

# **WEKO hoch--und-tiefbauleistungen-engadin-ii-2019-05-27 vom 27. Mai 2019**

WEKO, 2019-05-27, DE

Quelle:

[https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko\\_hoch--und-tiefbauleistungen-engadin-ii-2019-05-27](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_hoch--und-tiefbauleistungen-engadin-ii-2019-05-27)

FR: WEKO hoch--und-tiefbauleistungen-engadin-ii-2019-05-27 du 27 mai 2019

IT: WEKO hoch--und-tiefbauleistungen-engadin-ii-2019-05-27 del 27 maggio 2019

## **Erwägungen**

### **E. 22**

April 2008, nämlich in Bezug auf die Bauprojekte «[...]», [...] (Februar 2008), und «[...]», la Punt Chamues-ch (März 2008). Bei diesen Bauprojekten übersteigt die Dauer zwischen der Ausübung der Wettbewerbsbeschränkung und der Untersuchungseröffnung – konkret der Ver- fahrungsausdehnung vom 22. April 2013 – fünf Jahre. Für diese beiden Verstösse entfällt damit gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG die Sanktionierungsmöglichkeit. 176 244. Für die übrigen acht Wettbewerbsverstösse ist die Frist für die Sanktionierbarkeit ge- mäss Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG mit der Ausdehnung vom 22. April 2013 grundsätzlich gewahrt. Dies betrifft jedenfalls die Foffa Conrad AG, gegen welche die Untersuchung von Anfang an geführt worden ist. Allerdings wurde das vorliegende Verfahren erst am 23. November 2015 gegen die Rocca + Hotz AG, P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau und Broggi Lenatti AG ausge- dehnt (vgl. Rz 12 hiervor). Damit stellt sich die Frage, ob auch hinsichtlich dieser Untersu- chungsadressaten die Frist für die Sanktionierbarkeit bei allen übrigen acht Verstössen ge- wahrt ist.

174 Siehe statt anderer etwa RPW 2011/1, 190 Rz 558 m.w.H. SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); vgl. auch Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18.6.2004 über die Sammlun- gen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PublG; SR 170.512). 175 SHAB vom 28.05.2013 [siehe auch Act. I.080 (22-0433)]. 176 Vgl. auch RPW 2013/4, 591 Rz 801, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 72

245. Wie die WEKO in der Vergangenheit festgehalten hat, ist die Vorschrift von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG nicht «unternehmensbezogen», sondern «tatbezogen» zu verstehen.<sup>177</sup> Mit- hin ist die Sanktionierung eines Unternehmens nur dann ausgeschlossen, wenn die Untersu- chung als solche über fünf Jahre nach Einstellung des KG-Verstosses eingeleitet wird, unab- hängig davon, ob sich die Untersuchung von Anfang an gegen das betreffende Unternehmen richtete oder nicht. Für eine solche tatbezogene Auslegung spricht zunächst der Wortlaut der Bestimmung. Denn Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ist tatbezogen formuliert («Die Belastung entfällt, wenn die Wettbewerbsbeschränkung...»). Eine «unternehmensbezogene» Auslegung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG liefe sodann dem Sinn und Zweck der Norm zuwider. Den Wettbe- werbsbehörden sind bei Eröffnung einer Untersuchung oftmals nicht alle an einem Wettbe- werbsverstoss beteiligten Unternehmen bekannt. Häufig erweist sich erst im Laufe der Unter- suchung, dass weitere Unternehmen am möglichen Wettbewerbsverstoss beteiligt sind. Wäre die Norm unternehmensbezogen

zu verstehen, müssten die Wettbewerbsbehörden die Untersuchung vorsorglich gegen sämtliche theoretisch denkbaren Beteiligten eröffnen, damit die Sanktionierbarkeit nicht entfällt. Hierdurch wäre zum einen die Durchführung der entsprechenden Untersuchung erschwert. Zudem läge eine solche «breite» Untersuchungseröffnung nicht im Interesse der Unternehmen. 246. Keine Hinweise für die Bedeutung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG ergeben sich aus den Gesetzesmaterialien und der Gesetzessystematik. Damit ist auf das Ergebnis der grammatischen und teleologischen Auslegung abzustellen. Im Einklang mit diesen Auslegungskriterien ist die Vorschrift somit «tatbezogen» zu verstehen. 247. Nach dem Gesagten steht der Sanktionierung aller übrigen acht Kartellrechtsverstösse in zeitlicher Hinsicht auch in Bezug auf die Rocca + Hotz AG, P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau und Broggi Lenatti AG nichts entgegen. Für die betreffenden Verstösse sind sämtliche Voraussetzungen für eine Sanktionierung nach Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt. Nicht zu sanktionieren sind einzig die Verstösse im Zusammenhang mit den Bauprojekten «[...]», [...], und «[...]», la Punt Chamues-ch. 248. Daran vermögen auch die Vorbringen der Rocca + Hotz AG nichts zu ändern. Konkret vertritt sie den Standpunkt, dass im Hinblick auf eine Sanktionierung der Rocca + Hotz AG erst auf den Zeitpunkt der Untersuchungsausdehnung gegen sie vom 23. November 2015 abgestützt werden könne. Auch bei den Projekten «[...]», [...] (2008), «[...]», Zuoz (2009), und «[...]», S-chanf (2010), sei die 5-jährige Verwirkungsfrist seit der Ausübung bzw. Beendigung des relevanten Verhaltens abgelaufen. 178 Wie gezeigt worden ist (Rz 245 hiervor), ist die Bestimmung von Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG nicht unternehmensbezogen, sondern tatbezogen auszulegen. Massgebend für die fünfjährige Frist ist somit der Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bzw. vorliegend der räumlichen Verfahrensausdehnung auf den gesamten Kanton Graubünden vom 22. April 2013. Auch die von der Rocca + Hotz AG gerügte Verletzung des Anklage- bzw. Akkusationsprinzips ist unbegründet. Mit den Vorwürfen gegen sie wurde die Rocca + Hotz AG an den Einvernahmen vom 29. Oktober 2015 und 14. März 2016 sowie mit der Mitteilung der Verfahrensausdehnung vom 23. November 2015, spätestens aber mit dem Antrag des Sekretariats vom 10. Januar 2019 hinreichend konfrontiert. Dazu konnte sie schriftlich Stellung nehmen. Zudem hatte sie an der Anhörung vom 13. Mai 2019 die Gelegenheit, ihren Standpunkt mündlich der WEKO vorzutragen.

177 Entscheid der WEKO vom 2.10.2017, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin IV, Rz 122 ff., sowie Entscheid der WEKO vom 2.10.2017, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V, Rz 146 ff., beide abrufbar unter <[www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch)> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018). 178 Act. 93 (22-0459), Rz 171 ff.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 73

249. Nicht zu folgen ist weiter dem Einwand der Rocca + Hotz AG<sup>179</sup>, dass die lange Verfahrensdauer der Sanktionierung entgegenstehe. Dabei ist der besondere Kontext der Untersuchung zu berücksichtigen. Das vorliegende Verfahren hat seinen Ursprung in der Untersuchung «Bauleistungen Unterengadin», welche am 30. Oktober 2012 gegen 17 im Unterengadin tätige Unternehmen eröffnet worden ist. Aufgrund erster Ermittlungsergebnisse dehnten die Wettbewerbsbehörden die Untersuchung am 22. April 2013 auf den gesamten Kanton Graubünden (insbesondere das Oberengadin) und sieben weitere Unternehmen aus. Die Untersuchung wurde im November 2015 auf weitere Unternehmen ausgedehnt und anschliessend aus prozessökonomischen Gründen in zehn Untersuchungen aufgeteilt (vgl. zur Verfahrensgeschichte Rz 6 ff. hiervor). Die

Verfahrenstrennung erlaubte es der WEKO, die einzelnen Verfahren gestaffelt abzuschliessen. Eine erste Untersuchung schloss die WEKO mit Entscheid vom 10. Juli 2017 ab. Sie stellte rechtskräftig fest, dass Hoch- und Tiefbauunternehmen im Münstertal (GR) zwischen 2004 und 2012 mehr als hundert Ausschreibungen abgesprochen hatten. Sechs weitere Entscheide über Submissionsabreden im Hoch- und Tiefbau im Engadin fällte die WEKO am 2. Oktober 2017 («Engadin III–VIII»). Am 26. März 2018 folgte der Entscheid im Verfahren Engadin I, der eine Vielzahl von unterschiedlich gelagerten Submissionsabreden und unzulässigen Kooperationsformen im Unterengadin zum Gegenstand hatte. Noch ausstehend ist der Abschluss der Untersuchung «Strassenbau», die im Wesentlichen allfällige systematische Abreden im Bereich Strassenbau im ganzen Kanton Graubünden betrifft. Art und Umfang der in diesen zusammenhängenden Verfahren durchzuführenden Untersuchungshandlungen und Ermittlungsmassnahmen, die angesichts des Aktenaufwands anspruchsvolle Geschäftsbereinigung und Durchführung der Akteneinsicht sowie die Vielzahl der zu beurteilenden Verhaltensweisen und involvierter Unternehmen nahmen Zeit in Anspruch. Auch im vorliegenden Verfahren sind immerhin zehn Wettbewerbsverstösse zu behandeln. Perioden von Untätigkeit sind keine zu verzeichnen. Eine Verfahrensdauer von sechs Jahren (ab Ausdehnung des Verfahrens auf das Oberengadin im April 2013) ist bei diesen besonderen Umständen nicht unangemessen.<sup>180</sup> D.1.2.3 Zurechenbarkeit der Wettbewerbsverstösse 250. Im Folgenden ist zu beurteilen, inwiefern die begangenen Wettbewerbsverstösse den Verfahrensparteien zugerechnet werden können. Massgebend ist dabei die Unternehmensträgerschaft, das heisst, welche juristischen oder natürliche Personen oder Rechtsgemeinschaften (z.B. Kollektivgesellschaft) Trägerinnen der fehlbaren Unternehmen waren bzw. sind. Soweit die Verfahrensparteien sowohl zum Tatzeitpunkt als auch aktuell Trägerinnen der fehlbaren Unternehmen waren bzw. sind, wirft die Zurechnung der Wettbewerbsverstösse keine spezifischen Fragen auf. Die Verfahrensparteien sind für diejenigen Verstösse zu sanktionieren, die von den von ihnen getragenen Unternehmen begangen worden sind.<sup>251</sup> Besonders zu prüfen ist die Zurechenbarkeit hingegen in Konstellationen, in denen die Unternehmensträgerschaft während oder nach der Tatbegehung geändert hat, namentlich im Zuge von Umstrukturierungen. Dies betrifft vorliegend das Verhältnis zwischen der Broggi Lenatti AG und der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau. So wurde die Tätigkeit der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau, sowie Hohenegger & Broggi AG, Bergün/Bravuogn, im Bereich Hoch- und Tiefbau per 29. April 2014 auf die Broggi Lenatti AG überführt.<sup>252</sup> Wie die WEKO in der Vergangenheit bereits festgehalten hat<sup>181</sup>, ist ein Wettbewerbsverstoss nicht nur bei eigentlicher Rechtsnachfolge (z.B. infolge Fusion) der neuen Unternehmensträgerin zuzurechnen, sondern auch in Fällen, in denen ein bestehendes Unternehmen

