

## **WEKO Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin U vom 2. Oktober 2017**

WEKO, 2017-10-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/weko\\_Hoch-\\_und\\_Tiefbauleistungen\\_Engadin\\_U](https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/weko_Hoch-_und_Tiefbauleistungen_Engadin_U)

FR: WEKO Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin U du 2 octobre 2017

IT: WEKO Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin U del 2 ottobre 2017

### **Erwägungen**

#### **E. 36**

Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)<sup>44</sup> anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Auch im Kartellverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i. V. m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP<sup>45</sup>). Der Beweis einer Tatsache ist im Allgemeinen erbracht, wenn die Wettbewerbsbehörden nach objektiven Gesichtspunkten von deren Verwirklichung überzeugt sind. Die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit (also ohne Zweifel) festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel unerheblich erscheinen.<sup>46</sup> 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.<sup>47</sup> Hinsichtlich bestimmter Tatsachen, namentlich komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte, sind im Einklang mit der Rechtsprechung keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen. Vielmehr schliesst die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, ins-

#### **E. 39**

Act. 85 (22-04uu/25-0039).

#### **E. 40**

Act. 87 (22-04uu/25-0039).

#### **E. 41**

Act. 78 (22-04uu).

#### **E. 42**

Act. 91 und 92 (22-04uu).

#### **E. 43**

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

#### **E. 44**

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

#### **E. 45**

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

#### **E. 46**

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).

#### **E. 47**

Vgl. z.B. BGE 124 IV 86, E. 2a.

22-00038/COO.2101.111.3.247709 8 besondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, eine strikte Beweisführung regelmässig aus.<sup>48</sup> Diesen Grundsätzen ist im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen zum Sachverhalt Rechnung zu tragen.

B.1.2 Verwertbarkeit der Aussagen von Martinelli vom 30. Oktober 2015 <sup>37</sup>. In ihrer Stellungnahme vom 13. Juni 2017 bringt Martinelli vor, dass die Wettbewerbsbehörden im Zusammenhang mit der Einvernahme von [Mitarbeiter D], [Funktion] von Martinelli, ihre Verfahrensrechte verletzt haben. Konkret führt sie aus, dass [Mitarbeiter D] berechtigterweise davon ausgegangen sei, dass er als „Zeuge“ aussagen werde. Es sei ihm zu diesem Zeitpunkt nicht bewusst gewesen, dass die Aussagen, die er gemacht habe, gegen Martinelli verwendet werden könnten. Darauf hätte er hingewiesen werden müssen. Über das vorgeworfene Verhalten habe Martinelli erst an der Einvernahme vom 30. Oktober 2015 Kenntnis erhalten. Verfahrensrechtlich verstosse dies gegen das Recht, über eine Beteiligung in einem Verfahren in Kenntnis gesetzt zu werden und genügend Zeit zur Vorbereitung der Verteidigung zu erhalten. Die Aussagen von [Mitarbeiter D] vom 30. Oktober 2015 seien unzulässig erlangte Beweise und dürften im vorliegenden Verfahren nicht verwertet werden.<sup>49</sup> <sup>38</sup>. Weder das Kartellgesetz noch das VwVG kennt eine Bestimmung zu den Beweisverwertungsverboten. Wann im Rahmen von Einvernahmen erhobene Beweismittel nicht verwertet werden dürfen, ist daher anhand der verfassungs- und völkerrechtlichen Prinzipien, allgemeiner Rechtsgrundsätze und allenfalls durch Analogien zu anderen Rechtsgebieten zu beurteilen. Damit ein Beweisverwertungsverbot überhaupt zur Diskussion stehen kann, ist allerdings vorausgesetzt, dass die Behörde die fraglichen Beweismittel rechtswidrig erlangt hat.<sup>50</sup> Hat die Behörde bei der Erhebung rechtskonform gehandelt, das heisst sämtliche Normen der Rechtsordnung beachtet, scheidet das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots zum Vornherein aus. Im Folgenden ist daher zu beurteilen, ob die Wettbewerbsbehörden im Zusammenhang mit der fraglichen Einvernahme gegen Rechtsnormen verstossen haben.<sup>51</sup> Solche Rechtsnormen können im Gesetz oder im Verfassungs- und Völkerrecht verankert sein. <sup>39</sup>. Mit Schreiben vom 18. September 2015 lud die Behörde [Mitarbeiter D] im vorliegenden Verfahren vor, am 30. Oktober 2015 für Martinelli auszusagen.<sup>52</sup> Nach Hinweisen zur Verfahrensgeschichte und zum Verfahrensgegenstand wies sie darauf hin, dass die Untersuchung nicht gegen Martinelli eröffnet worden sei. Es könne jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass das Verfahren gegen Martinelli auszudehnen sei. Im Rahmen der Untersuchungsermittlungen führe das Sekretariat daher eine Einvernahme mit Martinelli als allfällig von der Untersuchung betroffene Unternehmung durch. Weiter orientierte die Behörde Martinelli über ihr Recht, eine Rechtsvertreterin oder einen Rechtsvertreter beizuziehen. Auf den Gegenstand der Einvernahme wies die Behörde wie folgt hin: „Gegenstand der Einvernahme werden mögliche Wettbewerbsverstösse in der Baubranche im Engadin bilden, insbesondere im Zusammenhang mit dem [Bauprojekt 1] aus dem Jahr

