____ führte zudem mit Nachdruck aus, dass die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG ihre Angebote für die betreffenden Bauprojekte koordiniert hätten. Konkret habe die Foffa Conrad AG in Abstimmung mit der Rocca + Hotz AG höhere Offerten eingereicht. Die Behörde ist von der Richtigkeit der Aussagen von E.____ überzeugt, was die Angebotskoordination anbelangt. Anzeichen, dass sich die Foffa Conrad AG fälschlicherweise selber und damit auch die Rocca + Hotz AG belastet hätte, sind nicht ersichtlich. Betreffend das Zustandekommen und die Sorgfältigkeit der Selbstanzeige der Foffa Conrad AG kann auf die Ausführungen zum Bauprojekt «[...]» in S-chanf verwiesen werden (Rz 116 ff. hiervor). Die Ausführungen haben auch für das vorliegende Bauprojekt Gültigkeit. Auch die Rocca + Hotz AG stellte die Angebotskoordination mit der Foffa Conrad AG nicht in Abrede (vgl. Rz 166 hiervor). Allerdings ist unklar, welchem Unternehmen welche Rolle im Rahmen der Angebotskoordination zugeordnet worden ist. Dabei fällt auf, dass die Foffa Conrad AG der Bauherrschaft zumindest beim Bauprojekt «[...]» sogar ein leicht tieferes Angebot unterbreitete als die Rocca + Hotz AG (vgl. Rz 167 hiervor). Vor diesem Hintergrund ist die Aussage von E.____, dass die Foffa Conrad AG ein höheres Angebot als die Rocca + Hotz AG habe einreichen sollen, zu relativieren.

171. Bei dieser Beweislage erachtet es die Behörde zwar als erwiesen, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG ein natürlicher (tatsächlicher) Konsens zustande gekommen ist, ihre Angebote für die Bauprojekte «[...]» in Zuoz zu koordinieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Allerdings lässt sich nicht mit hinreichender Bestimmtheit eruieren, ob bzw. bei welchem Unternehmen hierdurch die Chancen auf die Zuschlagserteilung hätten aufrechterhalten werden sollen. Diesem Umstand wird bei der rechtlichen Würdigung und Sanktionierung Rechnung zu tragen sein (vgl. Rz 202 und Rz 371 hiernach).

B.12.2.2 Verfolgter Zweck

172. Die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG haben den übereinstimmenden Willen geäussert, ihre Angebote bei den Bauprojekten «[...]» zu koordinieren. Einem Konsens mit diesem Inhalt ist immanent, dass die daran beteiligten Unternehmen darauf zielten, den Wettbewerb untereinander zu verhindern. Dass sie hierbei ausschliesslich andere Beweggründe hatten, kann ausgeschlossen werden. Insofern ist erstellt, dass die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei den Bauprojekten «[...]» nicht zu konkurrenzieren. Darüber hinaus handelten sie auch mit Täuschungsabsicht (dazu Rz 89 hiervor).

B.12.2.3 Umsetzung und Auswirkungen

173. Die Foffa Conrad AG und die Rocca + Hotz AG reichten bei den Bauprojekten «[...]» nahe beieinanderliegende Angebote ein. Dass sie ihre Angebote tatsächlich preislich aufeinander abgestimmt haben, haben beide Unternehmen eingeräumt. Vor diesem Hintergrund kann als erwiesen erachtet werden, dass sie sich bei dieser Ausschreibung zumindest weitgehend nicht konkurrenziert haben. Der Zuschlag ging schliesslich an einen Drittbewerber, nämlich an die [...].¹⁴⁴

B.12.3 Beweisergebnis

174. Zusammenfassend ist erwiesen, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG ein Konsens vorlag, ihre Angebote bei den Bauprojekten «[...]» in Zuoz im Jahr 2010 zu koordinieren. Damit bezweckten sie, sich bei diesen Bauprojekten nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist erstellt, dass sie sich in der Folge grundsätzlich entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen verhielten und sich – zumindest weitgehend – nicht konkurrenzierten. Der Zuschlag ging an die [...].

B.13 [...], [...] (2012)

175. Im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», [...] (2012), richtet sich der Vorwurf der Angebotskoordination an die Foffa Conrad AG und die Rocca + Hotz AG.

B.13.1 Beweismittel

B.13.1.1 Urkunden

176. Die Behörde stützt ihre Sachverhaltsfeststellungen auf folgende Urkunden:

¹⁴³ Act. 65 (22-0459), Antworten auf Fragen 6–9.

¹⁴⁴ Vgl. Act. IX.C.24, pag. 42.

- E-Mail von H.____ an I.____ vom 16. Februar 2012 (10.39 Uhr) betreffend «[...]»¹⁴⁵;

Offerte

From: [REDACTED] Rocca + Hotz AG, 7524 Zuoz" [REDACTED]@roccahotz.ch>
To: [REDACTED] <[REDACTED]@foffa-conrad.ch>
Date: Fri, 16 Mar 2012 10:39:47 +0100
Attachments: [REDACTED] (309.71 kB)

Hallo [REDACTED]

Bitte die einzelnen Preise ändern, ansonsten im % Vergleich beim Ing. immer dieselbe Differenz erscheint
Gruss und Dank

[REDACTED]
Dorta 74, 7524 Zuoz
www.roccahotz.ch

**ROCCA
+ HOTZBAU**

- Antwort-E-Mail von I.____ an H.____ vom 16. Februar 2012 (14.16 Uhr) sowie die ihr angehängte Zusammenstellung der Offerte der Foffa Conrad AG¹⁴⁶;

¹⁴⁵ Act. III.C.101.

¹⁴⁶ Act. III.C.70.

E-Mail:

AW: Offerte [REDACTED]

From: [REDACTED] [REDACTED]@foffa-conrad.ch>
To: [REDACTED] Rocca + Hotz AG, 7524 Zuoz" [REDACTED]@roccahotz.ch>
Date: Fri, 16 Mar 2012 14:16:42 +0100
Attachments: [REDACTED] (25.43 kB)

Ciao [REDACTED]

Im Anhang eingabe FC.

Danke und schönes Wochenende
[REDACTED]**Anhang:**

Sachbearbeiter: [REDACTED]

Zemez, 16. März 2012

Offerte Nr. [REDACTED]**Objekt:** [REDACTED]

Zusammenstellung:			
111	REGIEARBEITEN		[REDACTED]
112	PRÜFUNGEN		[REDACTED]
113	BAUSTELLENEINRICHTUNG		[REDACTED]
116	HOLZEN UND RODEN		[REDACTED]
117	ABBRÜCHE UND DEMONTAGEN		[REDACTED]
121	SICHERN, UNTERFANGEN, VER- STÄRKEN UND VERSCHIEBEN		[REDACTED]
132	BOHREN UND TRENNEN VON BETON UND MAUERWERK		[REDACTED]
151	BAUARBEITEN FÜR WERKLEITUNGEN		[REDACTED]
211	BAUGRUBEN UND ERDBAU		[REDACTED]
221	FUNDATIONSSCHICHTEN FÜR VERKEHRANLAGEN		[REDACTED]
237	KANALISATIONEN UND ENTWÄSSERUNGEN		[REDACTED]
	Brutto-Betrag		[REDACTED]
	Mehrwertsteuer	%	8.000 [REDACTED]
	Nettobetrag nach MWST		[REDACTED]

FC teurer = gelb
FC billiger = grün

- Offertöffnungsprotokoll der [...] betreffend [...] ¹⁴⁷. Daraus ist ersichtlich, dass folgende Unternehmen ein Angebot eingereicht haben:

Unternehmen	Offertsumme
[...]f	CHF [...]
Rocca + Hotz AG, Zuoz	CHF [...]
[...]	CHF [...]
Foffa Conrad AG, Zernez	CHF [...]
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]
[...]	CHF [...]

B.13.1.2 Auskünfte der Parteien

B.13.1.2.1 Foffa Conrad AG

177. Die Foffa Conrad AG zeigte mit Eingabe vom 30. November 2012 ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», [...] (2012), an. Konkret bezeichnete sie dieses Projekt als «abgesprochen».¹⁴⁸ Sie bestätigte diesbezüglich ihre Selbstanzeige mit Eingabe vom 1. Februar 2013.¹⁴⁹ Die entsprechende E-Mail der Rocca + Hotz AG habe sie jedoch gelöscht.

178. Anlässlich seiner Befragung vom 20. August 2015 bestätigte I.____, Foffa Conrad AG, dass die Foffa Conrad AG die Offerte für das Bauprojekt «[...]» nicht unabhängig gerechnet habe. Vielmehr habe sie sich auf die Preisangaben der Rocca + Hotz AG gestützt und die Preise in deren Verhältnis etwas erhöht. I.____ habe in diesem Zusammenhang auf «Befehl» von E.____ gehandelt. Die Foffa Conrad AG habe in preislicher Hinsicht kaum Chancen gehabt, das Projekt zu erhalten. Die [...] habe aufgrund ihres Standorts, ihren Bezugsmöglichkeiten von Kies und Beton sowie günstigeren Deponiekonditionen einen Vorteil gehabt. Entsprechend sei das Angebot der Foffa Conrad AG rund 30 % höher ausgefallen als dasjenige der [...]. Die Konkurrenz in [...] würde sich zwischen der [...] und der Rocca + Hotz AG abspielen. Das Ziel [der Angebotskoordination] habe darin bestanden, dass die Rocca + Hotz AG den Auftrag erhalte. Insofern könne man von «Stützen» sprechen. Da der Bauherr [...] auch Projekte in Zernez ausschreibe, habe die Foffa Conrad AG beim betreffenden Projekt in S-chanf trotzdem eingeben wollen.¹⁵⁰

B.13.1.2.2 Rocca + Hotz AG

179. H.____ gab anlässlich seiner Einvernahme vom 29. Oktober 2015 zu Protokoll, dass die Rocca + Hotz AG an der Ausführung des Bauprojekts «[...]», S-chanf (2012), interessiert gewesen sei. Allerdings habe sie sich nur geringe Chancen ausgerechnet, da die [...] in [...] stets am tiefsten offeriere. Er räumte ein, dass ein Kontakt mit der Foffa Conrad AG und ein Austausch der Preisinformationen stattgefunden habe. Die Foffa Conrad AG habe kein Interesse am Bauprojekt gehabt, aber trotzdem eine Offerte einreichen wollen. Aus Zeitersparnissen habe sich die Foffa Conrad AG auf die Preisangaben der Rocca + Hotz AG gestützt und den Preis im

Verhältnis zur Offerte der Rocca + Hotz AG erhöht. Allerdings habe die Rocca + Hotz AG daraus keinen Nutzen gezogen. Aus Sicht der Rocca + Hotz AG sei es nicht von Bedeutung gewesen, ob ein Unternehmen mehr oder weniger eine Offerte einreiche.¹⁵¹

B.13.2 Beweiswürdigung

B.13.2.1 Natürlicher (tatsächlicher) Konsens

180. Vorliegend räumten sowohl die Foffa Conrad AG als auch die Rocca + Hotz AG den relevanten Sachverhalt ein. So anerkennen beide Parteien, dass die Rocca + Hotz AG der Foffa Conrad AG vor Ablauf der Eingabefrist ihre Offerte zukommen liess und die Foffa Conrad AG auf deren Grundlage ihre eigene Offerte kalkulierte. Insofern bestreiten sie nicht, dass sie den gemeinsamen Willen zur Angebotskoordination äusserten. Dass sie ihre Angebote koordinieren wollten, offenbart zudem auch der E-Mailverkehr zwischen den beiden Unternehmen betreffend das strittige Bauprojekt. Nachdem die Rocca + Hotz AG der Foffa Conrad AG ihre Offerte zugestellt hatte, liess die Foffa Conrad AG mit E-Mail vom 16. März 2012 der Rocca + Hotz AG ihrerseits die Offertzusammenstellung zukommen. Dabei gab I.____ bekannt, in welchen Positionen das – auf der Grundlage der Preisangaben der Rocca + Hotz AG kalkulierte – Angebot der Foffa Conrad AG höher bzw. tiefer war als dasjenige der Rocca + Hotz AG.¹⁵² Im Übrigen läuft es im Kontext von Submissionen den üblichen Abläufen und Verhaltensweisen zuwider, wenn ein Unternehmen einem Konkurrenzunternehmen seine Offerte zustellt, namentlich wenn es sich unabhängig von Konkurrenten verhalten will. Damit deckt es seine Absichten zum Eingabeverhalten auf und riskiert, vom Konkurrenzunternehmen in der Ausschreibung unterboten zu werden.

¹⁴⁷ Act. IV.026, Beilage 1.

¹⁴⁸ Act. IX.C.24, pag. 50.

¹⁴⁹ Act. IX.C.35, pag. 5.

¹⁵⁰ Act. IX.C.53, Zeilen 245–292.

¹⁵¹ Act. IV.026, Zeilen 91–162.

¹⁵² Act. III.C.70.

Dass die Rocca + Hotz AG der Foffa Conrad AG während der laufenden Ausschreibung ihre Offerte zusandte, ist daher mit typischem Verhalten in Konkurrenzverhältnissen nicht vereinbar. Vielmehr lässt sich dieses nur durch den gemeinsamen Willen zur Koordination der Angebote erklären.

181. Bei dieser Beweislage ist erstellt, dass zwischen der Foffa Conrad AG und Rocca + Hotz AG übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich des Bauprojekts «[...]» zu koordinieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel. Konkret sollte die Foffa Conrad AG ein höheres Angebot einreichen als die Rocca + Hotz AG. Dies deckt sich mit dem tatsächlichen Bieterverhalten der beiden Unternehmen. So unterbreitete die Foffa Conrad AG der Bauherrschaft effektiv ein höheres Angebot als die Rocca + Hotz AG (vgl. Rz 176 hiervor).

B.13.2.2 Verfolgter Zweck

182. Wie erstellt ist (vgl. Rz 181 hiervor), lag zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG ein Konsens vor, ihre Angebote beim Bauprojekt «[...]» zu koordinieren. Einem Konsens über einen solchen Inhalt ist immanent, dass die Beteiligten darauf zielten, den Wettbewerb unter sich auszuschalten. Die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG sollten sich nicht konkurrenzieren. Vielmehr wollten sie im Einvernehmen darüber entscheiden, bei welchem Unternehmen die Chancen für die Zuschlagserteilung aufrechterhalten werden sollten. Dass die Beteiligten mit ihrem Verhalten ausschliesslich andere Motive verfolgten, ist nicht ersichtlich.

183. Damit ist erstellt, dass die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei der Ausschreibung des Bauprojekts «[...]» nicht zu konkurrenzieren. Darüber hinaus handelten sie auch mit Täuschungsabsicht (dazu Rz 89 hiervor).

B.13.2.3 Umsetzung und Auswirkungen

184. Aus dem Offertöffnungsprotokoll [...] (vgl. Rz 176 hiervor) ist ersichtlich, dass die Rocca + Hotz AG die Ausführung des Bauprojekts «[...]» zum Preis von CHF [...] und die Foffa Conrad AG zum Preis von CHF [...] offerierten. Damit ist erstellt, dass sie sich an die getroffene Abmachung hielten. Erwiesen ist ebenso, dass sich die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG in Bezug auf das vorliegende Bauprojekt nicht konkurrenzieren.

185. Den Zuschlag erhielt allerdings nicht, wie im internen Verhältnis beabsichtigt, die Rocca + Hotz AG, sondern die [...]. Daneben reichten fünf weitere Unternehmen ein Angebot ein, die sich aber nicht durchsetzen konnten.

B.13.3 Beweisergebnis

186. Nach dem Gesagten ist erwiesen, dass zwischen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG ein Konsens vorlag, ihre Angebote bei der Ausschreibung «[...]» im Jahr 2012 zu koordinieren. Konkret sollte die Foffa Conrad AG ein höheres Angebot einreichen als die Rocca + Hotz AG. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist erstellt, dass sie sich in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – verhielten und

die Foffa Conrad AG der Vergabestelle tatsächlich ein höheres Angebot unterbreitete als die Rocca + Hotz AG. Den Zuschlag erhielt aber nicht, wie im internen Verhältnis beabsichtigt, die Rocca + Hotz AG, sondern die [...], die der Vergabestelle ein tieferes Angebot unterbreitete.

C Erwägungen

C.1 Geltungsbereich

187. Das Kartellgesetz (KG)¹⁵³ gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten als auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Sämtliche Parteien erfüllen vorliegend die Merkmale privatrechtlicher Unternehmen, womit das Kartellgesetz in persönlicher Hinsicht anwendbar ist.

188. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG). Ob die Parteien Wettbewerbsabreden getroffen haben, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung noch im Einzelnen zu prüfen sein (vgl. dazu Rz 194 ff.). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und an dieser Stelle auf deren Wiedergabe verzichtet.

189. Schliesslich fallen die vorliegend zu beurteilenden Handlungen und Verhaltensweisen in den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

C.2 Zuständigkeit der Gesamtkommission der WEKO

190. Die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden bestimmt sich nach Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG und den Vorschriften des GR-WEKO¹⁵⁴. Danach trifft die Gesamtkommission der WEKO die Entscheide, welche nicht ausdrücklich einem anderen Organ oder dem Sekretariat zugewiesen sind.

191. Vorliegend entscheidet die WEKO mittels verfahrensabschliessender Endverfügung darüber, ob gegen die Untersuchungsadressaten wegen Verstoss gegen das Kartellgesetz Massnahmen (Handlungs- und Unterlassungspflichten, Sanktionen) zu erlassen sind. Für eine derartige Entscheidung 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 vorliegend folglich die Gesamtkommission der WEKO.

¹⁵³ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

¹⁵⁴ Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission (Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO); SR 251.1.

C.3 Vorbehaltene Vorschriften

192. 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).

193. Im hier zu beurteilenden Markt gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen.

C.4 Unzulässige Wettbewerbsabreden

C.4.1 Einleitung

194. 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).

195. In den Ausführungen zum Sachverhalt ist die Angebotskoordination zwischen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG bei zehn Hoch- und Tiefbauprojekten in den Jahren 2008 bis 2012 behandelt worden (Rz 20 ff. hiervor). In einem Fall («[...]», [...]) war zusätzlich die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau involviert. Konkret handelt es sich um folgende Bauprojekte:

Bauprojekt	Parteien	Jahr	Bereich	Sachverhalt
«[...]», [...]	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2008	Tiefbau	Rz 41 ff.
«[...]», la Punt Chamues-ch	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2008	Hochbau	Rz 56 ff.
«[...]», [...]	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG P. Lenatti AG	2008	Tiefbau	Rz 70 ff.
«[...]», Zuoz	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2009	Hochbau	Rz 93 ff.
«[...]», S-chanf	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2010	Hochbau	Rz 107 ff.
«[...]», Zuoz	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2011	Tiefbau	Rz 123 ff.
«[...]», [...]	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2011	Tiefbau	Rz 138 ff.
«[...]», Zuoz	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2011	Hochbau	Rz 151 ff.
«[...]», Zuoz	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2011	Hochbau	Rz 163 ff.
«[...]», [...]	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	2012	Tiefbau	Rz 175 ff.

196. Basierend auf den entsprechenden Sachverhaltsfeststellungen wird im Folgenden die Zusammenarbeit bei diesen zehn Hoch- und Tiefbauprojekten rechtlich gewürdigt. Soweit dabei in Bezug auf einzelne Rechtsfragen Differenzierungen zwischen einzelnen Bauprojekten notwendig sind, werden diese vorgenommen. Im Übrigen werden die relevanten Rechtsfragen für alle Bauprojekte gemeinsam erörtert.

C.4.2 Wettbewerbsabreden

197. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine

Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Vorausgesetzt ist zum einen ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken, zum anderen ein Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung.

198. Beweismässig ist bei allen zehn Hoch- und Tiefbauprojekten erstellt, dass zwischen den beteiligten Unternehmen tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bei den betreffenden Ausschreibungen zu koordinieren (*natürlicher Konsens*; Rz 48 ff., 63 ff., 79 ff., 100 ff., 113 ff., 131 ff., 144 f., 155 f., 169 ff. und 180 ff.).

199. Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG in sämtlichen zehn Fällen erfüllt.

200. Die Abreden im Zusammenhang mit den zehn Hoch- und Tiefbauprojekten beinhalteten, das Eingabeverhalten zwischen den Abredeteilnehmern zu koordinieren. Ein solcher Abredeinhalt ist in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Darüber hinaus ist vorliegend – obwohl dies nicht notwendig ist – erwiesen, dass die Abredeteilnehmer mit ihrem Verhalten bei allen zehn Hoch- und Tiefbauprojekten auch in subjektiver Hinsicht bezweckten, sich nicht zu konkurrenzieren (Rz 50 f., 66 f., 88, 103, 120, 135, 146 f., 157 ff., 172 und 182 f.). Somit waren die vorliegenden Abreden nicht nur (objektiv) geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, sondern es bestand auch eine dahingehende Absicht der Abredeteilnehmer.

201. Damit liegen in allen zehn Fällen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

C.4.2.1 Qualifikation als horizontale Preis- und Geschäftspartnerabreden (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)

202. Die Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit den zehn Hoch- und Tiefbauprojekten hatten alle zum Gegenstand, die Angebote der Abredeteilnehmer zu koordinieren. Dies beinhaltete folgende Aspekte:

- Erstens waren die Abredeteilnehmer in allen zehn Fällen Unternehmen der gleichen Marktstufe, nämlich Anbieter von Hoch- und/oder Tiefbauleistungen. Ohne entsprechende Zusammenarbeit hätten sie miteinander im Wettbewerb gestanden. Die betreffenden Vereinbarungen sind daher als horizontale Wettbewerbsabreden zu qualifizieren (Art. 5 Abs. 3 KG).
- Zweitens legten die Abredeteilnehmer fest, bei welchem Unternehmen die Chancen an der Zuschlagserteilung aufrechterhalten werden sollten. Dies hatte unter den Abredeteilnehmern eine Zuordnung von Auftraggebern und Auftraggeberinnen zur Folge. Ein solcher Abredegegenstand erfüllt den Tatbestand der Geschäftspartnerabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG. Eine Ausnahme bildet die Wettbewerbsabrede im Zusammenhang mit den Bauprojekten «[...]» in Zuz (2011). Hier ist nicht klar, welchem Unternehmen welche Rolle zugeordnet war. Die entsprechende Wettbewerbsabrede lässt sich daher nicht als Geschäftspartnerabrede zu qualifizieren.
- Drittens ging es zwischen den Abredeteilnehmern in sämtlichen zehn Fällen um eine preisliche Abstimmung ihrer Angebote. Typischerweise einigten sie sich auf den Preis des tieferen Angebots, das den Zuschlag erhalten sollte, und kamen überein, dass das andere Unternehmen einen höheren Preis offeriert. Die Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit den zehn einzelnen Bauprojekten sind vor diesem Hintergrund auch als Preisabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu qualifizieren. Als Preisabrede ist namentlich auch die Wettbewerbsabrede zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG betreffend die Bauprojekte «[...]» zu werten. Diesbezüglich gab es zwischen den Abredeteilnehmern eine preisliche Angebotskoordinierung (vgl. Rz 171 hiervor), oh-

ne aber festzulegen, welches Angebot höher ausfallen sollte. Eine Ausnahme gilt hinsichtlich der Beteiligung der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau an der Wettbewerbsabrede im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», [...]. Bei diesem Bauprojekt bestand zwischen der Rocca + Hotz AG und der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau nur dahingehend eine Übereinkunft, dass die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau ihr Bieterverhalten so gestalten sollte, dass eine mögliche Zuschlagserteilung an die Rocca + Hotz AG nicht gefährdet ist (Rz 85 hiervor). Der Konsens zielte nicht zwingend auf eine preisliche Abstimmung der Angebote, sondern hätte auch durch Angebotsverzicht vollzogen werden können. Insofern erfüllt diese Wettbewerbsabrede nicht den Tatbestand der Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG), sondern lediglich der Geschäftspartnerabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG).

203. Liegen Abreden vor, welche unter die Aufzählung von Art. 5 Abs. 3 KG fallen, so wird für diese Abreden vermutet, dass sie eine wettbewerbsbeseitigende Wirkung haben. In Bezug auf die Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit den zehn einzelnen Hoch- und Tiefbauprojekten greift damit die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs.

204. Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich diese Vermutung widerlegen lässt. Dabei ist zunächst der relevante Markt, auf dem sich die vorliegenden Abreden auswirken, in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht abzugrenzen (Rz 205 ff. hiernach). Anschliessend ist zu prüfen, ob der auf dem relevanten Markt bzw. den relevanten Märkten trotz des Vorliegens von Wettbewerbsabreden noch verbliebene aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag. Wie zu zeigen ist, liegt in einem Fall eine Wettbewerbsbeseitigung vor (Rz 210 ff. hiernach). In neun Fällen lässt sich die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs zwar widerlegen, die Abreden hatten aber eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zur Folge (Rz 217 ff. hiernach) und lassen sich nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen (Rz 221 f. hiernach).

C.4.2.2 Relevanter Markt

205. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.¹⁵⁵ Im Vordergrund steht dabei, die (ökonomischen) Wirkungen einer konkret untersuchten Wettbewerbsbeschränkung zu beurteilen.¹⁵⁶ Zudem ist die Bestimmung des relevanten Marktes für die Höhe der Sanktion von Bedeutung.

¹⁵⁵ BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*; Entscheidung der WEKO vom 26.3.2018, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 599, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018).

¹⁵⁶ Exemplarisch OECD, *Market Definition*, DAF/COMP(2012)19, S. 11; RAINER TRAUOGOTT, *Zur Abgrenzung von Märkten*, WuW 1998, 929–939, 929; TILL STEINVORTH, *Probleme der geografischen Markt-abgrenzung*, WuW 10/2014, S. 924–937; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert* (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 2 KG N 94; MARCEL MEINHARDT/ASTRID WASER/JUDITH BISCHOF, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert* (Hrsg.), 2010, Art. 10 KG N 40.

206. Bei den vorliegend zu beurteilenden Wettbewerbsverstössen im Zusammenhang mit einzelnen Bauprojekten bildete die jeweilige Bauherrschaft, welche die Bauleistungen nachgefragt hat, Marktgegenseite der Parteien.

207. In sachlicher Hinsicht bezogen sich die zu beurteilenden Wettbewerbsverstösse jeweils auf ein einzelnes Hoch- oder Tiefbauprojekt. Die sachlich relevanten Märkte umfassen daher die jeweiligen Bauleistungen im Zusammenhang mit den betreffenden Bauprojekten.

208. Die betreffenden Bauprojekte waren naturgemäss an den Ort der Ausführung gebunden. Im Bauwesen besteht ein gewisser Distanzschutz aufgrund der hohen Transportkosten. Mit zunehmender Distanz zwischen dem Ausführungsort und dem Werkhof einer Bauunternehmung steigen die Selbstkosten und somit sinkt auch die Rentabilität.

209. Vorliegend sind Hoch- und Tiefbauprojekte mit kleinem oder mittelgrossem Bauvolumen im Oberengadin zu beurteilen. Aufgrund der Projektgrössen und der geographischen Gegebenheiten (Alpenpässe, Distanzen, fehlende Schnellstrassen) des Oberengadins ist davon auszugehen, dass in den meisten Fällen primär lokal tätige Bauunternehmen eine wirtschaftliche Offerte einreichen konnten. Tatsächlich haben in den zu beurteilenden Fällen ausnahmslos Unternehmen aus dem Engadin eine Offerte eingereicht. Aus diesem Grund bilden vorliegend das Engadin sowie allenfalls angrenzende Gebiete den räumlich relevanten Markt.

C.4.2.3 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs in einem Fall

210. Nachfolgend ist zu beurteilen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert worden sind, d.h., ob sie überhaupt über die Möglichkeit verfügten, die Preise zu erhöhen, die Mengen zu reduzieren, die Qualitäten zu senken oder die Innovation zu verzögern; kurz, ob sie volkswirtschaftliche oder soziale Schäden verursachen konnten. Ebenso ist zu prüfen, ob allenfalls verbleibender Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung umzustossen vermag.

211. In Bezug auf den Innenwettbewerb ist Folgendes festzuhalten: Die getroffenen Abreden beinhalteten in acht Fällen, unter den Abredeteilnehmern durch koordinierte Angebotspreise den designierten Zuschlagsempfänger bzw. die designierte Zuschlagsempfängerin zu bestimmen. Damit zielten die Abredeteilnehmer darauf, sämtliche möglichen Aspekte des Wettbewerbs untereinander auszuschliessen. Bei den Bauprojekten «[...]» stimmten die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG zwar ebenfalls ihre Angebote in preislicher Hinsicht ab. Allerdings ist unklar, ob bzw. bei welchem Unternehmen hierdurch die Chancen auf die Zuschlagserteilung hätten aufrechterhalten werden sollen (vgl. Rz 171 hiervor). Daher kann aufgrund der Abrede keine vollständige Verhinderung des Innenwettbewerbs angenommen werden.

212. Sodann ist in allen zehn Fällen erwiesen, dass sich die Abredeteilnehmer an die getroffenen Abmachungen

hielten. Dadurch entfiel zwischen ihnen jeglicher Innenwettbewerb; bei den Bauprojekten «[...]» hemmte die Angebotskoordination den Innenwettbewerb zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG zumindest weitgehend. Selbst wenn nicht von den Abreden betroffene Wettbewerbsparameter vorhanden gewesen wären, wäre das Spektrum der verbleibenden Wettbewerbskräfte nicht ausreichend gewesen, um die Beseitigungsvermutung umzustossen. Bei der Vergabe von Hoch- und Tiefbauleistungen im Oberengadin bildete der Preis die zentrale Wettbewerbsdimension. Dies zeigt sich auch daran, dass sich in den untersuchten Fällen jeweils dasjenige Unternehmen mit dem tiefsten Angebot durchgesetzt hat. Im Übrigen hielt die WEKO bereits in mehreren Entscheiden fest, dass bei Submissionsabreden typischerweise keine weiteren – nicht von der Abrede erfassten – Wettbewerbsparameter bestehen, die einen wirksamen Rest- oder Teilwettbewerb ermöglichen.¹⁵⁷ Diese Auffassung bestätigte das Bundesverwaltungsgericht im Fall *Strassenbeläge Tessin*. Nichtpreisliche Wettbewerbsparameter wie Ausführungsfristen, die Qualität der Leistungen oder die Betriebskosten seien unwesentlich, da diese Kriterien im Wesentlichen bereits vorgängig durch den Bauherrn in den Ausschreibungsunterlagen vorgegeben würden. Massgebend sei vielmehr der Angebotspreis.¹⁵⁸ Die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts lässt sich je nach Umständen zwar nicht zum Vornherein auf sämtliche Hoch- und Tiefbauleistungen übertragen. Jedoch bildet der Preis bei Ausschreibungen oftmals den zentralen Zuschlagsfaktor. So erachteten die Parteien es auch in den vorliegenden Bauprojekten als ausreichend, den Preis abzusprechen, um die Projektzuteilung im internen Verhältnis zu regeln.

213. Aus diesen Gründen ist zu schliessen, dass in keinem der Fälle die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs infolge des Innenwettbewerbs widerlegt wird.

214. Im Folgenden ist nun der tatsächliche und potenzielle Aussenwettbewerb bei den betreffenden Ausschreibungen zu würdigen. Dabei ist zwischen den einzelnen Projekten wie folgt zu differenzieren:

- Beim «[...]», la Punt Chamues-ch, waren mit der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG alle offerierenden Bauunternehmen an der Abrede beteiligt. Das Bauprojekt wurde durch eine private Bauherrschaft vergeben. Aussenwettbewerb (aktueller oder potenzieller) konnte daher ausschliesslich durch zur Offertabgabe eingeladene bzw. angefragte Bauunternehmen entstehen. Den Angaben der Bauherrschaft zufolge (vgl. Rz 62 hiervor) wurden keine weiteren Unternehmen eingeladen. Eine disziplinierende Wirkung von aktuellen oder potenziellen Wettbewerbern ist somit nicht anzunehmen. Eine Widerlegung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung aufgrund von Aussenwettbewerb kommt bei dieser Sachlage nicht in Betracht.

¹⁵⁷ RPW 2009/3, 196 Rz 96, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2012/2, 270, Rz 1030 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

¹⁵⁸ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 368 E. 9.2.2., *Strassenbeläge Tessin*.

