

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

WEKO, 2017-10-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko\\_Hoch-\\_und\\_Tiefbauleistungen\\_Engadin\\_VII](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_Hoch-_und_Tiefbauleistungen_Engadin_VII)

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

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

## **Erwägungen**

### **E. 28**

Act. 70 (22-0464).

### **E. 29**

Act. 76 (22-0464).

### **E. 30**

Act. 78 und 80 (22-0464).

### **E. 31**

Act. 79 (22-0464).

### **E. 32**

Vgl. Protokoll der Anhörung Act. 89 (22-0464).

### **E. 33**

Vgl. Beilagen 1 bis 6 des Anhörungsprotokolls, Act. 89 (22-0464).

### **E. 34**

Act. 62 (22-0464).

### **E. 35**

Act. 84 (22-0464).

### **E. 36**

Act. 88 (22-0464).

### **E. 37**

Act. 90 (22-0464).

### **E. 38**

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

### **E. 39**

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

### **E. 40**

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

22-00039/COO.2101.111.3.283720 6 möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann. Es muss sich um erhebliche und unüberwindliche Zweifel handeln, d.h. um solche, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen.<sup>41</sup> Hinsichtlich bestimmter Tatsachen, namentlich komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte, sind im Einklang mit der Rechtsprechung keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen. Vielmehr schliesst die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, eine strikte Beweisführung regelmässig aus.<sup>42</sup> Diesen Grundsätzen ist im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen zum Sachverhalt Rechnung zu tragen.

B.1.2 Verwertbarkeit der Aussagen von Martinelli vom 30. Oktober 2015 29. In ihrer Stellungnahme vom 13. Juni 2017 bringt Martinelli vor, dass die Wettbewerbsbehörden im Zusammenhang mit der Einvernahme von [Mitarbeiter C], [Funktion bei] Martinelli, ihre Verfahrensrechte verletzt haben. Konkret führt sie aus, dass [Mitarbeiter C] berechtigterweise davon ausgegangen sei, dass er als „Zeuge“ aussagen werde. Es sei ihm zu diesem Zeitpunkt nicht bewusst gewesen, dass die Aussagen, die er gemacht habe, gegen Martinelli verwendet werden könnten. Darauf hätte er hingewiesen werden müssen. Über das vorgeworfene Verhalten habe Martinelli erst an der Einvernahme vom 30. Oktober 2015 Kenntnis erhalten. Verfahrensrechtlich verstosse dies gegen das Recht, über eine Beteiligung in einem Verfahren in Kenntnis gesetzt zu werden und genügend Zeit zur Vorbereitung der Verteidigung zu erhalten. Die Aussagen von [Mitarbeiter C] vom 30. Oktober 2015 seien unzulässig erlangte Beweise und dürften im vorliegenden Verfahren nicht verwertet werden.<sup>43</sup> 30. Weder das Kartellgesetz noch das VwVG kennt eine Bestimmung zu den Beweisverwertungsverboten. Wann im Rahmen von Einvernahmen erhobene Beweismittel nicht verwertet werden dürfen, ist daher anhand der verfassungs- und völkerrechtlichen Prinzipien, allgemeiner Rechtsgrundsätze und allenfalls durch Analogien zu anderen Rechtsgebieten zu beurteilen. Damit ein Beweisverwertungsverbot überhaupt zur Diskussion stehen kann, ist allerdings vorausgesetzt, dass die Behörde die fraglichen Beweismittel rechtswidrig erlangt hat.<sup>44</sup> Hat die Behörde bei der Erhebung rechtskonform gehandelt, das heisst sämtliche Normen der Rechtsordnung beachtet, scheidet das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbots zum Vornherein aus. Im Folgenden ist daher zu beurteilen, ob die Wettbewerbsbehörden im Zusammenhang mit der fraglichen Einvernahme vom 30. Oktober 2015 gegen Rechtsnormen verstossen haben.<sup>45</sup> Solche Rechtsnormen können im Gesetz oder im Verfassungs- und Völkerrecht verankert sein. 31. Mit Schreiben vom 18. September 2015 lud die Behörde [Mitarbeiter C] im vorliegenden Verfahren vor, für Martinelli auszusagen.<sup>46</sup> Nach Hinweisen zur Verfahrensgeschichte und zum Verfahrensgegenstand wies sie darauf hin, dass die Untersuchung nicht gegen Martinelli eröffnet worden sei. Es könne jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass das Verfahren gegen Martinelli auszudehnen sei. Im Rahmen der Untersuchungsermittlungen führe das Sekretariat daher eine Einvernahme mit Martinelli als allfällig von der Untersuchung betroffene Unternehmung durch. Weiter orientierte die Behörde Martinelli über ihr Recht, eine

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

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

#### **E. 42**

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. 43**

Act. 56, Rz 67 ff. (22-0464).

#### **E. 44**

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

#### **E. 45**

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.

#### **E. 46**

Act. I.351 (22-0433).

22-00039/COO.2101.111.3.283720 7 Rechtsvertreterin oder einen Rechtsvertreter beizuziehen. Auf den Gegenstand der Einvernahme wies die Behörde wie folgt hin: „Gegenstand der Einvernahme werden mögliche Wettbewerbsverstösse in der Baubranche im Engadin bilden, insbesondere im Zusammenhang mit dem [Bauprojekt 1] in [...] aus dem Jahr [...].“ 32. Anlässlich der Einvernahme vom 30. Oktober 2015<sup>47</sup> wiederholte das Sekretariat einleitend diese Hinweise zur Stellung von Martinelli im Verfahren, zu deren Recht auf Rechtsbeistand sowie zum Gegenstand der Einvernahme. Zudem belehrte es [Mitarbeiter C] wie folgt über sein Aussageverweigerungsrecht: „Sie sind nicht verpflichtet, Aussagen zu machen. Sie haben das Recht, die Aussage ohne Begründung generell oder mit Bezug auf einzelne Fragen zu verweigern. Wenn Sie Aussagen machen, werden diese protokolliert und können als Beweismittel verwendet werden.“ 33. Bei dieser Sachlage ist nicht ersichtlich, inwiefern die Behörde im Zusammenhang mit der strittigen Einvernahme Rechtsvorschriften verletzt haben soll. Insbesondere stellte sie eine ordnungsgemässe Vorladung aus, orientierte die befragte Person über den konkreten Befragungsgegenstand und belehrte sie über ihre Rechte, insbesondere betreffend das Aussageverweigerungsrecht (vgl. nemo-tenetur-Grundsatz). Hierzu ist beizufügen, dass das Verfahren zum damaligen Zeitpunkt noch nicht gegen Martinelli ausgedehnt worden war, aber dies zum Zeitpunkt der Einvernahme nicht ausgeschlossen werden konnte. Dies teilte die Behörde Martinelli sowohl in der Vorladung als auch anlässlich der Einvernahme explizit mit. Aufgrund ihrer Stellung im Verfahren gewährte die Behörde Martinelli sämtliche Rechte, die auch einer Partei zugestanden hätten (analog der Stellung einer Auskunftsperson im Strafverfahren; vgl. Art. 178 ff. StPO). 34. Damit handelte die Behörde im Zusammenhang mit der strittigen Einvernahme im Einklang mit sämtlichen Rechtsnormen. Rechtskonform erlangte Beweismittel können zum Vorneherein nicht mit einem Beweisverwertungsverbot belegt sein. Die Aussagen von [Mitarbeiter C] vom 30. Oktober 2015 dürfen im vorliegenden Verfahren verwendet werden. 35. Im Folgenden werden zunächst das Beweisthema und die in Bezug auf die vorgeworfene Verhaltensweise