179 Act. 93 (22-0459), Rz 177 f. 180 Zum Ganzen auch Urteil des BVGer B-831/2011 vom 18.12.2018, E. 1644 ff. 181 Vgl. RPW 2017/3, 454 Rz 261 ff., Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal, den Entscheid der WEKO vom 26.3.2018, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I, Rz 746 ff., sowie den Entscheid

22-00034/COO.2101.111.4.382004 74

bloss wirtschaftlich betrachtet unter neuer Trägerschaft fortgeführt wird (Unternehmenskontinuität), etwa im Rahmen eines «Asset Deals». Gleiches wird im Übrigen auch in der Literatur zum Unternehmensstrafrecht postuliert.<sup>182</sup> 253. Massgebend ist die Unterscheidung zwischen Unternehmen und Unternehmensträger. Hiervon sind

sowohl die Bestimmungen zum Geltungsbereich des Kartellgesetzes in Art. 2 KG als auch diejenigen zu den Verwaltungssanktionen nach Art. 49a ff. KG geprägt. Das «Unternehmen» im Sinne des Kartellgesetzes ist als wirtschaftliche Einheit zu verstehen, etwa als Zusammenfassung von personellen, sachlichen und finanziellen Ressourcen, mit denen sich die Einheit als Produzentin von Gütern oder Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligt. Die Betrachtung ist funktional. Dagegen handelt es sich beim «Unternehmensträger» um die-jenige Organisationseinheit, die aus der Unternehmenstätigkeit berechtigt und verpflichtet wird. Die Betrachtung ist juristisch. Aus der Unterscheidung zwischen Unternehmen und Unternehmensträger in der Ordnung des Kartellgesetzes ergeben sich folgende Implikationen: Normadressat der Vorschriften des Kartellgesetzes bildet das Unternehmen als wirtschaftliches Gefüge.<sup>183</sup> Verstösse gegen das Kartellgesetz gehen vom Unternehmen aus. Auch eine allfällige Sanktion hierfür soll das Unternehmen treffen. Entsprechend ist die Bestimmung von Art. 49a KG formuliert. Danach wird das «Unternehmen» und nicht etwa der Rechtsträger für unzulässiges Verhalten sanktioniert. Allerdings ist zu beachten, dass dem Unternehmen selber keine Rechte und Pflichten auferlegt werden können. Seine Tat muss daher einem Unternehmensträger zugerechnet werden, dem gegenüber alsdann auch die entsprechenden kartellrechtlichen Massnahmen, namentlich die Sanktion, anzuordnen sind. Dies gilt auch bei Umstrukturierungen, bei denen das Unternehmen unter neuer Trägerschaft fortgeführt wird. Obwohl die Sanktion wirtschaftlich das fehlbare Unternehmen treffen soll, ist sie formell dem (ggf. neuen) Unternehmensträger aufzuerlegen. Damit steht die Prüfung der wirtschaftlichen Kontinuität im Kontext der Zurechenbarkeit von Zuwiderhandlungen im Einklang mit Art. 49a KG. Ein Verstoß gegen das Legalitätsprinzip bzw. den Grundsatz *nulla poena sine lege* liegt nicht vor.<sup>254</sup> Die Zurechnung von Kartellrechtsverstössen an eine neue Unternehmensträgerin verstösst vor diesem Hintergrund auch nicht gegen das Schuldprinzip. Das «schuldige» Unternehmen besteht bei Unternehmenskontinuität fort und wird – auf dem Weg der Zurechnung seines Verhaltens an die neue Unternehmensträgerin – gebüsst. Dies deckt sich mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts im Fall Preispolitik Swisscom ADSL. Darin erachtete es das Gericht als mit dem Schuldprinzip vereinbar, im Konzernverhältnis eine Obergesellschaft als Verfügungsadressatin neben der handelnden Gruppengesellschaft heranzuziehen.<sup>184</sup> 255. Nichts anderes ergibt der Blick auf EU-Rechtsprechung. Auch die Europäischen Gerichte unterscheiden im Kartellrecht zwischen dem Unternehmen, das die Tat begeht, und dem Unternehmensträger, dem die Handlung des Unternehmens zuzurechnen ist.<sup>185</sup> Im Fall Anic aus dem Jahr 1991 entschied das EuG, dass jeweils zu prüfen sei, auf welche Person das Unternehmen – im Sinne einer wirtschaftlichen Kontinuität – übertragen worden sei, wenn die

der WEKO vom 2.10.2017, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V, Rz 85 ff., abrufbar unter <[www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch)> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018). 182 Vgl. CARLO ANTONIO BERTOSSA, Unternehmensstrafrecht – Strafprozess und Sanktionen, 2003, 160; NIKLAUS SCHMID, Strafbarkeit des Unternehmens: die prozessuale Seite, in: recht 2003, 201–224, Rz 4.2.5. 183 Vgl. Urteil des BVGer, B-7633/2009 vom 14. September 2015, E. 77. 184 Urteil des BVGer, B-7633/2009 vom 14. September 2015, E. 77. 185 Urteil des EuGH vom 16.12.1975 C-40/73 Suiker Unie u.a./Kommission, Slg. 1975, 1663, Rz 84/87; Urteil des EuG vom 17.12.1991 T-6/89 Enichem Anic/Kommission, Slg. 1991, II-1623, Rz 236.

Person, welche das Unternehmen zum Tatzeitpunkt getragen habe, rechtlich nicht mehr existiere. Bestehe die ursprüngliche Unternehmensträgerin bis zum Erlass der Entscheidung rechtlich fort, sei ihr die Zuwiderhandlung zuzurechnen.<sup>186</sup> 256. Die Folgerungen des EuG im Fall Anic wurden vom EuGH zunächst bestätigt.<sup>187</sup> In späteren Urteilen präzisierte der EuGH indes seine Rechtsprechung zur Zurechenbarkeit von Verstößen bei wirtschaftlicher Kontinuität. Im Jahr 2004 hielt er im Fall Aalborg Portland u.a./Kommission fest, dass fehlbares Verhalten unter Umständen selbst dann dem neuen Unternehmensträger infolge wirtschaftlicher Kontinuität zugerechnet werden könne, wenn der frühere Unternehmensträger rechtlich noch bestehe.<sup>188</sup> Auch im Fall ETI u.a. aus dem Jahr 2007 führte er aus, dass sich die Frage der Zurechnung von Handlungen an den neuen Unternehmensträger nicht nur dann stelle, wenn der frühere Unternehmensträger rechtlich nicht mehr existiere. Vielmehr sei dies auch dann zu prüfen, wenn der frühere Unternehmensträger zwar rechtlich noch bestehe, aber keine wirtschaftliche Tätigkeit mehr ausübe. Damit stellte der EuGH klar, dass seine frühere Rechtsprechung im Fall Anic zu eng gefasst war. Er begründete seine revidierte Praxis unter anderem damit, dass eine Sanktion gegen eine Person, die rechtlich zwar noch existiere, aber kein Unternehmen mehr trage, unwirksam sei. Sodann dürften Unternehmen ihrer Sanktion nicht durch Umstrukturierungen, Übertragungen oder sonstiger Änderungen rechtlicher oder organisatorischer Art entgehen können.<sup>189</sup> Diese Praxis zur wirtschaftlichen Kontinuität haben die Europäischen Gerichte seither mehrfach bestätigt.<sup>190</sup> 257. Nach dem Gesagten bestehen keine Hindernisse, die vorliegend zu beurteilende Umstrukturierungskonstellation unter dem Gesichtspunkt der Unternehmenskontinuität zu prüfen, um die Frage der Zurechenbarkeit der Verstöße zu klären. 258. Ob bei Umstrukturierungen eine wirtschaftliche Kontinuität gegeben ist, beurteilt sich nach den gesamten Umständen des Einzelfalls. Massgebend sind insbesondere folgende Kriterien<sup>191</sup>: ■ Übernahme von Personal (insbesondere von Schlüsselpersonen), Inventar und Räumlichkeiten; ■ identische Geschäftstätigkeit (sachlich, örtlich); ■ Übernahme von Know-how, Kundenregistern und anderen immateriellen Werten; ■ Eintritt in Verträge; ■ Aussenauftritt (z.B. gleiche oder ähnliche Firma, Corporate Identity); ■ besondere Schutzmassnahmen zugunsten des übernommenen Unternehmens (z.B. Konkurrenzverbot der früheren Rechtsträgerin).

<sup>186</sup> Urteil des EuG vom 17.12.1991 T-6/89 Enichem Anic/Kommission, Slg. 1991, II-1623, Rz 236. <sup>187</sup> Urteil des EuGH vom 8.7.1999 C-49/92 P Kommission/Anic Partecipazioni, Slg. 1999, I-4208 f., Rz 145. <sup>188</sup> Urteil des EuGH vom 7.1.2004 C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P und C-219/00 P Aalborg Portland u.a./Kommission, Slg. 2004, I-403, Rz 354 ff. <sup>189</sup> Urteil des EuGH vom 11.12.2007 C-280/06 ETI u.a., Slg. 2007, I-10893, Rz 40 f. <sup>190</sup> Vgl. etwa Urteil des EuGH vom 29.3.2011, C-352/09 P ThyssenKrupp/Kommission, Slg. 2011, I-02359, Rz 143 f.; Urteil des EuG vom 17.5.2013 T-146/09, Parker ITR und Parker-Hannifin/Kommission, Rz 89; Urteil des EuGH vom 5.3.2015 C-93/13 P und C-123/13 P, Kommission/Versalis und Eni, Rz 57. <sup>191</sup> So auch Entscheid der WEKO vom 26.3.2018, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I, Rz 753; Entscheid der WEKO vom 2.10.2017, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V, Rz 87, beide abrufbar unter <[www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch)> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018).

