

# **WEKO tunnelreinigung-2015-02-23 vom 23. Februar 2015**

WEKO, 2015-02-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko\\_tunnelreinigung-2015-02-23](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_tunnelreinigung-2015-02-23)

FR: WEKO tunnelreinigung-2015-02-23 du 23 février 2015

IT: WEKO tunnelreinigung-2015-02-23 del 23 febbraio 2015

## **Erwägungen**

### **E. 49**

mehrere Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen zusammenwirken, um sich oder andere hinsichtlich der Ausübung oder der Aufnahme des Wettbewerbs zu beschränken. 156. Der Begriff der Wettbewerbsabrede wird in Art. 4 Abs. 1 KG definiert. Nach dem Wort- laut des Gesetzes genügt bereits das Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung, um vom Anwendungsbereich der Norm erfasst zu werden. Die Abrede muss noch keine Wirkung ge- zeitigt haben. Die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich; eine Ab- rede muss nach Art. 4 Abs. 1 KG objektiv geeignet sein, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen.<sup>229</sup> 157. Ob die Parteien solche Abreden getroffen haben und ob eine unzulässige Wettbe- werbsabrede gemäss Art. 5 KG vorliegt, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung erör- tert. Es wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen und auf deren Wiedergabe an dieser Stelle verzichtet. C.1.3 Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich 158. Auf Ausführungen zum örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des KG kann hier ver- zichtet werden. Die Voraussetzungen zur Anwendung des KG in örtlicher und zeitlicher Hin- sicht sind vorliegend unbestritten erfüllt. C.2 Parteien/Verfügungsadressatinnen C.2.1 Allgemeines 159. Im Kartellgesetz besteht, wie erwähnt, die Spezialität, dass dieses nach Art. 2 Abs. 1bis KG auf Unternehmen anwendbar ist, unabhängig von deren Rechts- oder Organisationsform. Das Kartellgesetz statuiert hingegen keine eigene Definition der Partei- und Prozessfähigkeit und weicht mithin nicht von der übrigen Rechtsordnung, insbesondere dem Verwaltungsver- fahrensgesetz, ab. 160. Gemäss Art. 6 VwVG (i. V. m. Art. 39 KG) gelten als Parteien Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Be- hörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. 161. Voraussetzungen der Parteistellung sind zunächst die Partei- und die Prozessfähig- keit.<sup>230</sup> Das Verwaltungsverfahrensgesetz regelt die Partei- und Prozessfähigkeit nicht. Diese richten sich vielmehr nach dem Zivilrecht. Die Parteifähigkeit stellt die Fähigkeit dar, im Ver- fahren unter eigenem Namen als Partei aufzutreten; parteifähig ist, wer rechtsfähig ist. Rechtsfähig sind die natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts und des öffentli- chen Rechts. Die Prozessfähigkeit ist die rechtliche Befugnis, in eigenem Namen oder als Vertreter im Verfahren rechtswirksam zu handeln. Sie ist dann gegeben, wenn die parteifähi- ge Person auch handlungsfähig ist.<sup>231</sup> Die Handlungsfähigkeit beurteilt sich nach Art. 17 f. ZGB<sup>232</sup>.

<sup>229</sup> Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, Gebro/WEKO. <sup>230</sup> Vgl. Urteil des BVGer E-7337/2006 vom 11.2.2008, E. 3.2. <sup>231</sup> Vgl. Urteil des BGer 2C\_303/2010 vom 24.10.2011, E. 2.3. <sup>232</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Zivilgesetzbuch, ZGB; SR 210).