[...].“

#### **E. 48**

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

#### **E. 49**

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

#### **E. 50**

Im Rahmen ihrer Kooperation mit der Wettbewerbsbehörde zeigte Bezzola Denoth ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem vorliegenden Projekt an. Sie gab als Bemerkung in Bezug auf das vorliegende Bauobjekt an: [...].<sup>59</sup> 51. In ihrer Ergänzung der Selbstanzeige vom 1. Februar 2013 bemerkte Bezzola Denoth zu dem Projekt, [...].<sup>60</sup> Bezzola Denoth hat zudem die E-Mails vom [...] bzw. [...] an Implenja bzw. Martinelli eingereicht.<sup>61</sup> Aussage der Bezzola Denoth vom 26. Oktober 2015 <sup>52</sup>. Anlässlich der mündlichen Ergänzung der Bonusmeldung der Bezzola Denoth vom 26. Oktober 2015 sagte [Mitarbeiter A] aus, dass die E-Mails vom [...] und [...] belegen würden, dass [...].<sup>62</sup> Er nehme an, dass Martinelli und Implenja ihn um die Bekanntgabe seiner Offerte gebeten hätten. Martinelli sei im Unterengadin überhaupt nicht tätig, es sei sehr aussergewöhnlich, dass die Martinelli für ein Projekt im Unterengadin Ausschreibungsunterlagen erhalten habe.<sup>63</sup> Bei Implenja sei die gleiche Situation wie bei Martinelli vorgelegen. Die Implenja mache im ganzen Engadin eigentlich keine Hochbauten. Die Implenja sei offensichtlich um die Eingabe einer Offerte angefragt worden. Sie habe sich an Bezzola Denoth gewandt und [Mitarbeiter A] habe der Implenja eine Eingabesumme durchgegeben.<sup>64</sup> Gemäss Aussage von [Mitarbeiter A] handle es sich in der E-Mail vom [...] wohl um die Offerte, welche Martinelli eingeben sollten. In beiden Fällen sei die Initiative für den Kontakt von Implenja bzw. Martinelli ausgegangen.<sup>65</sup> Zwischen den beiden Kontakten habe ein grosser zeitlicher Abstand von fast einem Monat bestanden. Eingabe der Implenja vom 18. November 2015, vom 17. Dezember 2015, vom 22. Juli 2016 und 10. November 2016 <sup>53</sup>. Gemäss Eingabe der Implenja vom 18. November 2015<sup>66</sup> im Rahmen ihrer Selbstanzeige sei Herr [Mitarbeiter E] für die Offertstellung beim [Bauprojekt 1] zuständig gewesen. <sup>54</sup>. Gemäss den Angaben von [Mitarbeiter E] hätten bei diesem Hochbauobjekt objektive Anhaltspunkte für Unregelmässigkeiten bei der Offertstellung infolge fehlender Kalkulation bestanden. Im SAP-Programm der Implenja fehle eine entsprechende Preiskalkulation. Zwar seien Preisanfragen an Lieferanten eingeholt worden und im physischen Dossier deren Offerten abgelegt. Diese scheinen aber nicht oder nur teilweise in die Offertberechnung eingeflossen zu sein. Eine mögliche Erklärung sei, dass die Preisanfragen nur zur Plausibilitätsprüfung der Offerte eingeholt wurden. Nach Aussage von [Mitarbeiter E] seien gewisse Normpositionen deutlich über dem Marktpreis angesetzt worden. Eine mögliche Erklärung dafür sei, dass der

58 Act. 4 (22-04uu). 59 Act. IX.C.027, pag. 73 (25-0039). 60 Act. IX.C.035, pag. 60 (25-0039). 61 Act. IX.C.035, pag. 35 und 36 (25-0039). 62 Act. IX.C.060, Zeile 349 (25-0039). 63 Act. IX.C.060, Zeilen 362 ff. (25-0039). 64 Act. IX.C.060, Zeilen 372 ff. (25-0039). 65 Act. IX.C.060, Zeilen 362 (Martinelli) und 377 (Implenja) (25-0039). 66 Act. IX.A.53, pag. 4 f. und Beilage 2, pag. 287 (25-0037).

22-00038/COO.2101.111.3.247709 12 Eingabepreis koordiniert worden sei. Er könne sich aber an die Offerte und an die genauen Umstände nicht mehr erinnern.<sup>67</sup> 55. Am 17. Dezember 2015 bestätigte die Implenia auf Nachfrage des Sekretariats, dass sie im Engadin keine Hochbauprojekte ausgeführt habe.<sup>68</sup> 56. Am 22. Juli 2016 reichte die Implenia die E-Mail von Bezzola Denoth an sie vom [...] ein.<sup>69</sup> Es handelte sich um dieselbe E-Mail, welche auch von Bezzola Denoth eingereicht wurde.<sup>70</sup> 57. Am 10. November 2016 reichte die Implenia die SIA-Datei ein, welche der E-Mail vom [...] angehängt war. Die SIA-Datei weist eine Offertsumme von CHF [...] (inkl. MWST) auf.<sup>71</sup> Aussage der Martinelli vom 30. Oktober 2015 58. [Mitarbeiter D], Martinelli, gab am 30. Oktober 2015 an, dass ihm das [Bauprojekt 1] – wie in der gleichen E-Mail vom [...] erwähnte Projekt [...] / [...] – gar nichts sage. 59. Er wisse nicht mehr, wie er auf die E-Mail vom [...] reagiert habe und wer die Initiative zum Versand dieser E-Mail ergriffen habe.<sup>72</sup> Er wisse nicht mehr, ob Martinelli eine solche höhere Offerte eingegeben habe. Wenn die Martinelli eine solche höhere Offerte eingegeben habe, sei es darum gegangen, Bezzola Denoth „Schutz“ zu gewähren.<sup>73</sup> Die Martinelli habe nie ein Bauprojekt im Unterengadin ausgeführt.<sup>74</sup> Am 3. November 2015 teilte [Mitarbeiter D] dem Sekretariat mit, dass er nach Kontrolle seiner Unterlagen keine entsprechenden Unterla- gen (Begleitbrief etc.) gefunden habe, dass die Martinelli beim Objekt [Bauprojekt 1] eine Ein- gabe gemacht hätte (vgl. zur Verwertbarkeit der Aussagen von [Mitarbeiter D] Rz 37 ff. hier- vor).<sup>75</sup>

#### B.4 Beweiswürdigung

B.4.1 Konsens 60. Die beiden E-Mails vom [...] und vom [...] (Rz 46 f.) stellen, zusammen mit den ihnen angehängten Offerten, objektive Beweismittel dar, die in unmittelbarem und konkretem Bezug zum vorgeworfenen Kartellrechtsverstoss stehen. 61. Die in der E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A] an [Mitarbeiter E] verwendete Formulie- rung: „Unsere Eingabe beläuft sich auf netto inkl. MWSt Fr. [...]. Die gesendete SIA sollte eine Summe netto inkl. MWSt. von Fr. [...] aufweisen ([2–4]%)“ bedeutet, dass die Eingabe von Implenia um [2–4] % höher sein sollte als diejenige von Bezzola Denoth. Dies lässt keinen anderen Schluss zu, als dass damit Implenia gebeten wurde, eine höhere Offerte einzugeben und Implenia Bezzola Denoth bei diesem Bauprojekt nicht konkurrenzieren sollte. Dies wird durch die Aussage von [Mitarbeiter E], Implenia, gestützt, wonach gewisse Normpositionen deutlich über dem Marktpreis angesetzt worden seien und dies durch eine mögliche Koordi- nierung des Eingabepreises zu erklären wäre. An die konkreten Umstände konnte sich Herr [Mitarbeiter E] jedoch nicht mehr erinnern.