259. Die Broggi Lenatti AG übernahm von der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau, bis auf eine Ausnahme, das bauspezifische Personal, das Inventar (Maschinen, Werkzeuge, Warenlager etc.) sowie eine Immobilie<sup>192</sup>. Gemäss eigenen Angaben entspricht die Geschäftstätigkeit der Broggi Lenatti AG im Bereich Bau ab dem 1. Mai 2014 derjenigen, welche die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau vor der Zusammenführung ausgeübt hat.<sup>193</sup> Die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau ist zwar noch immer im Handelsregister eingetragen, übt jedoch laut eigenen Angaben keine Bautätigkeit mehr aus. Zudem stellte die Broggi Lenatti AG durch die gewählte Firma auch in der Aussenwahrnehmung einen Zusammenhang zur P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau her. Auch auf ihrer Homepage erwähnt die Broggi Lenatti AG, dass sie aus der Zusammenführung der Bautätigkeit der beiden bestehenden Unternehmen Hohenegger & Broggi AG und der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau hervorgegangen ist.<sup>194</sup> 260. Aus diesen Gründen ist eine wirtschaftliche Kontinuität zwischen der Broggi Lenatti AG und der P. Lenatti AG zu bejahen. Die Broggi Lenatti AG ist daher für den Wettbewerbsverstoss der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau (dazu Rz 70 ff.) ebenfalls ins Recht zu fassen. D.1.2.4 Bemessung 261. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt also die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist. 262. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG<sup>195</sup> näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit (Art. 2 Abs. 2 SVKG) und der Gleichbehandlung begrenzt wird.<sup>196</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>197</sup> 263. Im Folgenden wird die Sanktionsbemessung in Bezug auf die sanktionierbaren acht Wettbewerbsverstösse (vgl. dazu Rz 247 hiervor) einzeln erörtert.

192 Act. I.443, Antworten auf die Fragen 8, 9 und 12 sowie den beiliegenden Sacheinlagevertrag vom 20.10.2014 und die beiliegenden Inventarlisten; sowie der WEKO vom 2. Oktober 2017, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin V, Rz 89, abrufbar unter <[www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch)> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018). 193 Act. I.443, Antwort auf Frage 7; vgl. auch die Medienmitteilung der Broggi Lenatti AG vom 29.4.2014 «Zusammenschluss zweier Traditionsbetriebe». 194 <<http://broggi-lenatti.ch/de/ueber-uns/geschichte>> (30.11.2018). 195 Verordnung vom 12.3.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5). 196 Vgl. etwa Entscheid der WEKO vom 26.3.2018, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I, Rz 758, abrufbar unter <[www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch)> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018); RPW 2017/3, 455 Rz 272, Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal; RPW 2006/4, 661 Rz 236, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking. 197 Vgl. etwa Entscheid der WEKO vom 26.3.2018, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin I, Rz 758, abrufbar unter <[www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch)> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018); RPW 2017/3, 455 Rz 272, Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal; RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, Elektroinstallationsbetriebe Bern.

D.1.2.5 [...], [...] (2008) D.1.2.5.1 Basisbetrag 264. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). 265. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», [...] (vgl. Rz 207 hiavor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligten Unternehmen erzielten im relevanten Markt keinen Umsatz, da ihre Schutznahme erfolglos blieb (Rocca + Hotz AG) bzw. da ihnen lediglich die Rolle der Schutzgeberin zugeordnet war (Foffa Conrad AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau). 266. Art. 49a Abs. 1 KG sieht eine Sanktionierung von Unternehmen vor, welche sich an einer Abrede beteiligt haben. Das Entfallen der Belastung ist auf Gesetzesstufe nur aus den in Art. 49a Abs. 3 KG abschliessend aufgeführten Gründen vorgesehen. Eine rein auf der Basis des eigenen Umsatzes zu bemessende Sanktion würde bei Abredeteiligen, deren Schutznahme erfolglos blieb oder die durch eine Stützofferte den designierten Zuschlagsempfänger schützen sollten, aufgrund fehlenden Umsatzes zu einer Nicht-Sanktionierung führen, die in Art. 49a KG nicht vorgesehen ist. Dieses Ergebnis entspricht nicht dem Sinn und Zweck der Regelung von Art. 3 SVKG und kann vom Verordnungsgeber nicht gewollt gewesen sein.<sup>198</sup> 267. Vorliegend ist daher – unter Berücksichtigung der vom Gesetz- und Verordnungsgeber in Art. 49a KG und Art. 3 SVKG getroffenen Wertungen – ein Basisbetrag zu bestimmen, der einerseits den von der Wettbewerbsabrede betroffenen Umsatz einbezieht und andererseits die Schwere und Art des Verstosses berücksichtigt. Dabei ist ersatzweise derjenige Umsatz heranzuziehen, den das (erfolglos) geschützte Unternehmen beim Bauprojekt «[...]» abrede- gemäss hätte erzielen sollen. Denn dieser Umsatz reflektiert letztlich die wirtschaftliche Bedeutung der fraglichen Submission und damit des entsprechenden Marktes und gibt dadurch Aufschluss über die Tragweite und das Schädigungspotential des Kartellrechtsverstosses.<sup>199</sup> Im vorliegenden Fall handelt es sich dabei um die Offertsumme der Rocca + Hotz AG, als (erfolglos) schutznehmendes Unternehmen, von CHF [...] exkl. MWST. Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...]. 268. Die Schwere der Zuwiderhandlung ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden als schwer sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer sehr stark auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. Zweifellos stellen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG, welche den Wettbewerb beseitigen – als sogenannte harte horizontale Kartelle – in aller Regel schwere Kartellrechtsverstösse dar. Unter anderem sind horizontale Abreden, welche den Preiswettbewerb ausschalten, wegen des grossen ihnen immanenten Gefährdungspotentials grundsätzlich im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h. zwischen 7 und 10 %, einzuordnen. Tendenziell leichter zu gewichten sind den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden, welche sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Darüber hinaus ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, welche gleichzeitig mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 KG erfüllen, schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen.<sup>200</sup>

<sup>198</sup> Zur Zulässigkeit der Sanktionierung von Einzelsubmissionsabreden, bei denen kein Umsatz generiert worden ist, eingehend Urteil des BVGer B-771/2012 vom 25.6.2018, E. 9.6.8; Entscheid der WEKO vom 2. Oktober 2017, Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin

V, Rz 156 f., abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide (30.11.2018). 199 Vgl. RPW 2013/4, 618 Rz 956, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 200 Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 3.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 78

269. Vorliegend beteiligten sich die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Aufträgen nach Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Bezüglich der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau fehlt die preisliche Dimension der Abrede (vgl. Rz 202 hiervor). Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten die beteiligten Unternehmen vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential von Abreden über die Aufteilung von Geschäftspartnern sowie den Preis (Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG) unbestritten. Vorliegend sind in Bezug auf die Abrede zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG zudem gleichzeitig mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen. Zu berücksichtigen ist indes, dass die Abrede zwar umgesetzt worden ist, aber nicht zum angestrebten Ergebnis führte. Vielmehr konnte sich mit der [...] einer der Aussenwettbewerber durchsetzen. Daher ist nicht von einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen (vgl. Rz 217 ff. hiervor).

270. Vor diesem Hintergrund ist der von der Rocca + Hotz AG begangene Kartellrechtsverstoss im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]» als mittelschwer zu werten. In Bezug auf die Foffa Conrad AG ist von einem eher leichten Verstoss auszugehen, in Bezug auf die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau von einem leichten Verstoss.

271. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Rocca + Hotz AG als nicht erfolgreiche «Schutznehmerin» der Submissionsabrede ein Basisbetrag von CHF [...] (5 %) und für die Foffa Conrad AG sowie die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau als «schützende» Unternehmen ein Basisbetrag von CHF [...] (2,5 %) bzw. CH [...] (1,25 %) als angemessen.

D.1.2.5.2 Dauer des Verstosses 272. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht zu erhöhen.

D.1.2.5.3 Erschwerende und mildernde Umstände 273. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor. Zwar bringt die Rocca + Hotz AG vor, dass ihre Sanktion aufgrund einer passiven Rolle im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Bst. a SVKG zu mildern sei. Dies überzeugt nicht. Die vorliegenden Angebotskoordinierungen lagen im Interesse Rocca + Hotz AG, zumal die anderen abredeteiligen Unternehmen im Rahmen der Koordination des Bieterverhaltens jeweils höhere Angebote einreichten und dadurch die Chancen der Rocca + Hotz AG auf die Zuschlagserteilung begünstigten. Darüber hinaus beteiligte sich die Rocca + Hotz AG auch an der Organisation und Umsetzung der Abreden. In Bezug auf das Bauprojekt «[...]», [...] (2008) liess sie der Foffa Conrad AG und der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau etwa ihre eigene Offerte zukommen. In der betreffenden E-Mail<sup>201</sup> hielt H.\_\_\_\_ zudem fest: «Ich bitte Euch um Anhebung Eurer Offerten um 5–10 %».

D.1.2.5.4 Maximalsanktion 274. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird.

201 Act. IX.C.035, pag. 15 und 16 sowie Act. III.C.001, pag. 6.

D.1.2.5.5 Selbstanzeige 275. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG. 276. Die Foffa Conrad AG erstattete am 12. November 2012 Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Oberengadin.<sup>202</sup> In der Folge reichte sie mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In den Eingaben vom 30. November 2012<sup>203</sup>, 1. Februar 2013<sup>204</sup> (beide schriftlich) und 27. Oktober 2015 (mündlich zu Protokoll)<sup>205</sup> zeigte sie auch ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin. 277. Mit ihren Angaben trug die Foffa Conrad AG wesentlich zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die Foffa Conrad AG legte den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Ihre Abredetätigkeit stellte sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Foffa Conrad AG die Sanktion zu erlassen. 278. Die Rocca + Hotz AG, P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau sowie Broggi Lenatti AG reichten keine Selbstanzeige ein. D.1.2.5.6 Verhältnismässigkeit 279. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für die Rocca + Hotz AG, P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau sowie Broggi Lenatti AG tragbar (bezogen auf den einzelnen Verstoss; vgl. zu den Gesamtsanktionen Rz 398 ff.). Anzeichen, dass sie hierdurch in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würden, bestehen nicht. D.1.2.5.7 Ergebnis 280. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

Rocca + Hotz AG Foffa Conrad AG P. Lenatti AG / Broggi Lenatti AG Umsatz [...] [...] [...] Basisbetrag [...] (5 %) [...] (2,5 %) [...] (1,25 %) Erschwerende oder mildernde Umstände – –

Summe [...] [...] [...]