**E. 50**

162. Parteistellung kommt in erster Linie derjenigen Person zu, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung regeln soll. Diese wird auch als materielle Verfügungsadressatin bezeichnet.<sup>233</sup> 163. Auch wenn das Kartellgesetz nach Art. 2 Abs. 1 bis KG Unternehmen unabhängig von ihrer Rechtsform seinem Geltungsbereich unterstellt, ändert dies nichts daran, dass nur ein Subjekt mit Rechtspersönlichkeit Träger von Rechten und Pflichten und damit Verfügungsadressat sein kann. Dies hat zur Folge, dass in einem Kartellverfahren das Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes und der Adressat einer Verfügung auseinanderfallen können.<sup>234</sup> 164. Soweit vorliegend ein Konzern bzw. eine konzernähnliche „wirtschaftliche Gesamtheit“ verfahrensbeteiligt ist, ist zu berücksichtigen, dass diesen weder Rechts- noch Handlungsfähigkeit zukommt. Da diese Unternehmen somit mangels Partei- und Prozessfähigkeit nicht Verfügungsadressaten sein können, ist im Einzelfall zu prüfen, an welche Rechtsträger beziehungsweise an welche juristisch selbständigen Konzerngesellschaften eine Verfügung zu eröffnen ist.<sup>235</sup> Wird etwa eine kartellrechtsrelevante Verhaltensweise durch eine abhängige Konzerngesellschaft (Tochtergesellschaft) ausgeübt, werden aber die der Verhaltensweise zugrunde liegenden strategischen Entscheide auf der Ebene der herrschenden Konzerngesellschaft (Muttergesellschaft), das heisst von der Konzernleitung gefällt, sind nach der Praxis der WEKO beide Gesellschaften als Verfügungsadressatinnen zu betrachten.<sup>236</sup> Die Praxis der WEKO behandelt dabei die Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin und die Tochtergesellschaft als formelle Verfügungsadressatin.<sup>237</sup> Entsprechendes muss auch bei den anderen, als ein einziges Unternehmen erfassten wirtschaftlichen Gesamtheiten gelten. C.2.2 Materielle Verfügungsadressatinnen ausserhalb von Konzernverhältnissen 165. Wenige Probleme bereitet die Bestimmung der jeweiligen materiellen Verfügungsadressatin, soweit kein Konzernverhältnis vorliegt. Darunter fällt in der vorliegenden Untersuchung lediglich besa. Entsprechend ist diese Gesellschaft materielle Verfügungsadressatin. C.2.3 Materielle Verfügungsadressatinnen bei Konzernverhältnissen 166. Schwieriger fällt die Bestimmung der materiellen Verfügungsadressatin demgegenüber, wenn ein Konzernverhältnis vorliegt und die wettbewerbsrechtlich zu würdigenden Handlungen von Konzerntochtergesellschaften vorgenommen wurden. Bei Vorliegen eines solchen Konzernsachverhalts hat die WEKO in der Vergangenheit (und zwar auch in der jüngeren) wiederholt Verfügungen ausschliesslich an Tochtergesellschaften gerichtet.<sup>238</sup> Be-

<sup>233</sup> Vgl. Urteil des BGer 9C\_918/2009 vom 24.12.2009, E. 4.3.1; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, 1983, 148. <sup>234</sup> Vgl. JENS LEHNE, BSK KG, Art. 2 KG N 21. <sup>235</sup> Vgl. VON BÜREN, Der Konzern, in: Schweizerisches Privatrecht, achter Band, sechster Teilband, von Büren/Girsberger/Kramer/Sutter-Somm/Tercier/Wiegand (Hrsg.), 2. Aufl., 2005, 485. <sup>236</sup> Vgl. RPW 2004/2, 421 Rz 67, Swisscom ADSL. <sup>237</sup> Vgl. RPW 2007/2, 190, Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern; bestätigt im Urteil des BVer, RPW 2010/2, 336 f. E. 4.5, Publigroupe SA et al./WEKO bzw. im Urteil des Bundesgerichts 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, E. 3 (=RPW 2013/1, 118 f.; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), Publigroupe SA et al./WEKO. <sup>238</sup> Siehe beispielsweise RPW 2010/4, 649 Rz 2 und 655 Rz 49, Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra: Dass es sich bei den materiellen Verfügungsadressatinnen Pfizer AG, Eli Lilly (Suisse) SA und Bayer (Schweiz) AG um

Tochtergesellschaften handelt, wird in Fn 2 der Verfügung ausdrücklich festgehalten. RPW 2010/4, 717 Rz 3 f. und 773 Dispositiv, Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren: Die Roto Frank AG wird ebenso wie die Siegenia-Aubi AG als Toch-