67 Act. IX.A.53, pag. 4 f. und Beilage 2, pag. 287 (25-0037). 68 Act. 2, pag. 5 (22-04uu/25-0037). 69 Act. 9 (22-04uu/25-0037). 70 Act. IX.C.035, pag. 35 (25-0039). 71 Act. 30 (22-04uu/25-0037). 72 Act. IV.028, Zeilen 237 und 242. 73 Act. IV.028, Zeilen 233 ff. 74 Act. IV.028, Zeile 259. 75 Act. I.468.

22-00038/COO.2101.111.3.247709 13 62. Analoge Schlüsse sind aus der E-Mail von [Mitarbeiter A] an [Mitarbeiter D] vom [...] zu ziehen. Der darin enthaltene Satz „Du bist mit dieser Eingabe ca. [2.5–5] % über unserem Preis“ lässt keinen anderen Schluss zu, als dass damit Martinelli aufgefordert wurde, eine hö- here Offerte einzugeben und Martinelli Bezzola Denoth bei diesem Bauprojekt nicht konkur- renzieren sollte. 63. Weder von Martinelli<sup>76</sup> noch von Implenia wurde die Angebotskoordination mit Bezzola Denoth bestritten. Auch Bezzola Denoth räumte ein, dass sie in Bezug auf dieses Projekt von den beiden Unternehmen „Schutz“ erhielt. 64. Vor diesem Hintergrund ist erstellt, dass Bezzola Denoth, Martinelli und Implenia den übereinstimmenden Willen äusserten, ihre Angebote

bei der Ausschreibung [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollten bei dieser Ausschreibung Martinelli und Implemia höher eingeben als Bezzola Denoth. Daran bestehen bei der vorliegenden Beweislage keine vernünftigen Zweifel.

B.4.2 Verfolgter Zweck 65. Bezzola Denoth räumte in ihrer Eingabe vom 4. Dezember 2012 und 1. Februar 2013 ein, von Martinelli und Implemia „Schutz“ erhalten zu haben. Allerdings gab [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth, am 26. Oktober 2015 zu Protokoll, dass er Implemia und Martinelli die Eingabe besummen aus „reinem Entgegenkommen“ bekanntgegeben habe. Martinelli und Implemia seien im Unterengadin nicht tätig gewesen. Die Bezzola Denoth habe keinen Nutzen davon gehabt, dass „Nichtmarktteilnehmer“ im Unterengadin eine Offerte eingeben würden.<sup>77</sup> Gemäss der Aussage von Martinelli sei es, wenn die Martinelli eine solche höhere Offerte eingeben habe, darum gegangen, Bezzola Denoth „Schutz“ zu gewähren.<sup>78</sup> Implemia äusserte sich nicht zum verfolgten Zweck, bestätigte demgegenüber, dass es höchstwahrscheinlich eine Koordinierung gab.<sup>79</sup> 66. Bezzola Denoth und Martinelli verwendeten vorliegend beide den Begriff „Schutz“. Im vorliegenden Kontext brachten sie damit zum Ausdruck, dass sich die Parteien bei der zu beurteilenden Ausschreibung nicht konkurrenzieren sollten. Dem von den Parteien an den Tag gelegten Verhalten ist immanent, dass dieses auch darauf abzielte, den Wettbewerb unter den Beteiligten zu verhindern. Die Beteiligten sollten sich nicht konkurrenzieren. Vielmehr wollten sie im Einvernehmen darüber entscheiden, welches Unternehmen den Auftrag erhalten sollte. Dass Martinelli und Implemia für Bezzola Denoth aufgrund der Projektlage zum Vornherein keine Konkurrentinnen gewesen sein sollen, wie [Mitarbeiter A] behauptete, ist nicht glaubhaft. Der Anfahrtsweg von [...] (Martinelli) und [...] (Implemia) nach [...] von [...] wäre zu bewältigen gewesen. Auch sonst bestanden für Martinelli und Implemia keine grundsätzlichen Hindernisse, ein Projekt dieser Art und Grössenordnung auszuführen. Jedenfalls konnte Bezzola Denoth nicht zum Vornherein ausschliessen, dass sich Martinelli und Implemia um den Zuschlag für das entsprechende Bauprojekt bemühen wollten. Insofern bestand der Zweck der Angebotskoordination – neben möglichen weiteren Zielen – auch darin, sich nicht zu konkurrenzieren. Dass die Beteiligten mit ihrem Verhalten ausschliesslich andere Zwecke verfolgten, kann bei der vorliegend zu beurteilenden Verhaltensweise ausgeschlossen werden. <sup>67</sup>. Damit ist erstellt, dass Bezzola Denoth, Martinelli und Implemia mit ihrem Verhalten bezweckten, sich bei der Ausschreibung des [Bauprojekt 1] nicht zu konkurrenzieren.

<sup>76</sup> Jedenfalls im Rahmen der Einvernahme vom 30. Oktober 2015. <sup>77</sup> Act. IX.C.060, Zeilen 362 ff. und 378 ff. (25-0039). <sup>78</sup> Act. IV.028, Zeilen 233 ff. <sup>79</sup> Act. IX.A.53, pag. 4 f. und Beilage 2, pag. 287 (25-0037).