202 Act. IX.C.20. 203 Act. IX.C.24, pag. 19. 204 Act. IX.C.35, pag. 5 und 15. 205 Act. IX.C.61, Zeilen 295 ff.

Rocca + Hotz AG Foffa Conrad AG P. Lenatti AG / Broggi Lenatti AG 100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG – [...]

Bonus gemäss Art. 12 SVKG – –

Sanktion [...] 0 [...] Tabelle 1: Sanktionsübersicht betreffend «[...]», [...] D.1.2.6 [...], Zuoz (2009) D.1.2.6.1 Basisbetrag 281. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). 282. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]» (vgl. Rz 207 hiervor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligte Rocca + Hotz AG erhielt den Zuschlag zum Preis von CHF [...] exklusive Mehrwertsteuer (Rz 104

hiervor). Keinen Umsatz im relevanten Markt erzielte die Foffa Conrad AG, da ihr die Rolle der Schutzgeberin zugedacht war. 283. Vorliegend wird als Basisumsatz die Zuschlagssumme der Rocca + Hotz AG exklusive Mehrwertsteuer in Höhe von CHF [...] herangezogen. Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...]. 284. Im Folgenden ist die Art und Schwere des Kartellrechtsverstosses zu würdigen (dazu auch Rz 268 hiervor). 285. Die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend sind zudem gleichzeitig mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen. Zu berücksichtigen ist indes, dass neben den abredebeteiligten Unternehmen ein Drittanbieter offerierte und daher nicht von einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen ist (vgl. Rz 217 ff. hiervor). 286. Insgesamt ist der Kartellrechtsverstoss im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]» dennoch als schwerwiegend zu werten. 287. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Rocca + Hotz AG als erfolgreiche Schutznehmerin der Submissionsabrede ein Basisbetrag von 8 % des erzielten Umsatzes als angemessen, d.h. CHF [...]. 288. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Foffa Conrad AG als «schützendes» Unternehmen bei erfolgreicher Schutzgabe ein Basisbetrag von CHF [...] als angemessen.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 81

D.1.2.6.2 Dauer des Verstosses 289. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht zu erhöhen. D.1.2.6.3 Erschwerende und mildernde Umstände 290. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor (zur fehlenden passiven Rolle der Rocca + Hotz AG Rz 273 hiervor). D.1.2.6.4 Maximalsanktion 291. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird. D.1.2.6.5 Selbstanzeige 292. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG. 293. Die Foffa Conrad AG erstattete am 12. November 2012 Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Oberengadin.<sup>206</sup> In der Folge reichte sie mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In der Eingabe vom 30. November 2012<sup>207</sup> zeigte sie auch ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an und lieferte diesbezüglich im weiteren Verlauf des Verfahrens nähere Sachverhaltsauskünfte. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin. 294. Mit ihren Angaben trug die Foffa Conrad AG wesentlich zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die Foffa Conrad AG legte den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte

ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Ihre Abredetätigkeit stellte sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Foffa Conrad AG die Sanktion zu erlassen. 295. Die Rocca + Hotz AG reichte keine Selbstanzeige ein. D.1.2.6.6 Verhältnismässigkeit 296. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für die Rocca + Hotz AG tragbar (bezogen auf den einzelnen Verstoss; vgl. zu den Gesamtsanktionen Rz 398 ff.). Anzeichen, dass sie hierdurch in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würde, bestehen nicht.

206 Act. IX.C.20. 207 Act. IX.C.24, pag. 30.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 82

D.1.2.6.7 Ergebnis 297. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungsanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

Rocca + Hotz AG Foffa Conrad AG Umsatz [...] [...] Basisbetrag [...] (8 %) [...] (4 %) Erschwerende oder mildernde Umstände – – Summe [...] [...] 100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG – [...] Bonus gemäss Art. 12 SVKG – – Sanktion [...] 0 Tabelle 2: Sanktionsübersicht betreffend «[...]», Zuoz (2009) D.1.2.7 [...], S-chanf (2010) D.1.2.7.1 Basisbetrag 298. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). 299. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», S-chanf (vgl. Rz 207 hiervor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligte Rocca + Hotz AG erhielt den Zuschlag zum Preis von CHF [...] inklusive Mehrwertsteuer (Rz 111 hiervor). Keinen Umsatz im relevanten Markt erzielte die Foffa Conrad AG, da ihr die Rolle der Schutzgeberin zugedacht war. 300. Vorliegend wird als Basisumsatz die Zuschlagssumme der Rocca + Hotz AG exklusive Mehrwertsteuer in Höhe von CHF [...] herangezogen. Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...]. 301. Im Folgenden ist die Art und Schwere des Kartellrechtsverstosses zu würdigen (dazu auch Rz 268 hiervor). 302. Die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend sind zudem gleichzeitig mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen. Zu berücksichtigen ist indes, dass neben den abredeteiligen Unternehmen zumindest ein Drittanbieter offerierte und daher nicht von einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen ist (vgl. Rz 217 ff. hiervor).

22-00034/COO.2101.111.4.382004 83

303. Insgesamt ist der Kartellrechtsverstoss im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», S-chanf, dennoch als schwerwiegend zu werten. 304. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Rocca + Hotz AG als erfolgreiche Schutznehmerin der Submissionsabrede ein Basisbetrag von 8 % des erzielten

Umsatzes als angemessen, d.h. CHF [...]. 305. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Foffa Conrad AG als «schützendes» Unternehmen bei erfolgreicher Schutzgabe ein Basisbetrag von CHF [...] als angemessen. D.1.2.7.2 Dauer des Verstosses 306. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht zu erhöhen. D.1.2.7.3 Erschwerende und mildernde Umstände 307. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor (zur fehlenden passiven Rolle der Rocca + Hotz AG Rz 273 hiervor). D.1.2.7.4 Maximalsanktion 308. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird. D.1.2.7.5 Selbstanzeige 309. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG. 310. Die Foffa Conrad AG erstattete am 12. November 2012 Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Oberengadin. 208 In der Folge reichte sie mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In der Eingabe vom 30. November 2012<sup>209</sup> zeigte sie auch ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an und lieferte diesbezüglich im weiteren Verlauf des Verfahrens nähere Sachverhaltsauskünfte. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin. 311. Mit ihren Angaben trug die Foffa Conrad AG wesentlich zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die Foffa Conrad AG legte den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Ihre Abredetätigkeit stellte sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Foffa Conrad AG die Sanktion zu erlassen. 312. Die Rocca + Hotz AG reichte keine Selbstanzeige ein.

208 Act. IX.C.20. 209 Act. IX.C.24, pag. 36.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 84

D.1.2.7.6 Verhältnismässigkeit 313. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für die Rocca + Hotz AG tragbar (bezogen auf den einzelnen Verstoss; vgl. zu den Gesamtsanktionen Rz 398 ff.). Anzeichen, dass sie hierdurch in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würde, bestehen nicht. D.1.2.7.7 Ergebnis 314. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

Rocca + Hotz AG Foffa Conrad AG Umsatz [...] [...] Basisbetrag [...] (8 %) [...] (4 %) Erschwerende oder mildernde Umstände – – Summe [...] [...] 100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG – -[...] Bonus gemäss Art. 12 SVKG – – Sanktion [...] 0 Tabelle 3: Sanktionsübersicht betreffend «[...]», S-chanf D.1.2.8 [...], Zuoz (2011) D.1.2.8.1 Basisbetrag 315. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). 316. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem

Bauprojekt «[...]», Zuoz (vgl. Rz 207 hiervor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammen- hang mit diesem Bauprojekt beteiligten Unternehmen erzielten im relevanten Markt keinen Umsatz, da ihre Schutznahme erfolglos blieb (Rocca + Hotz AG) bzw. da ihnen lediglich die Rolle der Schutzgeberin zgedacht war (Foffa Conrad AG). 317. Vorliegend wird hilfsweise derjenige Basisumsatz herangezogen, den das (erfolglos) geschützte Unternehmen beim Bauprojekt «[...]» abredegemäss hätte erzielen sollen (vgl. zur Begründung Rz 266 f. hiervor). Konkret ist die Offertsumme der Rocca + Hotz AG als (erfolg- los) schutznehmendes Unternehmen von CHF [...] exklusive Mehrwertsteuer massgebend. Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...]. 318. Im Folgenden ist die Art und Schwere des Kartellrechtsverstosses zu würdigen (dazu auch Rz 268 hiervor). 319. Die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Beim Abschluss und

22-00034/COO.2101.111.4.382004 85

der Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend sind zudem gleichzeitig mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen. Zu berücksichti- gen ist indes, dass die Abrede zwar umgesetzt worden ist, aber nicht zum angestrebten Er- gebnis führte. Vielmehr konnte sich mit der Costa AG, Hoch- und Tiefbau eine der Aussen- wettbewerberinnen durchsetzen. Daher ist nicht von einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen (vgl. Rz 217 ff. hiervor). 320. Vor diesem Hintergrund ist der von der Rocca + Hotz AG begangene Kartellrechts- verstoss im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]» als mittelschwer zu werten. In Bezug auf die Foffa Conrad AG ist von einem eher leichten Verstoss auszugehen. 321. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Rocca + Hotz AG als nicht erfolgreiche «Schutznehmerin» der Submissionsabrede ein Basisbetrag von CHF [...] (5 %) und für die Foffa Conrad AG als «schützendes» Unternehmen ein Basisbetrag von CHF [...] (2,5 %) als angemessen. D.1.2.8.2 Dauer des Verstosses 322. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbs- verstosses nicht zu erhöhen. D.1.2.8.3 Erschwerende und mildernde Umstände 323. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor (zur fehlenden passiven Rolle der Rocca + Hotz AG Rz 273 hiervor). D.1.2.8.4 Maximalsanktion 324. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjah- ren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird. D.1.2.8.5 Selbstanzeige 325. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG. 326. Die Foffa Conrad AG erstattete am 12. November 2012 Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG betreffend mutmassliche Wettbewerbs- verstösse im Oberengadin.210 In der Folge reichte sie mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In der Eingabe vom 30. November 2012211 zeigte sie auch ihr Verhal- ten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an und lieferte diesbezüglich

im weiteren Verlauf des Verfahrens nähere Sachverhaltsauskünfte. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin. 327. Mit ihren Angaben trug die Foffa Conrad AG wesentlich zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind

210 Act. IX.C.20. 211 Act. IX.C.24, pag. 43.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 86

erfüllt. Die Foffa Conrad AG legte den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Ihre Abredetätigkeit stellte sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Foffa Conrad AG die Sanktion zu erlassen. 328. Die Rocca + Hotz AG reichte keine Selbstanzeige ein. D.1.2.8.6 Verhältnismässigkeit 329. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für die Rocca + Hotz AG tragbar (bezogen auf den einzelnen Verstoss; vgl. zu den Gesamtsanktionen Rz 398 ff.). Anzeichen, dass sie hierdurch in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würde, bestehen nicht. D.1.2.8.7 Ergebnis 330. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungsanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

Rocca + Hotz AG Foffa Conrad AG Umsatz [...] [...] Basisbetrag [...] (5 %) [...] (2,5 %) Erschwerende oder mildernde Umstände – – Summe [...] [...] 100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG – [...] Bonus gemäss Art. 12 SVKG – – Sanktion [...] 0 Tabelle 4: Sanktionsübersicht betreffend «[...]», Zuoz D.1.2.9 [...] (2011) D.1.2.9.1 Basisbetrag 331. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). 332. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]» (vgl. Rz 207 hiervor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligten Unternehmen erzielten im relevanten Markt keinen Umsatz, da ihre Schutznahme erfolglos blieb (Rocca + Hotz AG) bzw. da ihnen lediglich die Rolle der Schutzgeberin zugedacht war (Foffa Conrad AG). 333. Vorliegend wird hilfsweise derjenige Basisumsatz herangezogen, den das (erfolglos) geschützte Unternehmen beim Bauprojekt «[...]» abredegemäss hätte erzielen sollen (vgl. zur

22-00034/COO.2101.111.4.382004 87

Begründung Rz 266 f. hiervor). Konkret ist die Offertsumme der Rocca + Hotz AG als (erfolglos) schutznehmendes Unternehmen von CHF [...] (beide Lose) exklusive Mehrwertsteuer massgebend. Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...]. 334. Im Folgenden ist die Art und Schwere des Kartellrechtsverstosses zu würdigen (dazu auch Rz 268 hiervor). 335. Die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend sind zudem gleichzeitig mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich

anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen. Zu berücksichtigen ist indes, dass die Abrede zwar umgesetzt worden ist, aber nicht zum angestrebten Ergebnis führte. Vielmehr konnte sich mit der [...] eine der Aussenwettbewerberinnen durchsetzen. Daher ist nicht von einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen (vgl. Rz 217 ff. hiervor). 336. Vor diesem Hintergrund ist der von der Rocca + Hotz AG begangene Kartellrechtsverstoss im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]» als mittelschwer zu werten. In Bezug auf die Foffa Conrad AG ist von einem eher leichten Verstoss auszugehen. 337. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Rocca + Hotz AG als nicht erfolgreiche «Schutznehmerin» der Submissionsabrede ein Basisbetrag von CHF [...] (5 %) und für die Foffa Conrad AG als «schützendes» Unternehmen ein Basisbetrag von CHF [...] (2,5 %) als angemessen. D.1.2.9.2 Dauer des Verstosses 338. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht zu erhöhen. D.1.2.9.3 Erschwerende und mildernde Umstände 339. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor (zur fehlenden passiven Rolle der Rocca + Hotz AG Rz 273 hiervor). D.1.2.9.4 Maximalsanktion 340. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird. D.1.2.9.5 Selbstanzeige 341. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 88

342. Die Foffa Conrad AG erstattete am 12. November 2012 Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Oberengadin. 212 In der Folge reichte sie mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In der Eingabe vom 30. November 2012<sup>213</sup> zeigte sie auch ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an und lieferte diesbezüglich im weiteren Verlauf des Verfahrens nähere Sachverhaltsauskünfte. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin. 343. Mit ihren Angaben trug die Foffa Conrad AG wesentlich zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die Foffa Conrad AG legte den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Ihre Abredetätigkeit stellte sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Foffa Conrad AG die Sanktion zu erlassen. 344. Die Rocca + Hotz AG reichte keine Selbstanzeige ein. D.1.2.9.6 Verhältnismässigkeit 345. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für die Rocca + Hotz AG tragbar (bezogen auf den einzelnen Verstoss; vgl. zu den Gesamtsanktionen Rz 398 ff.). Anzeichen, dass sie hierdurch in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würde, bestehen nicht. D.1.2.9.7 Ergebnis 346. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungsverwaltungsstrafe in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

Rocca + Hotz AG Foffa Conrad AG Umsatz [...] [...] Basisbetrag [...] (5 %) [...] (2,5 %) Erschwerende oder mildernde Umstände – – Summe [...] [...] 100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG – -[...] Bonus gemäss Art. 12 SVKG – – Sanktion [...] 0 Tabelle 5: Sanktionsübersicht betreffend «[...]»

212 Act. IX.C.20. 213 Act. IX.C.24, pag. 46.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 89

D.1.2.10 [...], Zuoz (2011) D.1.2.10.1 Basisbetrag 347. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). 348. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», Zuoz (vgl. Rz 207 hiervor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammen- hang mit diesem Bauprojekt beteiligten Unternehmen erzielten im relevanten Markt keinen Umsatz, da ihre Schutznahme erfolglos blieb (Rocca + Hotz AG) bzw. da ihnen lediglich die Rolle der Schutzgeberin zugeordnet war (Foffa Conrad AG). 349. Vorliegend wird hilfsweise derjenige Basisumsatz herangezogen, den das (erfolglos) ge- schützte Unternehmen beim Bauprojekt «[...]», Zuoz, abredegemäss hätte erzielen sollen (vgl. zur Begründung Rz 266 f. hiervor). Konkret ist die Offertsumme der Rocca + Hotz AG als (er- folglos) schutznehmendes Unternehmen von CHF [...] exklusive Mehrwertsteuer massge- bend. Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...]. 350. Im Folgenden ist die Art und Schwere des Kartellrechtsverstosses zu würdigen (dazu auch Rz 268 hiervor). 351. Die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend sind zudem gleichzeitig mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen. Zu berücksichti- gen ist indes, dass die Abrede zwar umgesetzt worden ist, aber nicht zum angestrebten Er- gebnis führte. Vielmehr konnte sich mit der [...], Hoch- und Tiefbau, Pontresina, eine der Aus- senwettbewerberinnen durchsetzen. Daher ist nicht von einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen (vgl. Rz 217 ff. hiervor). 352. Vor diesem Hintergrund ist der von der Rocca + Hotz AG begangene Kartellrechts- verstoss im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», Zuoz, als mittelschwer zu werten. In Bezug auf die Foffa Conrad AG ist von einem eher leichten Verstoss auszugehen. 353. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Rocca + Hotz AG als nicht erfolgreiche «Schutznehmerin» der Submissionsabrede ein Basisbetrag von CHF [...] (5 %) und für die Foffa Conrad AG als «schützendes» Unternehmen ein Basisbetrag von CHF [...] (2,5 %) als angemessen. D.1.2.10.2 Dauer des Verstosses 354. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbs- verstosses nicht zu erhöhen. D.1.2.10.3 Erschwerende und mildernde Umstände 355. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor (zur fehlenden passiven Rolle der Rocca + Hotz AG Rz 273 hiervor).

22-00034/COO.2101.111.4.382004 90

D.1.2.10.4 Maximalsanktion 356. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird. D.1.2.10.5 Selbstanzeige 357. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG. 358. Die Foffa Conrad AG erstattete am 12. November 2012 Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Oberengadin.<sup>214</sup> In der Folge reichte sie mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In der Eingabe vom 12. September 2018<sup>215</sup> zeigte sie auch ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin. 359. Die Selbstanzeige der Foffa Conrad AG in Bezug auf das strittige Projekt erging mehr als fünf Jahre nach der Verfahrensausdehnung auf das Oberengadin und zwar, nachdem die Behörde die Foffa Conrad AG darauf aufmerksam gemacht hatte, dass diesbezüglich noch keine Selbstanzeige von ihr vorlag und sie aufforderte, zum vorgeworfenen Sachverhalt Stellung zu nehmen oder ihre Selbstanzeige zu ergänzen.<sup>216</sup> 360. Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. b und c SVKG erlässt die Behörde einem Unternehmen die Sanktion unter anderem nur dann, wenn es der Behörde unaufgefordert sämtliche in seinem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel betreffend den Wettbewerbsverstoss vorlegt und während der gesamten Dauer des Verfahrens ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug mit der Behörde zusammenarbeitet. Die Voraussetzungen der unaufgeforderten und verzugslosen Kooperation sind vorliegend nicht gegeben. Dass die Foffa Conrad AG ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem strittigen Projekt offenbar nur aus Versehen nicht angezeigt hat<sup>217</sup>, ist dabei nicht von Bedeutung. H.\_\_\_\_ wurde am 29. Oktober 2015 zum Bauprojekt «[...]», Zuoz, befragt.<sup>218</sup> Alle Parteien waren zur Teilnahme an dieser Einvernahme zugelassen. In der Vorladung an H.\_\_\_\_ vom 18. September 2015 kündigte die Behörde dieses Befragungsthema zudem explizit an.<sup>219</sup> Der Foffa Conrad AG wurde sowohl die Vorladung als auch das Protokoll der Einvernahme von H.\_\_\_\_ zeitnah zur Kenntnis gebracht. So dann geht aus der Zwischenverfügung vom 23. November 2015 betreffend Verfahrenstrennung hervor, dass Gegenstand des vorliegenden Verfahrens auch eine allfällige Wettbewerbsabrede beim Bauprojekt «[...]», Zuoz, bildet. Vor diesem Hintergrund hätte die Foffa Conrad AG der Behörde spätestens im Herbst 2015 ihre Informationen betreffend dieses Bauprojekt offenlegen können und müssen, um ihren Obliegenheiten als Selbstanzeigerin nachzukommen. Damit scheidet ein vollständiger Sanktionserlass gemäss Art. 8 SVKG aus.