vorhandenen Beweismittel beschrieben. Anschliessend wird die konkrete Beweislage anhand dieser Beweismittel gewürdigt, bevor schliesslich das Beweisergebnis festgehalten wird.

B.2 Beweisthema 36. Im Folgenden ist in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob zwischen Bezzola Denoth, Martinelli und Hartmann übereinstimmende wirkliche Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bezüglich des [Bauprojekt 1] aus dem Jahr [...] zu koordinieren (Vorliegen eines natürlichen Konsenses). Ist dies zu bejahen, sind folgende Sachverhaltsfragen zu prüfen:

■ welchen Zweck Bezzola Denoth, Martinelli und Hartmann mit der Angebotskoordination verfolgten (Rz 71);

■ welche Rollen die einzelnen Unternehmen im Zusammenhang mit der Angebotskoordination ausübten (Rz 74 ff.);

■ ob sich Bezzola Denoth, Martinelli und Hartmann tatsächlich entsprechend ihrem Konsens über die Angebotskoordination verhielten und welche Auswirkungen dieses Verhalten ggf. zur Folge hatte (Rz 83 ff.).

#### **E. 47**

Act. IV.028 (22-0433).

22-00039/COO.2101.111.3.283720 8 B.3 Beweismittel 37. Zur Beurteilung der vorgeworfenen Verhaltensweise stützt sich die Behörde auf folgende Beweismittel:

##### **B.3.1 Urkunden**

E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A] an [Mitarbeiter C] 38. Es liegt eine E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth an [Mitarbeiter C], Martinelli mit dem Betreff „[Bauprojekt 1]“ mit dem folgenden Inhalt vor:48 „Hallo [Vorname Mitarbeiter C]. Im Anhang die entsprechenden SIA Dateien. [...] sollte falls alles i.o. ist eine Summe von Fr. [...] netto inkl. MwSt. ergeben. [Bauprojekt 1] eine Summe von Fr. [...] netto inkl. MwSt. Du bist mit dieser Eingabe ca. 3.5% über unserem Preis. Danke für deine Bemühungen. Freu mich jedes Mal etwas von Dir zu hören. Kurze Gedanken an [...]. [Vorname Mitarbeiter A]“

E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A] an [sekretariat@hartmann-bau.ch] 39. Es liegt eine E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth an Sekretariat der Hartmann mit dem Betreff „[Bauprojekt 1]“ mit dem folgenden Inhalt vor:49

„Im Anhang gemäß Absprache mit [Mitarbeiter E] die entsprechende SIA. Eingabe Netto inkl. MwSt. Fr. [...] Mit freundlichen Grüßen [Mitarbeiter A]“

E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A] an [Mitarbeiter des Unternehmens Q] 40. Es liegt eine E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A] an [Mitarbeiter des Unternehmens Q] mit dem Betreff „[Bauprojekt 1]“ mit dem folgenden Inhalt vor:50 „Hallo [Vorname Mitarbeiter des Unternehmens Q]. Im Anhang wie besprochen das entsprechende Dokument als PDF. Ihr könnt die Offerte genau dementsprechend eingeben. Alle Preise angepasst und differenziert. Mit dieser Eingabe seid ihr bereits ca. 1.5 % unter unserer Eingabe....also bitte keine zusätzlichen Abgebote..... Herzlichen Dank für eure Bemühungen. Hat mich gefreut mal gemeinsam mit euch an einem Tisch zu sitzen und wesentliches und auch weniger wichtiges zu besprechen.

#### **E. 48**

Act. IX.C.035, pag. 36 (25-0039).

#### **E. 49**

Act. III.D.096; Act. IX.C.035, pag. 37 (25-0039).

#### **E. 50**

[Architekt X], der verantwortliche Architekt, sagte aus, dass ihm nicht bekannt sei, dass er die Hartmann um eine „Richtofferte“ angefragt habe. Auch habe er keine Kenntnis davon, 58 Act. IV.028, Zeilen 156-175. 59 Act. 87; Zeilen 29 ff. (22-0464). 60 Act. 89, Zeilen 35 ff. (22-0464). 61 Act. 89, Zeilen 102 ff. (22-0464). 62 Act. 89, Zeilen 110 ff. (22-0464).

22-00039/COO.2101.111.3.283720 11 dass die Hartmann ihm gesagt hätte, dass sie kein Interesse an diesem Bauobjekt im Unteren- gadin gehabt habe, ausser, sie hätte es seinem Sohn gesagt. Sein Sohn sei [...] ebenfalls im Architekturbüro tätig gewesen. In der Phase des Kostenvoranschlags könne der Architekt eine „Richtofferte“ verlangen, d.h. eine unverbindliche Offerte. Die Phase des Kostenvoranschlags wäre aber sicher ein halbes Jahr vor der Ausschreibung gewesen. Wenn die Hartmann bei diesem Projekt von sich aus als „Richtofferte“ eingegeben habe, wäre dies deren Problem gewesen. Bei diesem Projekt seien alle Unternehmen im Untere ngadin (mit Ausnahme der Firma [...]) eingeladen worden. Aufgrund der Termine seien nur Grossunternehmen in der Lage gewesen, dieses Projekt auszuführen.<sup>63</sup> 51. Gemäss den von [Architekt X] per E-Mail am 16. März 2016 nachgelieferten Informatio- nen<sup>64</sup> hätten die fünf folgenden Unternehmen eine Offerte eingereicht (vgl. den entsprechen- den Offertvergleich der Bauleitung betreffend [Bauprojekt 1]):

Eingereichte Offertsumme (inkl. MWST) in CHF<sup>65</sup>

Bezzola Denoth, Scuol [...] [Keine Verfahr enspar tei] [...]