- In den Fällen «[...]», [...], «[...]», Zuoz, und «[...]», S-chanf, konnten die Abredeteilnehmer den Zuschlag durch die Angebotskoordination ebenfalls erfolgreich steuern. Allerdings gab es in diesen Fällen neben den beiden Abredeteilnehmern jeweils zumindest ein weiteres Unternehmen, das eine Offerte einreichte. Im Fall «[...]», S-chanf, reichten neben den Abredeteilnehmern die [...] und die [...] ein Angebot ein. Beim Bauprojekt «[...]» ist zugunsten der Parteien anzunehmen, dass die [...] mitofferte (vgl. Rz 54 hiervor). Beim Bauprojekt «[...]» ist aufgrund der Auskünfte der Bauherrschaft erstellt, dass ein nicht an der Abrede beteiligtes Unternehmen ein Angebot unterbreitete. Allerdings ist unklar, um welches Unternehmen es sich hierbei handelte (vgl. Rz 104 hiervor). Dass die betreffenden Unternehmen in Bezug auf die zu beurteilenden Bauprojekte nicht als starke Aussenwettbewerber (z.B. aufgrund ihres Standorts oder ihrer strategischen Ausrichtung bzw. aufgrund fehlender Kapazitäten oder Referenzobjekte) zu bewerten sind, ist nicht ersichtlich. So hat etwa die [...] bei mehreren der zu beurteilenden Projekte durchaus deutlich tiefer offeriert als die abredeteiligen Unternehmen. Insofern ist anzunehmen, dass von den Aussenwettbewerbern, namentlich der [...], eine gewisse disziplinierende Wirkung ausging. Eine wettbewerbsbeseitigende Wirkung der Abreden kann bei dieser Sachlage nicht bejaht werden. Vielmehr ist die Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG in den Fällen «[...]», «[...]» und «[...]» als widerlegt zu betrachten.
- Bei den Bauprojekten «[...]», [...], «[...]», Zuoz, «[...]», [...], «[...]», Zuoz, «[...]», Zuoz, und «[...]», [...] erhielt jeweils ein Aussenwettbewerber den Zuschlag. Zwar erfüllte die Abrede zumindest teilweise ihren Zweck, nämlich, dass sich die Abredeteilnehmer im Innenverhältnis nicht konkurrenzieren. Dass sich aber letztlich ein Drittunternehmen durchsetzen konnte, zeigt, dass der Aussenwettbewerb hinreichend war, um eine wettbewerbsbeseitigende Wirkung der Abrede zu verhindern. Die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung ist daher auch in diesen sechs Fällen widerlegt.

215. Nach dem Gesagten kann die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei der Wettbewerbsabrede im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», la Punt Chamues-ch, nicht widerlegt werden. In diesem Fall erübrigt sich zu prüfen, ob die Wettbewerbsabrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Wettbewerbsabreden, die den beteiligten Unternehmen Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen, sind einer Effizienzprüfung nicht zugänglich (Art. 5 Abs. 1 KG). Damit handelt sich bei der Wettbewerbsabrede im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]» um eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG.

216. Dagegen wird die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG in den übrigen neun Fällen widerlegt. Im Folgenden ist zu prüfen, ob in diesen Fällen eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs (Art. 5 Abs. 1 KG) gegeben ist (Rz 217 ff. hier nach).

C.4.2.4 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs in neun Fällen

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

218. Das Bundesgericht hat im Gaba-Urteil festgehalten, dass das Kriterium der Erheblichkeit eine Bagatellklausel ist. Die in Art. 5 Abs. 3 und 4 KG aufgeführten besonders schädlichen Abreden erfüllen grundsätzlich das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 5 Abs. 1 KG.¹⁵⁹ Dies gilt ohne Bezug auf einen Markt bzw. ungeachtet einer Marktabgrenzung.¹⁶⁰ Mit anderen Worten sind solche Wettbewerbsabreden grundsätzlich bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich.¹⁶¹ Es ist nicht erforderlich, dass sich die betreffenden Abreden tatsächlich negativ auf den Wettbewerb ausgewirkt haben. Es genügt, dass sie den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.¹⁶²

219. Den Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit den betreffenden neun Bauprojekten waren ein nicht unbedeutendes Schädigungspotenzial immanent. In den Worten des Bundesverwaltungsgerichts haben Angebotskoordinierungen zur Folge, dass der Vergabewettbewerb durch die verdeckte und treuwidrige Kooperation mit einem Konkurrenten grundlegend verfälscht und das zentrale Ziel einer unbeeinflussten Wahlmöglichkeit durch die ausschreibende Stelle vereitelt wird.¹⁶³ Als horizontale Geschäftspartner- und/oder Preisabreden (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG; vgl. Rz 202) betrafen die vorliegenden Wettbewerbsabreden zentrale Wettbewerbsparameter. Zudem wurden sie in allen neun Fällen umgesetzt. Damit entfiel zwischen den jeweiligen Abredeteilnehmern jeglicher Innenwettbewerb; bei den Bauprojekten «[...]» wurde der Innenwettbewerb zwischen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG infolge der Wettbewerbsabrede zumindest weitgehend verhindert. In den Fällen «[...]», [...], «[...]», Zuoz, und «[...]», S-chanf, erhielt mit der Rocca + Hotz AG gar dasjenige Unternehmen den Zuschlag, das von den Abredeteilnehmern hierfür vorgesehen war.

¹⁵⁹ BGE 143 II 297, 324 E. 5.1, *Gaba*; bestätigt in Urteil des BGER 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, *BMW*; zuletzt: Entscheid der WEKO vom 2.10.2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*, Rz 131, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018).

¹⁶⁰ BGE 143 II 297, 324 E. 5.5, *Gaba*.

¹⁶¹ BGE 143 II 297, RPW 2017/2, 350 E. 5.2, *GABA*; bestätigt in Urteil des BGER 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.1, *BMW*; Urteil des BGER 2C_1017/2014 vom 9.10.2017, E. 3.1, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BGER 2C_1016/2014 vom 9.10.2017, E. 1, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; zuletzt: Entscheid der WEKO vom 2.10.2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*, Rz 131, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018).

¹⁶² BGE 143 II 297, RPW 2017/2, RPW 2017/2, 353 E. 5.4.2, *GABA*; bestätigt in Urteil des BGER 2C_63/2016 vom 24.10.2017, E. 4.3.2, *BMW*. zuletzt: Entscheid der WEKO vom 2.10.2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*, Rz 131, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018).

¹⁶³ Urteil des BVGER B-771/2012 vom 25.6.2018, E. 8.3.3.

220. Vorliegend sind keine Elemente ersichtlich, welche auf eine Ausnahme von der grundsätzlichen Erheblichkeit der Wettbewerbsabreden hinweisen würden. Sie stellen somit erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar.

C.4.2.5 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

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

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

222. Rechtfertigungsgründe der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) sind bei den Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit den Bauprojekten «[...]», «[...]», «[...]», «[...]», «[...]», «[...]», «[...]» und «[...]» nicht ersichtlich und wurden von den Parteien auch nicht vorgebracht. Die Wettbewerbsabreden in diesen neun Fällen stellen daher ebenfalls unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar.

C.4.2.6 Zwischenergebnis

223. Zusammenfassend ist Folgendes festzuhalten:

- Bei den zehn zu beurteilenden einzelnen Bauprojekten (vgl. die Übersicht in Rz 195) lagen zwischen den jeweils beteiligten Unternehmen tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen vor, ihre Angebote bei den betreffenden Ausschreibungen zu koordinieren (*natürlicher Konsens*). Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG in allen zehn Fällen erfüllt. Ein solcher Abredeinhalt ist in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbe-

werbsbeschränkung zu bewirken. Zudem bezweckten die Abredeteilnehmer vorliegend tatsächlich, sich bei den betreffenden Ausschreibungen nicht zu konkurrieren.

- Die Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit den zehn einzelnen Bauprojekten sind als horizontale Geschäftspartner- und/oder Preisabreden zu werten. Als solche erfüllen sie den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und/oder Bst. c KG. Damit greift gemäss Art. 5 Abs. 3 KG die Vermutung, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt ist.
- In Bezug auf das Bauprojekt «[...]» lag kein hinreichender Aussen- oder Innenwettbewerb auf dem relevanten Markt vor, der wirksamen Wettbewerb hätte gewährleisten können. Die Wettbewerbsabrede im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt stellt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar.
- In den Fällen «[...]», «[...]», «[...]», «[...]», «[...]», «[...]», «[...]», «[...]» und «[...]» lässt sich die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zwar widerlegen. Allerdings handelt es sich nicht um Bagatellfälle. Die betreffenden Abreden sind daher als erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG zu werten. Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG sind nicht ersichtlich und wurden auch nicht vorgebracht. Die Abreden im Zusammenhang mit diesen neun Bauprojekten stellen ebenfalls unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar.

224. Die nachfolgende Übersicht listet die begangenen Wettbewerbsverstösse und die daran beteiligten Unternehmen auf. Zudem wird summarisch festgehalten, wie die einzelnen Wettbewerbsverstösse rechtlich zu qualifizieren sind.

Wettbewerbsverstoss	Beteiligte Parteien	Qualifikation	Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung / Erheblichkeit / Rechtfertigung
«[...]», [...] (2008)	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	Beseitigungsvermutung widerlegt; erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs; keine Rechtfertigung
«[...]», la Punt Chamues-ch (2008)	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	Wettbewerbsbeseitigung
«[...]», [...] (2008)	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG P. Lenatti AG	Geschäftspartner- und Preisabrede zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG); Geschäftspartnerabrede zwischen der Rocca + Hotz AG und P. Lenatti, Hoch- und Tiefbau (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG)	Beseitigungsvermutung widerlegt; erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs; keine Rechtfertigung
«[...]», Zuoz (2009)	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	Beseitigungsvermutung widerlegt; erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs; keine Rechtfertigung
«[...]», S-chanf (2010)	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	Beseitigungsvermutung widerlegt; erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs; keine Rechtfertigung
«[...]», Zuoz (2011)	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	Beseitigungsvermutung widerlegt; erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs; keine Rechtfertigung
«[...]», [...] (2011)	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	Beseitigungsvermutung widerlegt; erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs; keine Rechtfertigung
«[...]», Zuoz (2011)	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	Beseitigungsvermutung widerlegt; erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs; keine Rechtfertigung
«[...]», Zuoz (2011)	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG)	Beseitigungsvermutung widerlegt; erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs; keine Rechtfertigung
«[...]», [...] (2012)	Foffa Conrad AG Rocca + Hotz AG	Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	Beseitigungsvermutung widerlegt; erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs; keine Rechtfertigung

D Massnahmen

225. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. Rz 226 ff.) als auch monetäre Sanktionen (vgl. Rz 231 ff.).

D.1.1 Anordnung von Massnahmen

226. 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.¹⁶⁴

227. Aus den Erwägungen ergibt sich, dass sich sämtliche Verfahrensparteien an einer oder mehreren unzulässigen Wettbewerbsabreden im Bereich Hoch- und Tiefbauleistungen im Oberengadin beteiligt haben (Rz 194 ff.). Sie sind zu einem Verhalten zu verpflichten, bei welchem vergleichbare Wettbewerbsbeschränkungen verhindert werden und nicht mehr drohen.

228. Konkret ist den Untersuchungsadressaten zu untersagen:

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

¹⁶⁴ RPW 2015/2, 235 Rz 267, *Tunnelreinigung*; zum Ganzen sodann auch RPW 2013/4, 643 ff. Rz 1028 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*; RPW 2017/3, 453 Rz 253, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*.

229. 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.

230. 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.¹⁶⁵

D.1.2 Sanktionierung

D.1.2.1 Allgemeines

231. 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.¹⁶⁶ Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.¹⁶⁷

232. 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.¹⁶⁸

D.1.2.2 Voraussetzungen

D.1.2.2.1 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

233. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt haben. Danach wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Daraus ergeben sich folgende Strafbarkeitsvoraussetzungen:

- Es müssen unzulässige Verhaltensweisen im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG vorliegen (Rz 234);
- Die unzulässigen Verhaltensweisen müssen von einem Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes begangen worden sein (Rz 235 ff.).

D.1.2.2.2 Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG

234. Die festgestellten Verhaltensweisen (vgl. die Übersicht unter Rz 224) verstossen gegen Art. 5 Abs. 3 Bst. a und/oder Bst. c KG. Damit liegen in allen Fällen unzulässige Verhaltensweisen im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG vor. Nicht massgebend für die Frage der Sanktionierbarkeit ist, ob die unzulässigen Abreden zu einer Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs oder zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs geführt haben.¹⁶⁹

D.1.2.2.3 Unternehmen

235. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem «Unternehmen» begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG abgestellt.¹⁷⁰

236. Sämtliche Parteien, die sich an einer oder mehreren der festgestellten unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt haben (vgl. die Übersicht unter Rz 224), waren zum Tatzeitpunkt Trägerinnen eines Unternehmens im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG (vgl. Rz 187).

D.1.2.2.4 Vorwerfbarkeit

237. Das Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit stellt gemäss Rechtsprechung das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar.¹⁷¹ Massgebend für das Vorliegen von Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit ist gemäss dieser Rechtsprechung ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden, an dessen Vorliegen jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind.

¹⁶⁵ 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*.

¹⁶⁶ Botschaft vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, insb. 2023, 2033 ff. und 2041; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92.

¹⁶⁷ BBl 2002 2022, 2034.

¹⁶⁸ 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*.

¹⁶⁹ BGE 143 II 297, 337 ff. E. 9.

¹⁷⁰ RPW 2017/3, 454 Rz 260, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; Entscheid der WEKO vom 26.3.2018, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 733, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018).

¹⁷¹ 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*.

238. 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.¹⁷² Ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. Organisationsverschulden liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt oder weiterführt, obwohl es sich bewusst ist oder sein müsste, dass das Verhalten möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.¹⁷³

239. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen handelten und die kartellrechtswidrigen Wettbewerbsabreden trafen, taten dies wissentlich und nahmen deren wettbewerbsbeseitigende bzw. wettbewerbsbeschränkende Wirkung zumindest in Kauf, handelten diesbezüglich also zumindest eventualvorsätzlich. Sodann ist festzuhalten, dass die handelnden natürlichen Personen für die jeweiligen Unternehmen entweder zeichnungsberechtigt waren oder jeweils mindestens dem mittleren oder oberen Kader bzw. der Geschäftsleitung angehörten. Ihr (Eventual-)Vorsatz bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen.

240. 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.¹⁷⁴ 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.

D.1.2.2.5 Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht

241. 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.

242. Die vorliegenden Wettbewerbsabreden wurden zwischen 2008 und 2012 getroffen. Die vorliegende Untersuchung wurde im Oktober 2012 eröffnet. Allerdings bezog sich der damalige Untersuchungsgegenstand auf «Wettbewerbsbeschränkungen im Oberengadin». Die vorliegend strittigen Projekte liegen im Oberengadin und waren somit vom damaligen Untersuchungsgegenstand nicht erfasst. Am 22. April 2013 dehnten die Wettbewerbsbehörden die Untersuchung auf den gesamten Kanton Graubünden aus. Die Ausdehnung wurde im Schweizerischen Handelsblatt publiziert.¹⁷⁵ Mit der kan-

tonsweiten Ausdehnung wurden auch allfällige Wettbewerbsabreden bezüglich einzelner Hoch- und Tiefbauprojekte im Oberengadin in den Untersuchungsgegenstand einbezogen. Stichdatum für die fünfjährige Frist gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ist somit der 22. April 2008.

243. Vorliegend erfolgten die massgeblichen Tathandlungen der Rocca + Hotz AG und der Foffa Conrad AG bei zwei der zehn unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vor dem 22. April 2008, nämlich in Bezug auf die Bauprojekte «[...]», [...] (Februar 2008), und «[...]», la Punt Chamues-ch (März 2008). Bei diesen Bauprojekten übersteigt die Dauer zwischen der Ausübung der Wettbewerbsbeschränkung und der Untersuchungseröffnung – konkret der Verfahrensausdehnung vom 22. April 2013 – fünf Jahre. Für diese beiden Verstösse entfällt damit gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG die Sanktionierungsmöglichkeit.¹⁷⁶

244. Für die übrigen acht Wettbewerbsverstösse ist die Frist für die Sanktionierbarkeit gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG mit der Ausdehnung vom 22. April 2013 grundsätzlich gewahrt. Dies betrifft jedenfalls die Foffa Conrad AG, gegen welche die Untersuchung von Anfang an geführt worden ist. Allerdings wurde das vorliegende Verfahren erst am 23. November 2015 gegen die Rocca + Hotz AG, P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau und Broggi Lenatti AG ausgedehnt (vgl. Rz 12 hiavor). Damit stellt sich die Frage, ob auch hinsichtlich dieser Untersuchungsadressaten die Frist für die Sanktionierbarkeit bei allen übrigen acht Verstösse gewahrt ist.

245. Wie die WEKO in der Vergangenheit festgehalten hat, ist die Vorschrift von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG nicht «unternehmensbezogen», sondern «tatbezogen» zu verstehen.¹⁷⁷ Mithin ist die Sanktionierung eines Unternehmens nur dann ausgeschlossen, wenn die Untersuchung als solche über fünf Jahre nach Einstellung des KG-Verstosses eingeleitet wird, unabhängig davon, ob sich die Untersuchung von Anfang an gegen das betreffende Unternehmen richtete oder nicht. Für eine solche tatbezogene Auslegung spricht zunächst der Wortlaut der Bestimmung. Denn Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ist tatbezogen formuliert («Die Belastung entfällt, wenn die Wettbewerbsbeschränkung...»). Eine «unternehmensbezogene» Auslegung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG liefe sodann dem Sinn und Zweck der Norm zuwider. Den Wettbewerbsbehörden sind bei Eröffnung einer

¹⁷² RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., *SIX/DCC*.

¹⁷³ 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*.

¹⁷⁴ 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).

¹⁷⁵ SHAB vom 28.05.2013 [siehe auch Act. I.080 (22-0433)].

¹⁷⁶ Vgl. auch RPW 2013/4, 591 Rz 801, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

¹⁷⁷ Entscheidung der WEKO vom 2.10.2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin IV*, Rz 122 ff., sowie Entscheidung der WEKO vom 2.10.2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*, Rz 146 ff., beide abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018).

Untersuchung oftmals nicht alle an einem Wettbewerbsverstoss beteiligten Unternehmen bekannt. Häufig erweist sich erst im Laufe der Untersuchung, dass weitere Unternehmen am möglichen Wettbewerbsverstoss beteiligt sind. Wäre die Norm unternehmensbezogen zu verstehen, müssten die Wettbewerbsbehörden die Untersuchung vorsorglich gegen sämtliche theoretisch denkbaren Beteiligten eröffnen, damit die Sanktionierbarkeit nicht entfällt. Hierdurch wäre zum einen die Durchführung der entsprechenden Untersuchung erschwert. Zudem läge eine solche «breite» Untersuchungseröffnung nicht im Interesse der Unternehmen.

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

247. Nach dem Gesagten steht der Sanktionierung aller übrigen acht Kartellrechtsverstösse in zeitlicher Hinsicht auch in Bezug auf die Rocca + Hotz AG, P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau und Broggi Lenatti AG nichts entgegen. Für die betreffenden Verstösse sind sämtliche Voraussetzungen für eine Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt. Nicht zu sanktionieren sind einzig die Verstösse im Zusammenhang mit den Bauprojekten «[...]», [...], und «[...]», la Punt Chamuesch.

248. Daran vermögen auch die Vorbringen der Rocca + Hotz AG nichts zu ändern. Konkret vertritt sie den Standpunkt, dass im Hinblick auf eine Sanktionierung der Rocca + Hotz AG erst auf den Zeitpunkt der Untersuchungsausdehnung gegen sie vom 23. November 2015 abgestützt werden könne. Auch bei den Projekten «[...]», [...] (2008), «[...]», Zuoz (2009), und «[...]», S-chanf (2010), sei die 5-jährige Verwirkungsfrist seit der Ausübung bzw. Beendigung des relevanten Verhaltens abgelaufen.¹⁷⁸ Wie gezeigt worden ist (Rz 245 hiervor), ist die Bestimmung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG nicht unternehmensbezogen, sondern tatbezogen auszulegen. Massgebend für die fünfjährige Frist ist somit der Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bzw. vorliegend der räumlichen Verfahrensausdehnung auf den gesamten Kanton Graubünden vom 22. April 2013. Auch die von der Rocca + Hotz AG gerügte Verletzung des Anklage- bzw. Akkusationsprinzips ist unbegründet. Mit den Vorwürfen gegen sie wurde die Rocca + Hotz AG an den Einvernahmen vom 29. Oktober 2015 und 14. März 2016 sowie mit der Mitteilung der Verfahrensausdehnung vom 23. November 2015, spätestens aber mit dem Antrag des Sekretariats vom 10. Januar 2019 hinreichend konfrontiert. Dazu konnte sie schriftlich Stellung nehmen. Zudem hatte sie an der Anhörung vom 13. Mai 2019 die Gelegenheit, ihren Standpunkt mündlich der WEKO vorzutragen.

249. Nicht zu folgen ist weiter dem Einwand der Rocca + Hotz AG¹⁷⁹, dass die lange Verfahrensdauer der Sanktionierung entgegenstehe. Dabei ist der besondere Kontext der Untersuchung zu berücksichtigen. Das vorliegende Verfahren hat seinen Ursprung in der Untersuchung «Bauleistungen Unterengadin», welche am 30. Oktober 2012 gegen 17 im Unterengadin tätige Unter-

nehmen eröffnet worden ist. Aufgrund erster Ermittlungsergebnisse dehnten die Wettbewerbsbehörden die Untersuchung am 22. April 2013 auf den gesamten Kanton Graubünden (insbesondere das Oberengadin) und sieben weitere Unternehmen aus. Die Untersuchung wurde im November 2015 auf weitere Unternehmen ausgedehnt und anschliessend aus prozessökonomischen Gründen in zehn Untersuchungen aufgeteilt (vgl. zur Verfahrensgeschichte Rz 6 ff. hiervor). Die Verfahrenstrennung erlaubte es der WEKO, die einzelnen Verfahren gestaffelt abzuschliessen. Eine erste Untersuchung schloss die WEKO mit Entscheid vom 10. Juli 2017 ab. Sie stellte rechtskräftig fest, dass Hoch- und Tiefbauunternehmen im Münstertal (GR) zwischen 2004 und 2012 mehr als hundert Ausschreibungen abgesprochen hatten. Sechs weitere Entscheide über Submissionsabreden im Hoch- und Tiefbau im Engadin fällte die WEKO am 2. Oktober 2017 («Engadin III–VIII»). Am 26. März 2018 folgte der Entscheid im Verfahren Engadin I, der eine Vielzahl von unterschiedlich gelagerten Submissionsabreden und unzulässigen Kooperationsformen im Unterengadin zum Gegenstand hatte. Noch ausstehend ist der Abschluss der Untersuchung «Strassenbau», die im Wesentlichen allfällige systematische Abreden im Bereich Strassenbau im ganzen Kanton Graubünden betrifft. Art und Umfang der in diesen zusammenhängenden Verfahren durchzuführenden Untersuchungshandlungen und Ermittlungsmassnahmen, die angesichts des Aktenaufwands anspruchsvolle Geschäftsvereinbarung und Durchführung der Akteneinsicht sowie die Vielzahl der zu beurteilenden Verhaltensweisen und involvierter Unternehmen nahmen Zeit in Anspruch. Auch im vorliegenden Verfahren sind immerhin zehn Wettbewerbsverstösse zu behandeln. Perioden von Untätigkeit sind keine zu verzeichnen. Eine Verfahrensdauer von sechs Jahren (ab Ausdehnung des Verfahrens auf das Oberengadin im April 2013) ist bei diesen besonderen Umständen nicht unangemessen.¹⁸⁰

D.1.2.3 Zurechenbarkeit der Wettbewerbsverstösse

250. Im Folgenden ist zu beurteilen, inwiefern die begangenen Wettbewerbsverstösse den Verfahrensparteien zugerechnet werden können. Massgebend ist dabei die Unternehmensträgerschaft, 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. Die Verfahrensparteien sind für diejenigen Verstösse zu sanktionieren, die von den von ihnen getragenen Unternehmen begangen worden sind.

¹⁷⁸ Act. 93 (22-0459), Rz 171 ff.

¹⁷⁹ Act. 93 (22-0459), Rz 177 f.

¹⁸⁰ Zum Ganzen auch Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1644 ff.

251. Besonders zu prüfen ist die Zurechenbarkeit hingegen in Konstellationen, in denen die Unternehmensträgerschaft während oder nach der Tatbegehung geändert hat, namentlich im Zuge von Umstrukturierungen. Dies betrifft vorliegend das Verhältnis zwischen der Broggi Lenatti AG und der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau. So wurde die Tätigkeit der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau, sowie Hohenegger & Broggi AG, Bergün/Bravuogn, im Bereich Hoch- und Tiefbau per 29. April 2014 auf die Broggi Lenatti AG überführt.

252. Wie die WEKO in der Vergangenheit bereits festgehalten hat¹⁸¹, ist ein Wettbewerbsverstoss nicht nur bei eigentlicher Rechtsnachfolge (z.B. infolge Fusion) der neuen Unternehmensträgerin zuzurechnen, sondern auch in Fällen, in denen ein bestehendes Unternehmen bloss wirtschaftlich betrachtet unter neuer Trägerschaft fortgeführt wird (Unternehmenskontinuität), etwa im Rahmen eines «Asset Deals». Gleiches wird im Übrigen auch in der Literatur zum Unternehmensstrafrecht postuliert.¹⁸²

253. Massgebend ist die Unterscheidung zwischen Unternehmen und Unternehmensträger. Hiervon sind sowohl die Bestimmungen zum Geltungsbereich des Kartellgesetzes in Art. 2 KG als auch diejenigen zu den Verwaltungssanktionen nach Art. 49a ff. KG geprägt. Das «Unternehmen» im Sinne des Kartellgesetzes ist als wirtschaftliche Einheit zu verstehen, etwa als Zusammenfassung von personellen, sachlichen und finanziellen Ressourcen, mit denen sich die Einheit als Produzentin von Gütern oder Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligt. Die Betrachtung ist funktional. Dagegen handelt es sich beim «Unternehmensträger» um diejenige Organisationseinheit, die aus der Unternehmenstätigkeit berechtigt und verpflichtet wird. Die Betrachtung ist juristisch. Aus der Unterscheidung zwischen Unternehmen und Unternehmensträger in der Ordnung des Kartellgesetzes ergeben sich folgende Implikationen: Normadressat der Vorschriften des Kartellgesetzes bildet das Unternehmen als wirtschaftliches Gefüge.¹⁸³ Verstösse gegen das Kartellgesetz gehen vom Unternehmen aus. Auch eine allfällige Sanktion hierfür soll das Unternehmen treffen. Entsprechend ist die Bestimmung von Art. 49a KG formuliert. Danach wird das «Unternehmen» und nicht etwa der Rechtsträger für unzulässiges Verhalten sanktioniert. Allerdings ist zu beachten, dass dem Unternehmen selber keine Rechte und Pflichten auferlegt werden können. Seine Tat muss daher einem Unternehmensträger zugerechnet werden, dem gegenüber alsdann auch die entsprechenden kartellrechtlichen Massnahmen, namentlich die Sanktion, anzuordnen sind. Dies gilt auch bei Umstrukturierungen, bei denen das Unternehmen unter neuer Trägerschaft fortgeführt wird. Obwohl die Sanktion wirtschaftlich das fehlbare Unternehmen treffen soll, ist sie formell dem (ggf. neuen) Unternehmensträger aufzuerlegen. Damit steht die Prüfung der wirtschaftlichen Kontinuität im Kontext der Zurechenbarkeit von Zuwiderhandlungen im Einklang mit Art. 49a KG. Ein Verstoss gegen das Legalitätsprinzip bzw. den Grundsatz *nulla poena sine lege* liegt nicht vor.

254. Die Zurechnung von Kartellrechtsverstössen an eine neue Unternehmensträgerin verstösst vor diesem Hintergrund auch nicht gegen das Schuldprinzip. Das

«schuldige» Unternehmen besteht bei Unternehmenskontinuität fort und wird – auf dem Weg der Zurechnung seines Verhaltens an die neue Unternehmensträgerin – gebüsst. Dies deckt sich mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts im Fall *Preispolitik Swisscom ADSL*. Darin erachtete es das Gericht als mit dem Schuldprinzip vereinbar, im Konzernverhältnis eine Obergesellschaft als Verfügungsadressatin neben der handelnden Gruppengesellschaft heranzuziehen.¹⁸⁴

255. Nichts anderes ergibt der Blick auf EU-Rechtsprechung. Auch die Europäischen Gerichte unterscheiden im Kartellrecht zwischen dem Unternehmen, das die Tat begeht, und dem Unternehmensträger, dem die Handlung des Unternehmens zuzurechnen ist.¹⁸⁵ Im Fall *Anic* aus dem Jahr 1991 entschied das EuG, dass jeweils zu prüfen sei, auf welche Person das Unternehmen – im Sinne einer wirtschaftlichen Kontinuität – übertragen worden sei, wenn die Person, welche das Unternehmen zum Tatzeitpunkt getragen habe, rechtlich nicht mehr existiere. Bestehe die ursprüngliche Unternehmensträgerin bis zum Erlass der Entscheidung rechtlich fort, sei ihr die Zuwiderhandlung zuzurechnen.¹⁸⁶

256. Die Folgerungen des EuG im Fall *Anic* wurden vom EuGH zunächst bestätigt.¹⁸⁷ In späteren Urteilen präzierte der EuGH indes seine Rechtsprechung zur Zurechenbarkeit von Verstössen bei wirtschaftlicher Kontinuität. Im Jahr 2004 hielt er im Fall *Aalborg Portland u.a./Kommission* fest, dass fehlbares Verhalten unter Umständen selbst dann dem neuen Unternehmensträger infolge wirtschaftlicher Kontinuität zugerechnet werden könne, wenn der frühere Unternehmensträger rechtlich noch bestehe.¹⁸⁸ Auch im Fall *ETI u.a.* aus dem Jahr 2007 führte er aus, dass sich die Frage der Zurechnung von Handlungen an den neuen Unternehmensträger nicht nur dann stelle, wenn der frühere Unternehmensträger rechtlich nicht mehr existiere. Vielmehr sei dies auch dann zu prüfen, wenn der frühere Unternehmensträger zwar rechtlich noch bestehe, aber keine wirtschaftliche Tätigkeit mehr ausübe. Damit stellte der

¹⁸¹ Vgl. RPW 2017/3, 454 Rz 261 ff., *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*, den Entscheid der WEKO vom 26.3.2018, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 746 ff., sowie den Entscheid der WEKO vom 2.10.2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*, Rz 85 ff., abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018).

¹⁸² 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.

¹⁸³ Vgl. Urteil des BVGer, B-7633/2009 vom 14. September 2015, E. 77.

¹⁸⁴ Urteil des BVGer, B-7633/2009 vom 14. September 2015, E. 77.

¹⁸⁵ Urteil des EuGH vom 16.12.1975 C-40/73 *Suiker Unie u.a./Kommission*, Slg. 1975, 1663, Rz 84/87; Urteil des EuG vom 17.12.1991 T-6/89 *Enichem Anic/Kommission*, Slg. 1991, II-1623, Rz 236.

¹⁸⁶ Urteil des EuG vom 17.12.1991 T-6/89 *Enichem Anic/Kommission*, Slg. 1991, II-1623, Rz 236.

¹⁸⁷ Urteil des EuGH vom 8.7.1999 C-49/92 P *Kommission/Anic Partecipazioni*, Slg. 1999, I-4208 f., Rz 145.

¹⁸⁸ Urteil des EuGH vom 7.1.2004 C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P *Aalborg Portland u.a./Kommission*, Slg. 2004, I-403, Rz 354 ff.

EuGH klar, dass seine frühere Rechtsprechung im Fall Anic zu eng gefasst war. Er begründete seine revidierte Praxis unter anderem damit, dass eine Sanktion gegen eine Person, die rechtlich zwar noch existiere, aber kein Unternehmen mehr trage, unwirksam sei. Sodann dürften Unternehmen ihrer Sanktion nicht durch Umstrukturierungen, Übertragungen oder sonstiger Änderungen rechtlicher oder organisatorischer Art entgehen können.¹⁸⁹ Diese Praxis zur wirtschaftlichen Kontinuität haben die Europäischen Gerichte seither mehrfach bestätigt.¹⁹⁰

257. Nach dem Gesagten bestehen keine Hindernisse, die vorliegend zu beurteilende Umstrukturierungskonsstellation unter dem Gesichtspunkt der Unternehmenskontinuität zu prüfen, um die Frage der Zurechenbarkeit der Verstösse zu klären.

258. Ob bei Umstrukturierungen eine wirtschaftliche Kontinuität gegeben ist, beurteilt sich nach den gesamten Umständen des Einzelfalls. Massgebend sind insbesondere folgende Kriterien¹⁹¹:

- Übernahme von Personal (insbesondere von Schlüsselpersonen), Inventar und Räumlichkeiten;
- identische Geschäftstätigkeit (sachlich, örtlich);
- Übernahme von Know-how, Kundenregistern und anderen immateriellen Werten;
- Eintritt in Verträge;
- Aussenauftritt (z.B. gleiche oder ähnliche Firma, Corporate Identity);
- besondere Schutzmassnahmen zugunsten des übernommenen Unternehmens (z.B. Konkurrenzverbot der früheren Rechtsträgerin).

259. Die Broggi Lenatti AG übernahm von der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau, bis auf eine Ausnahme, das bauspezifische Personal, das Inventar (Maschinen, Werkzeuge, Warenlager etc.) sowie eine Immobilie¹⁹². Gemäss eigenen Angaben entspricht die Geschäftstätigkeit der Broggi Lenatti AG im Bereich Bau ab dem 1. Mai 2014 derjenigen, welche die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau vor der Zusammenführung ausgeübt hat.¹⁹³ Die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau ist zwar noch immer im Handelsregister eingetragen, übt jedoch laut eigenen Angaben keine Bautätigkeit mehr aus. Zudem stellte die Broggi Lenatti AG durch die gewählte Firma auch in der Aussenwahrnehmung einen Zusammenhang zur P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau her. Auch auf ihrer Homepage erwähnt die Broggi Lenatti AG, dass sie aus der Zusammenführung der Bautätigkeit der beiden bestehenden Unternehmen Hohenegger & Broggi AG und der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau hervorgegangen ist.¹⁹⁴

260. Aus diesen Gründen ist eine wirtschaftliche Kontinuität zwischen der Broggi Lenatti AG und der P. Lenatti AG zu bejahen. Die Broggi Lenatti AG ist daher für den Wettbewerbsverstoss der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau (dazu Rz 70 ff.) ebenfalls ins Recht zu fassen.