22-00038/COO.2101.111.3.247709 14 B.4.3 Rolle der Beteiligten 68. Vorliegend ist die Rolle der Beteiligten, insbesondere die Rolle von Bezzola Denoth als Schutznehmerin bei der Initiative zur Angebotskoordination sowie bei der Organisation und Umsetzung der untersuchten Verhaltensweise zu würdigen. Zuerst ist zu prüfen, ob vor dem Versand der Offerte ein initiierender Kontakt für die Angebotskoordination stattfand und von wem gegebenenfalls die Initiative für die Angebotskoordination ausging. Zweitens ist zu prüfen, welche Rolle die Bezzola Denoth bei der Organisation und Durchsetzung der untersuchten Verhaltensweise einnahm. Initiative für die Angebotskoordination <sup>69</sup>. Aus dem Wortlaut der E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth, an [Mitarbeiter D], Martinelli, geht hervor, dass zwischen beiden ein vorgängiger Kontakt stattfand [„Freu mich jedes Mal etwas von Dir zu hören.“].<sup>80</sup> <sup>70</sup>. Auch [Mitarbeiter D] bestätigte anlässlich

seiner Einvernahme vom 30. Oktober 2015 zur dieser E-Mail vom [...], dass [Mitarbeiter A] wohl vor Versand der E-Mail angerufen habe. Eine solche E-Mail werde nicht einfach so verschickt.<sup>81</sup> 71. Die Wendung in der E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A] an [Mitarbeiter E], Implenias<sup>82</sup> „In der Beilage erhalten sie die abgeänderte Offerte Baumeisterarbeiten“ ohne vorgängige Einleitung sowie der Umstand, dass es sich um eine abgeänderte Offerte handelte, lassen darauf schliessen, dass sich Adressat und Empfänger vorgängig über dieses Projekt austauschten. 72. Somit ist erstellt, dass vor Versand der E-Mails vom [...] bzw. vom [...] ein vorgängiger Kontakt stattfand. 73. Wer vorliegend die Initiative für die Angebotskoordination ergriffen hat, ist den Urkunden nicht zu entnehmen. Die entsprechenden Parteiaussagen dazu sind, wohl aufgrund fehlender Erinnerung, widersprüchlich. Zwar wurde von Bezzola Denoth angenommen, dass möglicherweise ein vorangehender Kontakt von Martinelli und von Impenia ausgegangen sei.<sup>83</sup> Dies wird jedoch weder durch Dokumente belegt, noch können sich Martinelli und Impenia an das Vorgehen in diesem Fall erinnern.<sup>84</sup> 74. Zusammenfassend ist unklar, von wem bei dieser Ausschreibung die Initiative zur Angebotskoordination in Form eines ersten Kontaktes ausging. Vielmehr könnte die Initiative zur Angebotskoordination sowohl von der Schutznehmerin als auch von den schützenden Unternehmen ausgegangen sein. Dem Grundsatz in dubio pro reo folgend, kann keinem der beteiligten Unternehmen die Initiative zur Angebotskoordination nachgewiesen werden. Rolle bei der Organisation und Umsetzung der untersuchten Verhaltensweise 75. [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth, wandte sich in seinen beiden E-Mails vom [...] an [Mitarbeiter D] (Martinelli) bzw. vom [...] an [Mitarbeiter E] (Impenia). Inhalt dieser Nachrichten von [Mitarbeiter A] bildete insbesondere die jeweilige Offertsumme in Bezug auf das [Bauprojekt 1]. In beiden Mails erteilte [Mitarbeiter A] klare Anweisungen, wie einzugeben sei und bedankte sich zum Schluss für die „Bemühungen“. 76. Gemäss Aussage von [Mitarbeiter A] vom 26. Oktober 2015 sei Martinelli im Unterengadin überhaupt nicht tätig und es sei sehr aussergewöhnlich, dass die Martinelli für ein Projekt

80 Dies wurde auch durch die Aussage von [Mitarbeiter A] bestätigt, Act. IX.C.060, Zeilen 362 ff. (25-0039). 81 Act.IV.028, Zeilen 198 ff. 82 Act. IX.C.035, pag. 35 (25-0039) und Act. 9 (22-04uu/25-0037). 83 Act. IX.C.060, Zeilen 362 (Martinelli) und 377 (Impenia) (25-0039). 84 Auf die Frage hin, wer die Initiative zum Versand der E-Mail vom [...] ergriffen habe, erwiderte [Mitarbeiter D], dass er dies nicht wisse, Act. IV.028, Zeilen 178–179.

22-00038/COO.2101.111.3.247709 15 im Unterengadin Ausschreibungsunterlagen erhalten habe. Bei Impenia sei die gleiche Situation wie bei Martinelli. Die Impenia mache im ganzen Engadin eigentlich keine Hochbauten. 77. Martinelli reichte im Anschluss an die E-Mail von [Mitarbeiter A] schliesslich eine Offerte in der Höhe von CHF [...] ein, Impenia eine solche in der Höhe von CHF [...]. Bezzola Denoth selber offerierte beim [Bauprojekt 1] zu einem Betrag von CHF [...], womit sie schliesslich auch den Zuschlag erhielt. 78. Damit ist erstellt, dass Bezzola Denoth die zwei E-Mails verfasst und verschickt hat, welche zur Koordination der Angebote und deren Eingabehöhe erforderlich waren. Martinelli und Impenia beschränkten sich darauf, ihre Angebote entsprechend den E-Mails von Bezzola Denoth einzugeben.

B.4.4 Umsetzung und Auswirkungen 79. Gemäss den Angaben der Bauherrin, der [...], gab Bezzola Denoth für das Bauprojekt [Bauprojekt 1] eine Offerte mit einer Gesamtsumme (inkl. MWST) von CHF [...], Martinelli mit einer Summe von CHF [...] und Impenia mit

einer Summe von CHF [...] ein.<sup>85</sup> 80. Somit reichten Martinelli und Implenia Offerten ein, welche überschlagsmässig den Ein- gaben der E-Mails vom [...] bzw. [...] entsprechen.

Offertsumme per E-Mail (inkl. Eingereichte Offertsumme MWST) in CHF (inkl. MWST) in CHF<sup>86</sup>

Bezzola Denoth [...] [...]

Implenia [...] <sup>87</sup> [...]

Martinelli [...] [...]

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

B.5 Beweisergebnis 82. Nach dem Gesagten ist bewiesen, dass Bezzola Denoth, Martinelli und Implenia durch ihr Verhalten den übereinstimmenden Willen geäussert haben, ihre Angebote beim Projekt [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollten Martinelli und Implenia höhere Offerten einrei- chen als Bezzola Denoth. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu kon- kurrenzieren. Ebenso ist bewiesen, dass Martinelli und Implenia in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – jeweils eine Offerte einreichten, die über dem von Bezzola Denoth eingegebenen Preis lag. Der Zuschlag wurde der Bezzola Denoth erteilt.