[Unternehmen Q] [...]

Hartmann Nicol., St. Moritz [...] Martinelli, St. Moritz [...]

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

Auskunft von [Architekt Z] vom 28. Juli 2017

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

Auskünfte der Bauleitung vom 21. und 22. August 2017

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

Auskunft der Bauherrschaft vom 22. August 2017

63 Act. 17, Zeilen 81–82 (22-0464). 64 Act. 18 (22-0464). 65 Act. 18 (22-0464). 66 Act. 83 (22-0464). 67 Act. 81 und 82 (22-0464).

22-00039/COO.2101.111.3.283720 12 55. Die Wettbewerbsbehörden ersuchten schliesslich die [...], Bauherrin des vorliegenden Projekts, um schriftliche Auskunft bezüglich des Vorbringens von Hartmann. Auf die Frage, ob alle Offerten gemäss Offertvergleich ernst gemeinte Offerten waren, antwortete sie, dass dies – soweit sie sich erinnere – auf alle Unternehmen ausser Hartmann zutrefte. Sie sei sich zwar nicht mehr sicher, nehme aber an, dass Hartmann eine unverbindliche Offerte eingereicht habe. Diese Information sei ihr vermutlich vom Architekten mitgeteilt worden.<sup>68</sup>

#### B.4 Beweiswürdigung

B.4.1 Konsens 56. Im Folgenden ist zu beurteilen, welche Schlüsse aus den erhobenen Beweismitteln im Hinblick auf einen allfälligen Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen zu ziehen sind. Dabei ist das Verhältnis zwischen Bezzola Denoth und Martinelli sowie dasjenige zwischen Bezzola Denoth und Hartmann separat zu beleuchten.

B.4.1.1 Konsens zwischen Bezzola Denoth und Martinelli 57. Vorliegend ist nicht strittig, dass Bezzola Denoth Martinelli mit E-Mail vom [...] eine Offerte im Zusammenhang mit dem [Bauprojekt 1] zukommen liess. Beide beteiligten Unternehmen stellten nicht in Abrede, dass die betreffende E-Mail samt Anhang verschickt worden ist und von ihrem bestimmungsgemässen Adressaten, Martinelli, empfangen worden ist. Ebenso wenig ist strittig, dass es sich bei der Offerte, die Bezzola Denoth Martinelli zusandte, um eine vorkalkulierte Offerte handelte und dass die darin berechnete Eingabesumme von CHF [...] (inkl. MWST) ein höheres Angebot ergab als dasjenige, welches Bezzola Denoth der Bauherrschaft unterbreitete (CHF [...]). Schliesslich ist nicht strittig, dass Martinelli in Bezug auf das [Bauprojekt 1] tatsächlich eine Offerte einreichte. Den Preis von CHF [...], den sie der Bauherrschaft offerierte, wich nur marginal von der Eingabesumme ab, welche Bezzola Denoth für sie gemäss E-Mail vom [...] vorkalkuliert hatte. All diese Elemente sind aufgrund der erhobenen Beweismittel, insbesondere der E-Mail vom [...] (vgl. Rz 38), den Angaben des Architekten zu den eingereichten Offerten (vgl. Rz 51) sowie der Aussagen der beteiligten Personen, erwiesen. 58. Streitig ist dagegen, ob zwischen Bezzola Denoth und Martinelli übereinstimmende Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote zu koordinieren. Hierbei handelt es sich um eine Tatfrage, die durch subjektive Auslegung des Verhaltens der Beteiligten zu beantworten ist.<sup>69</sup> Der wirkliche Wille der Parteien ist eine innere Tatsache, die dem direkten Beweis nicht zugänglich ist, sondern in der Regel lediglich anhand von indirekten Beweismitteln ermittelt werden kann (Indizienbeweis).<sup>70</sup> Vorliegend bestand keine schriftliche Vereinbarung zwischen Bezzola Denoth und Martinelli, welche ihr Eingabeverhalten im Zusammenhang mit dem [Bauprojekt 1] regelte. Zu prüfen ist, ob ein solcher Konsens mündlich oder konkludent zustande gekommen war. 59. Zumindest Martinelli bestreitet, dass zwischen Bezzola Denoth und ihr ein Konsens darüber zustande gekommen ist, ihre Angebote betreffend das [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret behauptet sie in ihrer Stellungnahme vom 13. Juni 2017, dass ihr Bezzola Denoth die Offerte mit E-Mail vom [...] nur deshalb geschickt habe, um ihr die Abgabe einer Offerte zu ermöglichen. 60. Diese Vorbringen von Martinelli überzeugen nicht. Dabei ist Folgendes zu beachten:

■ Mit E-Mail vom [...] liess Bezzola Denoth Martinelli eine vorkalkulierte Offerte zukommen, die über ihrer eigenen Eingabesumme lag. Im Begleittext schrieb [Mitarbeiter A] 68 Act. 83 (22-0464). 69 Statt vieler BGE 133 II 675 E. 3.3; BGE 131 II 467 E. 1.1; BGE 126 II 171 E. 4c/bb. 70 Vgl. etwa Urteil des BGer 4A\_264/2014 vom 17.10.2014, E. 3.2. 22-00039/COO.2101.111.3.283720 13 wörtlich: „Du bist mit dieser Eingabe ca. 3.5% über unserem Preis.“. Dieser Kommunikation ist zu entnehmen, dass Bezzola Denoth eine preisliche Koordinierung der Angebote anstrebte. Wäre es für sie nicht von Bedeutung gewesen, welchen Preis Martinelli der Bauherrschaft offerieren würde, hätte sie auf diesen Hinweis verzichtet. Nicht zu folgen ist in diesem Kontext der Behauptung von Martinelli, dass Bezzola Denoth ihr lediglich die Abgabe einer Offerte ermöglichen wollte. Hierzu hätte sie Martinelli weder eine vorkalkulierte Offerte mit sämtlichen Eingabepositionen zustellen noch einen Hinweis zur Höhe des eigenen Angebots anbringen müssen. Vielmehr hätte sie Martinelli lediglich einen Leistungsbeschrieb (Devisierung, Deviation) zukommen lassen können. In dem sich Martinelli auf die Kommunikation mit Bezzola Denoth einliess sowie deren vorkalkulierte Offerte im Wesentlichen für ihr Angebot übernahm – die Abweichung ist angesichts des hohen Projektvolumens marginal – stimmte sie der von Bezzola Denoth angestrebten Angebotskoordination zumindest durch konkludentes Verhalten zu.