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 51

anstandet oder gar von Amtes wegen korrigiert wurde dieses Vorgehen von den Rechtsmittelinstanzen in diesen Fällen nicht, vielmehr stimmten sie ihm, zumindest implizit, zu.<sup>239</sup> Da- neben kam es auch vor, dass einzig die Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadres- satin behandelt wurde. Daneben wurde, insbesondere in den jüngsten Fällen, von der WEKO sowohl die Mutter- als auch die Tochtergesellschaft als materielle Verfügungsadres- satinnen betrachtet und unter solidarischer Haftbarkeit sanktioniert.<sup>240</sup> Diese Vorgehenswei- se ist auch in der Rechtsprechung der Europäischen Union zu beobachten.<sup>241</sup> C.2.4 Konzerntochtergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen 167. Im vorliegenden Fall ist es gerechtfertigt, jedenfalls auch die jeweils konkret handelnde Konzerntochtergesellschaft zu erfassen.<sup>242</sup> Für diese Vorgehensweise spricht unter ande- rem, dass diese Untersuchung im Einklang mit der bisherigen Praxis im Bereich der Submis- sionsabreden gegen die Konzerntochtergesellschaften eröffnet wurde.<sup>243</sup> Dafür spricht fer- ner, dass das in kartellrechtlicher Hinsicht zu beurteilende Verhalten direkt von diesen Gesellschaften ausgeht, sie mithin dem Geschehen „am Nächsten stehen“. Infolgedessen sind vorliegend die ISS Kanal Services AG, die ISS Bernasconi SA und die Franz Pfister Maschinelle Reinigungs AG als materielle Verfügungsadressatinnen zu behandeln.

tergesellschaft bezeichnet, gleichwohl werden diese Gesellschaften und nicht deren Muttergesell- schaften als materielle Verfügungsadressatinnen behandelt. RPW 2009/3 197 Rz 5 und 203 Rz 37 f., Elektroinstallationsbetriebe Bern: In dieser Verfügung wird beispielsweise die Elektro Burkhalter AG ausdrücklich als Teil der Burkhalter-Gruppe bezeichnet und dennoch als materielle Verfügungsadressatin betrachtet und sanktioniert. RPW 2008/1, 87 Rz 13 und 94 Rz 68 ff., Stras- senbeläge Tessin: In dieser Verfügung wird die Batigroup (Ticino) SA, später Implenia (Ticino) SA, durch das Dispositiv verpflichtet, obwohl es sich bei dieser – wie etwa die Firma und der Firmen- wechsel nahelegen – um eine abhängige Gesellschaft eines Konzerns gehandelt haben dürfte. RPW 2007/2, 250 Rz 46, Terminierung Mobilfunk: In dieser Verfügung wird die Swisscom Mobile AG, die eine Tochtergesellschaft ist, mit einer Sanktion belegt, ergo als materielle Verfügungsad- ressatin erachtet. <sup>239</sup> Exemplarisch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 377 f. E. 3, Implenia (Ticino) SA/WEKO, wo ohne nähere Prüfung eines allfälligen, an sich naheliegenden Konzernverhältnisses die Implenia (Ticino) SA als materielle Verfügungsadressatin betrachtet wurde. Urteil des BVGer, RPW 2010/2 262 E. 3.1 und 307 E. 10.7.5, Swisscom Schweiz AG/WEKO und Urteil des BGer 2C\_343/2010 vom 11.4.2011, E. 2.3 und 3.1: Die am Verfahren beteiligte Swisscom (Schweiz) AG ist bekanntlich eine Tochtergesellschaft der Swisscom AG. Zu diesem Konzernverhältnis und insbesondere zu den Folgen, die dieses für die Stellung der einzelnen Swisscom-Gruppengesellschaften als materielle Verfügungsadressatin/nen zeitigt bzw. zeitigen könnte, äussern sich aber weder das BVGer noch das BGer. <sup>240</sup> RPW 2010/1, 120 Rz 27, Preispolitik Swisscom ADSL; wohl bereits in diesem Sinn RPW 2004/2, 421 Rz 66 f., Swisscom ADSL. <sup>241</sup> Urteil des EuGH vom 10.9.2009 C-97/08 P, Kazoo Nobel et al./Kommission, Sl.2009 I-8237, Rz 77; siehe dazu auch FRÉDÉRIQUE WENNER/BERTUS VAN BARLINGEN, European Court of Justice confirms Commission's approach on parental liability, in: Competition Policy Newsletter,