D.1.2.4 Bemessung

261. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Un-

ternehmens 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.

262. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG¹⁹⁵ näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit (Art. 2 Abs. 2 SVKG) und der Gleichbehandlung begrenzt wird.¹⁹⁶ 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.¹⁹⁷

263. Im Folgenden wird die Sanktionsbemessung in Bezug auf die sanktionierbaren acht Wettbewerbsverstösse (vgl. dazu Rz 247 hiervor) einzeln erörtert.

D.1.2.5 [...], [...] (2008)

D.1.2.5.1 Basisbetrag

264. 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).

¹⁸⁹ Urteil des EuGH vom 11.12.2007 C-280/06 *ETI u.a.*, Slg. 2007, I-10893, Rz 40 f.

¹⁹⁰ Vgl. etwa Urteil des EuGH vom 29.3.2011, C-352/09 *Thyssen-Krupp/Kommission*, Slg. 2011, I-02359, Rz 143 f.; Urteil des EuGH vom 17.5.2013 T-146/09, *Parker ITR und Parker-Hannifin/Kommission*, Rz 89; Urteil des EuGH vom 5.3.2015 C-93/13 P und C-123/13 P, *Kommission/Versalis und Eni*, Rz 57.

¹⁹¹ So auch Entscheid der WEKO vom 26.3.2018, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 753; Entscheid der WEKO vom 2.10.2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*, Rz 87, beide abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018).

¹⁹² Act. I.443, Antworten auf die Fragen 8, 9 und 12 sowie den beiliegenden Sacheinlagevertrag vom 20.10.2014 und die beiliegenden Inventarlisten; sowie der WEKO vom 2. Oktober 2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*, Rz 89, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018).

¹⁹³ Act. I.443, Antwort auf Frage 7; vgl. auch die Medienmitteilung der Broggi Lenatti AG vom 29.4.2014 «Zusammenschluss zweier Traditionsbetriebe».

¹⁹⁴ <http://broggi-lenatti.ch/de/ueber-uns/geschichte> (30.11.2018).

¹⁹⁵ Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

¹⁹⁶ Vgl. etwa Entscheid der WEKO vom 26.3.2018, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 758, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018); RPW 2017/3, 455 Rz 272, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

¹⁹⁷ Vgl. etwa Entscheid der WEKO vom 26.3.2018, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I*, Rz 758, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018); RPW 2017/3, 455 Rz 272, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

265. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», [...] (vgl. Rz 207 hiervor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligten Unternehmen erzielten im relevanten Markt keinen Umsatz, da ihre Schutznahme erfolglos blieb (Rocca + Hotz AG) bzw. da ihnen lediglich die Rolle der Schutzgeberin zugeordnet war (Foffa Conrad AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau).

266. Art. 49a Abs. 1 KG sieht eine Sanktionierung von Unternehmen vor, welche sich an einer Abrede beteiligt haben. Das Entfallen der Belastung ist auf Gesetzesstufe nur aus den in Art. 49a Abs. 3 KG abschliessend aufgeführten Gründen vorgesehen. Eine rein auf der Basis des eigenen Umsatzes zu bemessende Sanktion würde bei Abredeteiligen, deren Schutznahme erfolglos blieb oder die durch eine Stützofferte den designierten Zuschlagsempfänger schützen sollten, aufgrund fehlenden Umsatzes zu einer Nicht-Sanktionierung führen, die in Art. 49a KG nicht vorgesehen ist. Dieses Ergebnis entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Regelung von Art. 3 SVKG und kann vom Ordnungsgeber nicht gewollt gewesen sein.¹⁹⁸

267. Vorliegend ist daher – unter Berücksichtigung der vom Gesetz- und Ordnungsgeber in Art. 49a KG und Art. 3 SVKG getroffenen Wertungen – ein Basisbetrag zu bestimmen, der einerseits den von der Wettbewerbsabrede betroffenen Umsatz einbezieht und andererseits die Schwere und Art des Verstosses berücksichtigt. Dabei ist ersatzweise derjenige Umsatz heranzuziehen, den das (erfolglos) geschützte Unternehmen beim Bauprojekt «[...]» abredgemäß hätte erzielen sollen. Denn dieser Umsatz reflektiert letztlich die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen Submission und damit des entsprechenden Marktes und gibt dadurch Aufschluss über die Tragweite und das Schädigungspotential des Kartellrechtsverstosses.¹⁹⁹ Im vorliegenden Fall handelt es sich dabei um die Offertsumme der Rocca + Hotz AG, als (erfolglos) schutznehmendes Unternehmen, von CHF [...] exkl. MWST. Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

268. Die Schwere der Zuwiderhandlung ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden als schwer sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer sehr stark auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. Zweifellos stellen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG, welche den Wettbewerb beseitigen – als sogenannte harte horizontale Kartelle – in aller Regel schwere Kartellrechtsverstösse dar. Unter anderem sind horizontale Abreden, welche den Preiswettbewerb ausschalten, wegen des grossen ihnen immanenten Gefährdungspotentials grundsätzlich im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h. zwischen 7 und 10 %, einzuordnen. Tendenziell leichter zu gewichten sind den 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.²⁰⁰

269. Vorliegend beteiligten sich die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Aufträgen nach Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Bezüglich der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau fehlt die preisliche Dimension der Abrede (vgl. Rz 202 hiervor). Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten die beteiligten Unternehmen vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential von Abreden über die Aufteilung von Geschäftspartnern sowie den Preis (Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG) unbestritten. Vorliegend sind in Bezug auf die Abrede zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG zudem gleichzeitig mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen. Zu berücksichtigen ist indes, dass die Abrede zwar umgesetzt worden ist, aber nicht zum angestrebten Ergebnis führte. Vielmehr konnte sich mit der [...] einer der Ausserwettbewerber durchsetzen. Daher ist nicht von einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen (vgl. Rz 217 ff. hiervor).

270. Vor diesem Hintergrund ist der von der Rocca + Hotz AG begangene Kartellrechtsverstoss im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]» als mittelschwer zu werten. In Bezug auf die Foffa Conrad AG ist von einem eher leichten Verstoss auszugehen, in Bezug auf die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau von einem leichten Verstoss.

271. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Rocca + Hotz AG als nicht erfolgreiche «Schutznehmerin» der Submissionsabrede ein Basisbetrag von CHF [...] (5 %) und für die Foffa Conrad AG sowie die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau als «schützende» Unternehmen ein Basisbetrag von CHF [...] (2,5 %) bzw. CH [...] (1,25 %) als angemessen.

D.1.2.5.2 Dauer des Verstosses

272. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht zu erhöhen.

¹⁹⁸ Zur Zulässigkeit der Sanktionierung von Einzelsubmissionsabreden, bei denen kein Umsatz generiert worden ist, eingehend Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25.6.2018, E. 9.6.8; Entscheid der WEKO vom 2. Oktober 2017, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V*, Rz 156 f., abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018).

¹⁹⁹ Vgl. RPW 2013/4, 618 Rz 956, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

²⁰⁰ Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 3.

D.1.2.5.3 Erschwerende und mildernde Umstände

273. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor. Zwar bringt die Rocca + Hotz AG vor, dass ihre Sanktion aufgrund einer passiven Rolle im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG zu mildern sei. Dies überzeugt nicht. Die vorliegenden Angebotskoordinierungen lagen im Interesse Rocca + Hotz AG, zumal die anderen abredebeteiligten Unternehmen im Rahmen der Koordination des Bieterverhaltens jeweils höhere Angebote einreichten und dadurch die Chancen der Rocca + Hotz AG auf die Zuschlagserteilung begünstigten. Darüber hinaus beteiligte sich die Rocca + Hotz AG auch an der Organisation und Umsetzung der Abreden. In Bezug auf das Bauprojekt «[...]», [...] (2008) liess sie der Foffa Conrad AG und der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau etwa ihre eigene Offerte zukommen. In der betreffenden E-Mail²⁰¹ hielt H.____ zudem fest: «Ich bitte Euch um Anhebung Eurer Offerten um 5–10 %».

D.1.2.5.4 Maximalsanktion

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

D.1.2.5.5 Selbstanzeige

275. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG.

276. Die Foffa Conrad AG erstattete am 12. November 2012 Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Oberengadin.²⁰² In der Folge reichte sie mündliche und schriftliche Ergänzun-

gen ihrer Selbstanzeige ein. In den Eingaben vom 30. November 2012²⁰³, 1. Februar 2013²⁰⁴ (beide schriftlich) und 27. Oktober 2015 (mündlich zu Protokoll)²⁰⁵ zeigte sie auch ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin.

277. Mit ihren Angaben trug die Foffa Conrad AG wesentlich zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die Foffa Conrad AG legte den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Ihre Abredetätigkeit stellte sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Foffa Conrad AG die Sanktion zu erlassen.

278. Die Rocca + Hotz AG, P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau sowie Broggi Lenatti AG reichten keine Selbstanzeige ein.

D.1.2.5.6 Verhältnismässigkeit

279. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für die Rocca + Hotz AG, P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau sowie Broggi Lenatti AG tragbar (bezogen auf den einzelnen Verstoss; vgl. zu den Gesamtsanktionen Rz 398 ff.). Anzeichen, dass sie hierdurch in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würden, bestehen nicht.

D.1.2.5.7 Ergebnis

280. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

	Rocca + Hotz AG	Foffa Conrad AG	P. Lenatti AG / Broggi Lenatti AG
Umsatz	[...]	[...]	[...]
Basisbetrag	[...] (5 %)	[...] (2,5 %)	[...] (1,25 %)
Erschwerende oder mildernde Umstände	–	–	
Summe	[...]	[...]	[...]
100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG	–	-[...]	
Bonus gemäss Art. 12 SVKG	–	–	
Sanktion	[...]	0	[...]

Tabelle 1: Sanktionsübersicht betreffend «[...]», [...]

²⁰¹ Act. IX.C.035, pag. 15 und 16 sowie Act. III.C.001, pag. 6.

²⁰² Act. IX.C.20.

²⁰³ Act. IX.C.24, pag. 19.

²⁰⁴ Act. IX.C.35, pag. 5 und 15.

²⁰⁵ Act. IX.C.61, Zeilen 295 ff.

D.1.2.6 [...], Zuoz (2009)

D.1.2.6.1 Basisbetrag

281. 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).

282. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]» (vgl. Rz 207 hiervor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligte Rocca + Hotz AG erhielt den Zuschlag zum Preis von CHF [...] exklusive Mehrwertsteuer (Rz 104 hiervor). Keinen Umsatz im relevanten Markt erzielte die Foffa Conrad AG, da ihr die Rolle der Schutzgeberin zugeordnet war.

283. Vorliegend wird als Basisumsatz die Zuschlagssumme der Rocca + Hotz AG exklusive Mehrwertsteuer in Höhe von CHF [...] herangezogen. Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

284. Im Folgenden ist die Art und Schwere des Kartellrechtsverstosses zu würdigen (dazu auch Rz 268 hiervor).

285. Die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend sind zudem gleichzeitig mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen. Zu berücksichtigen ist indes, dass neben den abredebeteiligten Unternehmen ein Drittanbieter offerierte und daher nicht von einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen ist (vgl. Rz 217 ff. hiervor).

286. Insgesamt ist der Kartellrechtsverstoss im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]» dennoch als schwerwiegend zu werten.

287. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Rocca + Hotz AG als erfolgreiche Schutznehmerin der Submissionsabrede ein Basisbetrag von 8 % des erzielten Umsatzes als angemessen, d.h. CHF [...].

288. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Foffa Conrad AG als «schützendes» Unternehmen bei erfolgreicher Schutzgabe ein Basisbetrag von CHF [...] als angemessen.

D.1.2.6.2 Dauer des Verstosses

289. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht zu erhöhen.

D.1.2.6.3 Erschwerende und mildernde Umstände

290. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor (zur fehlenden passiven Rolle der Rocca + Hotz AG Rz 273 hiervor).

D.1.2.6.4 Maximalsanktion

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

D.1.2.6.5 Selbstanzeige

292. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG.

293. Die Foffa Conrad AG erstattete am 12. November 2012 Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Oberengadin.²⁰⁶ In der Folge reichte sie mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In der Eingabe vom 30. November 2012²⁰⁷ zeigte sie auch ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an und lieferte diesbezüglich im weiteren Verlauf des Verfahrens nähere Sachverhaltsauskünfte. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin.

294. Mit ihren Angaben trug die Foffa Conrad AG wesentlich zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die Foffa Conrad AG legte den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Ihre Abredetätigkeit stellte sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Foffa Conrad AG die Sanktion zu erlassen.

295. Die Rocca + Hotz AG reichte keine Selbstanzeige ein.

D.1.2.6.6 Verhältnismässigkeit

296. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für die Rocca + Hotz AG tragbar (bezogen auf den einzelnen Verstoss; vgl. zu den Gesamtsanktionen Rz 398 ff.). Anzeichen, dass sie hierdurch in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würde, bestehen nicht.

D.1.2.6.7 Ergebnis

297. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

²⁰⁶ Act. IX.C.20.

²⁰⁷ Act. IX.C.24, pag. 30.

	Rocca + Hotz AG	Foffa Conrad AG
Umsatz	[...]	[...]
Basisbetrag	[...] (8 %)	[...] (4 %)
Erschwerende oder mildernde Umstände	–	–
Summe	[...]	[...]
100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG	–	-[...]
Bonus gemäss Art. 12 SVKG	–	–
Sanktion	[...]	0

Tabelle 2: Sanktionsübersicht betreffend «[...]», Zuoz (2009)

D.1.2.7 [...], S-chanf (2010)

D.1.2.7.1 Basisbetrag

298. 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).

299. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», S-chanf (vgl. Rz 207 hiervor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligte Rocca + Hotz AG erhielt den Zuschlag zum Preis von CHF [...] inklusive Mehrwertsteuer (Rz 111 hiervor). Keinen Umsatz im relevanten Markt erzielte die Foffa Conrad AG, da ihr die Rolle der Schutzgeberin zugeacht war.

300. Vorliegend wird als Basisumsatz die Zuschlagssumme der Rocca + Hotz AG exklusive Mehrwertsteuer in Höhe von CHF [...] herangezogen. Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

301. Im Folgenden ist die Art und Schwere des Kartellrechtsverstosses zu würdigen (dazu auch Rz 268 hier vor).

302. Die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend sind zudem gleichzeitig mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen. Zu berücksichtigen ist indes, dass neben den abredeteiligen Unternehmen zumindest ein Drittanbieter offerierte und daher nicht von einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern von einer erheblichen

Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen ist (vgl. Rz 217 ff. hiervor).

303. Insgesamt ist der Kartellrechtsverstoss im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», S-chanf, dennoch als schwerwiegend zu werten.

304. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Rocca + Hotz AG als erfolgreiche Schutznehmerin der Submissionsabrede ein Basisbetrag von 8 % des erzielten Umsatzes als angemessen, d.h. CHF [...].

305. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Foffa Conrad AG als «schützendes» Unternehmen bei erfolgreicher Schutzgabe ein Basisbetrag von CHF [...] als angemessen.

D.1.2.7.2 Dauer des Verstosses

306. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht zu erhöhen.

D.1.2.7.3 Erschwerende und mildernde Umstände

307. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor (zur fehlenden passiven Rolle der Rocca + Hotz AG Rz 273 hiervor).

D.1.2.7.4 Maximalsanktion

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

D.1.2.7.5 Selbstanzeige

309. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG.

310. Die Foffa Conrad AG erstattete am 12. November 2012 Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Oberengadin.²⁰⁸ In der Folge reichte sie mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In der Eingabe vom 30. November 2012²⁰⁹ zeigte sie auch ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an und lieferte diesbezüglich im weiteren Verlauf des Verfahrens nähere Sachverhaltsauskünfte. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin.

311. Mit ihren Angaben trug die Foffa Conrad AG wesentlich zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die Foffa Conrad AG legte den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Ihre

Abredetätigkeit stellte sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Foffa Conrad AG die Sanktion zu erlassen.

312. Die Rocca + Hotz AG reichte keine Selbstanzeige ein.

D.1.2.7.6 Verhältnismässigkeit

313. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für die Rocca + Hotz AG tragbar (bezogen auf den einzelnen Verstoss; vgl. zu den Gesamtsanktionen Rz 398 ff.). Anzeichen, dass sie hierdurch in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würde, bestehen nicht.

D.1.2.7.7 Ergebnis

314. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

	Rocca + Hotz AG	Foffa Conrad AG
Umsatz	[...]	[...]
Basisbetrag	[...] (8 %)	[...] (4 %)
Erschwerende oder mildernde Umstände	–	–
Summe	[...]	[...]
100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG	–	-[...]
Bonus gemäss Art. 12 SVKG	–	–
Sanktion	[...]	0

Tabelle 3: Sanktionsübersicht betreffend «[...]», S-chanf

D.1.2.8 [...], Zuoz (2011)

D.1.2.8.1 Basisbetrag

315. 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).

316. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», Zuoz (vgl. Rz 207 hiervor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligten Unternehmen erzielten im relevanten Markt keinen Umsatz, da ihre Schutznahme erfolglos blieb (Rocca + Hotz AG) bzw. da ihnen lediglich die Rolle der Schutzgeberin zugedacht war (Foffa Conrad AG).

317. Vorliegend wird hilfsweise derjenige Basisumsatz herangezogen, den das (erfolglos) geschützte Unternehmen beim Bauprojekt «[...]» abredgemäß hätte erzielen sollen (vgl. zur Begründung Rz 266 f. hiervor).

Konkret ist die Offertsumme der Rocca + Hotz AG als (erfolglos) schutznehmendes Unternehmen von CHF [...] exklusive Mehrwertsteuer massgebend. Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

318. Im Folgenden ist die Art und Schwere des Kartellrechtsverstosses zu würdigen (dazu auch Rz 268 hier- vor).

²⁰⁸ Act. IX.C.20.

²⁰⁹ Act. IX.C.24, pag. 36.

319. Die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend sind zudem gleichzeitig mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen. Zu berücksichtigen ist indes, dass die Abrede zwar umgesetzt worden ist, aber nicht zum angestrebten Ergebnis führte. Vielmehr konnte sich mit der Costa AG, Hoch- und Tiefbau eine der Aussenwettbewerberinnen durchsetzen. Daher ist nicht von einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen (vgl. Rz 217 ff. hiervor).

320. Vor diesem Hintergrund ist der von der Rocca + Hotz AG begangene Kartellrechtsverstoss im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]» als mittelschwer zu werten. In Bezug auf die Foffa Conrad AG ist von einem eher leichten Verstoss auszugehen.

321. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Rocca + Hotz AG als nicht erfolgreiche «Schutznehmerin» der Submissionsabrede ein Basisbetrag von CHF [...] (5 %) und für die Foffa Conrad AG als «schützendes» Unternehmen ein Basisbetrag von CHF [...] (2,5 %) als angemessen.

D.1.2.8.2 Dauer des Verstosses

322. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht zu erhöhen.

D.1.2.8.3 Erschwerende und mildernde Umstände

323. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor (zur fehlenden passiven Rolle der Rocca + Hotz AG Rz 273 hiervor).

D.1.2.8.4 Maximalsanktion

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

D.1.2.8.5 Selbstanzeige

325. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG.

326. Die Foffa Conrad AG erstattete am 12. November 2012 Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Oberengadin.²¹⁰ In der Folge reichte sie mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In der Eingabe vom 30. November 2012²¹¹ zeigte sie auch ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an

und lieferte diesbezüglich im weiteren Verlauf des Verfahrens nähere Sachverhaltsauskünfte. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin.

327. Mit ihren Angaben trug die Foffa Conrad AG wesentlich zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die Foffa Conrad AG legte den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Ihre Abredetätigkeit stellte sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Foffa Conrad AG die Sanktion zu erlassen.

328. Die Rocca + Hotz AG reichte keine Selbstanzeige ein.

D.1.2.8.6 Verhältnismässigkeit

329. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für die Rocca + Hotz AG tragbar (bezogen auf den einzelnen Verstoss; vgl. zu den Gesamtsanktionen Rz 398 ff.). Anzeichen, dass sie hierdurch in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würde, bestehen nicht.

D.1.2.8.7 Ergebnis

330. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

²¹⁰ Act. IX.C.20.

²¹¹ Act. IX.C.24, pag. 43.

	Rocca + Hotz AG	Foffa Conrad AG
Umsatz	[...]	[...]
Basisbetrag	[...] (5 %)	[...] (2,5 %)
Erschwerende oder mildernde Umstände	–	–
Summe	[...]	[...]
100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG	–	-[...]
Bonus gemäss Art. 12 SVKG	–	–
Sanktion	[...]	0

Tabelle 4: Sanktionsübersicht betreffend «[...]», Zuoz

D.1.2.9 [...] (2011)

D.1.2.9.1 Basisbetrag

331. 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).

332. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]» (vgl. Rz 207 hiervor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligten Unternehmen erzielten im relevanten Markt keinen Umsatz, da ihre Schutznahme erfolglos blieb (Rocca + Hotz AG) bzw. da ihnen lediglich die Rolle der Schutzgeberin zugeordnet war (Foffa Conrad AG).

333. Vorliegend wird hilfsweise derjenige Basisumsatz herangezogen, den das (erfolglos) geschützte Unternehmen beim Bauprojekt «[...]» abredegemäss hätte erzielen sollen (vgl. zur Begründung Rz 266 f. hiervor). Konkret ist die Offertsumme der Rocca + Hotz AG als (erfolglos) schutznehmendes Unternehmen von CHF [...] (beide Lose) exklusive Mehrwertsteuer massgebend. Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

334. Im Folgenden ist die Art und Schwere des Kartellrechtsverstosses zu würdigen (dazu auch Rz 268 hiervor).

335. Die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend sind zudem gleichzeitig mehrere der als im Wettbewerb be-

sonders wesentlich anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen. Zu berücksichtigen ist indes, dass die Abrede zwar umgesetzt worden ist, aber nicht zum angestrebten Ergebnis führte. Vielmehr konnte sich mit der [...] eine der Aussenwettbewerberinnen durchsetzen. Daher ist nicht von einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen (vgl. Rz 217 ff. hiervor).

336. Vor diesem Hintergrund ist der von der Rocca + Hotz AG begangene Kartellrechtsverstoss im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]» als mittelschwer zu werten. In Bezug auf die Foffa Conrad AG ist von einem eher leichten Verstoss auszugehen.

337. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Rocca + Hotz AG als nicht erfolgreiche «Schutznehmerin» der Submissionsabrede ein Basisbetrag von CHF [...] (5 %) und für die Foffa Conrad AG als «schützendes» Unternehmen ein Basisbetrag von CHF [...] (2,5 %) als angemessen.

D.1.2.9.2 Dauer des Verstosses

338. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht zu erhöhen.

D.1.2.9.3 Erschwerende und mildernde Umstände

339. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor (zur fehlenden passiven Rolle der Rocca + Hotz AG Rz 273 hiervor).

D.1.2.9.4 Maximalsanktion

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

D.1.2.9.5 Selbstanzeige

341. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG.

342. Die Foffa Conrad AG erstattete am 12. November 2012 Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Oberengadin.²¹² In der Folge reichte sie mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In der Eingabe vom 30. November 2012²¹³ zeigte sie auch ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an und lieferte diesbezüglich im weiteren Verlauf des Verfahrens nähere Sachverhaltsauskünfte. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin.

343. Mit ihren Angaben trug die Foffa Conrad AG wesentlich zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die Foffa Conrad AG legte den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel

in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Ihre Abredetätigkeit stellte sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Foffa Conrad AG die Sanktion zu erlassen.

344. Die Rocca + Hotz AG reichte keine Selbstanzeige ein.

D.1.2.9.6 Verhältnismässigkeit

345. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für die Rocca + Hotz AG tragbar (bezogen auf den einzelnen Verstoss; vgl. zu den Gesamtsanktionen Rz 398 ff.). Anzeichen, dass sie hierdurch in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würde, bestehen nicht.

D.1.2.9.7 Ergebnis

346. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

	Rocca + Hotz AG	Foffa Conrad AG
Umsatz	[...]	[...]
Basisbetrag	[...] (5 %)	[...] (2,5 %)
Erschwerende oder mildernde Umstände	–	–
Summe	[...]	[...]
100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG	–	-[...]
Bonus gemäss Art. 12 SVKG	–	–
Sanktion	[...]	0

Tabelle 5: Sanktionsübersicht betreffend «[...]»

D.1.2.10 [...], Zuoz (2011)

D.1.2.10.1 Basisbetrag

347. 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).

348. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», Zuoz (vgl. Rz 207 hier vor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligten Unternehmen erzielten im relevanten Markt keinen Umsatz, da ihre Schutznahme erfolglos blieb (Rocca + Hotz AG) bzw. da ihnen lediglich die Rolle der Schutzgeberin zugedacht war (Foffa Conrad AG).

349. Vorliegend wird hilfsweise derjenige Basisumsatz herangezogen, den das (erfolglos) geschützte Unternehmen beim Bauprojekt «[...]», Zuoz, abredgemäß hätte erzielen sollen (vgl. zur Begründung Rz 266 f. hier vor). Konkret ist die Offertsumme der Rocca + Hotz AG als (erfolglos) schutznehmendes Unternehmen von CHF [...] exklusive Mehrwertsteuer massgebend. Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

350. Im Folgenden ist die Art und Schwere des Kartellrechtsverstosses zu würdigen (dazu auch Rz 268 hier vor).

²¹² Act. IX.C.20.

²¹³ Act. IX.C.24, pag. 46.

351. Die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend sind zudem gleichzeitig mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen. Zu berücksichtigen ist indes, dass die Abrede zwar umgesetzt worden ist, aber nicht zum angestrebten Ergebnis führte. Vielmehr konnte sich mit der [...], Hoch- und Tiefbau, Pontresina, eine der Aussenwettbewerberinnen durchsetzen. Daher ist nicht von einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen (vgl. Rz 217 ff. hiervor).

352. Vor diesem Hintergrund ist der von der Rocca + Hotz AG begangene Kartellrechtsverstoss im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», Zuoz, als mittelschwer zu werten. In Bezug auf die Foffa Conrad AG ist von einem eher leichten Verstoss auszugehen.

353. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Rocca + Hotz AG als nicht erfolgreiche «Schutznehmerin» der Submissionsabrede ein Basisbetrag von CHF [...] (5 %) und für die Foffa Conrad AG als «schützendes» Unternehmen ein Basisbetrag von CHF [...] (2,5 %) als angemessen.

D.1.2.10.2 Dauer des Verstosses

354. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht zu erhöhen.

D.1.2.10.3 Erschwerende und mildernde Umstände

355. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor (zur fehlenden passiven Rolle der Rocca + Hotz AG Rz 273 hiervor).

D.1.2.10.4 Maximalsanktion

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

D.1.2.10.5 Selbstanzeige

357. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG.

358. Die Foffa Conrad AG erstattete am 12. November 2012 Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Oberengadin.²¹⁴ In der Folge reichte sie mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In der Eingabe vom 12. September 2018²¹⁵ zeigte sie auch ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt

an. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin.

359. Die Selbstanzeige der Foffa Conrad AG in Bezug auf das strittige Projekt erging mehr als fünf Jahre nach der Verfahrensausdehnung auf das Oberengadin und zwar, nachdem die Behörde die Foffa Conrad AG darauf aufmerksam gemacht hatte, dass diesbezüglich noch keine Selbstanzeige von ihr vorlag und sie aufforderte, zum vorgeworfenen Sachverhalt Stellung zu nehmen oder ihre Selbstanzeige zu ergänzen.²¹⁶

360. Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. b und c SVKG erlässt die Behörde einem Unternehmen die Sanktion unter anderem nur dann, wenn es der Behörde unaufgefordert sämtliche in seinem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel betreffend den Wettbewerbsverstoss vorlegt und während der gesamten Dauer des Verfahrens ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug mit der Behörde zusammenarbeitet. Die Voraussetzungen der unaufgeforderten und verzugslosen Kooperation sind vorliegend nicht gegeben. Dass die Foffa Conrad AG ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem strittigen Projekt offenbar nur aus Versehen nicht angezeigt hat²¹⁷, ist dabei nicht von Bedeutung. H. ___ wurde am 29. Oktober 2015 zum Bauprojekt «[...]», Zuoz, befragt.²¹⁸ Alle Parteien waren zur Teilnahme an dieser Einvernahme zugelassen. In der Vorladung an H. ___ vom 18. September 2015 kündigte die Behörde dieses Befragungsthema zudem explizit an.²¹⁹ Der Foffa Conrad AG wurde sowohl die Vorladung als auch das Protokoll der Einvernahme von H. ___ zeitnah zur Kenntnis gebracht. Sodann geht aus der Zwischenverfügung vom 23. November 2015 betreffend Verfahrenstrennung hervor, dass Gegenstand des vorliegenden Verfahrens auch eine allfällige Wettbewerbsabrede beim Bauprojekt «[...]», Zuoz, bildet. Vor diesem Hintergrund hätte die Foffa Conrad AG der Behörde spätestens im Herbst 2015 ihre Informationen betreffend dieses Bauprojekt offenlegen können und müssen, um ihren Obliegenheiten als Selbstanzeigerin nachzukommen. Damit scheidet ein vollständiger Sanktionserlass gemäss Art. 8 SVKG aus.

361. Daher kommt für die Foffa Conrad AG lediglich eine Sanktionsreduktion bis zu 50 % in Betracht (Art. 12 SVKG). Mit ihren Angaben trug die Foffa Conrad AG zum Nachweis des Zustandekommens und der Umsetzung der Abrede bei. Zudem stellte sie ihre Abredetätigkeit mit der Untersuchungseröffnung ein.

362. Gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG richtet sich die Höhe der Reduktion massgeblich nach der Wichtigkeit des Beitrags, den eine Selbstanzeigerin zum Verfahrenserfolg liefert. Dabei gilt, dass die Bedeutung eines möglichen Beitrags mit fortschreitendem Verfahren naturgemäss abnimmt. Vorliegend zeigte die Foffa Conrad AG

²¹⁴ Act. IX.C.20.

²¹⁵ Act. 57 (22-0459).

²¹⁶ Act. 54 (22-0459).

²¹⁷ Act. 57 (22-0459).

²¹⁸ Act. IV.026, Zeilen 584 ff.

²¹⁹ Act. I.354.

ihre Beteiligung am Wettbewerbsverstoss erst zu einem späten Verfahrenszeitpunkt an. Zudem lag der Behörde zum Zeitpunkt der Selbstanzeige das zentrale Beweismittel, nämlich die E-Mail von H.____ an I.____ vom 18. Mai 2011 betreffend «[...]»²²⁰, bereits vor. Aus diesen Gründen erscheint der Kooperation der Foffa Conrad AG in Bezug auf die zu beurteilende Abrede eine Sanktionsreduktion von 30 % angemessen.

363. Nicht zum Tragen kommt vorliegend die Bonus Plus-Regelung gemäss Art. 12 Abs. 3 SVKG. Danach beträgt die Sanktionsreduktion bis zu 80 %, wenn ein Unternehmen unaufgefordert Informationen liefert oder Beweismittel vorlegt über weitere Wettbewerbsverstösse gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG. Zwar zeigte die Foffa Conrad AG der Behörde in der Vergangenheit andere Wettbewerbsverstösse an, wofür sie teils in den Genuss des vollständigen Sanktionserlasses, teils in den Genuss der Bonus Plus-Regelung kam. Die entsprechenden Verstösse zeigte sie aber zum einen viel früher an als denjenigen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», Zuoz. Zum anderen hatte die Behörde diese anderen Verstösse zum Zeitpunkt der vorliegenden Selbstanzeige, d.h. am 12. September 2018, allesamt bereits

beurteilt und sanktioniert. Insofern liegt im Verhältnis zur vorliegenden Selbstanzeige keine Meldung «weiterer Wettbewerbsverstösse» im Sinne von Art. 12 Abs. 3 SVKG vor.

364. Die Rocca + Hotz AG reichte keine Selbstanzeige ein.

D.1.2.10.6 Verhältnismässigkeit

365. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für die Foffa Conrad AG und die Rocca + Hotz AG tragbar (bezogen auf den einzelnen Verstoss; vgl. zu den Gesamtsanktionen Rz 398 ff.). Anzeichen, dass sie hierdurch in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würden, bestehen nicht.

D.1.2.10.7 Ergebnis

366. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

	Rocca + Hotz AG	Foffa Conrad AG
Umsatz	[...]	[...]
Basisbetrag	[...] (5 %)	[...] (2,5 %)
Erschwerende oder mildernde Umstände	–	–
Summe	[...]	[...]
100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG	–	
Bonus gemäss Art. 12 SVKG	–	-[...] (-30 %)
Sanktion	[...]	[...]

Tabelle 6: Sanktionsübersicht betreffend «[...]», Zuoz

D.1.2.11 [...], Zuoz (2011)

D.1.2.11.1 Basisbetrag

367. 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).

368. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», Zuoz (vgl. Rz 207 hier vor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligten Unternehmen erzielten im relevanten Markt keinen Umsatz. Beweismässig ist unklar, ob bzw. welches Unternehmen durch die Abrede hätte «geschützt» werden sollen (vgl. Rz 171).

369. Vorliegend wird daher hilfsweise der Umsatz der [...] als Zuschlagsempfängerin herangezogen. Die [...] erhielt den Zuschlag zum Preis von CHF [...] («[...]») und von CHF [...] («[...]»). Für beide Projekte beläuft sich die Zuschlagssumme auf CHF [...] exklusive Mehrwertsteuer. Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

370. Im Folgenden ist die Art und Schwere des Kartellrechtsverstosses zu würdigen (dazu auch Rz 268 hier vor).

²²⁰ Act. III.C.102.

371. Die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis zum Gegenstand hatte (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG). Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential von Preisabreden unbestritten. Zu berücksichtigen ist indes, dass die Abrede zwar umgesetzt worden ist, aber unklar ist, ob bzw. welches Unternehmen hierdurch hätte geschützt werden sollen. Dies hat zur Folge, dass der Innenwettbewerb zwischen den Abredeteilnehmern infolge der Wettbewerbsabrede nicht vollständig, sondern nur weitgehend entfiel. Den Zuschlag erhielt sodann nicht eines der an der Abrede beteiligten Unternehmen, sondern die [...]. Daneben nahmen zunächst zwei weitere Unternehmen an der Ausschreibung teil, die ihre Angebote aber im weiteren Verlauf der Ausschreibung zurückzogen. Bei dieser Sachlage ist nicht von einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen (vgl. Rz 217 ff. hiervor).

372. In dieser besonderen Konstellation ist der von der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG begangene Kartellrechtsverstoss im Zusammenhang mit den Bauprojekten «[...]», Zuoz, als eher leicht zu werten. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für beide Unternehmen ein Basisbetrag von CHF [...] (2 %) als angemessen.

D.1.2.11.2 Dauer des Verstosses

373. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht zu erhöhen.

D.1.2.11.3 Erschwerende und mildernde Umstände

374. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor (zur fehlenden passiven Rolle der Rocca + Hotz AG Rz 273 hiervor).

D.1.2.11.4 Maximalsanktion

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

D.1.2.11.5 Selbstanzeige

376. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG.

377. Die Foffa Conrad AG erstattete am 12. November 2012 Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Oberengadin.²²¹ In der Folge reichte sie mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In der Eingabe vom 30. November 2012²²² zeigte sie auch ihr Verhalten im Zusammenhang mit den zu beurteilenden Bauprojekten an und lieferte diesbezüglich im weiteren Verlauf des Verfahrens nähere Sachverhaltsauskünfte. Damit ist sie

in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin.

378. Mit ihren Angaben trug die Foffa Conrad AG wesentlich zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die Foffa Conrad AG legte den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Ihre Abredetätigkeit stellte sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Foffa Conrad AG die Sanktion zu erlassen.

379. Die Rocca + Hotz AG reichte keine Selbstanzeige ein.

D.1.2.11.6 Verhältnismässigkeit

380. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für die Rocca + Hotz AG tragbar (bezogen auf den einzelnen Verstoss; vgl. zu den Gesamtsanktionen Rz 398 ff.). Anzeichen, dass sie hierdurch in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würde, bestehen nicht.

D.1.2.11.7 Ergebnis

381. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

²²¹ Act. IX.C.20.

²²² Act. IX.C.24, pag. 42.

	Rocca + Hotz AG	Foffa Conrad AG
Umsatz	[...]	[...]
Basisbetrag	[...] (2 %)	[...] (2 %)
Erschwerende oder mildernde Umstände	–	–
Summe	[...]	[...]
100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG	–	-[...]
Bonus gemäss Art. 12 SVKG	–	–
Sanktion	[...]	0

Tabelle 7: Sanktionsübersicht betreffend «[...]», Zuoz

D.1.2.12 [...], [...] (2012)

D.1.2.12.1 Basisbetrag

382. 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).

383. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», [...] (vgl. Rz 207 hiervor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligten Unternehmen erzielten im relevanten Markt keinen Umsatz, da ihre Schutznahme erfolglos blieb (Rocca + Hotz AG) bzw. da ihnen lediglich die Rolle der Schutzgeberin zugeordnet war (Foffa Conrad AG).

384. Vorliegend wird hilfsweise derjenige Basisumsatz herangezogen, den das (erfolglos) geschützte Unternehmen beim Bauprojekt «[...]», [...] abredegemäss hätte erzielen sollen (vgl. zur Begründung Rz 266 f. hier vor). Konkret ist die Offertsumme der Rocca + Hotz AG als (erfolglos) schutznehmendes Unternehmen von CHF [...] exklusive Mehrwertsteuer massgebend. Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...].

385. Im Folgenden ist die Art und Schwere des Kartellrechtsverstosses zu würdigen (dazu auch Rz 268 hier vor).

386. Die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend sind zudem gleichzeitig mehrere der als im Wettbewerb be-

sonders wesentlich anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen. Zu berücksichtigen ist indes, dass die Abrede zwar umgesetzt worden ist, aber nicht zum angestrebten Ergebnis führte. Vielmehr konnte sich mit der [...] eine der Aussenwettbewerberinnen durchsetzen. Daher ist nicht von einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen (vgl. Rz 217 ff. hiervor).

387. Vor diesem Hintergrund ist der von der Rocca + Hotz AG begangene Kartellrechtsverstoss im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», [...], als mittelschwer zu werten. In Bezug auf die Foffa Conrad AG ist von einem eher leichten Verstoss auszugehen.

388. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Rocca + Hotz AG als nicht erfolgreiche «Schutznehmerin» der Submissionsabrede ein Basisbetrag von CHF [...] (5 %) und für die Foffa Conrad AG als «schützendes» Unternehmen ein Basisbetrag von CHF [...] (2,5 %) als angemessen.

D.1.2.12.2 Dauer des Verstosses

389. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht zu erhöhen.

D.1.2.12.3 Erschwerende und mildernde Umstände

390. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor (zur fehlenden passiven Rolle der Rocca + Hotz AG Rz 273 hiervor).

D.1.2.12.4 Maximalsanktion

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

D.1.2.12.5 Selbstanzeige

392. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG.

393. Die Foffa Conrad AG erstattete am 12. November 2012 Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Oberengadin.²²³ In der Folge reichte sie mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In der Eingabe vom 30. November 2012²²⁴ zeigte sie auch ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an und lieferte diesbezüglich im weiteren Verlauf des Verfahrens nähere Sachverhaltsauskünfte. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin.

394. Mit ihren Angaben trug die Foffa Conrad AG wesentlich zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die Foffa Conrad AG legte den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel

in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Ihre Abredetätigkeit stellte sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Foffa Conrad AG die Sanktion zu erlassen.

395. Die Rocca + Hotz AG reichte keine Selbstanzeige ein.

D.1.2.12.6 Verhältnismässigkeit

396. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für die Rocca + Hotz AG tragbar (bezogen auf den einzelnen Verstoss; vgl. zu den Gesamtsanktionen Rz 398 ff.). Anzeichen, dass sie hierdurch in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würde, bestehen nicht.

D.1.2.12.7 Ergebnis

397. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

	Rocca + Hotz AG	Foffa Conrad AG
Umsatz	[...]	[...]
Basisbetrag	[...] (5 %)	[...] (2,5 %)
Erschwerende oder mildernde Umstände	–	–
Summe	[...]	[...]
100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG	–	-[...]
Bonus gemäss Art. 12 SVKG	–	–
Sanktion	[...]	0

Tabelle 8: Sanktionsübersicht betreffend Bauprojekt «[...]», [...]

D.1.3 Gesamtsanktionen pro Unternehmen

398. Für die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG ergeben sich zusammengefasst folgende Sanktionen:

²²³ Act. IX.C.20.

²²⁴ Act. IX.C.24, pag. 50.

Bauprojekt	Rocca + Hotz AG	Foffa Conrad AG
«[...]», [...] (2008)	–	–
«[...]», la Punt Chamues-ch (2008)	–	–
«[...]», [...] (2008)	[...]	0
«[...]», Zuoz (2009)	[...]	0
«[...]», S-chanf (2010)	[...]	0
«[...]», Zuoz (2011)	[...]	0
«[...]», [...] (2011)	[...]	0
«[...]», Zuoz (2011)	[...]	[...]
«[...]», Zuoz (2011)	[...]	0
«[...]», [...] (2012)	[...]	0
Total	[rund 480'000]	[11'000]

399. Die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau und die Broggi Lenatti AG werden für den Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», S-chanf (2008), solidarisch mit dem Betrag von CHF [rund 2'000] gebüsst.

D.1.4 Tragbarkeit der Gesamtsanktionen

D.1.4.1 Grundlagen

400. Das Kartellgesetz bezweckt gemäss Art. 1 KG volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern. Hierbei ist die Förderung des Wettbewerbs ein zentrales Anliegen, welches dadurch erreicht werden soll, dass Unternehmen untereinander in Wettbewerb treten. Daher ist es nicht Ziel der Wettbewerbsbehörden, an sich gesunde Wettbewerber durch überhöhte Sanktionen aus dem Markt zu drängen und damit den Wettbewerb in der Schweiz einzuschränken.

401. Eine Sanktion muss daher als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen dahingehend finanziell tragbar sein, dass diese nicht aus dem Markt ausscheiden. Dieses Kriterium wird regelmässig schwer zu beurteilen sowie in Relation zur Risikobereitschaft und Anlagestrategie der Unternehmung und ihrer Anteilseigner zu setzen sein, weshalb es nur bei drohenden Marktaustritten Berücksichtigung finden kann. Die Höhe der Busse ist dahingehend zu begrenzen, dass die Sanktion weder die Wettbewerbs- noch die Existenzfähigkeit des betroffenen Unternehmens unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände bedroht. Der Sanktionsbetrag muss zur finanziellen Leistungsfähigkeit des Unternehmens in einem angemessenen Verhältnis stehen. Zu beachten ist auch der Wille der Anteilseigner, das Unternehmen weiterzuführen. Gleichzeitig ist im Interesse der Präventivwirkung und Durchsetzbarkeit des Kartellgesetzes grundsätzlich im Minimum die infolge des Verstosses unzulässigerweise erzielte Kartellrente abzuschöpfen.²²⁵

402. Gemäss Art. 43 Abs. 1 SchKG²²⁶ ist die Konkursbetreibung für Gebühren und Bussen in jedem Fall ausgeschlossen. Es kann daher eine entsprechende Betreuung durch die WEKO alleine in keinem Fall ursächlich für die Zahlungsunfähigkeit eines Unternehmens sein. Dennoch ist die Konkursbetreibung durch einen Dritten nicht auszuschliessen, wenn durch eine Busse und/oder Gebühren die finanzielle Lage eines Unternehmens derart geschwächt wird, dass dieses einen Zahlungsausfall erleidet. Insolvenzgründe bilden Anlass zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, als solche kommen die Zahlungsunfähigkeit (also fehlende Liquidität) und die Überschuldung in Frage. Daher zielt die Analyse der Finanzlage eines Unternehmens darauf ab, ob durch eine Belastung durch die WEKO eine akute Zahlungsunfähigkeit oder eine Überschuldung eintritt, welche durch das Unternehmen selbst oder den Anteilseignern getragen werden kann, oder ob aufgrund der Belastung durch die WEKO eine Fortführung des Unternehmens nicht wahrscheinlich ist.

403. Vorliegend brachte die [...] vor, dass die vom Sekretariat beantragte Sanktionen für ihr Unternehmen nicht tragbar sei. Ob und ggf. in welchem Umfang dies zutrifft, ist im Folgenden zu prüfen.

404. Bei den übrigen Parteien bestehen keine Anzeichen, dass die auszusprechenden Gesamtsanktionen nicht tragbar wären. Dies wurde von ihnen auch nicht geltend gemacht.

D.1.4.2 [...]

405. [...] ²²⁷, [...] ²²⁸ [...] ²²⁹, [...].

²²⁵ Vgl. ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*. Vgl. des Weiteren auch RPW 2010/4, 765 Rz 432, *Baubeschläge* (Entscheid noch nicht rechtskräftig); RPW 2013/2, 142 Rz 332, *Abrede im Speditionsbereich*.

²²⁶ Bundesgesetz vom 11.4.1989 über die Schuldbetreibung und den Konkurs; SR 281.1.

²²⁷ Act. 81 (22-0459).

²²⁸ Act. 89 (22-0459).

²²⁹ Act. 93 (22-0459).

D.1.4.2.1 [...]406. [...] ²³⁰ [...].407. [...] ²³¹

408. [...].

409. [...].

410. [...].

D.1.4.2.2 [...]

411. [...].

412. [...].

413. [...].

D.1.4.2.3 [...]

414. [...].

E Kosten

415. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG²³² ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

416. 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 wurde²³³. Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatinnen zu bejahen. Dies gilt auch für die beiden Verstösse gegen das Kartellrecht im Zusammenhang mit den Bauprojekten «[...]», [...], und «[...]», la Punt Chamues-ch, deren Unzulässigkeit zwar festgestellt worden ist, bei denen aber in zeitlicher Hinsicht die Sanktionierungsmöglichkeit entfällt (vgl. Rz 243 hiavor). Die beiden daran beteiligten Unternehmen sind diesbezüglich als Verursacher im Sinne der GebV KG zu betrachten.

417. Die vorliegende Untersuchung wurde mit Verfügung vom 23. November 2015 von der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden getrennt. Vom aus der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden bis dahin entstandenen Verfahrensaufwand wird ein Anteil von CHF 55'000 dem vorliegenden Verfahren zugerechnet. Insbesondere führte die Behörde vor der Verfahrenstrennung in Bezug auf die vorliegend zu beurteilenden Wettbewerbsverstösse diverse Einvernahmen und mündliche Ergänzungen der Selbstanzeigen, Amtshilfebegehren und Auskunftsbegehren durch und wertete die anlässlich der Hausdurchsuchungen beschlagnahmten physischen und elektronischen Unterlagen im Hinblick auf die vorliegenden Verstösse aus.

418. 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).

419. Nach der Verfahrenstrennung ergeben sich folgende zusätzliche Gebühren:

- 6 Stunden zu CHF 130, ergebend CHF 780.
- 225 Stunden zu CHF 200, ergebend CHF 45'000.
- 18 Stunden zu CHF 290, ergebend CHF 5'220.

420. Die Verfahrenskosten nach Verfahrenstrennung belaufen sich demnach auf CHF 51'000. Insgesamt betragen die Verfahrenskosten damit CHF 106'000.

421. 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 wird. Insbesondere Gleichheits-, aber auch Praktikabilitätserwägungen stehen dabei im Vordergrund.²³⁴

422. Vorliegend ist jedoch zu beachten, dass die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau nur einen Wettbewerbsverstoss begangen hat, während die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG an allen zehn Wettbewerbsverstössen beteiligt waren. Vor diesem Hintergrund ist es angezeigt, bei der Verlegung der Verfahrenskosten zwischen den unterschiedlichen Beteiligungen der Parteien an den begangenen Wettbewerbsverstössen zu differenzieren. Zudem ist zu beachten, dass der von der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau begangene Verstoss infolge wirtschaftlicher Kontinuität ebenfalls der Broggi Lenatti AG zuzurechnen ist (vgl. Rz 250 ff. hiavor). Die Broggi Lenatti AG haftet daher für die der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau aufzuerlegenden Verfahrenskosten solidarisch.

423. Eine weitere Abweichung von der Pro-Kopf-Verlegung der Kosten ist vorliegend in Bezug auf den Aufwand von CHF 4'000 angezeigt, [...]. Anteilsmässig sind von den Parteien hingegen auch diejenigen Kosten zu tragen, die durch die Beurteilung der Stellungnahme der Rocca + Hotz AG zum Antrag des Sekretariats inkl. Folgemassnahmen und die Anhörung der Rocca + Hotz AG durch die WEKO entstanden sind, obwohl die Foffa Conrad AG, Broggi Lenatti AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau selber keine Stellungnahme eingereicht und auch auf eine Anhörung verzichtet haben. Diese Kosten resultierten aus einem typischen Verlauf einer kartellrechtlichen Untersuchung und gelten daher von allen

²³⁰ Act. 93 (22-0459), Rz 197 ff.

²³¹ Vgl. anstelle vieler: KLAUS DELLMANN, in: SZW 1997, 66.

²³² Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

²³³ 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.

²³⁴ RPW 2009/3, 221 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

Parteien als mitverursacht. Insofern ist dem Antrag der Foffa Conrad AG in ihrer Eingabe vom 25. Januar 2019²³⁵, dass ihr keine zusätzlichen Kosten aus dem Verfahren nach Antragsversand aufzuerlegen seien, nicht zu folgen.

424. Konkret sind den Parteien folgende Verfahrenskosten aufzuerlegen:

- Die Broggi Lenatti AG und die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau tragen solidarisch CHF 3'400.
- Die Foffa Conrad AG trägt CHF 49'300.
- Die Rocca + Hotz AG trägt CHF 53'300.

F Ergebnis

425. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

426. Zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG kam es in den Jahren 2008 bis 2012 bei folgenden zehn Hoch- und Tiefbauprojekten im Oberengadin zu bilateralen Angebotskoordinierungen (vgl. Rz 41 ff.):

- «[...]», [...] (2008);
- «[...]», la Punt Chamues-ch (2008);
- «[...]», [...] (2008);
- «[...]», Zuoz (2009);
- «[...]», S-chanf (2010);
- «[...]», Zuoz (2011);
- «[...]», [...] (2011);
- «[...]», Zuoz (2011);
- «[...]», Zuoz (2011);
- «[...]», [...] (2012).

427. Die entsprechenden Vereinbarungen stellen *Wettbewerbsabreden* im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar. Sie sind als horizontale Geschäftspartner- und Preisabreden zu werten (die Wettbewerbsabrede betreffend die Bauprojekte «[...]» nur als Preisabrede). Als solche erfüllen sie den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG. Im Fall «[...]», [...] (2008), war an der Abstimmung des Bieterverhaltens auch die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau beteiligt. Die entsprechende Abrede zwischen ihr und der Rocca + Hotz AG ist als Geschäftspartnerabrede zu qualifizieren. Als solche erfüllt sie den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG.

428. In allen Fällen greift gemäss Art. 5 Abs. 3 KG die Vermutung, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt ist (vgl. Rz 202 f.). Im Fall «[...]», la Punt Chamues-ch (2008), lag kein hinreichender Aussen- oder Innenwettbewerb auf dem relevanten Markt vor, der wirksamen Wettbewerb hätte gewährleisten können. Die Wettbewerbsabrede im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt stellt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar (vgl. Rz 210 ff.). In den übrigen Fällen lässt sich die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zwar widerlegen. Allerdings handelt es sich nicht um Bagatellfälle. Die betreffenden Abreden sind daher als erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1

KG zu werten. Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG sind nicht ersichtlich und wurden auch nicht vorgebracht. Die Abreden im Zusammenhang mit den betreffenden neun Bauprojekten sind ebenfalls als unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG zu qualifizieren (vgl. Rz 217 ff. i.V.m. 221 f.).

429. Die Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit den Bauprojekten «[...]», [...] (2008), und «[...]», la Punt Chamues-ch (2008), können nicht sanktioniert werden, da die Dauer zwischen Verfahrenseröffnung und Einstellung der Wettbewerbsbeschränkung fünf Jahre übersteigt (Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG). In den übrigen Fällen sind die Voraussetzungen für eine Sanktionierung gegeben. Der Broggi Lenatti AG ist der von der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]» begangene Verstoss gegen das Kartellgesetz infolge wirtschaftlicher Kontinuität zuzurechnen (vgl. Rz 250 ff. hiavor).

430. Unter Würdigung aller relevanten Sanktionsbemessungskriterien sind die Untersuchungsadressaten mit folgenden Bussen zu belasten:

- die Broggi Lenatti AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau solidarisch mit einem Betrag von CHF [rund 2'000];
- die Foffa Conrad AG mit einem Betrag von CHF [rund 11'000];
- die Rocca + Hotz AG mit einem Betrag von CHF [rund 480'000].

431. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Untersuchungsadressaten die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Rz 415 ff.). Bei der Verlegung der Verfahrenskosten ist der unterschiedlichen Anzahl Beteiligungen der Parteien an den begangenen Wettbewerbsverstössen Rechnung zu tragen.

G Dispositiv

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

1. Der Broggi Lenatti AG, der Foffa Conrad AG, der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau und der Rocca + Hotz AG wird untersagt:
 - 1.1. Konkurrenten und Konkurrentinnen im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofterten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;

²³⁵ Act. 80 (22-0459).

-
- 1.2. sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten und Konkurrentinnen vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Kundinnen und Gebieten auszutauschen. Davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit:
 - a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE); sowie
 - b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.
 2. Wegen Beteiligung an gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabreden mit folgenden Beträgen nach Art. 49a Abs. 1 KG belastet werden:
 - 2.1. die Broggi Lenatti AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau solidarisch mit einem Betrag von CHF [rund 2'000].
 - 2.2. die Foffa Conrad AG mit einem Betrag von CHF [rund 11'000].
 - 2.3. die Rocca + Hotz AG mit einem Betrag von CHF [rund 480'000].
 3. Die Verfahrenskosten betragen CHF 106'000 und werden folgendermassen auferlegt:
 - 3.1. Die Broggi Lenatti AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau tragen solidarisch CHF 3'400.
 - 3.2. Die Foffa Conrad AG trägt CHF 49'300.
 - 3.3. Die Rocca + Hotz AG trägt CHF 53'300.
- Die Verfügung ist zu eröffnen:
- **Broggi Lenatti AG**, in Bergün/Bravuogn; vertreten durch [...]
 - **Foffa Conrad AG**, in Zernez; vertreten durch [...]
 - **P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau**, in Bever; vertreten durch [...]
 - **Rocca + Hotz AG**, in Zuoz vertreten durch [...][Rechtsmittelbelehrung]
-

B 2.2	2. Bauleistungen Graubünden
-------	------------------------------------

Hinweis:

Diese Verfügung wurde von einem Teil der Parteien beim Bundesverwaltungsgericht angefochten und ist derzeit dort hängig. (Stand: Januar 2021). Sie ist daher gegenüber den beschwerdeführenden Parteien nicht rechtskräftig.

Verfügung vom 19. August 2019 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**, in Sargans,
2. **Bianchi Holding AG**, in Bad Ragaz,
beide vertreten [...];
3. **Aktiengesellschaft Cellere**, in St. Gallen,
4. **Cellere Bau AG**, in St. Gallen,
beide vertreten durch [...];
5. **C Bauunternehmung Centorame AG**, in Schmit-
ten;
vertreten durch [...];
6. **Catram AG**, in Chur,
vertreten durch [...];
7. **Foser AG**, in Malans,
vertreten durch [...];
8. **Hew AG Bauunternehmung Chur**, in Chur,
vertreten durch [...];
9. **Hüppi AG**, in Wallisellen,
vertreten durch [...];
10. **Implenia Schweiz AG**, in Dietlikon,
vertreten durch [...];
11. **KIBAG Bauleistungen AG**, in Zürich,
vertreten durch [...];
12. **Lazzarini AG**, in Samedan,
vertreten durch [...];
13. **Schlub AG**, in Chur,
14. **Schlub AG Nordbünden**, in Chur,
15. **Schlub AG Südbünden**, in Poschiavo,
alle drei vertreten durch [...];
16. **Toldo Strassen- und Tiefbau AG**, in Sevelen,
17. **Toldo Strassen- und Tiefbau AG Landquart**, in
Landquart,
beide vertreten durch [...];
18. **Walo Bertschinger AG Chur**, in Chur,

19. **Walo Bertschinger Central AG**, in Dietikon,
20. **Walo Bertschinger Holding AG**, in Zürich,
alle drei vertreten durch [...];
21. **ZINDEL GRUPPE AG**, c/o Zindel AG, in Chur,
22. **METTLER PRADER AG**, in Chur,
beide vertreten durch [...]

Inhaltsverzeichnis

A Verfahren	1724
A.1 Gegenstand der Untersuchung	1724
A.2 Untersuchungsadressatinnen	1724
A.2.1 A. Käppeli's Söhne AG und Bianchi Holding AG	1724
A.2.2 Cellere Bau AG und Aktiengesellschaft Cellere	1725
A.2.3 C Bauunternehmung Centorame AG	1725
A.2.4 Catram AG	1725
A.2.5 Foser AG	1725
A.2.6 Hew AG Bauunternehmung Chur	1726
A.2.7 Hüppi AG	1726
A.2.8 Implenia Schweiz AG	1726
A.2.9 KIBAG Bauleistungen AG	1726
A.2.10 Lazzarini AG	1726
A.2.11 Schlub AG, Schlub AG Nordbünden und Schlub AG Südbünden	1727
A.2.12 Toldo Strassen- und Tiefbau AG und Toldo Strassen- und Tiefbau AG Landquart	1727
A.2.13 Walo Bertschinger AG Chur, Walo Bertschinger Holding AG und Walo Bertschinger Central AG	1727
A.2.14 ZINDEL GRUPPE AG, METTLER PRADER AG	1727
A.3 Verfahrensverlauf	1727
A.3.1 Untersuchungseröffnung am 30. Oktober 2012	1727
A.3.2 Erste Hausdurchsuchungen und Einver- nahmen	1728
A.3.3 Erste Selbstanzeigen	1728
A.3.3.1 Implenia	1728
A.3.3.2 Lazzarini	1728
A.3.4 Ausdehnung der Untersuchung am 22. April 2013	1728

A.3.5 Erneute Hausdurchsuchungen, Einsprache gegen die Durchsuchung und das Entsiegelungsverfahren	1729	B.2.3.2 Zur Verwertbarkeit des Protokolls der Einvernahme des Zeugen [...]	1740
A.3.6 Erneute Einvernahmen	1729	B.2.3.3 Verwertbarkeit der übrigen Beweismittel	1744
A.3.7 Weitere Selbstanzeigen	1729	B.2.4 Zwischenergebnis	1744
A.3.7.1 Walo	1729	B.3 Zusammenarbeit von Strassenbauunternehmen im Kanton Graubünden	1744
A.3.7.2 Cellere AG Graubünden, Strassen- und Tiefbau	1729	B.3.1 Strassenbaubranche im Kanton Graubünden	1744
A.3.8 Ausdehnung der Untersuchung und Verfahrenstrennung am 23. November 2015	1730	B.3.1.1 Strassenbau bzw. Belagsbau	1744
A.3.9 (Weitere) Ermittlungshandlungen	1730	B.3.1.2 Tätigkeiten der Untersuchungsadressatinnen	1745
A.3.10 Weitere Selbstanzeige	1732	B.3.1.3 Tätigkeitsgebiet der Untersuchungsadressatinnen	1745
A.3.11 Versand von Fragebögen und Einstellungsantrag der Hüppi AG Wallisellen	1732	B.3.1.4 Kundinnen und Kunden der Strassenbauunternehmen	1747
A.3.12 Gewährung der Akteneinsicht	1732	B.3.1.5 Charakteristik der Strassenbaubranche im Kanton Graubünden	1748
A.3.13 Antrag des Sekretariats an die WEKO (Art. 30 Abs. 1 KG) und erneute Gewährung von Akteneinsicht	1733	B.3.1.5.1 Bedeutung des Preises als Zuschlagskriterium	1748
A.3.14 Vergleichsverhandlungen und -abschlüsse	1734	B.3.1.5.2 Saisonalität der Vergabe von Strassenbauarbeiten	1748
A.3.15 Beweisanträge der Foser	1734	B.3.1.6 Auswertung DOPGR (Anzahl, Wert und Kategorie der enthaltenen Vergaben sowie Umsätze und Umsatzanteile von Strassenbauunternehmen)	1749
A.3.16 Stellungnahmen zum Antrag (Art. 30 Abs. 2 KG)	1735	B.3.1.6.1 Eckwerte des Datensatzes der Offertöffnungsprotokolle (DOPGR)	1749
A.3.16.1 Käppeli	1735	B.3.1.6.2 Anzahl und Wert der Vergaben pro Jahr und öffentliche Vergabestelle	1750
A.3.16.2 Cellere	1735	B.3.1.6.3 Verteilung der Vergaben pro Arbeitstyp (Strassen- und/oder Tiefbau)	1751
A.3.16.3 Centorame	1736	B.3.1.6.4 Umsätze und Umsatzanteile	1752
A.3.16.4 Catram	1736	B.3.1.7 Zwischenfazit	1756
A.3.16.5 Foser	1736	B.3.2 Gemeinsame Zuteilung von Strassenbauprojekten und Festlegung der Höhen der Angebotssummen	1757
A.3.16.6 Hew	1736	B.3.2.1 Regelmässige Treffen bis Mai 2010	1757
A.3.16.7 Hüppi	1737	B.3.2.1.1 Massgebliche Beweismittel	1757
A.3.16.8 Implenia	1737	B.3.2.1.2 Beweiswürdigung	1759
A.3.16.9 KIBAG	1737	B.3.2.1.3 Zwischenergebnis	1766
A.3.16.10 Schlub	1737	B.3.2.2 Beteiligte Personen und Strassenbauunternehmen	1767
A.3.16.11 Toldo	1738	B.3.2.2.1 Massgebliche Beweismittel	1767
A.3.16.12 Walo	1738	B.3.2.2.2 Beweiswürdigung	1769
A.3.16.13 Zindel und Prader	1738	B.3.2.2.3 Zwischenergebnis	1777
A.3.17 Überweisung an WEKO, Anhörungen von Parteien und Entscheid der WEKO	1738	B.3.2.3 Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen und Zwecksetzung	1778
B Sachverhalt	1739	B.3.2.3.1 Allgemeines zu den Beweisthemen «Konsens» und «Zwecksetzung»	1778
B.1 Übersicht	1739		
B.2 Beweisführung und -verwertung	1739		
B.2.1 Zum Grundsatz der freien Beweiswürdigung	1739		
B.2.2 Zum Beweismass	1739		
B.2.3 Zur Beweisverwertung	1740		
B.2.3.1 Allgemeines	1740		

B.3.2.3.2	Massgebliche Beweismittel	1778	C.5.1.1.5	Zwischenfazit	1814
B.3.2.3.3	Beweiswürdigung	1782	C.5.1.2	Sonstige Formen der Zusammenarbeit der zwölf Strassenbauunternehmen bzw. der zwölf Unternehmen als Wettbewerbsabreden	1815
B.3.2.3.4	Zwischenergebnis	1790	C.5.2	Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs	1816
B.3.2.4	Umsetzung und Auswirkungen der Zusammenarbeit	1790	C.5.2.1	Preis- und Geschäftspartnerabrede zwischen Unternehmen der gleichen Marktstufe (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG)	1816
B.3.2.4.1	Massgebliche Beweismittel	1790	C.5.2.1.1	Unternehmen, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen	1816
B.3.2.4.2	Beweiswürdigung	1793	C.5.2.1.2	Preis- und Geschäftspartnerabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG	1816
B.3.2.4.3	Zwischenfazit betreffend Umsetzung und Auswirkungen	1804	C.5.2.2	Keine Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung	1817
B.3.2.5	Zwischenergebnis	1804	C.5.2.2.1	Relevanter Markt	1818
B.3.3	Sonstige Formen der Zusammenarbeit	1805	C.5.2.2.2	Aussen- und Innenwettbewerb	1820
B.3.3.1	Zusammenarbeit zur Erarbeitung von Kalkulationsgrundlagen	1805	C.5.2.2.3	Zusammenfassende Gesamtbeurteilung	1823
B.3.3.2	Zusammenarbeit im Rahmen der Beteiligungen an der Catram AG	1805	C.5.2.2.4	Zwischenfazit zur Prüfung der Widerlegung der Beseitigungsvermutung	1823
B.3.3.3	Zusammenarbeit im Rahmen von «Dauer-Arbeitsgemeinschaften»	1806	C.5.3	Ergebnis	1823
B.3.4	Zusammenfassendes Beweisergebnis	1806	C.6	Unzulässige Wettbewerbsabreden im Hochbau im Churer Rheintal («Club Quattro»)	1823
B.4	Zusammenarbeit von Hochbauunternehmen im Rahmen des «Club Quattro»	1807	C.6.1	Wettbewerbsabrede	1824
B.4.1	Hochbaubranche im Churer Rheintal (in der Zeit 2006–2012)	1807	C.6.1.1	Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken	1824
B.4.2	«Club Quattro» bzw. «Quattro round»	1808	C.6.1.2	Bezwecken oder bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung	1825
B.4.2.1	Massgebliche Beweismittel	1808	C.6.1.3	Dauervereinbarung	1825
B.4.2.2	Beweiswürdigung	1809	C.6.1.4	Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen	1825
B.4.3	Ergebnis	1810	C.6.1.5	Zwischenfazit	1825
C	Erwägungen	1810	C.6.2	Keine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs	1825
C.1	Geltungsbereich	1810	C.6.3	Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs	1826
C.2	Zuständigkeit der Gesamtkommission der WEKO	1810	C.6.3.1	Relevanter Markt	1826
C.3	Formelles – Akteneinsicht	1811	C.6.3.1.1	Marktgegenseite	1826
C.4	Vorbehaltene Vorschriften	1811	C.6.3.1.2	Sachlich relevanter Markt	1826
C.5	Unzulässige Wettbewerbsabreden im Strassenbau	1811	C.6.3.1.3	Räumlich relevanter Markt	1826
C.5.1	Wettbewerbsabrede	1811	C.6.3.1.4	Zeitlich relevanter Markt	1827
C.5.1.1	Gemeinsame Zuteilung von Strassenbauprojekten anhand der Anteilsquoten und gemeinsame Festlegungen der Höhe der Angebotssummen als Wettbewerbsabrede	1811	C.6.3.1.5	Zwischenfazit zum relevanten Markt	1827
C.5.1.1.1	Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken von Unternehmen	1812	C.6.3.2	Rechtliches zur Prüfung der erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung	1827
C.5.1.1.2	Bezwecken oder bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung	1812			
C.5.1.1.3	Dauervereinbarung	1813			
C.5.1.1.4	Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen	1814			

C.6.3.3	Prüfung in casu	1828
C.6.3.3.1	Qualitative Kriterien	1828
C.6.3.3.2	Quantitative Kriterien	1828
C.6.3.3.3	Gesamtbetrachtung und Ergebnis	1829
C.6.4	Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen	1829
C.6.5	Zwischenergebnis	1829
C.7	Ergebnis	1829
C.8	Massnahmen	1830
C.8.1	Anordnung von Verhaltens- und Unterlassungspflichten	1830
C.8.2	Sanktionierung	1831
C.8.2.1	Allgemeines	1831
C.8.2.2	Voraussetzungen	1831
C.8.2.2.1	Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG	1831
C.8.2.2.2	Vorwerfbarkeit	1832
C.8.2.2.3	Sanktionierbarkeit in zeitlicher Hinsicht	1832
C.8.2.2.4	Zwischenfazit	1834
C.8.2.3	Zurechenbarkeit des Wettbewerbsverstosses	1834
C.8.2.4	Bemessung	1837
C.8.2.4.1	Basisbetrag	1837
C.8.2.4.2	Dauer des Verstosses	1841
C.8.2.4.3	Erschwerende und mildernde Umstände	1841
C.8.2.4.4	Selbstanzeigen	1844
C.8.2.4.5	Verhältnismässigkeitsprüfung	1847
C.8.2.4.6	Ergebnis	1847
C.8.3	Beschlagnahmte Dokumente und gespiegelte elektronische Daten	1848
D	Kosten und Parteientschädigung	1848
D.1	Gebührenpflicht	1848
D.2	Höhe der Verfahrenskosten	1848
D.3	Verlegung	1848
D.4	Keine Parteientschädigung	1850
E	Ergebnis	1851
F	Dispositiv	1852

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 Zusam-

menhang 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 tätigen 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

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).