214 Act. IX.C.20. 215 Act. 57 (22-0459). 216 Act. 54 (22-0459). 217 Act. 57 (22-0459). 218 Act. IV.026, Zeilen 584 ff. 219 Act. I.354.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 91

361. Daher kommt für die Foffa Conrad AG lediglich eine Sanktionsreduktion bis zu 50 % in Betracht (Art. 12 SVKG). Mit ihren Angaben trug die Foffa Conrad AG zum Nachweis des Zustandekommens und der Umsetzung der Abrede bei. Zudem stellte sie ihre Abredetätigkeit mit der Untersuchungseröffnung ein. 362. Gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG richtet sich die Höhe der Reduktion massgeblich nach der Wichtigkeit des Beitrags, den eine Selbstanzeigerin zum Verfahrenserfolg liefert. Dabei gilt, dass die Bedeutung eines

möglichen Beitrags mit fortschreitendem Verfahren naturgemäss abnimmt. Vorliegend zeigte die Foffa Conrad AG ihre Beteiligung am Wettbewerbsverstoss erst zu einem späten Verfahrenszeitpunkt an. Zudem lag der Behörde zum Zeitpunkt der Selbstanzeige das zentrale Beweismittel, nämlich die E-Mail von H. \_\_\_ an I. \_\_\_ vom 18. Mai 2011 betreffend «[...]»<sup>220</sup>, bereits vor. Aus diesen Gründen erscheint der Kooperation der Foffa Conrad AG in Bezug auf die zu beurteilende Abrede eine Sanktionsreduktion von 30 % angemessen.<sup>363</sup> Nicht zum Tragen kommt vorliegend die Bonus Plus-Regelung gemäss Art. 12 Abs. 3 SVKG. Danach beträgt die Sanktionsreduktion bis zu 80 %, wenn ein Unternehmen unaufgefordert Informationen liefert oder Beweismittel vorlegt über weitere Wettbewerbsverstösse gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG. Zwar zeigte die Foffa Conrad AG der Behörde in der Vergangenheit andere Wettbewerbsverstösse an, wofür sie teils in den Genuss des vollständigen Sanktionserlasses, teils in den Genuss der Bonus Plus-Regelung kam. Die entsprechenden Verstösse zeigte sie aber zum einen viel früher an als diejenigen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», Zuoz. Zum anderen hatte die Behörde diese anderen Verstösse zum Zeitpunkt der vorliegenden Selbstanzeige, d.h. am 12. September 2018, allesamt bereits beurteilt und sanktioniert. Insofern liegt im Verhältnis zur vorliegenden Selbstanzeige keine Meldung «weiterer Wettbewerbsverstösse» im Sinne von Art. 12 Abs. 3 SVKG vor.<sup>364</sup> Die Rocca + Hotz AG reichte keine Selbstanzeige ein.

D.1.2.10.6 Verhältnismässigkeit <sup>365</sup>. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für die Foffa Conrad AG und die Rocca + Hotz AG tragbar (bezogen auf den einzelnen Verstoss; vgl. zu den Gesamtsanktionen Rz 398 ff.). Anzeichen, dass sie hierdurch in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würden, bestehen nicht.

D.1.2.10.7 Ergebnis <sup>366</sup>. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

Rocca + Hotz AG Foffa Conrad AG Umsatz [...] [...] Basisbetrag [...] (5 %) [...] (2,5 %) Erschwerende oder mildernde Umstände – – Summe [...] [...]

220 Act. III.C.102.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 92

Rocca + Hotz AG Foffa Conrad AG 100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG –

Bonus gemäss Art. 12 SVKG – [...] (-30 %) Sanktion [...] [...] Tabelle 6:  
Sanktionsübersicht betreffend «[...]», Zuoz D.1.2.11 [...], Zuoz (2011) D.1.2.11.1  
Basisbetrag <sup>367</sup>. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). <sup>368</sup>. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», Zuoz (vgl. Rz 207 hiervor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligten Unternehmen erzielten im relevanten Markt keinen Umsatz. Beweismässig ist unklar, ob bzw. welches Unternehmen durch die Abrede hätte «geschützt» werden sollen (vgl. Rz 171). <sup>369</sup>. Vorliegend wird daher hilfsweise der Umsatz der [...] als Zuschlagsempfängerin herangezogen. Die [...] erhielt den Zuschlag zum Preis von CHF [...] («[...]») und von CHF [...] («[...]»). Für beide Projekte beläuft sich die Zuschlagssumme auf CHF [...] exklusive Mehrwertsteuer. Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...]. <sup>370</sup>. Im Folgenden

ist die Art und Schwere des Kartellrechtsverstosses zu würdigen (dazu auch Rz 268 hiervor). 371. Die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis zum Gegenstand hatte (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG). Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential von Preisabreden unbestritten. Zu berücksichtigen ist indes, dass die Abrede zwar umgesetzt worden ist, aber unklar ist, ob bzw. welches Unternehmen hierdurch hätte geschützt werden sollen. Dies hat zur Folge, dass der Innenwettbewerb zwischen den Abredeteilnehmern infolge der Wettbewerbsabrede nicht vollständig, sondern nur weitgehend entfiel. Den Zuschlag erhielt sodann nicht eines der an der Abrede beteiligten Unternehmen, sondern die [...]. Daneben nahmen zunächst zwei weitere Unternehmen an der Ausschreibung teil, die ihre Angebote aber im weiteren Verlauf der Ausschreibung zurückzogen. Bei dieser Sachlage ist nicht von einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen (vgl. Rz 217 ff. hiervor). 372. In dieser besonderen Konstellation ist der von der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG begangene Kartellrechtsverstoss im Zusammenhang mit den Bauprojekten «[...]», Zuoz, als eher leicht zu werten. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für beide Unternehmen ein Basisbetrag von CHF [...] (2 %) als angemessen. D.1.2.11.2 Dauer des Verstosses 373. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbsverstosses nicht zu erhöhen.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 93

D.1.2.11.3 Erschwerende und mildernde Umstände 374. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor (zur fehlenden passiven Rolle der Rocca + Hotz AG Rz 273 hiervor). D.1.2.11.4 Maximalsanktion 375. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird. D.1.2.11.5 Selbstanzeige 376. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG. 377. Die Foffa Conrad AG erstattete am 12. November 2012 Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG betreffend mutmassliche Wettbewerbsverstösse im Oberengadin.<sup>221</sup> In der Folge reichte sie mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In der Eingabe vom 30. November 2012<sup>222</sup> zeigte sie auch ihr Verhalten im Zusammenhang mit den zu beurteilenden Bauprojekten an und lieferte diesbezüglich im weiteren Verlauf des Verfahrens nähere Sachverhaltsauskünfte. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin. 378. Mit ihren Angaben trug die Foffa Conrad AG wesentlich zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die Foffa Conrad AG legte den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Ihre Abredetätigkeit stellte sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Foffa Conrad AG die Sanktion zu erlassen. 379. Die Rocca + Hotz AG reichte keine Selbstanzeige ein. D.1.2.11.6 Verhältnismässigkeit 380. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für die Rocca +

Hotz AG tragbar (bezogen auf den einzelnen Verstoss; vgl. zu den Gesamtsanktionen Rz 398 ff.). Anzeichen, dass sie hierdurch in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würde, bestehen nicht. D.1.2.11.7 Ergebnis 381. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

Rocca + Hotz AG Foffa Conrad AG Umsatz [...] [...]

221 Act. IX.C.20. 222 Act. IX.C.24, pag. 42.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 94

Rocca + Hotz AG Foffa Conrad AG Basisbetrag [...] (2 %) [...] (2 %) Erschwerende oder mildernde Umstände – – Summe [...] [...] 100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG – [...] Bonus gemäss Art. 12 SVKG – – Sanktion [...] 0 Tabelle 7: Sanktionsübersicht betreffend «[...]», Zuoz D.1.2.12 [...], [...] (2012) D.1.2.12.1 Basisbetrag 382. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). 383. Der sachlich relevante Markt umfasst die Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», [...] (vgl. Rz 207 hiervor). Die am Wettbewerbsverstoss im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt beteiligten Unternehmen erzielten im relevanten Markt keinen Umsatz, da ihre Schutznahme erfolglos blieb (Rocca + Hotz AG) bzw. da ihnen lediglich die Rolle der Schutzgeberin zugedacht war (Foffa Conrad AG). 384. Vorliegend wird hilfsweise derjenige Basisumsatz herangezogen, den das (erfolglos) geschützte Unternehmen beim Bauprojekt «[...]», [...] abredegemäss hätte erzielen sollen (vgl. zur Begründung Rz 266 f. hiervor). Konkret ist die Offertsumme der Rocca + Hotz AG als (erfolglos) schutznehmendes Unternehmen von CHF [...] exklusive Mehrwertsteuer massgebend. Daraus ergibt sich für den Basisbetrag eine Obergrenze von CHF [...]. 385. Im Folgenden ist die Art und Schwere des Kartellrechtsverstosses zu würdigen (dazu auch Rz 268 hiervor). 386. Die Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG beteiligten sich an einer Abrede, die den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern zum Gegenstand hatte. Beim Abschluss und der Umsetzung der Abrede handelten sie vorsätzlich. Diese Art Wettbewerbsabrede läuft den Anliegen des Kartellgesetzes in schwerwiegender Weise zuwider. In der Ökonomie ist das Schädigungspotential von Abreden über den Preis und die Aufteilung von Geschäftspartnern unbestritten. Vorliegend sind zudem gleichzeitig mehrere der als im Wettbewerb besonders wesentlich anzuschauenden Parameter gemäss Art. 5 Abs. 3 KG betroffen. Zu berücksichtigen ist indes, dass die Abrede zwar umgesetzt worden ist, aber nicht zum angestrebten Ergebnis führte. Vielmehr konnte sich mit der [...] eine der Aussenwettbewerberinnen durchsetzen. Daher ist nicht von einer Wettbewerbsbeseitigung, sondern von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auszugehen (vgl. Rz 217 ff. hiervor). 387. Vor diesem Hintergrund ist der von der Rocca + Hotz AG begangene Kartellrechtsverstoss im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», [...], als mittelschwer zu werten. In Bezug auf die Foffa Conrad AG ist von einem eher leichten Verstoss auszugehen.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 95

388. Unter Berücksichtigung der Art und Schwere des kartellrechtlichen Verstosses erscheint für die Rocca + Hotz AG als nicht erfolgreiche «Schutznehmerin» der Submissionsabrede ein Basisbetrag von CHF [...] (5 %) und für die Foffa Conrad AG als «schützendes» Unternehmen ein Basisbetrag von CHF [...] (2,5 %) als angemessen.