2010/1, 23 ff., 27: „In view of the Court’s ruling, parent companies should now systematically expect to be held jointly and severally liable for the anticompetitive infringement committed by their wholly owned subsidiaries.“ Für weitere Beispiele siehe die Übersicht in ANNA-ANTONINA SKOCZYLAS, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern, 2011, 70 ff. 242 Anders etwa SAMUEL JOST, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basel 2013, Rz 729 f., der sich für eine Behandlung einzig der Konzernmuttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin ausspricht. 243 Siehe Rz 8.

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 52

C.2.5 Konzernmuttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen 168. Das BVGer hat in einem jüngeren kartellrechtlichen Urteil<sup>244</sup> festgehalten, es könne aufgrund der 100-prozentigen Angehörigkeit einer Tochtergesellschaft zur Muttergesellschaft sowie diverser personeller Verflechtungen zwischen diesen Gesellschaften davon ausgegangen werden, dass eine Tochtergesellschaft zwar rechtlich, nicht aber wirtschaftlich selbstständig auftrete. Folglich liege ein Konzern vor. Gestützt darauf erachtete es das BVGer als korrekt, die Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin zu betrachten und ihr die Sanktion aufzuerlegen. Gemäss dieser Ansicht des BVGer führt das Bestehen eines Konzernverhältnisses (verstanden im Sinne des Leitungsprinzips)<sup>245</sup> also eo ipso dazu, dass die Muttergesellschaft – ohne weitere Voraussetzungen erfüllen zu müssen – als „Repräsentantin“ der wirtschaftlichen Einheit Konzern und damit des Unternehmens im Sinne von Art. 2 KG zu verstehen und sie (und nur sie) als materielle Verfügungsadressatin zu betrachten ist. Eine diesbezügliche Änderung am Urteil des BVGer nahm das BGer nicht vor.<sup>246</sup> 169. Eine kumulative Erfassung sowohl der Konzerntochter- als auch der Konzernmuttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen erscheint in casu auch vor dem Hintergrund der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung angezeigt. Denn das BGer hält in seiner Entscheidung „Publigroupe“ fest, dass es „(...) vorzuziehen gewesen [wäre], alle sechs Beschwerdeführer wären von Anfang an ins Verfahren einbezogen worden“. Diese Aussage spricht dafür, sowohl die Konzerntochter- als auch die -muttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen zu behandeln. 170. Gemäss dem Vorangegangenen, insbesondere dem jüngeren bundesverwaltungsgerichtlichen, vom BGer nicht beanstandeten Entscheidung, kann also die Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin betrachtet und sanktioniert werden, sobald von einem Konzernverhältnis im Sinne des Leitungsprinzips auszugehen ist.<sup>247</sup> 171. Zusammenfassend stellen damit die Konzernmuttergesellschaften von ISS und Pfister namentlich die ISS Schweiz AG und die MRR Holding AG neben ihren Tochtergesellschaften materielle Verfügungsadressatinnen dar.<sup>248</sup> 172. Die unter den oben stehenden Gesichtspunkten angezeigte Untersuchungsausdehnung auf die vorgenannten Konzernmuttergesellschaften erfolgte am 15. April 2014.<sup>249</sup> C.3 Vorbehaltene Vorschriften 173. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich

<sup>244</sup> Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 E. 4 ff., Publigroupe SA und

Mitbeteiligte/WEKO. <sup>245</sup> Im Gegensatz zum Kontrollprinzip, bei welchem bereits bei

Bestehen einer Beherrschungsmöglichkeit vom Vorliegen eines Konzerns ausgegangen wird, auch – und dies im Unterschied zum Leitungsprinzip – wenn diese Möglichkeit effektiv gar nicht ausgeübt wird. 246 Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, E. 3 (nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), Publigroupe SA et al./WEKO. 247 Zustimmend und m.w.H. JOST (Fn 242), Rz 725. 248 Gleich vorgegangen wurde in RPW 2012/2, 383 Rz 913, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau, sowie in RPW 2013/4, 540 Rz 85 ff., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 249 Act. n° 187–189 und 190.