Kanton Graubünden 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 Cento-

rame ist Muttergesellschaft von einer weiteren Baugesellschaft¹⁷ 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).

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.

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.

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.

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 Zusammen-

schlusses 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.

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).

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.

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/2dbdccc3611f9d9c7a3820dde4a368a3/IMPEN_GB_2005_D.pdf>; zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

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.

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.

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

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.

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.

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.

⁵⁴ Vgl. Act. I.002–I.022, I.025.

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 Implenja 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 Implenja

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

⁵⁵ Act. I.025.

⁵⁶ Vgl. Act. IV.002 ff.

⁵⁷ Act. IX.A.1.

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.

⁷⁰ Act. IX.B.18.

⁷¹ Act. I.080, I.059–I.067.

- 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 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 Zeugen einvernahme 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 und der Einreichung von Beweismitteln.⁸⁷ Von Seiten der Walo erteilten 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 klargestellt 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

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.

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.078.

⁸⁵ Act. IV.013 ff.

⁸⁶ Act. IX.E.1.

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.

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 klargestellt 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,
- 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 Amtshilfesuche betreffend die Daten bezüglich Ausschreibungen gestellt⁹⁶. Der Kanton sowie die Gemeinden reichten die verlangten Daten ein (siehe dazu auch insbesondere Rz 143 ff.), soweit den angefragten Stellen eine Beantwortung möglich war.⁹⁷ In den folgenden zwei Fällen waren die ergriffenen Ermittlungsmassnahmen zwischen den Wettbewerbsbehörden einerseits 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 Zeugeneinvernahme 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 Sekretariat führte die Zeugeneinvernahme wie terminiert am 3. März 2016 durch. An der Zeugeneinvernahme nahm neben anderen Verfahrensparteien auch die KIBAG teil.¹⁰⁰ U. a. die 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

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.

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).

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).

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, beantragte 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 beschrift 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 beantworte.¹²⁹ Obwohl das Sekretariat der Auffassung ist, dass [...] den Fragebogen beantworten müsste, verzichtete es aus verfahrenswirtschaftlichen Gründen darauf, den Erlass einer Auskunftsverfügung gegen [...] anzustreben. Dies teilte es [...] mit.¹³⁰

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).

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).

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 schriftlichen Eingaben.¹³² Von Seiten der Centorame erteilten 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 ge-

genüber nicht rechtzeitig im Sinne von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG eröffnet worden.

63. Das Sekretariat teilte der Hüppi AG Wallisellen mit, dass es beabsichtige, 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.

¹³¹ Vgl. Act. VII.E.1 (22-0457).

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).

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).

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.

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, Stützofterten 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 Konkur-

renten 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.].

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.

¹⁴⁹ Act. I.273 ff. (22-0457).

¹⁵⁰ Act. I.427 ff. (22-0457).

¹⁵¹ Act. V.16 ff. (22-0457).

- 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 Kartelloper 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.).

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.

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).

¹⁵⁶ Act. V.199 (22-0457).

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.

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.
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:

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 23.9.2014, RPW 2014/3, 592 f. E. 3.1, SFS *unimarket AG/WEKO*; BERNHARD WALDMANN/JÜRIG 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).

¹⁶¹ Act. V.240 (22-0457).

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 Bst. 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;
 - d. seien vom gemäss Antrag des Sekretariats in Nachachtung der Anträge Ziff. 2 Bst. 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 Bst. 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 Bst. 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 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:

¹⁶² Act. V.156, V.233 (22-0457).

¹⁶³ Act. V.56 (22-0457).

¹⁶⁴ Act. V.221 (22-0457).

¹⁶⁵ Act. V.232 (22-0457).

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 Verfahrensentzündung 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 folgenden Anträge:

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 rechtsgenügli-chen Beweise für eine Kartellbeteiligung der KIBAG entnommen werden könnten. Insbesondere fehle es am grundlegenden Beweis, dass konkret die KIBAG an ei-

ner 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 anerkenne 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 Bst. 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;
 - 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.

¹⁶⁶ Act. V.190 (22-0457).

¹⁶⁷ Act. V.189 (22-0457).

¹⁶⁸ Act. V.192 (22-0457).

¹⁶⁹ Act. V.237 (22-0457).

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 ihrer Entscheidung 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 Stellungnahme¹⁷¹ 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.
 - 2.1.2. Soweit der Umstand der Wohlverhaltensklärung 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 Stellungnahme¹⁷², 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 Bst. 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.

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

¹⁷¹ Act. V.239 (Stellungnahme der Walo)

¹⁷² 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).¹⁷³

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.¹⁷⁴ 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.¹⁷⁵

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.

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)¹⁷⁶ 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 BZP¹⁷⁷). 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.¹⁷⁸ Massgeblich ist vielmehr immer die freie Beweiswürdigung im Einzelfall. So 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.¹⁷⁹ 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.¹⁸⁰

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.¹⁸¹ 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.¹⁸² Hinsichtlich bestimmter Tatsa-

¹⁷³ Vgl. Act. V.274 ff. (22-0457).

¹⁷⁴ Vgl. Act. VI.1 (22-0457).

¹⁷⁵ Vgl. Act. VI.1 (22-0457).

¹⁷⁶ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

¹⁷⁷ Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

¹⁷⁸ 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.

¹⁷⁹ 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*.

¹⁸⁰ 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*.

¹⁸¹ 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)*.

¹⁸² Vgl. z.B. BGE 124 IV 86, E. 2a.

chen, 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.¹⁸³

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.¹⁸⁴ 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 Durchsetzung des Rechts das durch eine rechtswidrige Beweiserhebung beeinträchtigte private Rechtsgut überwiegt.¹⁸⁵

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.¹⁸⁶ 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).»¹⁸⁷

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.¹⁸⁸ 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.¹⁸⁹ Hierauf reagierten die Verfahrensparteien nicht. Auch nachdem das Sekretariat die Verfahrensparteien über das Urteil des BVGer i.S. Befragung von [...] als Zeuge informiert hatten,¹⁹⁰ 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 ihren Unverwertbarkeitseinwand, andererseits erhoben die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG ihn erstmals.¹⁹¹

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:

¹⁸³ 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.

¹⁸⁴ Vgl. BGE 139 II 95 E. 3.1; 120 V 435, 439 E. 3b).

¹⁸⁵ Vgl. BGE 120 V 435, 439 f. E. 3b).

¹⁸⁶ 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*.

¹⁸⁷ Urteil des BGer 6B_678/2013 vom 3.2.2014, E. 2.2., *X/Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich*.

¹⁸⁸ Siehe insbesondere Act. II.002, Rz 38 ff. (22-0457) sowie Act. IV.2.001 ff. (22-0457).

¹⁸⁹ Act. I.423 f. (22-0457).

¹⁹⁰ Siehe Act. I.553 (22-0457).

¹⁹¹ Act. V.192, Rz 18 ff.; V.238, Rz 156 ff. (22-0457).

- 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.¹⁹² 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.¹⁹³ Diesen Aspekten ist allenfalls im Rahmen der Beweiswürdigung Rechnung zu tragen.¹⁹⁴
 - 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.¹⁹⁵ 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 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 Einfluss-sphäre 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 [...],¹⁹⁶ 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).¹⁹⁷ 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.¹⁹⁸ 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.

¹⁹² 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.

¹⁹³ THOMAS WEIBEL/SABINA NAEGELI, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2013, Art. 169 ZPO N 6.

¹⁹⁴ 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.

¹⁹⁵ Vgl. eingehend dazu Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 98 m.w.H.

¹⁹⁶ Urteil des BVGer B-3099/2016, B-3702/2016 vom 17.9.2018

¹⁹⁷ 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.

¹⁹⁸ Vgl. Dispositiv des Urteils des BVGer B-3099/2016, B-3702/2016 vom 17.9.2018.

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 an,¹⁹⁹ 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 Schuldanererkennung 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,²⁰⁰ 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.²⁰¹ 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 unbekannt, 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).²⁰² Diese Regelung dient dem Schutz des nemo-tenetur-Grundsatzes *in Bezug auf die befragte natürliche Person* (das ehemalige Organ).²⁰³ Diese natürliche Person soll durch die Auskunfts- und Wahrheitspflicht eines Zeugen nicht unter Druck ge-

setzt werden, durch ihre Angaben zur *eigenen* Strafbarkeit beizutragen.²⁰⁴ 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 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.²⁰⁵ 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.²⁰⁶ Gemäss BGer 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.²⁰⁷ Das BVGer hat diese Relativierungen im hier diskutierten Entscheid ebenfalls anerkannt.²⁰⁸ 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

¹⁹⁹ 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.

²⁰⁰ Urteil des BVGer B-3099/2016, B-3702/2016 vom 17.9.2018, E. 4.5.4.

²⁰¹ Urteil des BVGer B-3099/2016, B-3702/2016 vom 17.9.2018, E. 4.5.5.

²⁰² Bei *ehemaligen* Organen ist Art. 178 Bst. f StPO nicht einschlägig, da diese Vorschrift gemäss Wortlaut nur auf *aktuelle* Vertreter anwendbar ist.

²⁰³ Vgl. ROLAND KERNER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), 2. Aufl. 2014, Art. 178 N 1, 8 f.

²⁰⁴ Vgl. Nachweise in Fn 202.

²⁰⁵ Vgl. BSK StPO-KERNER (Fn 203), Art. 178 N 13.

²⁰⁶ BGE 142 IV 207.

²⁰⁷ Vgl. BGE 139 I 72, E. 2.2.2 und E. 4.4., *Publigroupe*.

²⁰⁸ Urteil des BVGer B-3099/2016, B-3702/2016 vom 17.9.2018, E. 4.

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.²⁰⁹ 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 «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. Derartige 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 – Auskunft- und Wahrheitspflicht. Diese Umstände anerkennt das BVGer im Übrigen selbst.²¹⁰ 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 Einfluss-sphäre 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 verfassungsmässigen 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.²¹¹ Im Ergebnis dürfte ein verfassungsmässiges Schweige- und Lügenrecht des Zeugen –

²⁰⁹ Vgl. Nachweise im Urteil des BVGer B-3099/2016, B-3702/2016 vom 17.9.2018, E. 4.5.5.

²¹⁰ Urteil des BVGer B-3099/2016, B-3702/2016 vom 17.9.2018, E. 3.4–E. 3.6.

²¹¹ Statt vieler BGE 138 II 440 E. 4; BVGer, A-590/2018 vom 23.10.2018, E. 10.3.2.

wenn es denn ein solches gäbe – vom BVGer also nicht angewendet werden.

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 dargestellt. Im Einzelnen wird dazu konkretisiert, was zum Zwecke der Untersuchung als Strassenbau verstanden wird (siehe Rz 120 ff.) und inwiefern die Untersuchungs-

adressatinnen 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). Anschliessend 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 Parteiangaben²¹² 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 Foundationsschicht (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»²¹³).²¹⁴ Diese Arbeiten werden vom Kanton Graubünden und den Graubündner Gemeinden auch als «Belagsarbeiten» bezeichnet.²¹⁵

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.

²¹² Vgl. Act. III.001 ff. (22-0457).

²¹³ 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.

²¹⁴ Siehe etwa Act. III.009, Rz 7, III.011, S. 4, III.015, S. 5 f. (22-0457).

²¹⁵ Vgl. DOPGR in Act. 594 (siehe dazu Rz 142 ff.).

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.²¹⁶ Namentlich sind dies die Casty Bau AG, die Cellere, die Centorame, die Foser, die Hew, die Implenia, 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.²¹⁷

124. Daneben sind bzw. waren diese Gesellschaften weitgehend auch in anderen Bereichen des Baugewerbes (z. B. im Bereich Hoch- und Tiefbau) tätig.²¹⁸ 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).

B.3.1.3 Tätigkeitsgebiet der Untersuchungsadressatinnen

125. Im Bereich Strassenbau besteht wie in anderen Bereichen des Baugewerbes ein nicht unerheblicher Distanzschutz.²¹⁹ 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.²²⁰ 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).²²¹ 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, Viamala/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 Haupttäler der sieben Regionen jeweils in die Haupttäler 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 felseitigen «Ausgang» aus dem Gebiet Nordbündens. Nach Süden grenzt das Gebiet Nordbündens an die Gebiete Misox und das Gebiet Südbünden.

²¹⁶ Vgl. Act. III.001 ff. (22-0457).

²¹⁷ Vgl. auch die Internethomepages der Unternehmen.

²¹⁸ Vgl. nur Internethomepages der Gesellschaften.

²¹⁹ 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.

²²⁰ Diese Zusammenhänge ergeben sich insbesondere aus den Antworten der Verfahrensparteien auf den Fragebogen des Sekretariats vom 27.9.2017 in Act. III.001 ff. (22-0457).

²²¹ <https://www.gr.ch/DE/institutionen/verwaltung/bvfd/tba/projekte/st_rassennetz/Seiten/default.aspx>; zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

- 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 Inn-tals. 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 einhalb 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 wer-
- den 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 Mosa 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.

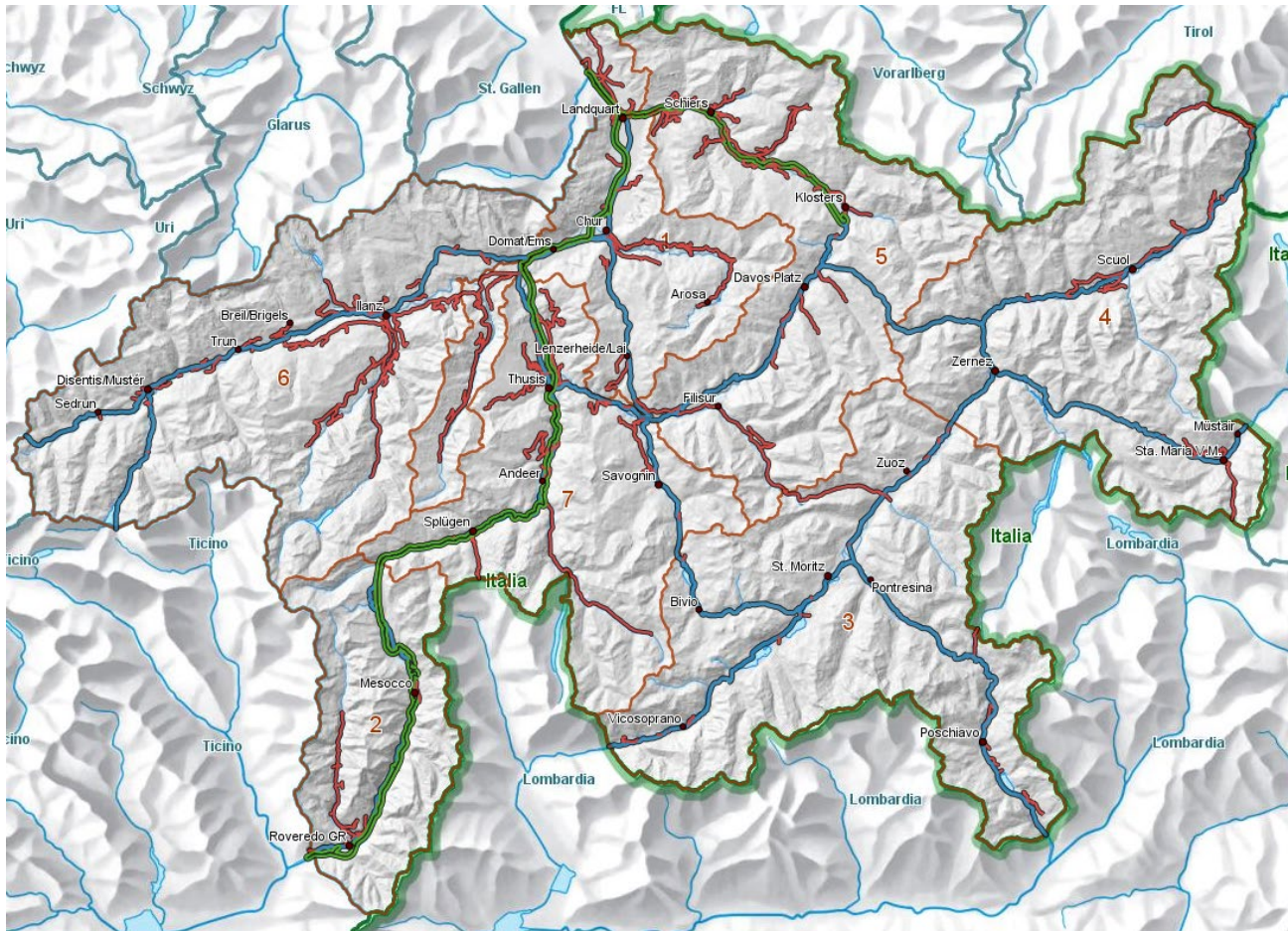


Abbildung 1: Karte des Strassenbaunetzes im Graubünden²²²

²²² 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.

128. In Nordbünden verfüg(t)en sämtliche der in Rz 123 genannten Strassenbauunternehmen jeweils über mindestens einen Werkhof bzw. Lagerplatz.²²³ 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 Implenja sowie die Prader AG bzw. die METTLER PRADER AG betreiben und betrieben in Nordbünden zusätzliche Werkhöfe in Davos (Hew, Implenja, Prader AG bzw. METTLER PRADER AG), in Schmitten (Centorame) und in Thusis (Cellere).²²⁴ 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.²²⁵ Die durchschnittliche Distanz zwischen den Werkhöfen dieser Strassenbauunternehmen und den Baustellen betrug in der Zeit zwischen 2004 bis und mit 2010 rund 30 km bzw. etwa 30–40 Fahrminuten.²²⁶ 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.²²⁷

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 Implenja über jeweils einen im Unterengadin, die Implenja, die KIBAG, die Schlub und die Walo über jeweils einen im Oberengadin bzw. in der Region Maloja.²²⁸ Die Schlub verfüg(t)e zusätzlich über einen Werkhof bzw. Lagerplatz in der Region Bernina.²²⁹ 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 Implenja und die Walo an, dass sie bisweilen im Misox Offerten für Strassenbauprojekte einreichen bzw. den Zuschlag erhalten hätten.²³⁰ Die übrigen Unternehmen waren im Misox hingegen nicht als Strassenbauunternehmung tätig.²³¹

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 DOPGR²³² die tiefste Angebotssumme von einem Unternehmen, welche innerhalb der Gebiete Nordbünden und Südbünden einen Standort oder Werkhof bzw. Lagerplatz betrieben.²³³ Da der Preis bei Vergaben des Kantons Graubünden und von Gemeinden das 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.²³⁴

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 Fragen 13 und 14 des Fragebogens des Sekretariats vom 27.9.2017 in Act. III.001 ff. (22-0457).

²²⁵ Vgl. die Antworten der Verfassensparteien auf die Frage 15 des Fragebogens des Sekretariats vom 27.9.2017 in Act. III.001 ff. (22-0457).

²²⁶ Vgl. die Antworten der Verfassensparteien auf die Fragen 19 und 20 des Fragebogens des Sekretariats vom 27.9.2017 in Act. III.001 ff. (22-0457).

²²⁷ Das heisst sie reichten dort keine Angebote ein; vgl. Antworten der Verfassensparteien 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).

²²⁸ 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).

²²⁹ Antwort der Schlub auf die Fragen 13 und 14 des Fragebogens des Sekretariats vom 27.9.2017 in Act. III.001 (22-0457).

²³⁰ Vgl. die Antworten der Implenja 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.

²³¹ Vgl. Antworten der Verfassensparteien 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.).

²³² Siehe Act. I.594 (22-0457; siehe dazu auch Rz 143 ff.).

²³³ 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 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.

²³⁴ Angaben für den Zeitraum 2007 bis und mit 2010; vgl. die Antworten der Verfassensparteien auf die Nachfrage des Sekretariats vom 19.12.2018 in Act. III.025 ff. (22-0457).

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 Gebieten²³⁵ 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.²³⁶ 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 %.²³⁷

136. Soweit die KIBAG als einzige Verfahrenspartei ausführt, nur bei 50 % aller Strassenbauprojekte habe die günstigste Angebotssumme gewonnen,²³⁸ überzeugt dies nicht. Denn es ist nicht ersichtlich, weshalb die im Wesentlichen übereinstimmenden Angaben der übrigen 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.²³⁹ Es sind zudem Unterlagen über die kommunalen Auftragsvergaben zu berücksichtigen; danach wurde bei Strassenbauprojekten stets der Zuschlag an die Offerte mit der niedrigsten Angebots-summe erteilt.²⁴⁰

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.²⁴¹

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.²⁴² Die meisten Strassenbauarbeiten waren ausserdem «Jahresarbeiten». Das bedeutet, sie wurden Anfang der Bausaison vergeben und sollten innerhalb einer Bausaison abgeschlossen werden.²⁴³ Die Strassenbauunternehmen mussten mithin zu Beginn der Kalenderjahre jeweils von Neuem ihre Auftragsbücher bzw. vorhandenen Kapazitäten im Bereich Strassenbau füllen.²⁴⁴

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 nachfolgende Tabelle 1 illustriert, in welchem Ausmass sich die Vergabetätigkeit der Vergabestellen auf den Beginn der Bausaison konzentrierte.²⁴⁵

²³⁵ 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/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

²³⁶ Act. III.001 ff., Antworten auf Frage 11 (22-0457).

²³⁷ Act. III.001 ff., Antworten auf Frage 11 (22-0457). Die Käppeli und die Schlub geben an, keine Schätzung abgegeben zu können.

²³⁸ 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).

²³⁹ Act. VI.002, S. 1 f.

²⁴⁰ Vgl. die Antworten der Gemeinden auf die Amtshilfegesuche des Sekretariats in Act. VI.020–VI.129.

²⁴¹ 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.

²⁴² Vgl. DOPGR in Act. I.594 (22-0457; siehe dazu auch Rz 143 ff.).

²⁴³ Vgl. DOPGR in Act. I.594 (22-0457).

²⁴⁴ Act. IX.E.18 (22-0457; Antwort auf Frage 23).

²⁴⁵ 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.²⁴⁶ 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.²⁴⁷ 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.²⁴⁸ Die im Folgen-

den 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.²⁴⁹

²⁴⁶ Vgl. DOPGR in Act. I.594 (22-0457; siehe dazu auch Rz 143 ff.).

²⁴⁷ Vgl. Act. V.16–V.29 (22-0457); insbesondere Rz 108 ff. des Antrags.

²⁴⁸ 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 betrugen die Ausgaben von Kanton und Gemeinden im Bereich Strassenbau in Nord- und Südbünden rund CHF 70 Mio. pro Jahr.

²⁴⁹ 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.). Nähme 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.²⁵⁰ 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.²⁵¹ Das durchschnittliche Volumen der Bauprojekte, die ARGE erhielten, beläuft sich auf CHF 1,8 Mio.²⁵², während die Bauprojekte, bei denen ein allein offerierendes Unternehmen obsiegte, ein durchschnittliches Volumen von rund CHF 0,42 Mio. aufwiesen.²⁵³

Information	DOPGR
Anzahl Ausschreibungen	3252
Anzahl Offerten	16 084
Anzahl offerierende Unternehmen	319
Total Submissionswert (in CHF Mio.)	1729
Anzahl Zuschläge an allein offerierende Unternehmen	2992
Volumen der Zuschläge an allein offerierende Unternehmen (in CHF Mio.)	1257
Anzahl der Zuschläge an ARGE	260
Volumen der Zuschläge 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) verteilten (siehe Rz 147).

146. Die nachfolgende Tabelle 3 gibt die Anzahl der Submissionen und deren Volumen²⁵⁴ 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).

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 %

²⁵⁰ 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.).

²⁵¹ 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.

²⁵² Das Volumen erhaltener Zuschläge (CHF 472 Mio.) dividiert durch Anzahl der in Arbeitsgemeinschaften erhaltenen Zuschläge (260) entspricht einem Durchschnitt von CHF 1,8 Mio.

²⁵³ Das Volumen erhaltener Zuschläge (CHF 1257 Mio.) dividiert durch Anzahl der Zuschläge an allein offerierende Unternehmen (2992) entspricht einem Durchschnitt von CHF 0,42 Mio.

²⁵⁴ 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.).

Jahr	Anzahl	Anteil an Gesamtanzahl	Volumen in CHF Mio.	Anteil am Gesamtvolumen
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.²⁵⁵ Abgesehen davon, gehen die Wettbewerbsbehörden davon aus, dass im DOPGR der überwiegende Anteil aller vom Kanton Graubünden und den Graubündner Gemeinden vergebenen Strassen-

bauprojekte 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 %
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 %

²⁵⁵ Vgl. Act. VI.002.

Bauherr	Anzahl Submissionen	Anteil an Gesamtanzahl	Submissionsvolumen	Anteil am Gesamtvolumen
Ramosch	35	1,1 %	6 946 473.60	0,4 %
Samnaun	30	0,9 %	5 370 193.40	0,3 %
S-chanf	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.²⁵⁶ 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 enthal-

tenen 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.²⁵⁷ Plausibilisiert wurde die Einordnung in die Kategorie «Strassenbau» so dann mit Blick darauf, ob sich mehrheitlich Unternehmen um den Zuschlag bewarben, welche Strassenbauleistungen im Sinne der Rz 120 ff. anboten bzw. anbieten.

²⁵⁶ Der Durchschnitt ergibt sich aus der Teilung von CHF 1368 Mio. durch 1768 (vgl. Tabelle 4, Zeile betreffend den Kanton).

²⁵⁷ Siehe auch Angaben der Verfahrensparteien in Act. III.001 ff. (22-0457).

Bei der so vorgenommenen Differenzierung konnten 90 Projekte nicht eindeutig zugeordnet werden, weshalb sie keiner der drei Kategorien zugeordnet wurden.²⁵⁸

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.²⁵⁹ 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.²⁶⁰

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 Kan-

ton 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.).²⁶¹

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 UA²⁶²») 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)

²⁵⁸ Diese 90 nicht-klassifizierten Projekte haben einen Gesamtwert von rund CHF 17,1 Mio. Dies entspricht ca. 1 % des Gesamtvolumens des DOPGR.

²⁵⁹ 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.).

²⁶⁰ Es fehlen die Vergaben des Kantons im Jahr 2004; siehe Act. VI.002 und oben Rz 142.

²⁶¹ 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.).

²⁶² UA steht für Untersuchungsadressatinnen.

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)

Umsatzstatistik für Tiefbauarbeiten				
Unternehmen	Anzahl Submissionen	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.²⁶³ 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). Ge-

mäss 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).²⁶⁴ 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.²⁶⁵

²⁶³ 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.

²⁶⁴ Vgl. Act. V.16–V.29 (22-0457); insbesondere Rz 126 des Antrags.

²⁶⁵ 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 Gesamtwerts aller kantonalen und kommunalen Vergaben von Strassenbauprojekten in Nordbünden gemäss DOPGR gewonnen.

Strassenbauarbeiten in Nordbünden				
Unternehmen	Anzahl Submissionen	Anteil an Gesamtanzahl	Submissionsvolumen	Anteil am Gesamtvolumen
Gesamtheit UA ²⁶⁶	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 Submissionen	Anteil an Gesamtanzahl	Submissionsvolumen	Anteil am Gesamtvolumen
Gesamtheit UA ²⁶⁷	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).²⁶⁸ 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.²⁶⁹

Externen Firmen im Bereich Strassenbau				
Externen Firmen	Anzahl Submissionen	Anteil an Gesamtanzahl	Submissionsvolumen	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)

²⁶⁶ Gesamtheit der Untersuchungsadressatinnen gemäss Rz 128.

²⁶⁷ Gemäss Rz 129.

²⁶⁸ Vgl. Act. V.16–V.29 (22-0457); insbesondere Rz 127 f. des Antrags.

²⁶⁹ 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.).

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 Zuschläge (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.²⁷⁰

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.²⁷¹ Einzig die Cellere führte trotz grundsätzlicher Sachverhaltsanerkennung aus, die Stradun SA habe im gesamten Nordbünden Konkurrenzdruck ausgeübt.²⁷² Dies überzeugt indes nicht: Dies wurde weder von anderen Verfahrensparteien geltend gemacht, noch ist das mit anderen Beweismitteln vereinbar. Denn gemäss der vorliegenden Offertöffnungsprotokolle²⁷³ 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.

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 Implenia, 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 Strassenetze 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 Strassenbaaufträge 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 Implenia, 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).

²⁷⁰ Vgl. auch die Angabe der Cellere zu «Outsidern» gemäss Rz 305.

²⁷¹ Vgl. Act. V.16–V.29 (22-0457); insbesondere Rz 129 f. des Antrags.

²⁷² Act. V.240, S. 2 f. (22-0457).

²⁷³ Act. VI.001 ff. sowie DOPGR gemäss Act. I.594 (22-0457).

- 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 Strassenbaugesellschaften 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 Graubün-

den 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), organisiert (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.²⁷⁴

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 ausgeschriebenen 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.²⁷⁵

²⁷⁴ 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.

²⁷⁵ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. IX.E.7; IX.E.8; IX.E.11; IX.E.14; Act. VII.C.7 (22-0457).

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 ausgeschriebenen 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.²⁷⁶

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 ausgeschriebenen 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.²⁷⁷

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.²⁷⁸ 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).²⁷⁹ Gemäss Antrag²⁸⁰ 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 Sit-

zungen 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.²⁸¹ 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 Implenia und der Walo) finden sich keinerlei Angaben zum Beweisthema «Zuteilungssitzungen» (vgl. Stellungnahmen der Rz 86, 91, 96).

²⁷⁶ 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).

²⁷⁷ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. VII.E.1; VII.E.4; VII.E.11 (22-0457).

²⁷⁸ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. IV.013 f., IV.016–IV.020; IV.022; Act. II.001, II.003–II.006 (22-0457).

²⁷⁹ Act. V.134; V.155; V.156; V.232; V.233; V.237; V.240; V.243; V.246 (22-0457).

²⁸⁰ Vgl. Act. V.16–V.29 (22-0457); Rz 135–164 des Antrags.

²⁸¹ Vgl. Act. V.190, Rz 98; V.192, Rz 9 ff.; V.221, Rz 108; V.238, Rz 77 ff., 161 f. (22-0457).

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).²⁸²

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).²⁸³ Zu nennen sind insbesondere die folgenden Dokumente:

- Die Implenla hat eine Liste mit konkreten Daten von Zuteilungssitzungen zwischen 2007 und 2009 eingereicht.²⁸⁴ Auf dieser Liste befinden sich 32 Sitzungstermine, an denen es gemäss Implenla 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 Implenla (Betreff der Termine z. B. «VGR», «VGR ST», «VGR A», «VGR A+B») erstellt.²⁸⁵
- Bei der Käppeli wurde ein elektronischer Outlook-Kalendereintrag aus dem Jahr 2005 sichergestellt.²⁸⁶ 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.²⁸⁷
- 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».²⁸⁸
- Bei der Hew wurde eine E-Mail vom 9. Mai 2011 von [...] ([Vertreter] der Hew) an [...] ([...] AG) sichergestellt.²⁸⁹ 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. 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).²⁹⁰

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, Celle-re 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

²⁸² 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.