■ Im Kontext von Submissionen läuft es den üblichen Abläufen und Verhaltensweisen zuwider, wenn ein Unternehmen einer (potenziellen) Konkurrentin im Vorfeld der Eingabe ihren Angebotspreis offenlegt, namentlich wenn es sich unabhängig von der Konkurrentin verhalten will. Damit deckt es seine Absichten zum künftigen Eingabeverhalten auf und riskiert, von der Konkurrentin in der Ausschreibung unterboten zu werden. Dass Bezzola Denoth vorliegend Martinelli vor Ablauf der Eingabefrist in der E-Mail vom [...] eine Angabe zu ihrer Eingabesumme kommuniziert hat, ist mit typischem Verhalten in (tatsächlichen oder potenziellen) Konkurrenzverhältnissen nicht vereinbar; dies umso mehr, als Bezzola Denoth Interesse an der Ausführung des Bauprojekts hatte. Vielmehr lässt sich ein solches Verhalten nur durch den gemeinsamen Willen zur Koordination der Angebote erklären.

■ Schliesslich räumte Bezzola Denoth ein, dass es zwischen Martinelli und ihr beim strittigen Bauprojekt tatsächlich zu einer Angebotskoordination gekommen sei. [...]. Auch die Aussagen von Martinelli an der Einvernahme vom 30. Oktober 2015 (vgl. Rz 46 hiervor) zielen in diese Richtung. 61. Vor diesem Hintergrund ist erstellt, dass Bezzola Denoth und Martinelli den übereinstimmenden Willen äusserten, ihre Angebote bei der Ausschreibung [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollte Martinelli bei dieser Ausschreibung höher eingeben als Bezzola Denoth. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

B.4.1.2 Konsens zwischen Bezzola Denoth und Hartmann 62. Weiter ist zu prüfen, ob zwischen Bezzola Denoth und Hartmann in Bezug auf das [Bauprojekt 1] ebenfalls ein Konsens über eine Angebotskoordination zustande gekommen ist. In diesem Zusammenhang macht Hartmann geltend, dass sie an der strittigen Ausschreibung nicht als Anbieterin von Bauleistungen teilgenommen habe, sondern mit dem [Architekt Z] mündlich vereinbart habe, lediglich eine unverbindliche „Richtofferte“ einzureichen. Ein bewusstes Zusammenwirken mit Bezzola Denoth habe nicht vorgelegen. 63. Im Folgenden ist vorab zu klären, welche Rolle Hartmann bei der strittigen Ausschreibung einnahm. Dabei sind zunächst die erhobenen Urkunden zu würdigen. Mit E-Mail vom [...] (vgl. Rz 39) liess

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

71 Act. 87, Zeilen 138 ff. (22-0464).

22-00039/COO.2101.111.3.283720 14 dass das Angebot von Hartmann als „Richtofferte“ zu verstehen und daher unverbindlich gewesen sei. Vielmehr fand ihr Angebot wie alle übrigen Angebote – welche unbestrittenermassen verbindlich waren – Eingang in die Offertübersicht der Bauleitung. 64. Dennoch lassen die erhobenen Urkunden keinen eindeutigen Schluss zu, ob Hartmann an der Ausschreibung – wie von ihr behauptet – tatsächlich nur als richtoffertstellendes Unternehmen und nicht als Anbieterin von Bauleistungen teilnahm. Zur Klärung dieser Tatfrage sind daher die Aussagen und Auskünfte der befragten Personen in die Beweiswürdigung einzubeziehen. Diese ergeben folgendes Bild:

■ [Architekt Z] bestätigte, dass Hartmann für das vorliegende Projekt sowohl im [...] (betreffend [...]) als auch im [...] (betreffend [...]) eine „Richtofferte“ eingereicht habe. Es habe eine mündliche Abmachung mit [Mitarbeiter D] von Hartmann bestanden.<sup>72</sup> In die gleiche Richtung zielen die Angaben der Bauherrschaft, die [...] (vgl. Rz 55).

■ Dagegen hatte Bezzola Denoth, mit welcher der strittige Informationsaustausch erfolgte, nach eigenen Angaben keine Kenntnis davon, dass Hartmann bloss eine „Richtofferte“ einreichen würde. Gleiches gilt für [Architekt X], Vater von [Architekt Z] und ebenfalls Architekt (vgl. Rz 46 hiervor), sowie für die Bauleitung (vgl. Rz 54 hiervor). 65. Weshalb Hartmann Bezzola Denoth, den [Architekt X] und die Bauleitung nicht darüber informierte, dass ihr Angebot als unverbindliche „Richtofferte“ zu verstehen sei, etwa durch entsprechende Klarstellung in ihrem Angebot oder Begleitschreiben, wirft Fragen an ihrer Sachverhaltsschilderung auf. Immerhin handelte es sich hierbei um Beteiligte, die im Zusammenhang mit der Vergabe des [Bauprojekts 1] eine wesentliche Rolle wahrnahmen. 66. Letztlich kann dies aber offen gelassen werden. Die Behörde darf eine Tatsache nur dann als erwiesen erachten, wenn sie an deren Vorhandensein keine vernünftigen Zweifel hat. Vorliegend lassen die im Wesentlichen übereinstimmenden Angaben von [Architekt Z] und der Bauherrschaft konkrete und unüberwindbare Zweifel aufkommen, dass Hartmann an der strittigen Ausschreibung tatsächlich als Anbieterin von Bauleistungen teilgenommen hat. Bei einer solchen Beweislage ist auf die für das beschuldigte Unternehmen günstigere Sachverhaltsversion abzustellen (Grundsatz in dubio pro reo). Im Ergebnis ist daher zugunsten der Parteien anzunehmen, dass Hartmann der Bauherrschaft mitteilte, dass sie kein verbindliches Angebot einreichen werde, sondern bloss eine unverbindliche „Richtofferte“. Diese Mitteilung erfolgte im konkreten Fall wohl indirekt, nämlich über den [Architekt Z]. Dadurch verzichtete Hartmann, bei der Ausschreibung als Anbieterin der nachgefragten Bauleistungen teilzunehmen. 67. Ebenfalls zugunsten der Parteien ist zu folgern, dass dieser Angebotsverzicht von Hartmann nicht auf einen Kontakt mit Bezzola Denoth zurückzuführen ist. Massgebend ist dabei, dass die mündliche