85 Act. 4 (22-04uu). 86 Act. 4 (22-04uu). 87 Act. 30, pag. 3 (22-04uu/25-0037).

22-00038/COO.2101.111.3.247709 16 C Erwägungen

### C.1 Geltungsbereich

C.1.1 Persönlicher Geltungsbereich 83. Das Kartellgesetz (KG) gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten als auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Sämtliche Parteien erfüllen vorliegend die Merkmale privatrechtlicher Unternehmen, wo- mit das KG in persönlicher Hinsicht anwendbar ist.

C.1.2 Verfügungsadressatinnen 84. Wie das Bundesverwaltungsgericht festgehalten hat, können lediglich diejenigen natür- lichen oder juristischen Personen Adressatinnen einer wettbewerbsbehördlichen Verfügung sein, welche die Unternehmung betreiben bzw. deren Rechtsträgerinnen sie sind.<sup>88</sup> 85. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die Implenia über zahlreiche Standorte verfügt, so wie auch der im Zusammenhang mit dem [Bauprojekt 1] oftmals erwähnte Standort in [...]. Da dieser in der Form einer Gesellschaft nicht im Handelsregister eingetragen ist, ist lediglich die Implenia Schweiz AG und nicht etwa deren Standort in [...] als Verfügungsadres- satin zu betrachten. Somit bestehen vorliegend folgende Verfügungsadressatinnen:

■ Bezzola Denoth AG, Scuol

■ D. Martinelli AG, St. Moritz

## ■ Implenia Schweiz AG, Dietlikon

C.1.3 Sachlicher Geltungsbereich 86. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG). 87. Ob die Parteien eine Wettbewerbsabrede getroffen haben, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung noch im Einzelnen zu prüfen sein (vgl. dazu Rz 93 ff.). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und an dieser Stelle auf deren Wiedergabe verzichtet.

### C.1.4 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich

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

C.2 Vorbehaltene Vorschriften 89. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht

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

22-00038/COO.2101.111.3.247709 17 unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG). 90. Im hier zu beurteilenden Markt gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

C.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede 91. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). 92. Im Folgenden ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt (vgl. Rz 93 ff.). Ist dies zu bejahen, ist in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig ist (vgl. Rz 105 ff.).

C.3.1 Wettbewerbsabrede 93. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine formelle vertragliche Grundlage ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,<sup>89</sup> wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden<sup>90</sup>. 94. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor, wenn erstens ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und zweitens ein Bezwecken oder ein Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung durch die Abrede gegeben sind.<sup>91</sup> Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen.

C.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken 95. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen nach dem Gesagten Vereinbarungen und abgestimmte

Verhaltensweisen. 96. Beweismässig ist erstellt, dass Bezzola Denoth, Martinelli und Implenia den übereinstimmenden wirklichen Willen geäussert haben, ihre Angebote beim [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollten Martinelli und Implenia bei dieser Ausschreibung zu einem höheren Preis offerieren als Bezzola Denoth (Rz 60 ff.). 97. Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt. 98. Beizufügen ist, dass eine solche Angebotskoordination im Einklang mit der Rechtsprechung der Wettbewerbsbehörden als „Schutz“ verstanden werden kann. „Schutz“ bedeutet dabei, dass Unternehmen in Bezug auf ein Bauprojekt vor der Eingabe ihrer Offerten gemeinsam festlegen, welches Unternehmen unter ihnen den Zuschlag erhalten soll. Das dadurch begünstigte Unternehmen erhält bei der Bewerbung um das Projekt „Schutz“ von den anderen Unternehmen. Die Umsetzung der Schutzfestlegung erfolgt in der Regel dadurch, dass sich diejenigen Unternehmen, welche Schutz versprochen haben, dazu bereit erklären, Offerten

89 Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, Elektroinstallationsbetriebe Bern. 90 RPW 2013/4, 559 Rz 167, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 91 RPW 2009/3, 204 Rz 50, Elektroinstallationsbetriebe Bern.

22-00038/COO.2101.111.3.247709 18 mit höheren Eingabesummen, sogenannte Stützofferten, einzureichen oder bewusst auf eine Offerteingabe zu verzichten.<sup>92</sup> Auch im vorliegenden Fall lassen sich die Rollen der Beteiligten so zuordnen. Konkret war Bezzola Denoth die Rolle der Schutznehmerin zugeordnet, während Martinelli und Implenia diejenige der Schutzgeberinnen innehatten.

C.3.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung 99. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.<sup>93</sup> Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.<sup>94</sup> Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext verdeutlicht – alternativ voraus, nicht kumulativ.<sup>95</sup> 100. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen „die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“.<sup>96</sup> Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.<sup>97</sup> 101. Die vorliegende Abrede beinhaltete, die Angebote zwischen den Parteien in Bezug auf das [Bauprojekt 1] zu koordinieren (Rz 60 ff.). Ein solcher Abredeinhalt ist in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Darüber hinaus ist vorliegend – obwohl dies nicht notwendig ist – erwiesen, dass die Abredeteilnehmer mit ihrem Verhalten auch in subjektiver Hinsicht bezweckten, sich nicht zu konkurrenzieren (Rz 65 f.). Somit war die vorliegende Abrede nicht nur (objektiv) geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, sondern es bestand auch eine dahingehende Absicht der Abredeteilnehmer. 102. Damit liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor.

C.3.1.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen 103. Die drei Unternehmen waren auf derselben Marktstufe tätig und als solche Konkurrenten

hinsichtlich hinsichtlich der Vergabe des [Bauprojekt 1]. Die vorliegende Abrede ist somit hori- zontaler Natur.

C.3.1.4 Zwischenergebnis 104. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Parteien in Bezug auf das [Bauprojekt 1] durch ihr bewusstes und gewolltes Zusammenwirken eine Wettbewerbsabrede zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe gemäss Art. 4 Abs. 1 KG getroffen haben. Im Folgenden ist zu prüfen, ob diese Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig ist.