²⁸³ 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.

²⁸⁴ Act. IX.A.28, S. 2–5, 13 f.; IX.A.39.

²⁸⁵ Act. IX.A.39. Diese Liste enthält noch mehr Outlook-Termine.

²⁸⁶ Act. III.J.101.

²⁸⁷ Act. III.L.053–III.L.055.

²⁸⁸ Act. III.M.047.

²⁸⁹ Act. III.O.078.

²⁹⁰ Act. III.K.165 f.

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 Implenia 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).

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 überprüf- baren Realkennzeichen aufweist und im Einklang mit anderen (objektiven) Beweismitteln (insbesondere Urkundenbeweisen) steht.²⁹¹

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 Sitzungsorganisations (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 Vergabepraxis»; siehe oben Rz 138 ff.).²⁹² 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.²⁹³ 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.).²⁹⁴ 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.

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 Verfügungsadressatin])²⁹⁵ sowie von Seiten der Selbstanzeigerinnen als beteiligte Person bezeichnet wird.²⁹⁶ 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

²⁹¹ 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.

²⁹² 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.

²⁹³ Vgl. z. B. Act. III.M.046; III.O.079 ff., III.O.143.

²⁹⁴ Vgl. etwa Act. II.001, Rz 93 ff., 151 ff.; II.003 ff. (22-0457).

²⁹⁵ Vgl. Handelsregisterauszüge der Gesellschaften.

²⁹⁶ 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.

in Protokollen, E-Mails und Notizen) im Einklang stehen.²⁹⁷ Folgende Beweismittel seien hier ausdrücklich genannt:

- Die Implenia hat eine Liste mit konkreten Daten von Zuteilungssitzungen zwischen 2007 und 2009 eingebracht.²⁹⁸ Diese wurden auf Grundlage der Angaben von involvierten Personen und elektronischen Outlook-Daten erstellt.²⁹⁹ Dies indiziert, dass die Angaben der Implenia 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.³⁰⁰ 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.³⁰¹ Daraus folgt unmittelbar, dass VGR-Termine anberaumt wurden betreffend Eingaben bei bestimmten Projekten. Zusammen mit den übrigen Beweismitteln indizieren diese Beweismittel das Stattfinden von 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».³⁰² 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.³⁰³ 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 untereinander 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 untereinander 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.

²⁹⁷ 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.

²⁹⁸ Act. IX.A.28, S. 2–5, 13 f.; IX.A.39.

²⁹⁹ Act. IX.A.39.

³⁰⁰ Act. III.J.101.

³⁰¹ Act. III.L.053–III.L.055.

³⁰² Act. III.M.047.

³⁰³ Act. III.O.078.

- 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. 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 Implemia, 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 Implemia, 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 Implemia, 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 Ausschreibun-

gen für Jahresarbeiten Anfang eines Kalenderjahres erfolgt seien. Die Implemia 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 Beweiswürdigung auf ihre beweismässige Überzeugungskraft hin geprüft werden. Diesbezüglich gelten die Ausführungen in Rz 179–184 entsprechend, weshalb auf eine erneute detaillierte Wiedergabe der Beweiswürdigung verzichtet werden kann. Folgendes ist spezifisch für die Zuteilungssitzungen betreffend Strassenbauprojekte in Südbünden zu ergänzen:

- Soweit die Angaben der Selbstanzeigerinnen Implemia, 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 anzeigten.
- Die Angaben der Selbstanzeigerinnen Implemia, Walo und Cellere sowie des Zeugen stimmen auch überein mit objektiven Beweismitteln (Kalendereinträge, Erwähnung von Sitzungen in Protokollen, Rechnungen).³⁰⁴ Zu erwähnen sind insbesondere die Rechnungslegungen von [...], welcher gemäss Angaben der Implemia 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.³⁰⁵ 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.

³⁰⁴ Vgl. Act. III.K.163–166; III.K.168; III.O.140 f.; III.Q.061.

³⁰⁵ Act. III.K.165 f.

Zusammen mit den übrigen Beweismitteln indizieren die Rechnungen das Stattfinden von Treffen zwischen VBU-/VGR-Mitgliedsunternehmen in Südbünden, um gemeinsam über die Zuteilung von ausgeschriebenen 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 Implenja, 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».³⁰⁶ 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 Implenja und des Zeugen), dass [...] die Berechnungssitzungen in Südbünden organisierte (siehe vorangehende Spiegelstrich). Denn die Implenja 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 ihn, den Zeugen, habe berichten müssen.³⁰⁷ 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.),³⁰⁸ 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 Implenja, der Walo, der Cellere und des Zeugen [...] betreffend das Stattfinden von «Berechnungssitzungen» in Südbünden in den Jahren 2004 bis und mit 2009 (siehe

he 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 Implenja 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 Implenja 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.³⁰⁹

190. Die vorgenannten Angaben müssen im Rahmen einer Beweiswürdigung 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 Beweiswürdigung verzichtet werden kann. Spezifisch betreffend die Frage, wann die regelmässigen Treffen zur Zuteilung von öffentlichen Strassenbauprojekten endeten, ist Folgendes zu ergänzen:

³⁰⁶ Act. V.192, Rz 37 (22-0457).

³⁰⁷ Siehe Act. II.002, Rz 445 ff., 528 ff. (22-0457).

³⁰⁸ Act. IV.021, Rz 80 ff. (22-0457).

³⁰⁹ Act. V.238, Rz 77 ff., V.192, Rz 43 (22-0457).

- Soweit die Angaben der Selbstanzeigerinnen Implemia, 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 Implemia, dass die Intensität der Zusammenarbeit ab Mitte 2009 abnahm, steht dem nicht entgegen. Denn die Implemia 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 zusammengesessen sein könnten.
- Die Angaben der Selbstanzeigerinnen Implemia, 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).³¹⁰ 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 untereinander besprochen. Strabag funkt immer drein. Walo sitzt nicht mehr an den runden Tisch. Implemia 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 Implemia 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 Implemia, 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 Implemia, 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 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.³¹¹ 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 Implemia, 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 Implemia, 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

³¹⁰ Act. III.O.078.

³¹¹ Act. V.238, Rz 77 ff., V.192, 40 ff. (22-0457).

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 2011,³¹² 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 Implemia, 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 Zuteilungssitzungen 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.³¹³

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.³¹⁴ In diesem Verein schlossen sich alle wesentlichen in Graubünden ansässigen Strassenbauunternehmen zusammen (siehe dazu auch unten Rz 212³¹⁵ sein Präsident war zwischen 2005 und 2008 [...] von der Palatini/Cellere.³¹⁶ Des Weiteren ist unzweifelhaft, dass im April 2006 die Umbenennung des Vereins in «Verkehrswegebauer Graubünden» erfolgte³¹⁷ sowie dass im Jahr 2009 [...] von der Hew zum Präsident der VGR gewählt wurde (Amtszeit 2009–2013).³¹⁸
- 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.³¹⁹ So appellierte [...] anlässlich der 25. VBU-Mitgliederversammlung Anfang 2006 gegenüber den Mitgliedsunternehmen an die «Fairness unter den Mitgliedern».³²⁰ 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.³²¹ Er wünschte sich daher von den VGR-Unternehmen, dass wieder «Vernunft an der Kalkulationsfront» einkehren solle.³²² Dies indiziert zusammen mit den übrigen Beweismitteln, dass der jeweilige VBU-/VGR-Präsident bei der Organisation der Zuteilungssitzungen zumindest mitgewirkt hat.

³¹² Act. III.O.078.

³¹³ Vgl. Act. V.192, Rz 37 (22-0457).

³¹⁴ 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.

³¹⁵ Vgl. auch Statuten der VBU und der VGR in Act. III.J.099; III.P.115; III.Q.064.

³¹⁶ Act. IX.F.4, S. 5.

³¹⁷ Act. III.Q.064.

³¹⁸ Act. II.001.

³¹⁹ Vgl. etwa Act. III.J.096; III.K.168; III.O.142 f.; III.Q.050; III.Q.061.

³²⁰ Act. III.Q.061, S. 3.

³²¹ Act. III.O.142, S. 1.

³²² Act. III.O.142, S. 2.

- Die VGR veranstaltete wiederholt sog. «Monatsversammlungen», an denen in regelmässigen Abständen alle Mitgliedsunternehmen zusammenkommen und Vertrauen bilden sollten.³²³ Gerade gegen Ende der jeweiligen Kalenderjahre, wenn die VGR-Mitgliedsunternehmen jeweils entsprechend ihrer Kapazitäten Aufträge erhalten hatten, wurden diese Monatsversammlungen häufig weniger stark besucht.³²⁴ 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-Kalenderinträge 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),³²⁵ «VGR Untervaz Eingabe [...]» (Treffen am [...] 2009),³²⁶ «VGR Sitzung Eingaben» (Treffen am [...] 2009)³²⁷ und «VGR Eingabe bis [...] 2009» (Treffen am [...] 2009)³²⁸. 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».³²⁹
- Die Implenja hat eine Liste mit konkreten Daten von Zuteilungssitzungen zwischen 2007 und 2009 eingereicht.³³⁰ Diese wurden auf Grundlage der Angaben von involvierten Personen und elektronischen Outlook-Daten erstellt.³³¹ Gemäss dieser elektronischen Outlook-Daten enthielt der Betreff der Termineintragen 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 Implenja 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.³³² Hieraus 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, 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,³³³ 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 Implenja, 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 Zuteilung /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 ausgeschrieben 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 Implenja).

³²³ Vgl. Act. III.K.111 ff.; III.Q.050; IX.A.36; IX.A.39.

³²⁴ Vgl. etwa Act. III.K.111 ff.; III.O.142 f.; III.Q.050.

³²⁵ Act. III.J.101.

³²⁶ Act. III.L.053.

³²⁷ Act. III.L.054.

³²⁸ Act. III.L.055.

³²⁹ Act. III.M.047.

³³⁰ Act. IX.A.28, S. 2–5, 13 f.; IX.A.39.

³³¹ Act. IX.A.39.

³³² Act. III.K.165 f.

³³³ Vgl. Act. V.192, Rz 37 (22-0457).

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 vereinzelt weiter zu Zuteilungstreffen oder Versuchen der Zuteilung kam.³³⁴ 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 durch [...] oder [...]), Schlub (vertreten durch [...] und/oder [...]), Vago (vertreten durch [...], später [...]) und Walo (vertreten durch [...], später).³³⁵

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).³³⁶

³³⁴ 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).

³³⁵ 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.

³³⁶ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. IX.E.7; IX.E.8; IX.E.11; IX.E.14; Act. VII.C.7 (22-0457).

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 verteilen. 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.³³⁷

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.³³⁸

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 oder führten aus, es habe keine Zuteilungssitzungen gegeben (siehe auch oben Rz 166).³³⁹ 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).³⁴⁰ Gemäss Antrag³⁴¹ 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, Implenia, 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, Implenia, KIBAG, Schlub Tief- und Strassenbau AG und Walo. Es sei bewiesen, dass die genannten Unternehmen bei den Zutei-

lungstreffen 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 wieder aufgenommen. 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 2010.³⁴²
- Die Foser behauptet, sie habe spätestens am 16. März 2007 nicht mehr an den Zuteilungssitzungen teilgenommen. Zur Begründung verweist sie darauf, dass sie ihre Marktstätigkeit 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.³⁴³ Bezüglich des Beweisthemas «Teilnahme der Foser» stellte die Foser Beweisangebote, wonach sie selbst sowie bestimmte andere Personen einzuvernehmen seien (vgl. Rz 77).
- 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

³³⁷ 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).

³³⁸ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. VII.E.1; VII.E.4; VII.E.11 (22-0457).

³³⁹ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. IV.013 f., IV.016–IV.020; IV.022; Act. II.001, II.003–II.006 (22-0457).

³⁴⁰ Act. V.134; V.155; V.156; V.232; V.233; V.237; V.240; V.243; V.246 (22-0457).

³⁴¹ Vgl. Act. V.16–V.29 (22-0457); Rz 165–200 des Antrags.

³⁴² Act. V.238, Rz 161 ff. (22-0457).

³⁴³ Act. V.221, Rz 22 ff. (22.0457).

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 übergangen.³⁴⁴

- 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.³⁴⁵
- In den übrigen drei Stellungnahmen (der Catram, der Implenja 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 Implenja, 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» gedauert habe.³⁴⁶

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).³⁴⁷ 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.³⁴⁸
- 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.

209. Vertieft wird auf die vorgenannten Beweismittel im Rahmen der nachfolgenden Beweiswürdigung einge-

gangen, soweit dies für die kartellrechtsrelevanten Beweisergebnisse von Bedeutung ist.

B.3.2.2 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.

³⁴⁴ Act. V.190, Rz 98 f. (22.0457).

³⁴⁵ Act. V.192, Rz 9 ff. (22.0457).

³⁴⁶ 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.

³⁴⁷ 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.

³⁴⁸ Act. III.J.099; III.P.115; III.Q.064–III.Q.069; IX.A.57.

- 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.).³⁴⁹ 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 «Ver- einigung Bündnerischer Unternehmen für Strassen- beläge» (VBU) schlossen sich alle in Graubünden ansässigen Strassenbauunternehmen zusammen.³⁵⁰ Im April 2006 erfolgte die Umbenennung des Vereins in «Verkehrswegebauer Graubünden».³⁵¹ Die Mit- glieder der VBU/des VGR waren im hier interessie- renden Zeitraum von 2004 bis und mit 2010 die Cas- ty, 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 Pra- der/Mettler AG, Schlub/Schlub Strassen- und Tiefbau AG und die Walo.³⁵² Die Giudicetti war ausschliess- lich im Mixox südlich des San Bernadino tätig und gemäss Angaben der Implenia und der Walo im mas- sgeblichen Zeitraum nicht an den Zuteilungstreffen beteiligt.³⁵³ Zusammen mit den übrigen Beweismitteln indizieren die vorgenannten Umstände, dass die Mit- glieder 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-Mitgliedsunter- nehmen in den Jahren 2004 bis und mit 2010 betref- fend 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 Ge- sellschaften ab 2004 jedenfalls zwischenzeitlich wie- derholt an entsprechenden Zuteilungstreffen anwe- send 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 Konstel- lationen an den Zuteilungssitzungen bzw. in ihrem Rahmen zusammenarbeiteten. Ob dies in institutio- nalisierten «Untergruppen» (so die Implenia, die Wa- lo und die Cellere sowie der Zeuge) oder in bezüglich Region und Interessenslage zusammengesetzten Gruppen unter Leitung eines ad hoc bestimmten Ko- ordinators erfolgte (so die Centorame), ist nicht rele- vant. Denn so oder so waren die 13 bzw. zwölf Un- ternehmen an den Zuteilungssitzungen bzw. den Zu- teilungen 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 Vertre- ter wird/werden in Klammern genannt):
- Casty Bau AG (vertreten durch [...]),
 - Palatini AG Untervaz/Cellere (vertreten durch [...]),
 - Centorame (vertreten durch [...]),
 - Foser (vertreten durch [...] und [...]),
 - Toldo (vertreten durch [...]),
 - Hew (vertreten durch [...]),
 - Implenia (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 Stel- lungnahmen der Cellere, der Centorame, der Hew, der Schlub, der Toldo und der Zindel/Prader zum Antrag des Sekretariats, mit denen diese Untersuchungsadressatin- nen 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 teilnah- men, wird an anderer Stelle eingegangen (siehe dazu Rz 223 ff., 223 ff.).

³⁴⁹ 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.

³⁵⁰ 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.

³⁵¹ Act. III.Q.064.

³⁵² Act. III.Q.065–III.Q.069.

³⁵³ Siehe etwa IX.A.11, S. 2 f., IX.E.7, Rz 23 ff. Die übrigen Selbstan- zeigerinnen sowie der Zeuge äussern sich nicht ausdrücklich zur Beteiligung der Giudicetti.

Südbünden

214. Die Selbstanzeigerinnen Implenia, 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 Implenia 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 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 Rz 186 ff., 192 ff.).³⁵⁴ 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,³⁵⁵ 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 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

³⁵⁴ Vgl. Act. III.K.163–166; III.K.168; III.O.140 f.; III.Q.061.

³⁵⁵ Vgl. Act. V.192, Rz 37 (22-0457).

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 Implenia 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.³⁵⁶ 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 be-

streiten (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 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.³⁵⁷ 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.³⁵⁸

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.

³⁵⁶ 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).

³⁵⁷ Vgl. Act. V.190, Rz 98 f., 111; V.221, Rz 26 ff.; V.238, Rz 6; (22-0457).

³⁵⁸ Vgl. Act. V.190, Rz 98 f., 111; V.221, Rz 26 ff.

Rz 205). Aus den Stellungnahmen der Catram, der Implenla 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).³⁵⁹ 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 Zuteilungsentscheidungen eingereicht, sondern autonom gerechnet worden. Einzig bezüglich des von der Implenla als betroffen gemeldeten Projekts «[...]» (Eingabefrist [...] 2010)³⁶⁰ 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.³⁶¹

227. Die Selbstanzeigerinnen Implenla und Centorame haben angegeben, dass die Walo auch im Jahr 2010 an den mit der Selbstanzeige angezeigten Verhaltensweisen beteiligt gewesen sei.³⁶² Die Implenla hat insbesondere in ihrer ersten mündlichen Ergänzung der Selbstanzeige durch [...] (am 1. November 2012)³⁶³ ausgeführt, dass [...], der unstreitig erst nach Februar 2010 Offerten im Namen der Walo erstellte, an den angezeigten Verhaltensweisen beteiligt gewesen sei.³⁶⁴ Auch die Cellere hat angegeben, dass die Walo bzw. [...] auch im Jahr 2010 an den mit der Selbstanzeige angezeigten Verhaltensweisen beteiligt gewesen sei.³⁶⁵ Die Cellere und die Implenla 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.³⁶⁶ Für Südbünden benannte die Implenla 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.³⁶⁷ Auf Nachfrage des Sekretariats konnte die Cellere jedoch letztlich nicht aus-

schliessen, dass die Walo in Südbünden bereits 2009 aus der Gruppe Süd ausgetreten sei.³⁶⁸ 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.).³⁶⁹

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 Implenla, 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 [...] 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 Implenla und der Cellere zur Beteiligung von Walo in Südbünden weisen zudem einen hohen Detaillierungsgrad unter Beachtung von überprüfbaren 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.³⁷⁰ Dieses Detail spricht – mit Blick darauf, dass [...] tatsächlich erst nach Februar 2010 Offerten für die Walo gerechnet hat – für das Vorhandensein konkreter Erinnerungen der Vertreter der Implenla und der Cellere an das Auftreten und die Beteiligung von [...].

³⁵⁹ Siehe Nachweise in Fn 336.

³⁶⁰ Act. IX.A.13, S. 5; IX.A.14, S. 20; IX.A.15, S. 24, IX.A.41; sowie DOPGR; Eingabefrist [...] 2010.

³⁶¹ Siehe zu diesen Ausführungen insbesondere Act. VII.C.7, Rz 24 ff., 29 ff., 45 ff., 63 ff. (22-0457).

³⁶² 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).

³⁶³ Act. IX.A.3.

³⁶⁴ Act. IX.A.3, Rz 159.

³⁶⁵ Siehe insbesondere Act. IX.F.4, S. 7; Act. VII.D.6, Rz 138 ff. (22-0457).

³⁶⁶ Es handelt sich um die Projekte [...].

³⁶⁷ Vgl. Act. IX.A.41a, S. 3 und vgl. DOPGR.

³⁶⁸ Act. VII.D.6, Rz 163 ff. (22-0457).

³⁶⁹ Vgl. Act. II.002 (22-0457).

³⁷⁰ Siehe Act. IX.A.3, Rz 93 ff. und Act. Act. IX.F.4, S. 7.

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.³⁷¹ «Aussagen der ersten Stunde» haben damit in der Regel einen hohen Beweiswert. Vorliegend ist kein Grund ersichtlich, an der Richtigkeit der «Aussage der ersten Stunden» von [...] zu zweifeln. Insbesondere steht der Überzeugungskraft nicht entgegen, dass die Walo ausgeführt hat, [...] und [...] hätten ein «sehr schlechtes persönliches Verhältnis» gehabt. Denn diese Angabe machte die Walo erst am Ende des Verfahrens nach Einsicht in die Selbstanzeige der Implenia.³⁷² Damit ist diese Aussage auf das Aussageverhalten der Implenia abgestimmt 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 Centorame 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 Selbstanzeigen 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).³⁷³ 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 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.». 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 Implenia (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 Implenia 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)³⁷⁴ 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 Implenia und Cellere zugeteilten Strassenbauprojekte abliefen.³⁷⁵ 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 zugeteilt 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 2010³⁷⁶ – 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

³⁷¹ Vgl. dazu auch Urteil des BGer 8C_482/2015 vom 19.8.2015, E. 2.2.

³⁷² Vgl. Act. VII.C.7, Rz 77, 79 (22-0457).

³⁷³ Act. III.O.078.

³⁷⁴ Act. IX.A.13, S. 5; IX.A.14, S. 20; IX.A.15, S. 24, IX.A.41; vgl. DOPGR; Eingabefrist [...] 2010.

³⁷⁵ Es handelt sich um die Projekte [...].

³⁷⁶ Act. III.O.078. S.a. Rz 182.

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 «Meldeleüfersystems».

(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.³⁷⁷

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 Implenla, der Cellere, der Centrame 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.³⁷⁸ 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 Strassenbaubmissionen in Nordbünden eingereicht hat.³⁷⁹

- 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 Implenla und die Cellere gemäss eigenen Angaben Stützofferten von VGR-Mitgliedsgesellschaften erhalten haben. Aus den Ausführungen der Selbstanzeigerinnen hierzu ist zu folgern, dass auch die Casty Bau AG teilweise Stützofferten eingereicht hat.³⁸⁰
- Anders als für das generelle Ende der Zusammenarbeit im Mai 2010³⁸¹ 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 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.³⁸²

³⁷⁷ Act. V.190, Rz 98 f. (22.0457).

³⁷⁸ Vgl. Act. V.190, Rz 33 ff. (22-0457).

³⁷⁹ Vgl. DOPGR in Act. I.594 (22-0457) sowie Act. V.001 ff.

³⁸⁰ Vgl. Act. IX.A.29, S. 70, IX.A.41, IX.F.4, S. 11 sowie DOPGR in Act. I.594 (22-0457).

³⁸¹ Act. III.O.078. S.a. Rz 182.

³⁸² Act. V.221, Rz 22 ff. (22.0457).

Bezüglich des Beweisthemas «Teilnahme der Foser» stellte die Foser Beweisangebote, 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 Implenia, 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 zugeteilte 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 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.³⁸³ 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.³⁸⁴
- Anders als für das generelle Ende der Zusammenarbeit im Jahr 2010³⁸⁵ 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 abzunehmenden Beweise ein gewisses Ermessen zu.³⁸⁶ In Bezug auf die Anträge der Foser, Parteivertreter mündlich betreffend die Beteiligungszeit der Foser zu befragen, besteht schon deshalb keine

³⁸³ Act. IX.E.10.

³⁸⁴ Vgl. Act. IX.A.41, IX.E.10; IX.F.4, S. 11 sowie DOPGR in Act. I.594 (22-0457).

³⁸⁵ Act. III.O.078. S.a. Rz 182.

³⁸⁶ 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.

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 Parteivernahme 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.³⁸⁷ 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 2010.³⁸⁸

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.³⁸⁹ Die Käppeli reichte zudem auch in den Jahren 2004

bis und mit Mai 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 Käppeli teilweise Stützofferten eingereicht hat.³⁹⁰

- Anders als für das generelle Ende der Zusammenarbeit im Jahr 2010³⁹¹ 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.

³⁸⁷ Siehe Act. IV.020 und Act. II.006 (22-0457).

³⁸⁸ Act. V.238, Rz 161 ff. (22-0457).

³⁸⁹ Act. IX.E.7 ff.

³⁹⁰ 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).

³⁹¹ Act. III.O.078. S. a. Rz 182.

248. Weiter ist bewiesen, dass die folgenden sechs Gesellschaften zwischen 2004 bis Mai 2010 im Rahmen der Zuteilungstreffen betreffend Südbünden ausgedehnte 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 Belagsunternehmen 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.³⁹²

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.³⁹³ Dementsprechend kann der Nachweis des Vorliegens eines Konsens betreffend Ziel und Zweck der Zusammenarbeit auch mittels indirekter Beweise erbracht werden.³⁹⁴ Für den beweismässigen Nachweis, dass ein Unternehmen an einem bestimmten Konsens beteiligt war, bedarf es nicht notwendigerweise eines schriftlichen Vertragschlusses, 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 Tatbestandes³⁹⁵ – von äusseren Tatsachen auf das Vorliegen der inneren Tatsache geschlossen wird³⁹⁶ oder dass einzelne «Konsensparteien» eine glaubhafte Auskunft über das Vorliegen des Konsenses zwischen allen beteiligten Unternehmen machen.³⁹⁷

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 unterschieden (in der Gruppe Nord ab ca. 2006 in Untergruppen sowie einer Obergruppe), wer von den 13 bzw. zwölf Unternehmen den Zuschlag erhalten solle. Dabei

³⁹² 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*.

³⁹³ Vgl. Urteil des BGer 6B_132/2015 vom 21.4.2015, E. 2.2.2.

³⁹⁴ 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*.

³⁹⁵ Vgl. Urteil des BGer 6B_132/2015 vom 21.4.2015, E. 2.2.2.

³⁹⁶ Vgl. etwa Urteil des BVGer B-552/2015 vom 14.11.2017, E. 4.4, *Türprodukte*.

³⁹⁷ 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*.

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.³⁹⁸

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. 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.)³⁹⁹, bei denen der damalige Geschäftsführer von Walo davon ausgehe, dass es zu Abreden gekommen sei.⁴⁰⁰

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 Kalenderjahres ausreichend Strassenbauprojekte erhielten. Für die Unternehmen hätten die folgenden ungefähren Anteilsquoten gegolten (geordnet nach Grösse): 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&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 Zuteilungdi 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

³⁹⁸ 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.

³⁹⁹ 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.

⁴⁰⁰ 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).

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 Angebotssumme 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.⁴⁰¹

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 handele 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.⁴⁰²

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.⁴⁰³ 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).⁴⁰⁴ Gemäss Antrag⁴⁰⁵ habe zwischen den 13 bzw. zwölf Unternehmen in tatsächlicher Hinsicht folgender Konsens bestanden: Die 13 bzw. zwölf Unternehmen seien übereingekommen, wenn möglich alle von Graubündner 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

⁴⁰¹ 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).

⁴⁰² Vgl. zu diesen Ausführungen Act. VII.E.1; VII.E.4; VII.E.11 (22-0457).

⁴⁰³ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. IV.013 f., IV.016–IV.020; IV.022; Act. II.001, II.003–II.006 (22-0457).

⁴⁰⁴ Act. V.134; V.155; V.156; V.232; V.233; V.237; V.240; V.243; V.246 (22-0457).

⁴⁰⁵ Vgl. Act. V.16–V.29 (22-0457); Rz 201–235 des Antrags.

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.⁴⁰⁶
- 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 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.⁴⁰⁷
- 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.⁴⁰⁸
- 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 wi-

dersprüchlich seien und die Dokumentenbeweise keinen Beweiswert hätten.⁴⁰⁹

- 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.⁴¹⁰

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).⁴¹¹ 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.⁴¹²
- 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 %»⁴¹³ 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».⁴¹⁴

⁴⁰⁶ Act. V.238, Rz 16 ff. (22-0457).

⁴⁰⁷ Act. V.221, Rz 22 ff, 44 ff. (22.0457).

⁴⁰⁸ Vgl. etwa Act. V.190, Rz 98 f. (22.0457).

⁴⁰⁹ Act. V.192, Rz 9 ff. (22-0457).

⁴¹⁰ 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.

⁴¹¹ 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.

⁴¹² Vgl. etwa die eingereichten Listen gemäss Act. IX.A.35 und IX.A.37 sowie Act. IX.F.4, S. 14.

⁴¹³ Act. III.J.086, S. 5.

⁴¹⁴ Act. III.J.089, S. 6.

- 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 2011.⁴¹⁵ 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. Implenja 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. Implenja 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.⁴¹⁶

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 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 KIBAG bestreiten hingegen das vorgenannte Ziel bzw. das Ausmass der gemeinsamen Zielsetzung gemäss Antrag 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.⁴¹⁷

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

⁴¹⁵ Act. III.O.078.

⁴¹⁶ Siehe Act. VI.001 ff.

⁴¹⁷ 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.

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.).⁴¹⁸ 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 Vertreter von beteiligten Unternehmen bzw. dort angestellt war (ab 2003: Casty Bau AG, ab 2006: [eine Verfügungsadressatin], ab 2008: [eine Verfügungsadressatin])⁴¹⁹ sowie von Seiten der Selbstanzeigerinnen als beteiligte Person bezeichnet wird.⁴²⁰ 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.⁴²¹ 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.⁴²² 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.⁴²³ 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.⁴²⁴ Auch liegt ein objektives Beweismittel vor, welches in Übereinstimmung damit die Zuteilung eines Projekts mit einem Wert von weniger als CHF 50 000 indiziert.⁴²⁵

- 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.⁴²⁶ 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 Belagsbezugsmengen kannten.⁴²⁷ Letzteres ermöglichte ihnen die Kontrolle der Anteilsquoten. Anteilsquoten indizieren in besonderem Masse den Willen der beteiligten Gesellschaften, sich den

⁴¹⁸ Vgl. etwa Act. II.001, Rz 93 ff., 151 ff.; II.003 ff. (22-0457).

⁴¹⁹ Vgl. Handelsregisterauszüge der Gesellschaften.

⁴²⁰ 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.

⁴²¹ 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).

⁴²² 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.

⁴²³ Vgl. etwa Act. IX.A.41a; IX.F.5, S. 3.

⁴²⁴ Vgl. Act. IX.A.41 und Act. IX.A.41a sowie z. B. Act. IX.E.11, S. 20.

⁴²⁵ Vgl. Act. IX.F.4, S. 14.

⁴²⁶ Vgl. etwa die eingereichten Listen gemäss Act. IX.A.35 und IX.A.37 sowie Act. IX.F.4, S. 14.

⁴²⁷ Vgl. nur Act. III.J.070, III.K.159, III.K.114, III.N.100 ff., III.O.049.

Markt aufteilen zu wollen.⁴²⁸ 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 an, die Implenia bzw. die Palatini/Cellere habe bei diesen Projekten unter anderem von der Walo eine Stützofferte erhalten.⁴²⁹
- 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 Implenia, der Walo und des

Zeugen [...]. Denn arbeiten – wie die Implenia, 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.⁴³⁰ Derartige Wirkungen einer branchenweiten Zusammenarbeit indizieren auch 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 %»⁴³¹ 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».⁴³² 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.⁴³³ 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:

⁴²⁸ 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-entscheidung.html>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

⁴²⁹ Die Implenia 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.

⁴³⁰ 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*.

⁴³¹ Act. III.J.086, S. 5.

⁴³² 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.

⁴³³ 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.

- 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.⁴³⁴ 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 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.⁴³⁵ 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».⁴³⁶ 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 2011.⁴³⁷ 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. Implanen 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.).
- 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 vergebenen 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.

⁴³⁴ Act. III.J.101.

⁴³⁵ Act. III.L.053–III.L.055.

⁴³⁶ Act. III.M.047.

⁴³⁷ Act. III.O.078.

- 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.⁴³⁸ 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.

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.⁴³⁹ 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.⁴⁴⁰ 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

⁴³⁸ Vgl. Act. V.238, Rz 57 ff.; V.221, Rz 40 ff. (22-0457).

⁴³⁹ 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.

⁴⁴⁰ Vgl. Act. IX.E.19, S. 16 f.

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.⁴⁴¹ Hätte es einen «Nord-Konsens» einerseits und einen «Süd-Konsens» andererseits gegeben, so hätten diejenigen Unternehmen, welche mit einer Gesellschaft in Nord- und 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 beweis-mässiger 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 Wirtschaftsbereichs zusammen, um sich gegenseitig Projekte zuzuteilen und die Angebotssummen – im Rahmen einer Mittelwertmethode – aufeinander abzustimmen, so sind Auswirkungen wie Preisstabilität während der Zusammenarbeit und «Preiserfall» nach Ende der Zusammenarbeit plausibel und nachvollziehbar.⁴⁴² 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 Belägern 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.»⁴⁴³ 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 %»⁴⁴⁴ sowie: «Der Strassenbau ist sehr gut organisiert im ganzen Tätigkeitsgebiet. Dies hat unter anderem folgende Auswirkungen: hohes Preisniveau, ... verzögerte Restrukturierung der Strassenbaubranche, Innova-

tionen kommen nur von den Bauherren».⁴⁴⁵ 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 Quotensystems 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

⁴⁴¹ Vgl. Act. IX.E.19, S. 16 f.

⁴⁴² 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.

⁴⁴³ Act. III.O.078.

⁴⁴⁴ Act. III.J.086, S. 5.

⁴⁴⁵ 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.