Abmachung zwischen dem [Architekt Z] und Hartmann betreffend „Richtofferte“ von [Mitarbeiter D] veranlasst wurde, während der Kontakt mit Bezzola Denoth seitens Hartmann durch [Mitarbeiter E] erfolgte. [Mitarbeiter D] gab an, dass er bei Hartmann zunächst intern für die Betreuung des [Bauprojekts 1] zuständig gewesen sei. Da er aber noch vor Einreichung der „Richtofferte“ ferienabwesend gewesen sei, habe er das Dossier an [Mitarbeiter E] übergeben. Aus diesem Grund ist in zeitlicher Hinsicht anzunehmen, dass die mündliche Abmachung zwischen [Mitarbeiter D] und [Architekt Z] betreffend „Richtofferte“ getroffen worden ist, bevor der Kontakt zwischen Bezzola Denoth ([Mitarbeiter A]) und Hartmann ([Mitarbeiter E]) stattfand. 68. Vor diesem Hintergrund lässt sich nicht beweisen, dass zwischen Bezzola Denoth und Hartmann tatsächlich übereinstimmende Willenserklärungen vorlagen, ihre Angebote bei der Ausschreibung [Bauprojekt 1] als verbindliche Angebote zu koordinieren. Zwar war das Verhalten von Bezzola Denoth ihrerseits durchaus darauf gerichtet, mit Hartmann einen solchen Konsens zu erzielen. Diese hatte jedoch – unabhängig von der Kommunikation mit Bezzola Denoth – nicht den Willen, der Bauherrschaft ein verbindliches Angebot zu unterbreiten. Eine 72 Act. 83 (22-0464).

22-00039/COO.2101.111.3.283720 15 Einigung im Sinne von tatsächlich übereinstimmenden Willenserklärungen konnte zwischen ihnen daher unter diesem Gesichtspunkt nicht zustande gekommen sein. 69. Allerdings lässt dieses Beweisergebnis nicht den Schluss zu, dass zwischen Bezzola Denoth und Hartmann in gar keiner Hinsicht ein Konsens vorlag. Immerhin liess sich Hartmann auf den Kontakt mit Bezzola Denoth ein und erhob keine Einwände, dass diese ihr eine vor-kalkulierte Offerte zustellte. Die Behauptung von Hartmann in diesem Zusammenhang, dass ihr Bezzola Denoth die E-Mail vom [...] (vgl. Rz 39) unaufgefordert geschickt habe, ist unglaubhaft. Im E-Mailtext bezog sich Bezzola Denoth explizit auf eine vorgängige „Absprache“ mit [Mitarbeiter E], Hartmann. Sodann wäre es nicht nachvollziehbar, wenn ein Unternehmen eine (potenzielle) Konkurrentin bei der Ausarbeitung einer („Richt“-)Offerte unterstützen würde, wenn es bei der Konkurrentin nicht die Bereitschaft, sich einvernehmlich zu verhalten, erkennen würde. Dabei ist auch die Interessenlage der Beteiligten zu berücksichtigen. Bezzola Denoth hatte Interesse an der Ausführung des Bauprojektes. Sie hätte die Mühe, eine Offerte für Hartmann zu kalkulieren, nicht auf sich genommen, wenn sie damit hätte rechnen müssen, dass Hartmann anschliessend ihren Interessen zuwiderlaufen würde, etwa durch ein tieferes Angebot oder eine tiefere „Richtofferte“, welche den Zuschlag bzw. den Zuschlagspreis von Bezzola Denoth gefährden würde. Dies ist im Übrigen auch den Aussagen von [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth, zu entnehmen. Für ihn war aufgrund des Kontakts mit [Mitarbeiter E] klar, dass diese kein Interesse am fraglichen Bauprojekt hatte und nichts unternehmen würde, was ihre Interessen beeinträchtigen würde. Schliesslich fällt auf, dass die von Bezzola Denoth für Hartmann vorkalkulierte Offerte den Betrag von CHF [...] (inkl. MWST) aufwies. Das unverbindliche Angebot von Hartmann („Richtofferte“), das sie der Bauherrschaft unterbreitete, belief sich auf CHF [...]. Angesichts des hohen Bauvolumens [...] kann es kaum auf Zufall beruhen, dass diese Zahlen – abgesehen von einer marginalen Differenz von CHF [...] – nahezu übereinstimmen. Vielmehr ist anzunehmen, dass Hartmann ihre „Richtofferte“ auf die von Bezzola Denoth vorkalkulierte Offerte stützte. Dies deckt sich auch mit den vorangehenden Feststellungen, dass Hartmann gegenüber Bezzola Denoth im Rahmen ihres Kontakts zum Ausdruck gebracht haben muss, dass sie deren Interessen nicht zuwiderlaufen werde. 70. Vor diesem

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

B.4.2 Verfolgter Zweck 71. Wie erstellt ist (vgl. Rz 57 ff. hiavor), kamen Bezzola Denoth und Martinelli überein, ihre Angebote bei der Ausschreibung [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Einem Konsens über einen solchen Inhalt ist immanent, dass die Beteiligten darauf zielten, sich nicht zu konkurrenzieren. Vielmehr wollten sie im Einvernehmen darüber entscheiden, bei welchem Unternehmen die Chancen für die Zuschlagserteilung aufrechterhalten werden sollten. Zwar trifft es zu, dass auch noch individuell unterschiedliche Motive der beteiligten Unternehmen eine Rolle gespielt haben dürften. Martinelli bringt etwa vor, dass sie der Bauherrschaft ein Angebot abgeben wollte, um bei weiteren Ausschreibungen des gleichen Architekten im Oberengadin berücksichtigt zu werden. Das konkrete Projekt wollte sie jedoch nicht ausführen. Insofern zielte sie nicht darauf, eine Vergabe des Projekts an Bezzola Denoth durch ein tieferes Angebot zu gefährden. In diesem Punkt deckt sich ihre Absicht mit derjenigen von Bezzola Denoth, die daran interessiert war, nicht von anderen Anbietern unterboten zu werden, zumal sie an der Ausführung des Projekts interessiert war. Somit war das Zusammenwirken von Bezzola Denoth und Martinelli von der gemeinsamen Absicht getragen, sich nicht zu konkurrenzieren. Daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