92 Zum Ganzen RPW 2012/2, 273 Rz 6, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; RPW 2013/4, 527 Rz 6, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich; RPW 2015/2 201 Rz 6, Tunnelreinigung. 93 RPW 2013/4, 560 Rz 178, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 94 Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, Gebro/WEKO. 95 Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, BMW. 96 RPW 2013/4, 560 Rz 180, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 97 Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, Gebro/WEKO.

22-00038/COO.2101.111.3.247709 19 C.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs 105. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen: a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen; b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen; c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

C.3.2.1 Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 3 KG 106. Gegenstand der vorliegenden Wettbewerbsabrede zwischen Bezzola Denoth, Martinelli und Implenia ist die Preisfestsetzung der Angebote und gleichzeitig die Steuerung der Zuschlagserteilung, womit eine Aufteilung des Auftrags und damit der Geschäftspartner unter den Abredeteilnehmenden erfolgt. Dabei handelt es sich um die beiden typischerweise, regel- mässig auch in Kombination, anzutreffenden Abredegegenstände von sogenannten Submis- sionsabsprachen. Solche Submissionsabsprachen sind sowohl unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a als auch Bst. c KG zu subsumieren.<sup>98</sup> 107. Die vorliegende Abrede fällt somit unter die Aufzählung in Art. 5 Abs. 3 KG. Damit greift die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs. Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich diese Vermutung widerlegen lässt.

C.3.2.2 Widerlegung der gesetzlich vermuteten Wettbewerbsbeseitigung 108. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzi- eller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) beste- hen bleibt. 109. Wird nicht nachgewiesen, dass trotz der Abrede wirksamer Wettbewerb besteht, greift die gesetzliche Vermutung und gestützt auf diese ist von einer Beseitigung des Wettbewerbs auszugehen. Insoweit wirkt sich eine diesbezügliche Beweislosigkeit zum Nachteil des betref- fenden Unternehmens aus, das insofern die objektive Beweislast trägt.<sup>99</sup> 110. Im Folgenden gilt es zu prüfen, ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseiti- gung im vorliegenden Fall widerlegt

werden kann. Um dies zu beurteilen, sind zunächst die sachlich und räumlich, womöglich auch die zeitlich relevanten Märkte für bestimmte Waren oder Dienstleistungen abzugrenzen, auf welchen sich die vorliegende Wettbewerbsabrede auswirkt. In einem zweiten Schritt ist alsdann zu prüfen, ob der auf den relevanten Märkten trotz des Vorliegens einer Wettbewerbsabrede noch verbleibende aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb wirksamen Wettbewerb herzustellen und damit die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag.

C.3.2.2.1 Relevanter Markt 111. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht aus- tauschbar sind.<sup>100</sup>

98 RPW 2013/4, 592 ff. Rz 820., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich m.w.H. 99 Siehe in diesem Sinne auch das Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 381 f. E. 9, Implanzia (Ticino) SA/WEKO. 100 BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.w.H. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), Publigroupe SA et al./WEKO.

22-00038/COO.2101.111.3.247709 20 112. Bei dieser Abgrenzung sind Sinn und Zweck der Marktabgrenzung zu berücksichtigen. Diese liegen weniger darin, eine allgemeingültige Marktdefinition für einen Wirtschaftsbereich zu schaffen, als vielmehr darin, die (ökonomischen) Wirkungen einer konkret untersuchten Wettbewerbsbeschränkung zu beurteilen.<sup>101</sup> Zudem ist die Bestimmung des relevanten Markts für die Höhe der Sanktion von Bedeutung (siehe unten Rz 140 ff.). Daraus folgt zwingend, dass die Marktabgrenzung davon abhängig ist, welche (mögliche) Wettbewerbsbeschränkung konkret untersucht wird.

(i) Marktgegenseite 113. Für sämtliche Aspekte der Marktabgrenzung kommt es auf die Sichtweise der Marktge- genseite an. „Marktgegenseite“ sind dabei die Abnehmer derjenigen Leistung, die Gegenstand der untersuchten (möglichen)

Wettbewerbsbeschränkung ist.<sup>102</sup> Untersuchen die Wettbe- werbsbehörden z. B. die Wirkungen einer Wettbewerbsabrede, so sind diejenigen Personen als Marktgegenseite zu betrachten, welche die Güter oder Dienstleistungen beziehen, auf die sich die Abrede bezieht. 114. Für den vorliegenden Fall war die Bauherrin, die [...], welche [Bauprojekt 1] nachgefragt hat, Marktgegenseite der Parteien. (ii) Sachlich und räumlich relevanter Markt

115. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituier- bar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU<sup>103</sup>, der hier analog anzuwenden ist).<sup>104</sup> 116. Die vorliegende Wettbewerbsabrede bezog sich auf das betreffende Hochbauobjekt. Die Bauherrin, die [...], bildet die Marktgegenseite. Sie fragt Hochbauleistungen nach ihren Wün- schen nach. 117. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sach- lichen Markt umfassenden Waren

oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).<sup>105</sup> 118. Das vorliegende Bauprojekt ist naturgemäss an den Ort der Ausführung gebunden, also in der vorliegenden Untersuchung an [...]. Im Bauwesen besteht ein gewisser Distanzschutz aufgrund der hohen Transportkosten. Mit zunehmender Distanz zwischen dem Ausführungsort und dem Werkhof einer Bauunternehmung steigen die Selbstkosten und somit sinkt auch die Rentabilität. 119. Aufgrund der Projektgrösse und den geographischen Gegebenheiten (Alpenpässe, Distanzen, fehlende Schnellstrassen) des Engadins ist davon auszugehen, dass in den meis- ten Fällen lokal tätige Bauunternehmen eine wirtschaftliche Offerte einreichen konnten. Tat- sächlich haben beim vorliegenden

Projekt Unternehmen aus dem Engadin sowie aus [...] eine Offerte eingereicht. Aus diesem

Grund bilden vorliegend das gesamte Engadin sowie dessen

101 Exemplarisch OECD, Market Definition, DAF/COMP(2012)19, S. 11; RAINER TRAUGOTT, Zur Abgrenzung von Märkten, WuW 1998, 929–939, 929; TILL STEINVORTH, Probleme der geografischen Markt- abgrenzung, WuW 10/2014, S. 924–937; vgl. auch ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2005, Rz 532; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 2 KG N 94; MARCEL MEINHARDT/ASTRID W ASER/JUDITH BISCHOF, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 10 KG N 40. 102 Vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 269, ADSL II; RETO HEIZMANN, Der Begriff

des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zürich 2005, Rz 281. 103 Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU;

SR 251.4). 104 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO.