D.1.2.12.2 Dauer des Verstosses 389. Der Basisbetrag ist wegen der projektbezogenen (kurzen) Dauer des Wettbewerbs- verstosses nicht zu erhöhen. D.1.2.12.3 Erschwerende und mildernde Umstände 390. Erschwerende oder mildernde Umstände liegen nicht vor (zur fehlenden passiven Rolle der Rocca + Hotz AG Rz 273 hiavor). D.1.2.12.4 Maximalsanktion 391. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjah- ren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Vorliegend erübrigt sich die Ermittlung der Gesamtumsätze der Parteien, da die Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG offensichtlich nicht überschritten wird. D.1.2.12.5 Selbstanzeige 392. Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion infolge einer Selbstanzeige richten sich nach Art. 8 und 12 SVKG. 393. Die Foffa Conrad AG erstattete am 12. November 2012 Selbstanzeige gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG betreffend mutmassliche Wettbewerbs- verstösse im Oberengadin.<sup>223</sup> In der Folge reichte sie mündliche und schriftliche Ergänzungen ihrer Selbstanzeige ein. In der Eingabe vom 30. November 2012<sup>224</sup> zeigte sie auch ihr Verhal- ten im Zusammenhang mit dem zu beurteilenden Bauprojekt an und lieferte diesbezüglich im weiteren Verlauf des Verfahrens nähere Sachverhaltsauskünfte. Damit ist sie in Bezug auf den vorliegenden Wettbewerbsverstoss die erste Selbstanzeigerin. 394. Mit ihren Angaben trug die Foffa Conrad AG wesentlich zum Nachweis des Wettbe- werbsverstosses bei. Auch die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass der Sanktion sind erfüllt. Die Foffa Conrad AG legte den Wettbewerbsbehörden unaufgefordert die in ihrem Ein- flussbereich liegenden Informationen und Beweismittel in Bezug auf die vorliegende Abrede vor und kooperierte ununterbrochen, uneingeschränkt und ohne Verzug. Ihre Abredetätigkeit stellte sie mit der Eröffnung der Untersuchung ein. Damit ist der Foffa Conrad AG die Sanktion zu erlassen. 395. Die Rocca + Hotz AG reichte keine Selbstanzeige ein. D.1.2.12.6 Verhältnismässigkeit 396. Der vorliegend festgesetzte Sanktionsbetrag ist für die Rocca + Hotz AG tragbar (bezo- gen auf den einzelnen Verstoss; vgl. zu den Gesamtsanktionen Rz 398 ff.). Anzeichen, dass sie hierdurch in ihrer Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit bedroht würde, bestehen nicht.

223 Act. IX.C.20. 224 Act. IX.C.24, pag. 50.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 96

D.1.2.12.7 Ergebnis 397. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die Behörde eine Verwal- tungssanktion in folgender Höhe als dem Verstoss der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen:

Rocca + Hotz AG Foffa Conrad AG Umsatz [...] [...] Basisbetrag [...] (5 %) [...] (2,5 %) Erschwerende oder mildernde Umstände – – Summe [...] [...] 100 %-Bonus gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG – -[...] Bonus gemäss Art. 12 SVKG – – Sanktion [...] 0

Tabelle 8:  
Sanktionsübersicht betreffend Bauprojekt «[...]», [...] D.1.3 Gesamtsanktionen pro Unternehmen 398. Für die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG ergeben sich zusammengefasst folgende Sanktionen: Bauprojekt Rocca + Hotz AG Foffa Conrad AG «[...]», [...] (2008) – – «[...]», la Punt Chamues- ch (2008) – – «[...]», [...] (2008) [...] 0

«[...]», Zuoz (2009) [...] 0 «[...]», S-chanf (2010) [...] 0 «[...]», Zuoz (2011) [...] 0  
«[...]», [...] (2011) [...] 0 «[...]», Zuoz (2011) [...] [...] «[...]», Zuoz (2011) [...] 0  
«[...]», [...] (2012) [...] 0 Total [rund 480'000] [11'000]

399. Die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau und die Broggi Lenatti AG werden für den Wettbe- werbsverstoss im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]», S-chanf (2008), solidarisch mit dem Betrag von CHF [rund 2'000] gebüsst.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 97

D.1.4 Tragbarkeit der Gesamtsanktionen D.1.4.1 Grundlagen 400. Das Kartellgesetz bezweckt gemäss Art. 1 KG volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu för- dern. Hierbei ist die Förderung des Wettbewerbs ein zentrales Anliegen, welches dadurch er- reicht werden soll, dass Unternehmen untereinander in Wettbewerb treten. Daher ist es nicht Ziel der Wettbewerbsbehörden, an sich gesunde Wettbewerber durch überhöhte Sanktionen aus dem Markt zu drängen und damit den Wettbewerb in der Schweiz einzuschränken. 401. Eine Sanktion muss daher als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen dahingehend finanziell tragbar sein, dass diese nicht aus dem Markt ausscheiden. Dieses Kriterium wird regelmässig schwer zu beurteilen sowie in Relation zur Risikobereitschaft und Anlagestrategie der Unternehmung und ihrer Anteilseigner zu setzen sein, weshalb es nur bei drohenden Marktaustritten Berücksichtigung finden kann. Die Höhe der Busse ist dahingehend zu begrenzen, dass die Sanktion weder die Wettbewerbs- noch die Existenzfähigkeit des betroffenen Unternehmens unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände bedroht. Der Sanktionsbetrag muss zur finanziellen Leistungsfähigkeit des Unternehmens in einem angemessenen Verhältnis stehen. Zu beachten ist auch der Wille der Anteilseigner, das Unternehmen weiterzuführen. Gleichzeitig ist im Interesse der Präventivwirkung und Durch- setzbarkeit des Kartellgesetzes grundsätzlich im Minimum die infolge des Verstosses unzu- lässigerweise erzielte Kartellrente abzuschöpfen.<sup>225</sup> 402. Gemäss Art. 43 Abs. 1 SchKG<sup>226</sup> ist die Konkursbetreuung für Gebühren und Bussen in jedem Fall ausgeschlossen. Es kann daher eine entsprechende Betreuung durch die WEKO alleine in keinem Fall ursächlich für die Zahlungsunfähigkeit eines Unternehmens sein. Den- noch ist die Konkursbetreuung durch einen Dritten nicht auszuschliessen, wenn durch eine Busse und/oder Gebühren die finanzielle Lage eines Unternehmens derart geschwächt wird, dass dieses einen Zahlungsausfall erleidet. Insolvenzgründe bilden Anlass zur Eröffnung ei- nes Insolvenzverfahrens, als solche kommen die Zahlungsunfähigkeit (also fehlende Liquidi- tät) und die Überschuldung in Frage. Daher zielt die Analyse der Finanzlage eines Unterneh- mens darauf ab, ob durch eine Belastung durch die WEKO eine akute Zahlungsunfähigkeit oder eine Überschuldung eintritt, welche durch das Unternehmen selbst oder den Anteilseig- nern getragen werden kann, oder ob aufgrund der Belastung durch die WEKO eine Fortfüh- rung des Unternehmens nicht wahrscheinlich ist. 403. Vorliegend brachte die [...] vor, dass die vom Sekretariat beantragte Sanktionen für ihr Unternehmen nicht tragbar sei. Ob und ggf. in welchem Umfang dies zutrifft, ist im Folgenden zu prüfen. 404. Bei den übrigen Parteien bestehen keine Anzeichen, dass die auszusprechenden Ge- samtsanktionen nicht tragbar wären. Dies wurde von ihnen auch nicht geltend gemacht.

225 Vgl. ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150 m.w.H., Elektroinstallationsbetriebe Bern. Vgl. des Weiteren auch RPW 2010/4, 765 Rz 432, Baubeschläge (Entscheid noch nicht rechtskräftig); RPW 2013/2, 142 Rz 332, Abrede im Speditionsbereich. 226 Bundesgesetz vom 11.4.1989 über die Schuldbetreibung und den Konkurs; SR 281.1.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 98

D.1.4.2 [...] 405. [...]227, [...]228 [...]229, [...]. D.1.4.2.1 [...] 406. [...]230 [...] 407. [...]231 408. [...] 409. [...] 410. [...] 411. [...] 412. [...] 413. [...] D.1.4.2.3 [...] 414. [...].