22-00039/COO.2101.111.3.283720 16 72. Ähnlich verhält es sich beim Zusammenwirken von Bezzola Denoth und Hartmann. Hartmann entschied sich, an der Ausschreibung nicht als Anbieterin von Bauleistungen teilzunehmen, sondern ein unverbindliches Angebot in der Form einer „Richtofferte“ abzugeben. Allerdings unterbreitete sie der Bauherrschaft nicht unabhängig eine solche unverbindliche Offerte. Vielmehr liess sie sich darauf ein, sich mit Bezzola Denoth in Bezug auf die Höhe der „Richtofferte“ abzustimmen (vgl. Rz 69 f.). Damit untergrub sie den Zweck von „Richtofferten“. Mit einer „Richtofferte“ soll die Bauherrschaft eine neutrale Offerte erhalten, an welcher sie die anderen Angebote messen und diese einschätzen kann (vgl. Rz 109 ff.). Die „Richtofferte“ von Hartmann war nicht neutral, sondern mit Bezzola Denoth in Bezug auf die Höhe der Offerte koordiniert. 73. Aus welchen individuellen Gründen sich Hartmann mit Bezzola Denoth abstimme, legte sie nicht dar, kann aber letztlich offen gelassen werden. Das Zusammenwirken von Bezzola Denoth und Hartmann beruhte auf der gemeinsamen Absicht, dass Hartmann der Bauherrschaft kein Angebot unterbreitet, das die Interessen von Bezzola Denoth beeinträchtigen könnte. Auch daran bestehen keine vernünftigen Zweifel.

B.4.3 Rolle der Beteiligten 74. Weiter ist zu prüfen, von welchem Unternehmen die Initiative für die Verhaltensabstimmung der Parteien ausging. Zudem ist zu klären, welche Rolle die Beteiligten bei der Organisation und Durchsetzung der untersuchten Verhaltensweise einnahmen. Initiative für die Angebotskoordination 75. Aus dem Wortlaut der E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A] an [Mitarbeiter C] geht hervor, dass zwischen [Mitarbeiter A] und [Mitarbeiter C] ein vorgängiger Kontakt stattfand [„Freu mich jedes Mal etwas von Dir zu hören.“].<sup>73</sup> Auch [Mitarbeiter C] bestätigte anlässlich seiner Einver-

nahme vom 30. Oktober 2015, dass [Mitarbeiter A] wohl vor Versand der E-Mail angerufen habe. Eine solche E-Mail werde nicht einfach so verschickt.<sup>74</sup> Weiter ist auch der Wortlaut der E-Mail vom [...] von [Mitarbeiter A] an [Mitarbeiter E] so zu verstehen, dass im vorliegenden Fall ein vorgängiger Kontakt zwischen [Mitarbeiter A] und [Mitarbeiter E] stattgefunden haben muss [„gemäß Absprache mit [Mitarbeiter E]“]. Somit ist erstellt, dass vor Versand der E-Mails vom [...] ein vorgängiger Kontakt zwischen den beteiligten Unternehmen stattfand. <sup>76</sup> Wer vorliegend die Initiative für die Angebotskoordination ergriffen hat, ist den Urkunden nicht zu entnehmen. Diese Frage ist daher anhand der Parteiaussagen zu würdigen. <sup>77</sup> Gemäss Aussage von [Mitarbeiter E] sei er im vorliegenden Fall wohl von [Mitarbeiter A] telefonisch kontaktiert worden (vgl. Rz 45). Allerdings gibt [Mitarbeiter E], aufgrund zeitlicher Distanz, auch Schwierigkeiten an, Details zu rekonstruieren.<sup>75</sup> <sup>78</sup> In Bezug auf Martinelli verfügt das Sekretariat über keine Informationen, da sich [Mitarbeiter C] an der Einvernahme vom 30. Oktober 2015 nicht erinnern konnte, ob Martinelli beim vorliegenden Bauprojekt eine Offerte eingereicht hat. Auf die Frage hin, wer die Initiative zum Versand der E-Mail vom [...] ergriffen habe, erwiderte [Mitarbeiter C], dass er dies nicht wisse.<sup>76</sup>

<sup>73</sup> Dies wurde auch durch die Aussage von [Mitarbeiter A] bestätigt, Act. IX.C.060, Zeilen 362 ff. (25-0039). <sup>74</sup> Act. IV.028, Zeilen 198 ff. <sup>75</sup> Act. IV.027, Zeilen 252 ff. <sup>76</sup> In Zusammenhang mit der E-Mail vom [...] an Martinelli sagte [Mitarbeiter A] aus, dass die Initiative zum Versand der E-Mail in Bezug auf das Projekt [...] (welche zudem auch das [Bauprojekt 1] betraf) wohl von Martinelli kam, da diese nicht im Unterengadin bauen würde. Act. IX.C.060, Zeile 352 f. (25-0039).

22-00039/COO.2101.111.3.283720 17 <sup>79</sup>. Zusammenfassend ist unklar, welches Unternehmen bei dieser Ausschreibung die Kontaktaufnahme veranlasste. Dem Grundsatz in dubio pro reo folgend, kann keinem der beteiligten Unternehmen die Initiative zur Verhaltensabstimmung nachgewiesen werden. Rolle bei der Organisation und Umsetzung der untersuchten Verhaltensweise <sup>80</sup>. [Mitarbeiter A] wandte sich in seinen beiden E-Mails vom [...] an [Mitarbeiter C] (Martinelli) und an das Sekretariat der Hartmann. Inhalt dieser Nachrichten von [Mitarbeiter A] bildete insbesondere die jeweilige Offertsumme in Bezug auf das [Bauprojekt 1]. <sup>81</sup> Gemäss Aussage von [Mitarbeiter A], Bezzola Denoth, vom 26. Oktober 2015 hätten die Unternehmen Martinelli und Hartmann auch tatsächlich eine Offerte von ihm erhalten. <sup>82</sup> Damit ist unter dem Gesichtspunkt der Organisation der Verhaltensabstimmung erstellt, dass Bezzola Denoth die beiden E-Mails (inkl. SIA-Dateien) vom [...] an Martinelli und Hartmann verfasst und verschickt hat. Eine Kommunikation durch die anderen Unternehmen ist nicht erfolgt, diese beschränkten sich bezüglich der Organisation darauf, ihre Angebote entsprechend den E-Mails von Bezzola Denoth einzugeben.