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

22-00038/COO.2101.111.3.247709 21 angrenzende Gebiete, welche von [...] mit einer ähnlichen Fahrdistanz zu erreichen sind, den räumlich relevanten Markt.

C.3.2.2.2 Innenwettbewerb 120. Martinelli und Implenla hielten sich an die Abrede, indem sie beim [Bauprojekt 1] höhere Offerten einreichten als Bezzola Denoth (Rz 79 ff.). Somit bestand kein Innenwettbewerb.

C.3.2.2.3 Aussenwettbewerb 121. Nachfolgend ist zu beurteilen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert wurden, d.h., ob sie überhaupt über die Möglichkeit verfügten, die Preise zu erhöhen oder die Mengen zu reduzieren oder die Qualitäten zu senken oder die Innovation zu verzögern; kurz, ob sie volkswirtschaftliche oder soziale Schäden verursachen konnten. 122. Im vorliegend zu beurteilenden Projekt [Bauprojekt 1] wurden die entsprechenden Arbeiten durch eine private Bauherrschaft vergeben. Aussenwettbewerb (aktueller wie auch potenzieller) konnte damit ausschliesslich durch allfällige zur Offertabgabe eingeladene bzw. angefragte Bauunternehmen, die sich nicht gleichzeitig an der Abrede beteiligten, entstehen. Die Unternehmen, von welchen ein wirksamer Aussenwettbewerb ausgehen konnte, sind durch die offerierenden Unternehmen [keine Verfahrensparteien] identifiziert. Somit waren mit Bezzola Denoth, Martinelli und Implenla drei von [6–9] Unternehmen in die Abrede involviert, welche das Projekt hätten gewinnen können. 123. Die vorliegende Abrede war zwar erfolgreich, da das zu schützende Unternehmen Bezzola Denoth den Zuschlag wie vereinbart erhielt. Allerdings haben [2–5] von [6–9] Submittenten nicht an der Absprache teilgenommen. Es ist anzunehmen, dass von diesen Unternehmen ein gewisser Konkurrenzdruck ausging, zumal es sich bei [keine Verfahrenspartei] um einen grösseren Wettbewerber und bei [keine Verfahrenspartei] um ein im Unterengadin gelegenes Unternehmen handelte. Somit liegt bezüglich der vorliegend ausgeschriebenen Bauleistungen ausreichender Aussenwettbewerb vor, der die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt. 106 Zu prüfen ist im Folgenden, ob eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gegeben ist.

C.3.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs 124. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts, u.a. im Fall Gaba, ist das Kriterium der Erheblichkeit in Art. 5 Abs. 1 KG als Bagatellklausel zu verstehen. Schon ein geringes Mass ist ausreichend, um als erheblich qualifiziert zu werden.<sup>107</sup> Das Gericht stellte sodann klar, dass die Frage der Erheblichkeit bei Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich nur unter dem Gesichtspunkt qualitativer Elemente zu würdigen ist. In der Regel sind solche Wettbewerbsabreden bereits aufgrund ihres Gegenstandes erheblich.<sup>108</sup> Quantitative Aspekte sind hierbei nicht zu prüfen. Schliesslich ist nicht erforderlich, dass sich die betreffenden Abreden tatsächlich negativ auf den Wettbewerb ausgewirkt haben. Es genügt, dass sie den Wettbewerb potenziell beeinträchtigen können.<sup>109</sup> 125. Der vorliegenden Wettbewerbsabrede war ein nicht unbedeutendes Schädigungspotenzial immanent. Als horizontale Geschäftspartner- und Preisabrede (Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c

106 Vgl. dazu auch RPW 2013/4, 596 Rz 852 f., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 107 BGE 143 II 297, RPW 2017/2, 349 E. 5.1, GABA; bestätigt in Urteil des BGer 2C\_63/2016 vom

24.10.2017, E. 4.3.1, BMW. 108 Urteil des BGer 2C\_180/2014 vom 28.6.2016, RPW 2017/2, 350 E. 5.2, GABA.

109 Urteil des BGer 2C\_180/2014 vom 28.6.2016, RPW 2017/2, 353 E. 5.4.2, GABA.

22-00038/COO.2101.111.3.247709 22 KG; vgl. Rz 107) betraf sie zentrale Wettbewerbsparameter. Zudem wurde sie umgesetzt. Damit entfiel zwischen den Abredeteilnehmern jeglicher Innenwettbewerb. Schliesslich erhielt mit Bezzola Denoth dasjenige Unternehmen den Zuschlag, das von den Abredeteilnehmern hierfür vorgesehen war. 126. Die Bagatellschwelle ist – bezogen auf den relevanten Markt (Rz 111 ff hiervor) – bei weitem überschritten.

C.3.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen 127. Es liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede vor. Es ist daher zu prüfen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Laut Art. 5 Abs. 2 KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie: a) notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. 128.

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

C.3.5 Ergebnis 129. Im vorliegenden Fall lässt sich die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegen. Eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ist nicht ersichtlich. Diese erhebliche Abrede in Bezug auf das [Bauprojekt 1] ist gestützt auf Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG unzulässig.

## C.4 Massnahmen

### C.4.1 Anordnung von Massnahmen

130. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die

sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmten Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.<sup>110 131.</sup> Die Unternehmen Bezzola Denoth, Martinelli und Implemia werden unter Hinweis auf die gesetzlichen Folgen im Widerhandlungsfall (Art. 50 und 54 KG) dazu verpflichtet, Verhaltensweisen zu unterlassen, welche unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG darstellen.<sup>132.</sup> Insbesondere wird den genannten Unternehmen untersagt:

■ Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht auf eine Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten;

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

22-00038/COO.2101.111.3.247709 23 ■ sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen; davon ausgenommen ist der Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) sowie b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer.