227 Act. 81 (22-0459). 228 Act. 89 (22-0459). 229 Act. 93 (22-0459). 230 Act. 93 (22-0459), Rz 197 ff. 231 Vgl. anstelle vieler: KLAUS DELLMANN, in: SZW 1997, 66.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 99

E Kosten 415. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG232 ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren ver- ursacht hat. 416. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn auf- grund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Un- ternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise unzulässigen wettbewerbsbeschränken- den Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde233. Vorliegend ist daher eine Gebühren- pflicht der Verfügungsadressatinnen zu bejahen. Dies gilt auch für die beiden Verstösse gegen das Kartellrecht im Zusammenhang mit den Bauprojekten «[...]», [...], und «[...]», la Punt Chamues-ch, deren Unzulässigkeit zwar festgestellt worden ist, bei denen aber in zeitlicher Hinsicht die Sanktionierungsmöglichkeit entfällt (vgl. Rz 243 hiervor). Die beiden daran betei- ligten Unternehmen sind diesbezüglich als Verursacher im Sinne der GebV-KG zu betrachten. 417. Die vorliegende Untersuchung wurde mit Verfügung vom 23. November 2015 von der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden getrennt. Vom aus der Untersuchung 22-0433: Bauleistungen Graubünden bis dahin entstandenen Verfahrensaufwand wird ein An- teil von CHF 55'000 dem vorliegenden Verfahren zugerechnet. Insbesondere führte die Be- hörde vor der Verfahrenstrennung in Bezug auf die vorliegend zu beurteilenden Wettbewerbs- verstösse diverse Einvernahmen und mündliche Ergänzungen der Selbstanzeigen, Amtshilfebegehren und Auskunftsbegehren durch und wertete die anlässlich der Hausdurch- suchungen beschlagnahmten physischen und elektronischen Unterlagen im Hinblick auf die vorliegenden Verstösse aus. 418. Zusätzlich entfallen auf das vorliegende Verfahren Gebühren, die auf der Grundlage der nach der Verfahrenstrennung aufgewendeten Stunden zu berechnen sind. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt dabei ein Stundenansatz von CHF 100 bis 400. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG). 419. Nach der Verfahrenstrennung ergeben sich folgende zusätzliche Gebühren: ■ 6 Stunden zu CHF 130, ergebend CHF 780. ■ 225 Stunden zu CHF 200, ergebend CHF 45'000. ■ 18 Stunden zu CHF 290, ergebend CHF 5'220. 420. Die Verfahrenskosten nach Verfahrenstrennung belaufen sich demnach auf CHF 51'000. Insgesamt betragen die Verfahrenskosten damit CHF 106'000. 421. Ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung von Kartellen Gegenstand eines Verfahrens, so gelten grundsätzlich alle daran Beteiligten gemeinsam und in gleichem

Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens. Dem entsprechend gestaltet sich die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, gemäss welcher – in Ermangelung besonderer Umstände, die das Ergebnis als stossend erscheinen liessen – eine Pro-Kopf-

232 Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2). 233 BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 (= RPW 2002/3, 546 f.), BKW FMB Energie AG; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 100

Verlegung der Kosten vorgenommen wird. Insbesondere Gleichheits-, aber auch Praktikabilitätsabwägungen stehen dabei im Vordergrund.<sup>234</sup> 422. Vorliegend ist jedoch zu beachten, dass die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau nur einen Wettbewerbsverstoss begangen hat, während die Rocca + Hotz AG und die Foffa Conrad AG an allen zehn Wettbewerbsverstössen beteiligt waren. Vor diesem Hintergrund ist es angezeigt, bei der Verlegung der Verfahrenskosten zwischen den unterschiedlichen Beteiligungen der Parteien an den begangenen Wettbewerbsverstössen zu differenzieren. Zudem ist zu beachten, dass der von der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau begangene Verstoss infolge wirtschaftlicher Kontinuität ebenfalls der Broggi Lenatti AG zuzurechnen ist (vgl. Rz 250 ff. hier vor). Die Broggi Lenatti AG haftet daher für die der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau aufzuerlegenden Verfahrenskosten solidarisch. 423. Eine weitere Abweichung von der Pro-Kopf-Verlegung der Kosten ist vorliegend in Bezug auf den Aufwand von CHF 4'000 angezeigt, [...]. Anteilsmässig sind von den Parteien hingegen auch diejenigen Kosten zu tragen, die durch die Beurteilung der Stellungnahme der Rocca + Hotz AG zum Antrag des Sekretariats inkl. Folgemaassnahmen und die Anhörung der Rocca + Hotz AG durch die WEKO entstanden sind, obwohl die Foffa Conrad AG, Broggi Lenatti AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau selber keine Stellungnahme eingereicht und auch auf eine Anhörung verzichtet haben. Diese Kosten resultierten aus einem typischen Verlauf einer kartellrechtlichen Untersuchung und gelten daher von allen Parteien als mitverursacht. Insofern ist dem Antrag der Foffa Conrad AG in ihrer Eingabe vom 25. Januar 2019<sup>235</sup> zu entnehmen, dass ihr keine zusätzlichen Kosten aus dem Verfahren nach Antragsversand aufzuerlegen seien, nicht zu folgen. 424. Konkret sind den Parteien folgende Verfahrenskosten aufzuerlegen: ■ Die Broggi Lenatti AG und die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau tragen solidarisch CHF 3'400. ■ Die Foffa Conrad AG trägt CHF 49'300. ■ Die Rocca + Hotz AG trägt CHF 53'300.

234 RPW 2009/3, 221 Rz 174, Elektroinstallationsbetriebe Bern. 235 Act. 80 (22-0459).

22-00034/COO.2101.111.4.382004 101

F Ergebnis 425. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis: 426. Zwischen der Rocca + Hotz AG und Foffa Conrad AG kam es in den Jahren 2008 bis 2012 bei folgenden zehn Hoch- und Tiefbauprojekten im Oberengadin zu bilateralen Angebotskoordinierungen (vgl. Rz 41 ff.): ■ «[...]», [...] (2008); ■ «[...]», la Punt Chamuesch (2008); ■ «[...]», [...] (2008); ■ «[...]», Zuoz (2009); ■ «[...]», S-chanf (2010); ■ «[...]», Zuoz (2011); ■ «[...]», [...] (2011); ■ «[...]», Zuoz (2011); ■ «[...]», Zuoz (2011); ■ «[...]», [...] (2012). 427. Die entsprechenden Vereinbarungen stellen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar. Sie sind als horizontale Geschäftspartner- und Preisabreden zu werten (die

Wettbewerbsabrede betreffend die Bauprojekte «[...]» nur als Preisabrede). Als solche erfüllen sie den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG. Im Fall «[...]», [...] (2008), war an der Abstimmung des Bieterverhaltens auch die P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau beteiligt. Die entsprechende Abrede zwischen ihr und der Rocca + Hotz AG ist als Geschäftspartnerabrede zu qualifizieren. Als solche erfüllt sie den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG. 428. In allen Fällen greift gemäss Art. 5 Abs. 3 KG die Vermutung, dass der wirksame Wettbewerb beseitigt ist (vgl. Rz 202 f.). Im Fall «[...]», la Punt Chamues-ch (2008), lag kein hinreichender Aussen- oder Innenwettbewerb auf dem relevanten Markt vor, der wirksamen Wettbewerb hätte gewährleisten können. Die Wettbewerbsabrede im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt stellt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG dar (vgl. Rz 210 ff.). In den übrigen Fällen lässt sich die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zwar widerlegen. Allerdings handelt es sich nicht um Bagatellfälle. Die betreffenden Abreden sind daher als erhebliche Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu werten. Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG sind nicht ersichtlich und wurden auch nicht vorgebracht. Die Abreden im Zusammenhang mit den betreffenden neun Bauprojekten sind ebenfalls als unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG zu qualifizieren (vgl. Rz 217 ff. i.V.m. 221 f.). 429. Die Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit den Bauprojekten «[...]», [...] (2008), und «[...]», la Punt Chamues-ch (2008), können nicht sanktioniert werden, da die Dauer zwischen Verfahrenseröffnung und Einstellung der Wettbewerbsbeschränkung fünf Jahre übersteigt (Art. 49a Abs. 3 Bst. b KG). In den übrigen Fällen sind die Voraussetzungen für eine Sanktionierung gegeben. Der Broggi Lenatti AG ist der von der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau im Zusammenhang mit dem Bauprojekt «[...]» begangene Verstoß gegen das Kartellgesetz infolge wirtschaftlicher Kontinuität zuzurechnen (vgl. Rz 250 ff. hiervor).

22-00034/COO.2101.111.4.382004 102

430. Unter Würdigung aller relevanten Sanktionsbemessungskriterien sind die Untersuchungsadressaten mit folgenden Bussen zu belasten: ■ die Broggi Lenatti AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau solidarisch mit einem Betrag von CHF [rund 2'000]; ■ die Foffa Conrad AG mit einem Betrag von CHF [rund 11'000]; ■ die Rocca + Hotz AG mit einem Betrag von CHF [rund 480'000]. 431. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Untersuchungsadressaten die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Rz 415 ff.). Bei der Verlegung der Verfahrenskosten ist der unterschiedlichen Anzahl Beteiligungen der Parteien an den begangenen Wettbewerbsverstößen Rechnung zu tragen.

22-00034/COO.2101.111.4.382004 103

G Dispositiv Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission (Art. 30 Abs. 1 KG): 1. Der Broggi Lenatti AG, der Foffa Conrad AG, der P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau und der Rocca + Hotz AG wird untersagt: 1.1. Konkurrenten und Konkurrentinnen im Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen oder derartiges anzubieten; 1.2. sich in Zusammenhang mit der Erbringung von Hoch- und Tiefbauleistungen mit Konkurrenten und Konkurrentinnen vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Kundinnen und Gebieten auszutauschen. Davon ausgenommen ist der

Austausch unabdingbarer Informationen im Zusammenhang mit: a) der Bildung und Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE); sowie b) der Mitwirkung an der Auftragserfüllung als Subunternehmer. 2. Wegen Beteiligung an gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabreden mit folgenden Beträgen nach Art. 49a Abs. 1 KG belastet werden: 2.1. die Broggi Lenatti AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau solidarisch mit einem Betrag von CHF [rund 2'000]. 2.2. die Foffa Conrad AG mit einem Betrag von CHF [rund 11'000]. 2.3. die Rocca + Hotz AG mit einem Betrag von CHF [rund 480'000]. 3. Die Verfahrenskosten betragen CHF 106'000 und werden folgendermassen auferlegt: 3.1. Die Broggi Lenatti AG und P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau tragen solidarisch CHF 3'400. 3.2. Die Foffa Conrad AG trägt CHF 49'300. 3.3. Die Rocca + Hotz AG trägt CHF 53'300. Die Verfügung ist zu eröffnen: - Broggi Lenatti AG, Legs-cha Zugr 4a, 7482 Bergün/Bravuogn; vertreten durch RA Peder Cathomen, Veia Vedem 3, 7458 Mon - Foffa Conrad AG, Scheschna 294, 7530 Zernez; vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Gerald Brei, Voillat Facincani Sutter + Partner, Fortunagasse 11-15, 8001 Zürich - P. Lenatti AG, Hoch- und Tiefbau, Via Maistra 1, 7502 Bever; vertreten durch RBT AG, Fritz Nyffenegger, Piazza dal Mulin 6, 7500 St. Moritz - Rocca + Hotz AG, Dorta 74, 7524 Zuoz vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Seraina Denoth, Legal Partners Zurich, Selnaus- trasse 6, 8001 Zürich

22-00034/COO.2101.111.4.382004 104

Wettbewerbskommission Prof. Dr. Andreas Heinemann Prof. Dr. Patrik Ducrey Präsident  
Direktor

Rechtsmittelbelehrung: Gegen diese Verfügung kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Die angefochtene Verfügung und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen.

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