B.4.4 Umsetzung und Auswirkungen <sup>83</sup>. Gemäss den Angaben des verantwortlichen [Architekt X], [...], gab Bezzola Denoth für das [Bauprojekt 1] mit einer Gesamtsumme (inkl. MWST) von CHF [...] ein, Martinelli mit einer Summe von CHF [...] und Hartmann mit einer Summe von CHF [...]. Die eingereichten Offerten ergeben folgendes Bild:

Offertsumme per E-Mail Eingereichte Offertsumme (inkl. MWST) in CHF (inkl. MWST) in CHF77

[Unternehmen Q] Datei nicht lesbar [...] (nicht Partei)

Hartmann [...] [...]

Martinelli [...] [...]

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

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

77 Act. 18 (22-0464).

22-00039/COO.2101.111.3.283720 18 B.5 Beweisergebnis 86. Nach dem Gesagten ist bewiesen, dass Bezzola Denoth und Martinelli den übereinstimmenden Willen geäußert haben, ihre Angebote beim [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollte Martinelli eine höhere Offerte einreichen als Bezzola Denoth. Damit bezweckten sie, sich bei dieser Ausschreibung nicht zu konkurrenzieren. Ebenso ist bewiesen, dass Martinelli in der Folge – entsprechend diesen übereinstimmenden Willenserklärungen – eine Offerte einreichte, die über der Eingabesumme von Bezzola Denoth lag. 87. In Bezug auf Hartmann ist dagegen nicht erstellt, dass sie der Bauherrschaft ein verbindliches Angebot unterbreitete, sie also als Anbieterin von Bauleistungen in der Ausschreibung teilnahm. Daher konnte zwischen Bezzola Denoth und Hartmann auch kein Konsens darüber zustande gekommen sein, ihre verbindlichen Angebote zu koordinieren. Allerdings ist erwiesen, dass zwischen Bezzola Denoth und Hartmann ein Konsens darüber zustande gekommen ist, dass Hartmann der Bauherrschaft eine („Richt“-)Offerte einreicht, die in Bezug auf die Eingabesumme in der Grössenordnung der vorkalkulierten Offerte von Bezzola Denoth entspricht. Damit beabsichtigten sie, dass Hartmann der Bauherrschaft kein Angebot unterbreitet, das die Interessen von Bezzola Denoth beeinträchtigen könnte. Hartmann gab in der Folge eine „Richtofferte“ in vereinbarter Höhe ein. Insofern unterbreitete sie der Bauherrschaft tatsächlich kein Angebot, das den Interessen von Bezzola Denoth hätte zuwiderlaufen können und täuschte die Bauherrschaft mit einer verfälschten „Richtofferte“. 88. Nicht erstellt ist, welche Partei die Initiative zur Angebotskoordination ergriffen hat. Demgegenüber ist unter dem Gesichtspunkt der Organisation der Verhaltensabstimmung erwiesen, dass Bezzola Denoth die E-Mails vom [...] samt vorkalkulierter Offerten an Martinelli und Hartmann verschickt hat. Der Zuschlag wurde Bezzola Denoth erteilt.

C Erwägungen

C.1 Geltungsbereich

C.1.1 Persönlicher Geltungsbereich 89. Das Kartellgesetz gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten als auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager

oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Sämtliche Parteien erfüllen vorliegend die Merkmale privatrechtlicher Unternehmen, wo- mit das KG in persönlicher Hinsicht anwendbar ist.

C.1.2 Verfügungsadressatinnen 90. Adressatinnen einer wettbewerbsrechtlichen Verfügung können diejenigen natürlichen oder juristischen Personen sein, welche die Unternehmung betreiben bzw. deren Rechtsträgerinnen sie sind.<sup>78 91</sup>. Somit ist die vorliegende Verfügung an folgende Gesellschaften zu richten:

■ Bezzola Denoth AG, Scuol

■ D. Martinelli AG, St. Moritz

■ Nicol. Hartmann & Cie. AG, St. Moritz

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

22-00039/COO.2101.111.3.283720 19 C.1.3 Sachlicher Geltungsbereich 92. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG). <sup>93</sup>. Ob die Parteien eine Wettbewerbsabrede getroffen haben, wird im Rahmen der materiellen Beurteilung noch im Einzelnen zu prüfen sein (vgl. dazu Rz 116). Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und an dieser Stelle auf deren Wiedergabe verzichtet.

C.1.4 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich

<sup>94</sup>. Der vorliegende Untersuchungsgegenstand fällt in den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

C.2 Vorbehaltene Vorschriften <sup>95</sup>. 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). <sup>96</sup>. 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 <sup>97</sup>. 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). <sup>98</sup>. Im Folgenden ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt (vgl. Rz 99 ff.). Ist dies zu bejahen, ist in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG unzulässig ist (vgl. Rz 129 ff.).

C.3.1 Wettbewerbsabrede <sup>99</sup>. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung

bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine formelle vertragliche Grundlage ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,<sup>79</sup> wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden<sup>80</sup>. 100. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor, wenn erstens ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und

79 Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, Elektroinstallationsbetriebe Bern. 80 RPW 2013/4, 559 Rz 167, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich.

22-00039/COO.2101.111.3.283720 20 zweitens ein Bezwecken oder ein Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung durch die Abrede gegeben sind.<sup>81</sup> Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen.