133. Diese Anordnungen umschreiben die Verpflichtungen der Verfahrensparteien, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Zudem stehen sie in unmittelbarem Zusammenhang zur von ihnen begangenen unzulässigen Verhaltensweise und verhindern, dass es erneut zu derartigen Verhaltensweisen kommt. Sie sind verhältnismässig, zumal sie zur Erreichung des Ziels, die Wiederholung der festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern, geeignet sowie erforderlich und zumutbar sind. 134. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die genannten Massnahmen können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.<sup>111</sup>

C.4.2 Sanktionierung 135. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Art. 9 Abs. 3 KG ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

C.4.2.1 Voraussetzungen 136. Die drei Unternehmen erfüllen vorliegend den Unternehmensbegriff nach Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG und haben durch den Verstoss gegen Art. 5 Abs. 3 KG eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG begangen. 137. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen handelten und die kartellrechtswidrige Submissionsabsprache trafen, taten dies vorsätzlich oder nahmen deren wettbewerbsbeseitigende Wirkung zumindest in Kauf, handelten diesbezüglich also zumindest eventualvorsätzlich. Sodann ist festzuhalten, dass die

handelnden natürlichen Personen für die jeweiligen Unternehmen zeichnungsberechtigt waren und jeweils mindestens dem mittleren oder oberen Kader bzw. der Geschäftsleitung, angehörten. Ihr Vorsatz bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen.

#### C.4.2.2 Bemessung

C.4.2.2.1 Konkrete Sanktionsbemessung 138. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt demnach die höchstmögliche Sanktion

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

22-00038/COO.2101.111.3.247709 24 dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist. 139. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit<sup>112</sup> und der Gleichbehandlung begrenzt wird.<sup>113</sup> Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall, wobei die Geldbusse für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.<sup>114</sup>

a) Basisbetrag 140. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.). 141. Das an der Submissionsabrede beteiligte Unternehmen Bezzola Denoth erzielte bei der vorliegenden abgesprochenen Submission einen Umsatz in der Höhe von CHF [...] exkl. MWST (Rz 49). 142. Hingegen erzielten Martinelli und Implenia keinen Umsatz, da ihnen die Rolle der Schutzgeber zugeordnet war. Art. 49a Abs. 1 KG sieht eine Sanktionierung von Unternehmen vor, welche sich an einer Abrede beteiligt haben. Das Entfallen der Belastung ist auf Gesetzesstufe nur aus den in Art. 49a Abs. 3 KG abschliessend aufgeführten Gründen vorgesehen. Eine rein auf der Basis des eigenen Umsatzes zu bemessende Sanktion würde bei Abredeteiligen, deren Schutznahme erfolglos blieb oder die durch eine Stützofferte den designierten Zuschlagsempfänger schützen sollten, aufgrund fehlenden Umsatzes zu einer Nicht-Sanktionierung führen, die in Art. 49a KG nicht vorgesehen ist. Dieses Ergebnis entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Regelung von Art. 3 SVKG und kann vom Verordnungsgeber nicht gewollt gewesen sein. Kartellrechtliche Sanktionen dienen nicht nur der Abschöpfung der Kartellrente, sondern weisen auch pönalen Charakter auf und sollen die Präventivwirkung des Kartellrechts verstärken. Dieser ratio legis der kartellrechtlichen Sanktionsvorschriften liefe es zuwider, wenn „schutzgebende“ Unternehmen straffrei ausgehen würden. Namentlich ist auch den Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung nicht zu entnehmen, dass bei einer solchen

Sach- lage auf eine Sanktionierung zu verzichten ist. Insofern ergibt die Auslegung von Art. 3 SVKG, dass sich deren Konkretisierung der Sanktionsbemessung auf Fälle beschränkt, in denen ein Unternehmen tatsächlich einen Umsatz im relevanten Markt erzielt hat. Sofern ein Unterneh- men im relevanten Markt keinen Umsatz erwirtschaftet hat, ist für dieses das in Art. 3 SVKG vorgesehene Kriterium des tatsächlichen Umsatzes nicht zu berücksichtigen, um die Höhe der in Art. 49a KG vorgesehenen Sanktion festzulegen. 143. Vor diesem Hintergrund ist vorliegend – unter Berücksichtigung der vom Gesetz- und Verordnungsgeber in Art. 49a KG und Art. 3 SVKG getroffenen Wertungen – ein Basisbetrag zu bestimmen, der einerseits den von der Submissionsabrede betroffenen Umsatz einbezieht und andererseits die Schwere und Art des Verstosses berücksichtigt. 144. Vorliegend wurde, wie oben dargelegt, beim strittigen Bauprojekt durch Bezzola Denoth ein Umsatz erzielt. Daher wird als Basisumsatz für die drei abredebeteiligten Unternehmen die Offertsumme von Bezzola Denoth exklusive Mehrwertsteuer in der Höhe von CHF [...] heran- gezogen (vgl. Rz 249). Denn dieser Betrag reflektiert letztlich die wirtschaftliche Bedeutung

112 Art. 2 Abs. 2 SVKG. 113 RPW 2006/4, 661 Rz 236, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking. 114 RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, Elektroinstallationsbetriebe Bern.

22-00038/COO.2101.111.3.247709 25 der fraglichen Submission und damit des entsprechenden Marktes und gibt dadurch Auf- schluss über die Tragweite und das Schädigungspotenzial des Kartellrechtsverstosses. Kon- kret ergibt sich daraus für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...]. 145. Die Schwere der Zuwiderhandlung ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevan- ten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer massgeblich auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. Zweifellos stellen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG, welche den Wettbe- werb beseitigen, – als sogenannte harte horizontale Kartelle – in aller Regel schwere Kartell- rechtsverstösse dar. Unter anderem sind horizontale Abreden, welche den Preiswettbewerb ausschalten, wegen des grossen ihnen immanenten Gefährdungspotenzials grundsätzlich im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h. zwischen 7 und 10 %, einzuordnen. Dar- über hinaus ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, wel- che gleichzeitig mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 KG erfüllen, schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen. 146. Bezzola Denoth als Schutznehmerin sowie Martinelli und Implenia als schützende Un- ternehmen beteiligten sich an Abreden, welche den Preis sowie auch die Aufteilung von Ge- schäftspartnern zum Gegenstand haben. Sämtliche Unternehmen handelten dabei vorsätz- lich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotenzial von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend sind zudem gleichzeitig mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen. Schliesslich ist zu beachten, dass die vorliegende Submissionsab- rede den wirksamen Wettbewerb nicht beseitigt hat, sondern den Wettbewerb erheblich be- einträchtigt hat. 147.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.