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 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 Catram, der Hüppi AG Wallisellen, der Implenja 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 Angebots-

summen beteiligt habe. Es fehle an Dokumentenbeweisen.⁴⁴⁶

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.⁴⁴⁷ 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.⁴⁴⁸

⁴⁴⁶ Siehe insbesondere Act. V.238, Rz 80 ff. (22-0457).

⁴⁴⁷ Vgl. Act. V.190, Rz 98 f., 111; V.221, Rz 26 ff.; V.238, Rz 6; (22-0457).

⁴⁴⁸ Siehe insbesondere Act. V.238, Rz 80 ff. (22-0457).

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. 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.⁴⁴⁹ 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 zuteilt 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 zuteilt. 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.⁴⁵⁰ 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 be-

teiligt 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 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.

⁴⁴⁹ Vgl. Act. V.221, Rz 26 ff.

⁴⁵⁰ Act. V.192, Rz 9 ff. (22-0457).

(iv) Zwischenergebnis

295. Es ist damit bewiesen, dass sich neben der Palatini AG Untervaz/Cellere, der Centorame, der Frey/Toldo, der Hew, der Implenia, 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 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.

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: 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 %.

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 Beweissthema ist insbesondere der Nachweis eines volkswirtschaftlichen Schadens (vgl. auch unten Rz 479).⁴⁵¹

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 Kalenderjahrs 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 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

⁴⁵¹ Siehe BGE 143 II 297, E. 5.1.4., Gaba.

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.⁴⁵²

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.)⁴⁵³, 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.⁴⁵⁴

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 Unter-

nehmen 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 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.⁴⁵⁵

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.⁴⁵⁶

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.⁴⁵⁷ 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

⁴⁵² 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.

⁴⁵³ 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.

⁴⁵⁴ 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).

⁴⁵⁵ 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).

⁴⁵⁶ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. VII.E.1; VII.E.4; VII.E.11 (22-0457).

⁴⁵⁷ Vgl. zu diesen Ausführungen Act. IV.013 f., IV.016–IV.020; IV.022; Act. II.001, II.003–II.006 (22-0457).

Rz 83 f.88, 94 f., 97).⁴⁵⁸ Gemäss Antrag⁴⁵⁹ 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. zugeteilt. 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.⁴⁶⁰

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.⁴⁶¹

- 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 Ausenwettbewerb» geherrscht habe. Die Analyse der Offertdaten könne nicht als Beweismittel herangezogen werden, da sie nicht das gleiche Bild zeige wie im Fall «Kanton Tessin».⁴⁶²
- 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.⁴⁶³
- 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 widersprüchlich seien und die Dokumentenbeweise keinen Beweiswert hätten. Konkrete Einzelabreden seien der KIBAG auch nicht nachgewiesen.⁴⁶⁴
- In den übrigen drei Stellungnahmen (der Catram, der Implenia 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

⁴⁵⁸ Act. V.134; V.155; V.156; V.232; V.233; V.237; V.240; V.243; V.246 (22-0457).

⁴⁵⁹ Vgl. Act. V.16–V.29 (22-0457); Rz 236–269 des Antrags.

⁴⁶⁰ Act. V.240. S. 2 f.

⁴⁶¹ Act. V.238, Rz 16 ff., 163 f., 165 f. (22-0457).

⁴⁶² Act. V.221, Rz 22 ff, 40 ff., 55 ff. (22.0457).

⁴⁶³ Vgl. etwa Act. V.190, Rz 98 f. (22.0457).

⁴⁶⁴ Act. V.192, Rz 9 ff. (22-0457).

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.⁴⁶⁵

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).⁴⁶⁶ 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.⁴⁶⁷
- 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 %»⁴⁶⁸ 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».⁴⁶⁹
- 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 2011.⁴⁷⁰ 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. Implania 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. Implania 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.).⁴⁷¹ 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 Implania 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:

⁴⁶⁵ 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.

⁴⁶⁶ 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.

⁴⁶⁷ Vgl. etwa die eingereichten Listen gemäss Act. IX.A.35 und IX.A.37 sowie Act. IX.F.4, S. 14.

⁴⁶⁸ Act. III.J.086, S. 5.

⁴⁶⁹ Act. III.J.089, S. 6.

⁴⁷⁰ Act. III.O.078.

⁴⁷¹ Siehe Act. VI.001 ff.

- Die Implenja 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 Implenja jeweils von Teilen der übrigen 11 Unternehmen Stützofferten erhalten habe. Die Walo benennt insgesamt rund 460 in Nordbünden und Südbünden vergebene Strassenbauprojekte der Jahre 2004 bis 2009 (Auftragswert insgesamt rund CHF 135 Mio.)⁴⁷², bei denen der damalige Geschäftsführer der Walo davon ausgehe, 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.⁴⁷³ Welche Unternehmen aus dem Kreis der 13 bzw. zwölf Unternehmen bei den von den drei Selbstanzeigerinnen gemeldeten Projekten konkret Offerten einreichen, ergibt sich im Übrigen nicht nur aus den Angaben der Selbstanzeigerinnen. Dies kann daneben auch anhand eingereicherter Projektunterlagen (z. B. Offertöffnungsprotokolle etc.) verifiziert werden.⁴⁷⁴ 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, 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 2011.⁴⁷⁵ 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. Implenja 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

⁴⁷² 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.

⁴⁷³ 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.

⁴⁷⁴ 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.

⁴⁷⁵ Act. III.O.078.

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 %»⁴⁷⁶ 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».⁴⁷⁷ 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 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.⁴⁷⁸ 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.⁴⁷⁹ 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 Rechnungen⁴⁸⁰ 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.⁴⁸¹

- 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 Bausparte (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.⁴⁸² 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

⁴⁷⁶ Act. III.J.086, S. 5.

⁴⁷⁷ Act. III.J.089, S. 6.

⁴⁷⁸ 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*.

⁴⁷⁹ Act. V.190, Rz 114 f. (22-0457).

⁴⁸⁰ Vgl. Act. V.190, Rz 115 (22-0457).

⁴⁸¹ 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*.

⁴⁸² Vgl. Act. V.238, Rz 57 ff.; V.221, Rz 40 ff. (22-0457).

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.⁴⁸³ Derartige Kontrolllisten indizieren, dass der Konsens umgesetzt worden ist, indem es zu Zuteilungen gemäss der Anteilsquoten kam. Hinsichtlich des Verfahrens antrags 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 Unternehmen 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 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 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 Anteilsquoten tatsächlich eingehalten wurden (vgl. Rz 82, 309). Dazu ist folgendes auszuführen: Der besagte Verfahrensantrag 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,⁴⁸⁴ am Ende des Kalenderjahres «stimmten», ist vor diesem Hintergrund nicht von Bedeutung. Der besagte Verfahrensantrag 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 vergebenen Strassenbauprojekte in Nordbünden und Südbünden einen gemeinsamen Umsatzanteil von etwa 85 % hatten

⁴⁸³ Vgl. etwa die eingereichten Listen gemäss Act. IX.A.35 und IX.A.37 sowie Act. IX.F.4, S. 14.

⁴⁸⁴ 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-entscheidung.html>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

(siehe oben Rz 153 ff.).⁴⁸⁵ Mit Blick darauf, dass der grösste Teil der von den 13 bzw. zwölf Unternehmen durchgeführten Projekte eher Anfang der Kalenderjahre vergeben wurde⁴⁸⁶ 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.⁴⁸⁷ Dies entspricht geschätzt mindestens 650 Projekten. 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.⁴⁸⁸ 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.⁴⁸⁹ 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 Beweis Antrag bzw. keine Beweisofferte dar. Denn in formeller Hinsicht erfordert das Beweis antragsrecht 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 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.

⁴⁸⁵ 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.

⁴⁸⁶ Siehe Daten gemäss vgl. DOPGR: Danach liefern – 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.

⁴⁸⁷ 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, wonach 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.).

⁴⁸⁸ Siehe auch Fn 487 siehe auch Act. IX.A.8 Rz. 120.

⁴⁸⁹ Act. V.238, Rz 166 (22-0457).

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 zuteilte 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.⁴⁹⁰

⁴⁹⁰ Vgl. Act. V.16–V.29 (22-0457); Rz 255 des Antrags.

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 Variations-

koeffizienten (nachfolgend: VK) abgebildet werden.⁴⁹¹ 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 Strassenbauarbeiten⁴⁹²

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 danach. 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:

⁴⁹¹ 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.

⁴⁹² Der Variationskoeffizient (VK) ist in dieser Tabelle und den folgenden Ausführungen im Prozent dargestellt.

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 Tol-do 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.⁴⁹³

330. Auch die Cellere hat dieses Beweisergebnis im Wesentlichen anerkannt.⁴⁹⁴ 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.⁴⁹⁵ Auch die A. Käppeli's Söhne AG und die Bianchi Holding AG machten geltend, dass der Preiseffekt bei Anwendung der Mittelwertmethode geringer ausgefallen sei, da sich die Unternehmen «nichts hätten schenken» wollen und zu tief gerechnet hätten.⁴⁹⁶ 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 kantonal 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 15⁴⁹⁷ und den anschliessenden Abbildungen hervor:

⁴⁹³ Vgl. Act. V.16–V.29 (22-0457); Rz 260 des Antrags.

⁴⁹⁴ Act. V.240, S. 1 ff. (22-0457).

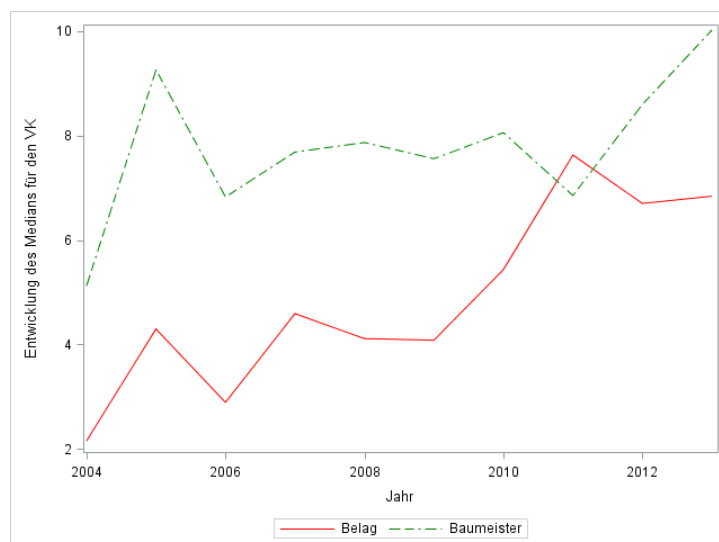
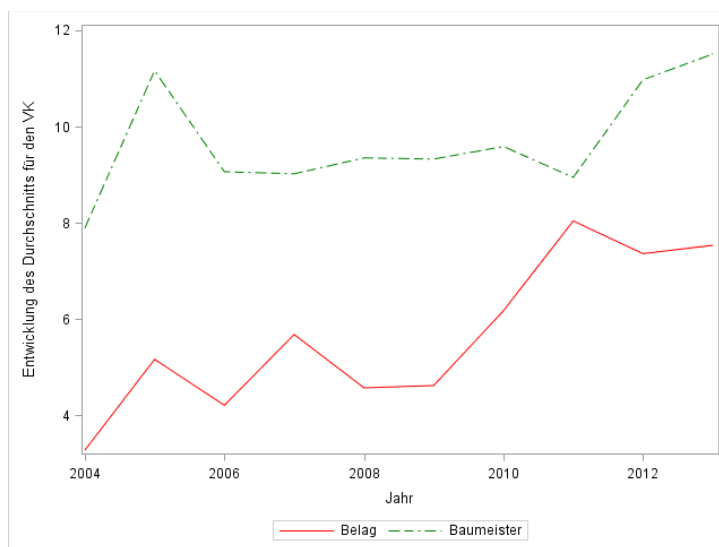
⁴⁹⁵ Act. V.240, S. 2 f. (22-0457).

⁴⁹⁶ Act. V.238, Rz 163 f. (22-0457).

⁴⁹⁷ 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.

Jahr	Strassenbauarbeiten		Tiefbauarbeiten	
	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 Tief-

bauarbeiten 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, Zeugnisaussagen, 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.⁴⁹⁸

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.⁴⁹⁹ 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.⁵⁰⁰ 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.⁵⁰¹ 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 unproblematisches 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,⁵⁰² 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).

⁴⁹⁸ Vgl. Act. V.16–V.29 (22-0457); Rz 256 ff., 261 ff., 263 ff. des Antrags.

⁴⁹⁹ Act. V.221, Rz 40 ff.; V.238, Rz 57 ff. (22-0457).

⁵⁰⁰ Vgl. Act. V.238, Rz 57 ff.; V.221, Rz 40 ff. (22-0457).

⁵⁰¹ Vgl. nur die Stellungnahme der Foser; Act. V.221, S. 16 (22-0457).

⁵⁰² 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).

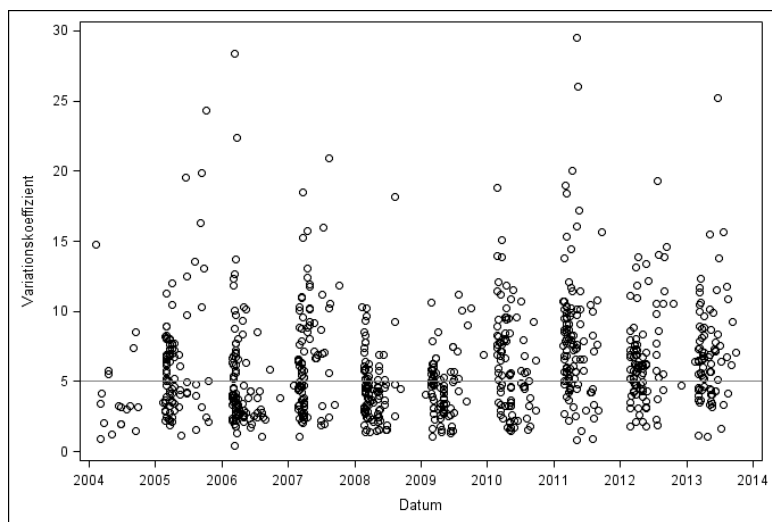
334. Zusammenfassend vermögen die Vorbringen der A. Käppeli's Söhne AG und der Bianchi Holding AG am Ergebnis nichts zu ändern. Das Bieterverhalten betreffend Strassenbauprojekte aus Nord- und Südbünden in der Zeit 2004 bis und mit Mai 2010 unterschied sich vom Bieterverhalten betreffend solche Projekte 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

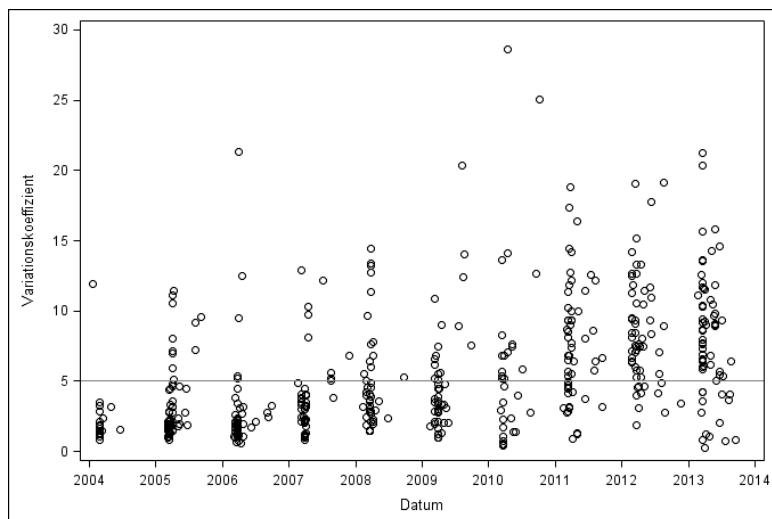
335. Insbesondere mit Blick darauf, dass die Walo angeführt hat, die «Mittelwertmethode» sei in Südbünden nicht angewandt worden (siehe insbesondere Rz 254, 272), haben die Wettbewerbsbehörden geprüft, ob sich

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 Angebotssummen beieinander.⁵⁰³ 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

⁵⁰³ 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.

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 %).⁵⁰⁴ 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. 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 überzeugen⁵⁰⁵.

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.⁵⁰⁶ 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 kantonale 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 kantonale 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 kantonale 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 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).

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, Käppeli, 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

⁵⁰⁴ Vgl. RPW 2008/1, 102 f. Rz 109 ff., *Strassenbeläge Tessin*.

⁵⁰⁵ Die Angabe der Walo widerspricht auch den Ausführungen der Cellere; vgl. oben Rz 257 und 272.

⁵⁰⁶ Vgl. Act. V.16–V.29 (22-0457); Rz 263 ff. des Antrags.

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 kantonale 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 kantonale vergebenen 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 zugeteilt. 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 zugeteilt.

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 kantonale vergebenen 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.⁵⁰⁷ Es kann allerdings nicht nachgewiesen werden, dass die zwölf Unternehmen übereinkamen, diese Kalkulationsgrundlagen auch anzuwenden.⁵⁰⁸ 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 Ausbausphalht.

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.⁵⁰⁹

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 Preissetzung 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

⁵⁰⁷ Vgl. Act. III.K.157 f., III.o.138 ff.

⁵⁰⁸ Vgl. etwa Act. III.O.142, S. 2. Danach wurden die Kalkulationsgrundlagen von den Unternehmen nicht verwendet.

⁵⁰⁹ Vgl. Handelsregister des Kantons Graubünden, CHE-105.762.218.

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.⁵¹⁰

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 Aktionärsgesellschaften 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.⁵¹¹ Die Zusammenarbeit von Unternehmen in einer Dauer-ARGE kann kartellrechtswidrig sein.⁵¹² 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 %, 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 offerierenden 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 kantonal 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 kantonal vergebene 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.

⁵¹⁰ Vgl. Schlussbericht des Sekretariats vom 12.10.2005 in Sachen Catram AG.

⁵¹¹ Vgl. etwa Act. III.J.047 ([...]), III.K.068 ([...]), III.M.021 ([...]), III.M.033 ([...]), III.M.040 ([...]), III.O.041 ([...]), III.Q.010 ([...]).

⁵¹² 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.

B.4 Zusammenarbeit von Hochbauunternehmen im Rahmen des «Club Quattro»

365. Nachfolgend wird auf die Zusammenarbeit der vier Hochbauunternehmen Hew, Implenja, 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.⁵¹³

368. Aufgrund des auch in der Hochbaubranche wirkenden Distanzschutzes⁵¹⁴ 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 priva-

ten 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.⁵¹⁵ Zu diesen ansässigen Unternehmen zählen von den in Rz 3–28 genannten Gesellschaften die Hew (Werkhof in Felsberg), die Implenja (Werkhof in Chur), die Lazzarini (Werkhof in Chur) und die Mettler AG (Werkhof in Chur).⁵¹⁶ Diese Unternehmen werden nachfolgend als «vier Unternehmen» bezeichnet. Daneben waren im massgeblichen Zeitraum (2006 bis 2012) insbesondere noch die Wolf Bau AG⁵¹⁷ (Werkhof in Domat/Ems)⁵¹⁸ und die Lurati Bau AG⁵¹⁹ (später Luzio Bau AG; Konkursöffnung im Juni 2016; gelöscht im September 2017; Werkhof ehemals in Chur) ansässige Hochbauunternehmen.⁵²⁰

⁵¹³ Act. IX.B.28, S. 27.

⁵¹⁴ 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; vgl. auch oben Rz 125.

⁵¹⁵ Vgl. etwa Act. III.O.104 ff.; Act. III.O.084, S. 2.

⁵¹⁶ Vgl. etwa Act. III.O.104 ff.; Act. III.O.084, S. 2 und Internetrecherche.

⁵¹⁷ Handelsregister des Kantons Graubünden; CHE-362.061.466.

⁵¹⁸ 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.

⁵¹⁹ 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.

⁵²⁰ 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.

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.⁵²¹ 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».⁵²² 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.⁵²³ 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).⁵²⁴ Bei Grossprojekten bewarben sich entsprechend den obigen Ausführungen zum Distanzschutz in der Regel auch auswärtige Unternehmen aus anderen Kantonen (z. B. die Toneatti AG Bilten⁵²⁵ aus dem Kanton Glarus) um den Zuschlag bzw. erhielten diesen teilweise.⁵²⁶

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.

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 2007⁵²⁷).⁵²⁸ 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.⁵²⁹ 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.⁵³⁰

- Auch die Lazzarini macht in ihrer Selbstanzeige Angaben zum Club Quattro; Dokumente reicht sie diesbezüglich keine ein.⁵³¹ 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.⁵³² 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.⁵³³ 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.

⁵²¹ 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.

⁵²² 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.

⁵²³ 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.

⁵²⁴ Vgl. Act. IX.B.28, S. 28 f.; III.O.097, S. 2; III.O.106, S. 4 f.

⁵²⁵ Handelsregister des Kantons Glarus, CHE-105.336.175.

⁵²⁶ Act. III.O.106, S. 16; III.O.109, S. 16.

⁵²⁷ Act. IX.A.31a.

⁵²⁸ 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.

⁵²⁹ Vgl. Act. IX.A.11, S. 6; IX.A.28, S. 17 f.

⁵³⁰ Siehe insbesondere Act. IX.A.52, S. 3.

⁵³¹ Vgl. Act. IX.B.28, S. 3, 26–31; Act. VII.B.2 (22-0457), S. 2 f.

⁵³² Act. IX.B.28, S. 30 f.

⁵³³ 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, Implenla, Lazzarini und Mettler AG betreffend den «Platz Chur» erwähnt und teilweise näher beschrieben.⁵³⁴
- 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, Implenla, 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); [...] Implenla (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 beschlossen, 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 Hochbaupro-

jekten an die vier Unternehmen und der entsprechenden gemeinsamen Festlegung des Zuschlagempängers 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 Zuschlagempängers sowie der Höhe der Eingabesummen gekommen sein könnte;⁵³⁵ auch hat die Implenla 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»);⁵³⁶ Allerdings kann mit den vorliegenden Beweismitteln nicht nachgewiesen werden, dass es bei den gemeldeten sechs Projekten tatsächlich zur gemeinsamen Festlegung des Zuschlagempängers 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.

⁵³⁴ Act. III.O.079–III.O.098; III.O.104–III.O.110.

⁵³⁵ Act. IX.A.11, S. 6; IX.A.28, S. 17 f.; IX.B.28, S. 30 f.

⁵³⁶ Act. IX.A.31a, S. 11 f.

B.4.3 Ergebnis

381. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die vier Hochbauunternehmen Hew, Implenia, Lazzarini 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 AR-GE 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 %).

383. Nicht nachweisbar ist nach aktueller Beweislage, dass der Club Quattro der gemeinsamen Zuteilung von im Club-Quattro-Untersuchungsgebiet ausgeschrieben Hochbauprojekten an die vier Unternehmen und der entsprechenden gemeinsamen Festlegung des Zuschlagempängers 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)⁵³⁷ 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.

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-WEKO⁵³⁸. Danach trifft die Gesamtkommission der WEKO die Entscheide, welche nicht ausdrücklich einem anderen Organ oder dem Sekretariat zugewiesen sind.

⁵³⁷ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁵³⁸ Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission (Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO); SR 251.1.

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 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,⁵³⁹ wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden⁵⁴⁰.

397. Ob die vorliegend bewiesenen Verhaltensweisen im Bereich Strassenbau diese Kriterien erfüllen, ist im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen. Eingegangen wird zunächst darauf, 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).

⁵³⁹ 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.

⁵⁴⁰ 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 539), Art. 4 Abs. 1 N 54.

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 OR⁵⁴¹). 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.⁵⁴²

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: 5,5–6,5 %, 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» (sie-

he 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.⁵⁴³

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.⁵⁴⁴

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 kantonal 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».

⁵⁴¹ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30.3.1911 (OR); SR 220.

⁵⁴² 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.

⁵⁴³ 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.

⁵⁴⁴ 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.⁵⁴⁵ Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt schon vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt⁵⁴⁶ bzw. wenn die Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise zu einer Ausschaltung oder Begrenzung eines Wettbewerbsparameters führt⁵⁴⁷. Die Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise muss sich mithin auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.⁵⁴⁸

406. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale «bezwecken» resp. «bewirken» – wie bereits das Wort «oder» im Gesetzestext verdeutlicht – alternativ voraus, nicht kumulativ.⁵⁴⁹

407. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteilnehmer «die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben».⁵⁵⁰ Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, ist an sich nicht erforderlich.⁵⁵¹ 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.⁵⁵²

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.

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.⁵⁵³

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 kanton 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

⁵⁴⁵ Vgl. nur DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 539), Art. 4 Abs. 1 N 119.

⁵⁴⁶ 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.

⁵⁴⁷ Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24.11.2016, E. 303, *Hallenstadion*.

⁵⁴⁸ 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 539), Art. 4 Abs. 1 N 131 f.; CR *Concurrence-AMSTUTZ/CARON/REINERT* (Fn 546), Art. 4 I N 73.

⁵⁴⁹ Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, *BMW*.

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

⁵⁵¹ 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 539), Art. 4 Abs. 1 N 138.

⁵⁵² Urteil des BVGer B-3618/2013 vom 24.11.2016, E. 303, *Hallenstadion*.

⁵⁵³ 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*.

Umsetzungsakte bedurfte.⁵⁵⁴ Dies wurde von der Rechtsprechung bestätigt.⁵⁵⁵ Für das Vorliegen eines Dauerverstosses ist es danach erforderlich, dass hinsichtlich der einzelnen Elemente der Zusammenarbeit ein einheitlicher und fortdauernder Zweck bestand.⁵⁵⁶ 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.⁵⁵⁷

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 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.⁵⁵⁸ Erforderlich ist lediglich, dass der einheitliche und fortdauernde Zweck der Zusammenarbeit bejaht werden kann.⁵⁵⁹

415. Diese Praxis entspricht der Lösung im EU-Kartellrecht. Eine Berücksichtigung des EU-Kartellrechts ist bei der Auslegung des Schweizer Kartellrechts grundsätzlich geboten.⁵⁶⁰ 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.⁵⁶¹ Auch nach dem EU-Kartellrecht bedarf es für einen Dauerverstoss bzw. die Teilnahme daran eines gemeinsamen und dauerhaften Ziels.⁵⁶² Ein «Ausstieg» aus einer Dauerabrede wird dabei nur angenommen, wenn der «Ausstieg» den anderen Unternehmen unmissverständlich kommuniziert wird.⁵⁶³

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.

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 Misox) 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.

⁵⁵⁴ 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.

⁵⁵⁵ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 382 E. 9.1.1, *Strassenbeläge Tessin*.

⁵⁵⁶ Vgl. Fn 554.

⁵⁵⁷ 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*.

⁵⁵⁸ 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.

⁵⁵⁹ Siehe Fn 558.

⁵⁶⁰ 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*.

⁵⁶¹ 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*.

⁵⁶² Vgl. dazu die Nachweise in RPW 2015/2, 193 Rz 194 Fn 265, *Tunnelreinigung*.

⁵⁶³ Vgl. RPW 2015/2, 246 Rz 294 f., *Türprodukte*.

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 Rechts- einwände.⁵⁶⁴

421. In tatsächlicher Hinsicht beruht die Argumentation dieser drei Untersuchungsadressatinnen 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 kantonal 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 mittragen.

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.⁵⁶⁵
- 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

⁵⁶⁴ Act. V.192, Rz 2; V.221, Rz 100 ff.; V.238, Rz 16 ff. (22-0457).

⁵⁶⁵ 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 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.

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 im Bereich Strassenbau zu erreichen. Hätte sich der Verdacht bestätigt, so könnte dies eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG darstellen.⁵⁶⁶ 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 Aktionärs-Gesellschaften 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.⁵⁶⁷ Die gemeinsame, projektübergreifende und andauernde Zuteilung von Bauprojekten und Marktteilung – auch in Form von ARGE – kann jedoch gegen das Kartellgesetz verstossen.⁵⁶⁸ 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:

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

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.⁵⁶⁹ Die Abrede muss also ihres Inhalts nach zumindest geeignet sein, eine preisharmonisierende Wirkung zu entfalten.⁵⁷⁰

⁵⁶⁶ Vgl. dazu auch Bekanntmachung betreffend die Voraussetzungen für die kartellgesetzliche Zulässigkeit von Abreden über die Verwendung von Kalkulationshilfen vom 4.5.1998.

⁵⁶⁷ 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*.

⁵⁶⁸ 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/letzte-entscheide.html> >, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

⁵⁶⁹ DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (Fn 567), Art. 5 Abs. 1 N 387.

⁵⁷⁰ 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 567), Art. 5 N 387 m.w.N.

430. Die vorliegende Gesamtabrede zielte darauf ab, in Nordbünden und Südbünden kommunal und kantonal 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.⁵⁷¹ Entscheidend für die Unterstellung unter Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG ist dabei die Wirkung und nicht das Mittel der Wirkungserzeugung.⁵⁷² 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)⁵⁷³, sondern auch solche Abreden, welche indirekt zu einer Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern führen.⁵⁷⁴ 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.⁵⁷⁵

433. Die vorliegende Gesamtabrede zielte darauf ab, in Nordbünden und Südbünden kommunal und kantonal 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: 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 % (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 Geschäfts-

partnerabrede 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.⁵⁷⁶ Diese «Umsetzungsabreden» der Gesamtabrede 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.5.2.2 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

⁵⁷¹ Vgl. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARON/MANI REINERT, in: *Droit de la concurrence*, Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), 2. Aufl. 2013, Art. 5 LCart N 474.

⁵⁷² PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz*, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 KG N 434.

⁵⁷³ RPW 1999/1, 67 Rz 8, *Reine Gase und Mischgase*.

⁵⁷⁴ 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 567), Art. 5 N 452; BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 572), Art. 5 KG N 437 ff.

⁵⁷⁵ 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.

⁵⁷⁶ 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 <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

– 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.5.2.2.1 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.⁵⁷⁷

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.⁵⁷⁸ Zudem ist die Bestimmung des relevanten Marktes 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.⁵⁷⁹

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 untersuch-

ten (möglichen) Wettbewerbsbeschränkung ist.⁵⁸⁰ 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.⁵⁸¹ 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 VKU⁵⁸², der hier analog anzuwenden ist).⁵⁸³

⁵⁷⁷ BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁵⁷⁸ Exemplarisch OECD, Market Definition, DAF/COMP(2012)19, S. 11; RAINER TRAUOGOTT, Zur Abgrenzung von Märkten, WuW 1998, 929–939, 929; TILL STEINVORTH, Probleme der geografischen Markt-abgrenzung, WuW 10/2014, S. 924–937; vgl. auch ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz 532; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 2 KG N 94; MARCEL MEINHARDT/ASTRID WASER/JUDITH BISCHOF, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 10 KG N 40.

⁵⁷⁹ 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 578), 924 ff.

⁵⁸⁰ 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.

⁵⁸¹ Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 269 ff., *ADSL II*.

⁵⁸² Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

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*.

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 deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.⁵⁸⁴ 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.⁵⁸⁵ 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.⁵⁸⁶ Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.⁵⁸⁷

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 Parteienangaben 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 Hew⁵⁸⁸ 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.⁵⁸⁹ 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 Marktes sei je nach Vergabeverfahren zu differenzieren. Auszunehmen seien jedenfalls freihändige Verfahren; dies insbesondere deshalb, da diese nicht von der Abrede erfasst worden seien.⁵⁹⁰ 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 wurden und dann ein direkter Preisvergleich zwischen den Offerten stattfand.⁵⁹¹ 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 AG⁵⁹² 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.⁵⁹³

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*; Urteil des BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, E. 3.2, *Hors-Liste Medikamente/Pfizer*.

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*; BGE 129 II 18 E. 7.3.1 (= RPW 2002/4, 743 E. 7.3.1), *Buchpreisbindung*.

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

⁵⁸⁸ Vgl. Act. III.031 (22-0457).

⁵⁸⁹ Vgl. DOPGR.

⁵⁹⁰ Vgl. Act. III.033 (22-0457).

⁵⁹¹ 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.

⁵⁹² Siehe Act. V.238, Rz 110 (22-0457).

⁵⁹³ 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.

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.⁵⁹⁴

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).⁵⁹⁵

452. Die vorliegende Wettbewerbsabrede bezog sich auf vom Kanton und den Gemeinden in Nordbünden und in Südbünden vergebene Strassenbauprojekte. Sie betraf damit den 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.⁵⁹⁶ 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.⁵⁹⁷ 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.⁵⁹⁸ 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.5.2.2 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.

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.

⁵⁹⁴ 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.

⁵⁹⁵ BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁵⁹⁶ Vgl. DOPGR.

⁵⁹⁷ 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.

⁵⁹⁸ Vgl. DOPGR und Fn 596.

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 kantonal 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 zwi-

schon 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 vorgeannten Umstände Unterschiede in Bezug auf die beiden Gebiete Nord- und Südbünden bestanden. Die vorgeannten 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.⁵⁹⁹

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).⁶⁰⁰ 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.

⁵⁹⁹ RPW 2017/3, 421 Rz 233, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; CR Concurrency-AMSTUTZ/CARON/REINERT (Fn 571), Art. 5 LCart N 509 m.w.H.

⁶⁰⁰ RPW 2008/1, 85 Rz 206, *Strassenbeläge Tessin*; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 368 E. 9.2.1, *Strassenbeläge Tessin*.