C.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken 101. Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen nach dem Gesagten Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen. 102. Beweismässig ist erstellt, dass Bezzola Denoth und Martinelli den übereinstimmenden, wirklichen Willen geäußert haben, ihr Angebote beim [Bauprojekt 1] zu koordinieren. Konkret sollte Martinelli zu einem höheren Preis offerieren als Bezzola Denoth (Rz 86). Im Verhältnis zwischen Bezzola Denoth und Hartmann ist erstellt, dass zwischen ihnen ein Konsens darüber zustande gekommen ist, dass Hartmann der Bauherrschaft eine („Richt“-)Offerte einreicht, die in Bezug auf die Eingabesumme in der Grössenordnung der vorkalkulierten Offerte von Bezzola Denoth entspricht. 103. Damit ist sowohl im Verhältnis zwischen Bezzola Denoth und Martinelli als auch im Verhältnis zwischen Bezzola Denoth und Hartmann das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt. 104. Beizufügen ist, dass eine solche Angebotskoordination zwischen Bezzola Denoth und Martinelli im Einklang mit der Rechtsprechung der Wettbewerbsbehörden als „Schutz“ verstanden werden kann. „Schutz“ bedeutet dabei, dass Unternehmen in Bezug auf ein Bauprojekt vor der Eingabe ihrer Offerten gemeinsam festlegen, welches Unternehmen unter ihnen den Zuschlag erhalten soll. Das dadurch begünstigte Unternehmen erhält bei der Bewerbung um das Projekt „Schutz“ von den anderen Unternehmen. Die Umsetzung der Schutzfestlegung erfolgt in der Regel dadurch, dass sich diejenigen Unternehmen, welche Schutz versprochen haben, dazu bereit erklären, Offerten mit höheren Eingabesummen, sogenannte Stützofferten, einzureichen oder bewusst auf eine Offerteingabe zu verzichten.<sup>82</sup> Auch im vorliegenden Fall lassen sich die Rollen der Beteiligten so zuordnen. Konkret war Bezzola Denoth die Rolle der Schutznehmerin zugeordnet, während Martinelli diejenige der Schutzgeberin innehatte. Hartmann schützte durch ihre verfälschte „Richtofferte“ Bezzola Denoth.

C.3.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung 105. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG „eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.<sup>83</sup> Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.<sup>84</sup> Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext verdeutlicht – alternativ voraus,

nicht kumulativ.<sup>85</sup> 106. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen „die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“. <sup>86</sup> Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine

81 RPW 2009/3, 204 Rz 50, Elektroinstallationsbetriebe Bern. 82 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. 83 RPW 2013/4, 560 Rz 178, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 84 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. 85 Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, BMW. 86 RPW 2013/4, 560 Rz 180, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich.

22-00039/COO.2101.111.3.283720 21 Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Absicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.<sup>87</sup> 107. Diese Kriterien sind in Bezug auf die Abrede zwischen Bezzola Denoth und Martinelli einerseits und die Abrede zwischen Bezzola Denoth und Hartmann andererseits differenziert zu betrachten. 108. Die Abrede zwischen Bezzola Denoth und Martinelli beinhaltete, ihre Angebote in Bezug auf [Bauprojekt 1] zu koordinieren (Rz 57 ff.). Ein solcher Abredeinhalt ist in objektiver Hinsicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken. Darüber hinaus ist vorliegend – obwohl dies nicht notwendig ist – erwiesen, dass die Abredeteilnehmer mit ihrem Verhalten auch in subjektiver Hinsicht bezweckten, sich nicht zu konkurrenzieren (Rz 57 f.). Somit war die vorliegende Abrede nicht nur (objektiv) geeignet, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, sondern es bestand auch eine dahingehende Absicht der Abredeteilnehmer. Damit liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor. 109. Die Abrede zwischen Bezzola Denoth und Hartmann zielte darauf, die Höhe der „Richtofferte“ von Hartmann abzustimmen. Zunächst ist daher die Natur einer „Richtofferte“ zu klären. 110. Unter einer „Richtofferte“ versteht man in der Baubranche eine unverbindliche Offerte, die dem Bauherrn erlauben soll, die Kosten bzw. Marktpreise der von ihm nachgefragten Bauleistungen einschätzen zu können. Die Unverbindlichkeit der „Richtofferte“ impliziert, dass der Bauherr das entsprechende Angebot nicht annehmen kann. Es kann also zwischen dem Unternehmen, das eine „Richtofferte“ unterbreitet, und dem Bauherrn kein Werkvertrag über Bauleistungen zustande kommen, jedenfalls nicht unmittelbar durch Erklärung der Annahme des Angebots. Das Unternehmen, das eine „Richtofferte“ erstellt, nimmt an der Ausschreibung nicht als Anbieter von Bauleistungen teil. Vielmehr nimmt es gegenüber dem Bauherrn eine Art „Gutachterrolle“ wahr. Es soll im Rahmen der „Richtofferte“ eine Einschätzung betreffend Marktpreis der nachgefragten Bauleistungen abgeben. Eine solche „Richtofferte“ braucht nicht zwingend von einem Bauunternehmen erstellt zu werden. Auch Ingenieure, Architekten oder andere fachkundige Personen können vom Bauherrn – entgeltlich oder unentgeltlich – zur Unterbreitung einer „Richtofferte“ beigezogen werden. 111. Das Unternehmen, das im Rahmen der „Richtofferte“ eine Preisschätzung abgibt, hat typischerweise unabhängig von den Teilnehmern der Ausschreibung, d.h. von den Bauunternehmen, die das Projekt ausführen wollen, zu handeln. Dies ergibt sich aus der Natur der „Richtofferte“. Das Unternehmen, das zur Richtoffertstellung beigezogen wird, soll ein uneinflusstes „Gutachten“ erstellen. Nur dann kann die „Richtofferte“ ihre Funktion der Preisüberprüfung erfüllen. 112. Vorliegend hat Hartmann die Höhe der

„Richtofferte“ mit Bezzola Denoth abgestimmt (vgl. Rz 69 f.). Darüber wurde die Bauherrschaft nicht in Kenntnis gesetzt, ebenso wenig die Bauleitung und der Architekt, was im Übrigen von Hartmann auch nicht behauptet worden ist. Nicht beurteilt zu werden braucht die Frage, ob und inwiefern dieses Vorgehen unter privat- rechtlichen Gesichtspunkten verwerflich bzw. unzulässig ist. Relevant ist aber, dass eine „Richtofferte“ geeignet ist, das Ergebnis einer Ausschreibung eines Bauprojekts zu beeinflus- sen. Fällt eine „Richtofferte“ etwa deutlich tiefer aus als die eingereichten (verbindlichen) An- gebote, vermag dies die Verhandlungsposition des Bauherrn zu stärken. Allenfalls sieht er sich in einer solchen Konstellation zudem veranlasst, weitere Anbieterinnen zur Abgabe einer Of- ferte einzuladen oder im Extremfall die Ausschreibung abubrechen. Dagegen ist anzuneh- men, dass eine hohe „Richtofferte“ die Verhandlungsposition der Anbieterinnen der Bauleis- tungen stärkt, insbesondere dasjenige Unternehmen, welches in der ersten Angebotsrunde das tiefste Angebot eingereicht hat.

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