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.⁶⁰¹ 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.⁶⁰²

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 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 vorgeannten Umstände Unterschiede in Bezug auf die beiden Gebiete Nordbünden und Südbünden bestanden. Die vorgeannten 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 Aussenwettbe-

werb 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 Wettbewerbsparameter⁶⁰³ 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 werde sollte. Die Gesamtabrede war damit ohnehin auf die Ausschaltung des zentralen Wettbewerbsparameters gerichtet. Denn 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

⁶⁰¹ Vgl. DOPGR.

⁶⁰² Vgl. DOPGR.

⁶⁰³ BGE 129 II 18, E. 8.3.4 (= RPW 2002/4, 747, E 8.3.4), *Buchpreisbindung*.

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 Abredevverhalten 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 vorgeannten 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.5.2.2.3 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.5.2.2.4 Zwischenfazit zur Prüfung der Widerlegung der Beseitigungsvermutung

475. Im Ergebnis erachtet die WEKO den Markt für Strassenbauleistungen, die vom Kanton oder den Grau-

bündner 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 Aussenwettbewerb 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,⁶⁰⁴ 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.⁶⁰⁵ 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).

⁶⁰⁴ 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*.

⁶⁰⁵ 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-entscheidung.html>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

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.).

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,⁶⁰⁶ wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden⁶⁰⁷.

484. Art. 4 Abs. 1 KG ist also 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 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.).⁶⁰⁸ 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.⁶⁰⁹ Die Beteiligten lassen dabei die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten.⁶¹⁰

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 «besonde-

res 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 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 Zuschlagempfinders 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 insofern die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lassen.

⁶⁰⁶ Siehe Nachweise in Fn 538.

⁶⁰⁷ Siehe Nachweise in Fn 539.

⁶⁰⁸ 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 539), Art. 4 Abs. 1 N 53; CR Concurrency-AMSTUTZ/CARON/REINERT (Fn 546), Art. 4 I LCart N 35.

⁶⁰⁹ RPW 2010/4, 717 Rz 176 f., *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*; DIKE KG-BANGERTER/ZIRLICK (Fn 539), Art. 4 Abs. 1 N 57; CR Concurrency-AMSTUTZ/CARON/REINERT (Fn 546), Art. 4 I LCart N 34.

⁶¹⁰ 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*.

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, Implenia, Lazzarini 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.⁶¹¹ 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 unmöglich 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.).⁶¹² 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-Quattro-Untersuchungsgebiet ausgeschriebenen Hochbauprojekten an die vier Unternehmen und der entsprechenden ge-

⁶¹¹ 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*.

⁶¹² 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/letztenentscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

meinsamen Festlegung des Zuschlagempfangers 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.⁶¹³ 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 VKU⁶¹⁴, der hier analog anzuwenden ist).⁶¹⁵ 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 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).⁶¹⁶

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.⁶¹⁷

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;

⁶¹³ Vgl. nur DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (Fn 567), Art. 5 N 88, 90 m.w.N.

⁶¹⁴ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

⁶¹⁵ BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁶¹⁶ BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁶¹⁷ 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.

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 Passstrassen im Westen, Süden und Osten von Chur (Oberalppass, San-Bernadino-Passstrasse, 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 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.⁶¹⁸

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 Interessensaustausch bestand als Dauervereinbarung jedenfalls in der Zeit von 2006 bis und mit September 2012 und betraf in zeitlicher Hinsicht alle in dieser Zeit ausgeschriebenen 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.⁶¹⁹ 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.⁶²⁰ Diese Rechtsprechung hat das BGer in seinen Urteilen betreffend die WEKO-Sanktionsverfügung i.S. Baubeschlüsse bestätigt.⁶²¹ 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 Wettbewerbsbeeinträchtigung anzusehen, wenn die Gesamtbeurteilung anhand qualitativer und quantitativer Kriterien ergibt, dass kein Bagatellfall vorliegt.⁶²²

514. Bezüglich des qualitativen Elements gilt es die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters – und zwar im konkret betroffenen Markt⁶²³ – sowie das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter⁶²⁴ 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.).⁶²⁵ Nach der Rechtsprechung des BGer reicht es dabei aus, dass die Abredeteilnehmer zusammen einen nicht unerheblichen Marktanteil halten⁶²⁶.

515. Bei der Gesamtbetrachtung dieser beiden Kriterien handelt es sich um ein «bewegliches System»⁶²⁷ bzw. um eine Konstellation wie bei zwei kommunizierenden Röhren⁶²⁸. Die Gesamtbetrachtung erfolgt einzelfallweise. Dabei kann eine qualitativ schwerwiegende Beeinträchtigung trotz quantitativ geringfügiger Auswirkungen

⁶¹⁸ Act. IX.B.28, S. 27.

⁶¹⁹ Urteil des BGE 143 II 297, E. 5.1.6, *Gaba*.

⁶²⁰ Urteil des BGE 143 II 297, E. 5.2.5, 5.6, *Gaba*.

⁶²¹ 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*.

⁶²² RALF MICHAEL STRAUB, Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen, AJP 2016, 559, 568; DIKE KG-ZIRLICK/BANGERTER (Fn 567), Art. 5 N 201.

⁶²³ 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.

⁶²⁴ In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241 Rz 19, *Klimarappen*, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils.

⁶²⁵ BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 572), Art. 5 KG N 230.

⁶²⁶ BGE 129 II 18, 24 E.5.2.1 (= RPW 2002, 735), *Buchpreisbindung*.

⁶²⁷ ANDREAS HEINEMANN, Die Erheblichkeit bezweckter und bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen, Jusletter vom 29. Juni 2015, N 16 und N 59.

⁶²⁸ BGE 143 II 297, E. 5.2.2, *Gaba*.

erheblich sein. Umgekehrt kann eine Beeinträchtigung mit quantitativ beträchtlichen Auswirkungen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen, auch wenn sie qualitativ nicht schwerwiegend ist.⁶²⁹

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.

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.⁶³⁰

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.⁶³¹ 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 der Regel auch auswärtige Unternehmen aus anderen Kantonen (z. B. die Toneatti AG Bilten 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.

⁶²⁹ 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.

⁶³⁰ 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*.

⁶³¹ 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 Bau- und Gewerbestandverbände*.

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 beein-

trächtigen, 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 im Sinne von 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.⁶³² 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.

⁶³² 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*.

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 beeinträchtigt und nicht gerechtfertigt ist.

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.⁶³³

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,⁶³⁴ 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:

- o der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE); sowie
- o der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.

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:

- o der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE); sowie
- o 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 überschüssend seien.⁶³⁵ Dies überzeugt

⁶³³ 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*.

⁶³⁴ 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).

⁶³⁵ Act. V.190; V.238, Rz 167 ff. (22-0457).

nicht. Diese Anordnungen entsprechen der jüngsten Praxis der WEKO betreffend Submissionsfälle.⁶³⁶ 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.⁶³⁷

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.⁶³⁸ Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.⁶³⁹

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.⁶⁴⁰

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.⁶⁴¹ Damit liegt eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG vor.

Unternehmen

544. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem «Unternehmen» begangen werden.⁶⁴² Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1^{bis} KG abgestellt.⁶⁴³

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.).

⁶³⁶ 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.

⁶³⁷ 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*.

⁶³⁸ 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.

⁶³⁹ BBI 2002 2022, 2034.

⁶⁴⁰ 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*.

⁶⁴¹ Siehe nur BGE 143 II 297, E. 9, *Gaba*.

⁶⁴² Siehe dazu insbesondere RPW 2018/3, 508 Rz 581, *Supermédi*; 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.

⁶⁴³ Ständige Praxis; siehe zuletzt RPW 2018/3, 508 Rz 581, *Supermédi*.

546. Voraussetzung für die Sanktionierung ist gemäss WEKO-Praxis, dass diejenigen Unternehmen, welche gegen das Kartellrecht verstossen haben, aktuell noch bestehen.⁶⁴⁴ Dass die Strassenbauunternehmen Cellere (früher unter dem Namen Palatini tätig), Centorame, Foser & Hitz bzw. Foser, Hew, Implenia (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.⁶⁴⁵ Massgebend für das Vorliegen von Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit ist gemäss dieser Rechtsprechung ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden, an dessen Vorliegen jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind.

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.⁶⁴⁶ 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.⁶⁴⁷

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.⁶⁴⁸ 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,⁶⁴⁹ 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.

⁶⁴⁴ 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.

⁶⁴⁵ 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*.

⁶⁴⁶ RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., *SIX/DCC*.

⁶⁴⁷ 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*.

⁶⁴⁸ 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).

⁶⁴⁹ Aktenkundig sind compliance Massnahmen der Implenia und der Walo.

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-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).⁶⁵⁰

554. Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ist *tatbezogen* und *nicht unternehmensbezogen* auszulegen.⁶⁵¹ Für die Sanktionierbarkeit ist folglich nicht die formelle und individuelle Verfahrensbekanntmachung 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,⁶⁵² welche eine Sanktionierung ermöglichen soll, sofern die Untersuchung rechtzeitig eröffnet worden ist.⁶⁵³ 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,⁶⁵⁴ der Bianchi Holding AG,⁶⁵⁵ der Mettler AG,⁶⁵⁶ der PRADER AG,⁶⁵⁷ der Schlub AG und der Schlub AG Südbünden,⁶⁵⁸ der Toldo Strassen- und Tiefbau AG Landquart⁶⁵⁹ sowie der Walo Bertschinger Central AG und der Walo Bertschinger Holding AG⁶⁶⁰; vgl. Rz 32, 41). Folglich bestand im November 2015 bei diesen Gesell-

schaften 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 wussten⁶⁶¹ 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.⁶⁶² Dies überzeugt nicht. Unabhängig davon,

⁶⁵⁰ 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.

⁶⁵¹ 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.

⁶⁵² Vgl. CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a N 241; JÜRGEN BORER, Schweizerisches Kartellgesetz (KG), 3. Aufl. 2013, Art. 49a N 31.

⁶⁵³ 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*.

⁶⁵⁴ Gegen die ebenfalls zur Cellere-Gruppe gehörende Palatini AG Intervaz war die Untersuchung bereits am 30.10.2012 eröffnet worden.

⁶⁵⁵ Gegen die Tochtergesellschaft der Bianchi Holding AG, die A. Käppeli's Söhne AG, war die Untersuchung bereits am 22.4.2013 eröffnet worden.

⁶⁵⁶ Gegen die Muttergesellschaft der Mettler AG, die ZINDEL GRUPPE AG, war die Untersuchung bereits am 22.4.2013 eröffnet worden.

⁶⁵⁷ Gegen die Muttergesellschaft der PRADER AG, die ZINDEL GRUPPE AG, war die Untersuchung bereits am 22.4.2013 eröffnet worden.

⁶⁵⁸ Gegen die ebenfalls zur Schlub-Gruppe gehörende Schlub AG Nordbünden war die Untersuchung bereits am 22.4.2013 eröffnet worden.

⁶⁵⁹ Gegen die ebenfalls zur Toldo-Gruppe gehörende Toldo Strassen- und Tiefbau AG war die Untersuchung bereits am 22.4.2013 eröffnet worden.

⁶⁶⁰ Gegen die ebenfalls zur Walo-Gruppe gehörende Walo Bertschinger AG Chur war die Untersuchung bereits am 22.4.2013 eröffnet worden.

⁶⁶¹ 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.

⁶⁶² Act. V.238, Rz 91 ff. (22-0457).

inwiefern eine zehnjährige Verjährungsvorschrift in kartellrechtlichen Untersuchungen gilt,⁶⁶³ 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 hemmt⁶⁶⁴ – 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.⁶⁶⁵ Eine solche Gesamtbetrachtung eines Dauerverstosses ist selbst im Strafrecht üblich, nach dem die gesamte Dauertat bestraft werden kann, wenn tatbestandliche Handlungseinheit vorliegt oder ein Dauerdelikt begangen wurde und hinsichtlich des Zeitpunkts des Aufhörens noch keine Verjährung eingetreten ist.⁶⁶⁶

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 Unternehmensträgerschaft, das heisst, welche juristischen oder natürlichen Personen oder Rechtsgemeinschaften (z.B. Kollektivgesellschaft) Trägerinnen der fehlbaren Unternehmen waren bzw. sind. Soweit die Verfahrensparteien sowohl zum Tatzeitpunkt als auch aktuell Trägerinnen der fehlbaren Unternehmen waren bzw. sind, wirft die Zurechnung der Wettbewerbsverstösse keine spezifischen Fragen auf. 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).⁶⁶⁷

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 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

⁶⁶³ 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/letzte-entscheide.html>>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

⁶⁶⁴ So Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1714, E. 1719, *SIX/DCC*.

⁶⁶⁵ RPW 2015/2, 225 Rz 193, *Tunnelreinigung*.

⁶⁶⁶ 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.

⁶⁶⁷ 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).

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 Unternehmen gründeten 2005 die ZB Didumos AG als neue Holdinggesellschaft, wobei diese kurze Zeit später in Implenia AG umbenannt wurde.⁶⁶⁸ 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 Rechts-träger jedenfalls dann zu sanktionieren, wenn die damaligen Rechtsträgerinnen und Rechtsträger in aktuelle Träger und Trägerinnen des Unternehmens fusioniert haben.⁶⁶⁹ Damit kann die Implenia Schweiz AG insbesondere für das Verhalten der von der Batigroup getragenen Unternehmung sanktioniert werden.⁶⁷⁰ 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 hat⁶⁷¹, 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»⁶⁷² oder bei unternehmens-internen Umstrukturierungen (etwa Neuordnung der Gesellschaftsstruktur)⁶⁷³. 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.⁶⁷⁴ Gleiches wird im Übrigen auch in der Literatur zum Unternehmensstrafrecht postuliert.⁶⁷⁵

563. Ob bei Umstrukturierungen eine wirtschaftliche Kontinuität gegeben ist, beurteilt sich nach den gesamten Umständen des Einzelfalls. Massgebend sind insbesondere folgende Kriterien⁶⁷⁶:

- Übernahme von Personal (insbesondere von Schlüsselpersonen), Inventar und Räumlichkeiten;
- identische Geschäftstätigkeit (sachlich, örtlich);
- Übernahme von Know-how, Kundenregistern und anderen immateriellen Werten;
- Eintritt in Verträge;
- Aussenauftritt (z.B. gleiche oder ähnliche Firma, Corporate Identity);

⁶⁶⁸ <https://www.implenia.com/files/media/files/2dbdcc36111f9d9c7a3820dde4a368a3/IMPN_GB_2005_D.pdf>; zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

⁶⁶⁹ 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.

⁶⁷⁰ 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.

⁶⁷¹ 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.

⁶⁷² 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.

⁶⁷³ Urteil des BVer 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.

⁶⁷⁴ Siehe Nachweise in Fn 671.

⁶⁷⁵ 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.

⁶⁷⁶ 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.

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)⁶⁷⁷ verstösst diese WEKO-Praxis nicht gegen das Schuldprinzip und ist mit der wettbewerbsrechtlichen EU-Praxis vereinbar.⁶⁷⁸ Eine Verletzung des Schuldprinzips ist insbesondere ausgeschlossen, da das «schuldige» Unternehmen bei Unternehmenskontinuität fortbesteht.⁶⁷⁹ 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.⁶⁸⁰

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,⁶⁸¹ 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.⁶⁸² 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.⁶⁸³

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 Werkverträge.⁶⁸⁴ 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.⁶⁸⁵ 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

⁶⁷⁷ Act. V.190, Rz 1 ff.; V.238, Rz 149 ff. (22-0457).

⁶⁷⁸ 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*.

⁶⁷⁹ Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 124, *SIX/DCC*.

⁶⁸⁰ Urteil des BVGer, B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 77.

⁶⁸¹ 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*.

⁶⁸² 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.

⁶⁸³ Vgl. Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 63, *SIX/DCC*.

⁶⁸⁴ Act. I.464, S. 3 ff.

⁶⁸⁵ <<https://www.suedostschweiz.ch/zeitung/kappeli-kauft-casty-bau-ag>>; zuletzt aufgerufen am 19.8.2019.

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 (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 Verhältnismässigkeit⁶⁸⁶ und der Gleichbehandlung begrenzt wird.⁶⁸⁷ 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.⁶⁸⁸

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 massgeb-

end, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.⁶⁸⁹ 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.).

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,⁶⁹⁰

⁶⁸⁶ Art. 2 Abs. 2 SVKG.

⁶⁸⁷ Vgl. PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

⁶⁸⁸ RPW 2009/3, 196 Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

⁶⁸⁹ 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.

⁶⁹⁰ 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 Auskunftbegehren 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.

welche sie anhand des DOPGR überprüft hat.⁶⁹¹ 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.⁶⁹² Die Hew bringt vor, es seien lediglich Umsätze zu berücksichtigen, welche mit «Belagsarbeiten im engeren Sinne» (d. h. ohne Pflästerungen, Abschlüsse und Foundationsschicht) und/oder nicht in einer ARGE erzielt worden seien.⁶⁹³ Dazu ist Folgendes auszuführen. Subunternehmerarbeiten sind mit Blick auf den relevanten Markt ohnehin nicht erfasst, da nur mit dem Kanton Graubünden und den Graubünd-

ner 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 Implenja, die Walo und die Cellere auch einzelne Preisabsprachen gemeldet, bei denen ARGE Schutz erhielten oder ARGE Stützofferten einreichten.⁶⁹⁴ 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,⁶⁹⁵ 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 %	[...]
Implenja	[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

⁶⁹¹ Mit Blick auf den DOPGR und die vorliegenden Belagsbezugsmengen der Batigroup/Implenja bei der Catram erscheinen die von der Implenja für die Jahre 2008 bis 2010 gemeldeten Umsatzzahlen als zu hoch. Dies auch deshalb, da die Implenja 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).

⁶⁹² Act. III.033 (22-0457).

⁶⁹³ Act. III.031 (22-0457).

⁶⁹⁴ 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.

⁶⁹⁵ Siehe Act. V.238, Rz 110 (22-0457).

Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

576. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.). 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 objektive⁶⁹⁶ 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 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.⁵⁹⁷

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, 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.⁶⁹⁸

⁶⁹⁶ 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.

⁶⁹⁷ Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 3.

⁶⁹⁸ RPW 2017/3, 421 Rz 284, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 652), Art. 49a KG N 53.

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 %	[...]
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.⁶⁹⁹ 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.⁷⁰⁰ Diese Einwände überzeugen nicht. Der Umstand, dass 20–30 % aller Projekte nicht

⁶⁹⁹ Act. V.232, Rz 7 ff. (22-0457).

⁷⁰⁰ Vgl. die Stellungnahmen dieser Untersuchungsadressatinnen zum Antrag des Sekretariats (Rz 79 ff.).

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.⁷⁰¹ 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.

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 be-

trachtet – 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 Prader⁷⁰² – nicht danach, wie viel Zeit zwischen der Aufgabe und der Untersuchungseröffnung gelegen hat.⁷⁰³

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.⁷⁰⁴ 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.⁷⁰⁵

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 unzulässig erachtet wurden (dies trifft auf die Frey/Toldo, die

⁷⁰¹ 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*.

⁷⁰² Vgl. die Stellungnahmen dieser Untersuchungsadressatinnen zum Antrag des Sekretariats (Rz 79 ff.).

⁷⁰³ 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.

⁷⁰⁴ Vgl. Jahresbericht 2017 der Wettbewerbskommission (WEKO), RPW 2018/1, 1 Abschnitt 5.2.

⁷⁰⁵ Siehe etwa RPW 2018/1, 78 Rz 245, *Verzinkung*.

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 haben, 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).⁷⁰⁶ 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 Kartellopfen 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).⁷⁰⁷ Auch im Wettbewerbsrecht der EU und in anderen ausländischen Wettbewerbsordnungen⁷⁰⁸ ist die Möglichkeit der Sanktionsreduktion infolge Kompensationsleistungen grundsätzlich anerkannt. Zu verweisen ist insbesondere auf Art. 18 Abs. 3 EU-Schadensersatzrichtlinie⁷⁰⁹ sowie Art. 14 Abs. 2 ECN+-Richtlinie⁷¹⁰, wonach Wettbewerbsbehörden Schadensersatzzahlungen, die infolge eines Vergleichs vor der Verhängung einer Geldbusse geleistet werden, bei der Sanktionsbemessung berücksichtigt werden können.⁷¹¹

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 Sankti-

on 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:

⁷⁰⁶ 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.

⁷⁰⁷ Gemäss Strafrecht werden indes hohe Anforderungen an die «Auffrichtigkeit» 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.

⁷⁰⁸ 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.

⁷⁰⁹ 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.

⁷¹⁰ 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.

⁷¹¹ 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.

Unternehmen	Kompensationsleistung (in CHF)
Cellere	[...]
Centorame	[...]
Foser	[...]
Hew	[...]
Käppeli	[...]
Schlub	[...]
Toldo	[...]
Walo	[...]
Prader	[...]

Tabelle 18: Kompensationsleistungen je Unternehmen (in CHF)

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 Kartelloffer 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.]

Unternehmen	Sanktion gemäss Art. 3–6 SVKG (in CHF)
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 2014–2016⁷¹² 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.⁷¹³

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 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

⁷¹² Vgl. Antworten der Verfassensparteien in Act. III.001 ff. (22-0457) auf die Frage 25 des Fragebogens des Sekretariats vom 27.9.2017.

⁷¹³ So bereits RPW 2009/3, 196 Rz 153 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

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).⁷¹⁴

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.⁷¹⁵ 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 Be-

weismittel vor, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen (siehe Rz 612). Damit ist der Implenia die sich für sie aus Tabelle 19 ergebende Sanktion zu erlassen.

(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

⁷¹⁴ Zum Ganzen Merkblatt und Formular des Sekretariats der WEKO Bonusregelung (Selbstanzeige) vom 8.9.2014, Rz 5.

⁷¹⁵ So bereits RPW 2009/3, 196 Rz 153 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

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.⁷¹⁶ 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

⁷¹⁶ So der Antrag des Sekretariats; vgl. Act. V.16–V.29 (22-0457); Rz 539 des Antrags.

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.⁷¹⁷ Vorliegend machten die Foser sowie die Schlub AG Nordbünden und die Schlub AG Südbünden [...] ⁷¹⁸ [...]. 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. [...] ⁷¹⁹ [...].

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 Verhältnismässig-

keitsgründen zu reduzieren, da die KIBAG bei ihren Strassenbautätigkeiten im Kanton Graubünden «massive Verluste» erlitten habe.⁷²⁰ 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.⁷²¹ 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 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:⁷²²

	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.] ⁷²³	[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

⁷¹⁷ 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.

⁷¹⁸ [...].

⁷¹⁹ [...].

⁷²⁰ Act. V.192, Rz 68 (22-0457).

⁷²¹ 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.

⁷²² In der nachfolgenden Tabelle werden folgende Abkürzungen für Strassenbauunternehmen verwendet: CAS für Casty Bau AG; CEL für Cellere/Paladini; 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.

⁷²³ 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-KG⁷²⁴ 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 wird⁷²⁵. 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 wird⁷²⁶.

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 beurteilenden 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 erhärten haben (z. B. Kalkulationsgrundlagen; siehe dazu

⁷²⁴ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

⁷²⁵ 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.

⁷²⁶ 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*.

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.⁷²⁷ 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 des Unternehmens 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
		Toldo	1/12
		Walo	1/12
		Zindel	1/12

⁷²⁷ 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*.

te-entscheide.html>, zuletzt aufgerufen am 19.8.2019; siehe auch RPW 2009/3, 196 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

Wettbewerbsverstoss	Anteil an den gesamten Verfahrenskosten	Anteil pro beteiligte Unternehmung am Anteil pro Wettbewerbsverstoss	
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 ⁷²⁸	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 Wallisellen mit ihrem Hauptbegehren unterliegt (siehe Rz 635) und Parteien im erstinstanzlichen nichtstreitigen Verwaltungsverfahren ohnehin keine Parteientschädigung zu gewähren ist.⁷²⁹

⁷²⁸ Solidarisch zu tragen von der Hüppi AG, der A. Käppeli's Söhne AG und Bianchi Holding AG; vgl. Rz 648 sowie Rz 559 ff.

⁷²⁹ Vgl. RPW 2018/2, 237 Rz 62 m.w.N., Gym 80.

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 Dauerpreis- 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 Strassenbauunternehmgen 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 Strassenbauunternehmgen 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 [1,2–1,5 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, Implenja, 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 mittelschwer 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 ausgeschriebenen 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, 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, 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 [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**, in Sargans,
 - **Bianchi Holding AG**, in Bad Ragaz,
- beide vertreten durch [...];

- **Aktiengesellschaft Cellere**, in St. Gallen,
 - **Cellere Bau AG**, in St. Gallen,
- beide vertreten durch [...];
- **C Bauunternehmung Centorame AG**, in Schmitzen;
- vertreten durch [...];
- **Catram AG**, in Chur,
- vertreten durch [...];
- **Foser AG**, in Malans,
- vertreten durch [...];
- **Hew AG Bauunternehmung Chur**, in Chur,
- vertreten durch [...];
- **Hüppi AG**, in Wallisellen,
- vertreten durch [...];
- **Implenia Schweiz AG**, in Dietlikon,
- vertreten durch [...];
- **KIBAG Bauleistungen AG**, in Zürich,
- vertreten durch [...];
- **Lazzarini AG**, in Samedan,
- vertreten durch [...];
- **Schlub AG**, in Chur,
 - **Schlub AG Nordbünden**, in Chur,
 - **Schlub AG Südbünden**, in Poschiavo,
- alle drei vertreten durch [...];
- **Toldo Strassen- und Tiefbau AG**, in Sevelen,
 - **Toldo Strassen- und Tiefbau AG Landquart**, in Landquart,
- beide vertreten durch [...];
- **Walo Bertschinger AG Chur**, in Chur,
 - **Walo Bertschinger Central AG**, in Dietikon,
 - **Walo Bertschinger Holding AG**, in Zürich,
- alle drei vertreten durch [...];
- **ZINDEL GRUPPE AG**, c/o Zindel AG, in Chur,
 - **METTLER PRADER AG**, in Chur,
- beide vertreten durch [...].

[Rechtsmittelbelehrung]

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations

Indice delle abbreviazioni

A

AF Arrêté fédéral
 AIMP Accord intercantonal sur les marchés publics
 AJP Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
 Amtl. Bull. Amtliches Bulletin
 AS Amtliche Sammlung des Bundesrechts
 ATF Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA Bundesamt
 BB Bundesbeschluss
 BBI Bundesblatt
 BG Bundesgesetz
 BGBM Bundesgesetz über den Binnenmarkt
 BGE Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
 BGer Bundesgericht
 BOCE Bulletin officiel du Conseil des Etats
 BOCN Bulletin officiel du Conseil national
 BoeB Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
 BR Bundesrat
 BR/DC Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
 BUCN Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
 BUCSt Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
 BV Bundesverfassung
 BZP Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

C

CC Code civil
 CE Communauté Européenne
 CE Conseil des Etats
 CF Conseil fédéral
 FR. Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri
 CO Code des obligations
 Cost. Costituzione federale
 CPC Code (cantonal) de procédure civile
 CPS Code pénal suisse
 cst. Constitution fédérale

D

DCP Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
 DPC Droit et politique de la concurrence (=RPW)
 DG Direction Générale (UE)

E

EU Europäische Union

F

FF Feuille fédérale
 FMG Fernmeldegesetz

G

GATT General Agreement on Tariffs

GebrV

GRUR

GU

H

HGer Handelsgericht
 HMG Heilmittelgesetz

I

IPRG Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
 IVöB Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
 JdT Journal des Tribunaux

K

KG Kartellgesetz
 KMU Kleine und mittlere Unternehmen
 KSG Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
 KVG Bundesgesetz über die Krankenversicherung

L

LAA Loi fédérale sur l'assurance-accidents
 LAMal Loi fédérale sur l'assurance-maladie
 LCA Loi fédérale sur le contrat d'assurance
 LCart Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
 LCD Loi fédérale contre la concurrence déloyale
 LCsl Legge federale contro la concorrenza sleale
 LDA Loi fédérale sur le droit d'auteur
 LDIP Loi fédérale sur le droit international privé
 LETC Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
 LF Loi fédérale / Legge federale
 LL Legge federale sul lavoro
 LMG Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
 LMI Loi fédérale sur le marché intérieur
 LMP Loi fédérale sur les marchés publics
 LOTC Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio
 LPM Loi fédérale sur la protection des marques
 LRFP Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
 LSPr Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi

M**N****O**

O Ordonnance
 OCDE Organisation de Coopération et de Développement Economique
 OCSE Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce		
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	T	
OR	Obligationenrecht	TA	Tribunal administratif
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TApp	Tribunale d'Appello
		TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
P		THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale		
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)		
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	U	
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UE	Union Européenne
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
Q			
R		V	
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
REKOWEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)		
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	W	
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RR	Regierungsrat	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)		
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	X	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	Y	
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	Z	
		ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
S		ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt	ZPO	Zivilprozessordnung
SJ	La semaine judiciaire	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
- abgestimmte Verhaltensweise 1569, 1600, 1614, 1659, 1693, 1811 ff., 1824
- Abrede 1541, 1555 f., 1568 ff., 1585 f., 1588, 1600, 1602, 1614 f., 1617, 1622 ff., 1644, 1659, 1661, 1663 ff., 1674, 1678, 1680, 1688, 1692 ff., 1704 ff., 1719 ff., 1723 f., 1727 f., 1733, 1735 ff., 1768, 1772, 1777 ff., 1781, 1784, 1786 ff., 1791 f., 1794 f., 1810 ff., 1836 ff., 1843, 1845 f., 1849, 1851 f.
- Acquiring -
- Anhörung 1638, 1641 f., 1645, 1661, 1666, 1668, 1680, 1701, 1718, 1722, 1731, 1738 f.
- Apotheker/innen -
- Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken -
- Befristung des Entscheids -
- Breitbanddienste -
- Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten -
- Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 1567, 1571 ff., 1594, 1653, 1663, 1597, 1829
- Effizienzprüfung 1696
- Einstellung einer Untersuchung -
- einvernehmliche Regelung -
- Erheblichkeit 1570 f., 1615, 1619, 1622 ff., 1696 f., 1827 f., 1845
- Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
- Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis 1668
- Interchange Fee 1816
- Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung 1644
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 1586, 1620, 1657, 1818, 1826
- Koppelungsgeschäft 1568
- Kostenraster -
- Krankenversicherer -
- Kreditkarten -
- Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons 1559 ff., 1563 f., 1567, 1593 ff., 1599 f., 1625, 1640, 1651 ff.
- M**
- Marktaufteilung 1761, 1817
- marktbeherrschende Stellung 1551, 1555 ff., 1564 f., 1573, 1578, 1586, 1588, 1592 f., 1599 f., 1602, 1612, 1624, 1649, 1659
- Marktgegenseite 1546 ff., 1557 ff., 1561, 1571, 1586 ff., 1593, 1595, 1597, 1603, 1609, 1612 f., 1617 f., 1620 f., 1624, 1650, 1652 f., 1694 f., 1723, 1818 ff., 1826 f.
- Marktorganisation -
- Marktstruktur 1553, 1820
- Marktzutrittsschranken 1624
- Meldepflicht 1656, 1658
- Missbrauch 1541, 1555, 1558 f., 1563 ff., 1576, 1585 f., 1593 ff., 1602, 1614, 1624 f., 1632, 1638, 1640, 1644, 1648 ff., 1654, 1818
- N**
- Netzwerk 1659
- Netzwerkkosten -
- Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
- potenzieller Wettbewerb 1821
- Preisabrede 1570 f., 1694 ff., 1714, 1719, 1772, 1788, 1815 ff., 1827, 1838
- Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung 1566
- R**

Rabatte 1560 f., 1565 f., 1570, 1578, 1580, 1582, 1607
Reduktion der Sanktion 1844, 1846

S

Sanktionen 1664, 1692, 1698 f., 1702, 1705 f., 1708 ff.,
1713 ff., 1811, 1830 f., 1835, 1842, 1844, 1847

Senkung Herstellkosten -

Submission 1667, 1670, 1672, 1675, 1678, 1682, 1684,
1686, 1691, 1695, 1701, 1704, 1706 ff., 1715, 1735,
1739, 1750 ff., 1768, 1775, 1795, 1803 f., 1812 ff.,
1822 f., 1825, 1828 f., 1831, 1839, 1841

Submissionskartell -

T

Tarife -

Tarifvertrag 1660

Tierärzte/innen 1565

Transparenzmassnahmen -

U

Umstossung der Vermutung -

Untersuchung 1542, 1559 f., 1564, 1570 f., 1574, 1476,
1586, 1597, 1601 ff., 1612 f., 1619 ff., 1638, 1641, 1643,
1645, 1647, 1654, 1660 f., 1665 ff., 1679 f., 1692,
1698 ff., 1705 ff., 1721 f., 1724, 1727 ff., 1744 ff., 1762 ff.,

1777, 1779 ff., 1786 ff., 1796 f., 1802, 1806 ff., 1815 ff.,
1824 ff., 1836, 1840 f., 1844 f., 1848 f., 1851, 1853

unzulässige Wettbewerbsabrede 1614, 1663 f.

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung -

Verschulden 1648 f., 1699 f., 1832, 1839

Vierparteiensysteme -

vorbehaltene Vorschriften 1555, 1585, 1614, 1644. 1663.
1693. 1723, 1811

vorgezogene Recyclinggebühren -

W

Wettbewerb um den Markt -

X**Y****Z**

Zahlungsmittel -

zweiseitige Märkte -