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 53

auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG). 174. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wurde bisher von den Parteien auch nicht geltend gemacht. C.4 Unzulässige Wettbewerbsabrede 175. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). C.4.1 Wettbewerbsabrede 176. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). 177. Eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung. C.4.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken 178. Eine formelle vertragliche Grundlage des bewussten und gewollten Zusammenwirkens ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig, 250 wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden. 251 Entscheidend ist allein, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren. Die rechtliche oder tatsächliche Form des Zusammenwirkens und die Durchsetzungsmöglichkeit sind unerheblich. 252 179. Als Vereinbarungen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gelten sowohl erzwingbare als auch nicht erzwingbare Vereinbarungen. Erstere können in vertragsrechtliche oder gesellschaftsrechtliche Form gekleidet sein. Unter Zweiteren sind Übereinkünfte von Gesellschaften zu verstehen, die zwar auf einem Konsens beruhen, rechtlich aber nicht durchsetzbar sein sollen; 253 es wird also auf die freiwillige Einhaltung solcher Vereinbarungen vertraut. Ergänzend ist allerdings anzumerken, dass auch im ersten Fall eine gerichtliche Durchsetzung der Vereinbarung – trotz von den Abredeteilnehmern an sich gewollter rechtlicher Erzwingbarkeit – im Endergebnis aufgrund der Einheit der Rechtsordnung nicht möglich ist. Aus kartellrechtlicher Sicht sind denn auch beide dieser Formen von Vereinbarungen gleichwertig, mithin handelt es sich nicht bei der einen um eine Abrede „minderen oder weniger eingreifenden Grades“, was dazu führt, dass mangels Relevanz für die Beurteilung nicht untersucht zu

250 Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, Elektroinstallationsbetriebe Bern; ferner THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81. 251 BSK

KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 250), Art. 4 Abs. 1 KG N 100. 252 Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 E. 3.2.2, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.4, Gebro/WEKO. 253 BSK-KG NYDEGGER/NADIG (Fn 250), Art. 4 Abs. 1 KG N 94, m.w.H.

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 54

werden braucht, ob eine Vereinbarung gemäss den Abredeteilnehmern erzwingbar sein soll oder nicht. 180. Wie aus Rz 151 hervorgeht, ist bewiesen, dass sich besa, ISS und Pfister nicht eigenständig und unabhängig am Markt verhielten. Die Parteien entwickelten ein Verhaltensmuster, wonach sie sich trafen sowie per Fax, Telefon und E-Mail in Bezug auf die Verteilung und Preissetzung von Tunnelreinigungsprojekten koordinierten. Die dargestellten Kontakte stehen einem unabhängigen Wettbewerbsverhalten entgegen. Aus der Regelmässigkeit und der Zeitdauer, über die das Verhaltensmuster anhielt, ergibt sich der Bindungswille der Parteien. Submissionen für Tunnelreinigungen erfolgen ihrer Natur nach, wie unter Rz 81 dargestellt, repetitiv. Hätte es bei einer Partei am Bindungswillen gefehlt und hätte sie sich daher nicht an die Abmachungen gehalten, wäre sie von ihren Konkurrentinnen in Bezug auf die Folgeausschreibungen, auch aufgrund der relativ geringen Anzahl von Abrededepartnerinnen, nicht oder zumindest kaum mehr kontaktiert worden. Dies war vorliegend nicht der Fall. Die Parteien konnten somit damit rechnen, dass sich die Konkurrentinnen an die getroffenen Abmachungen halten würden. 181. Die in Rz 87 ff. aufgeführten Verhaltensweisen stellen somit Vereinbarungen i.S.v. Art. 4 Abs. 1 dar. Die Parteien sind auf der gleichen Marktstufe tätig, weshalb diese Vereinbarungen horizontaler Natur sind. C.4.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung 182. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede „eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“. 183. Eine „Wettbewerbsbeschränkung“ liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.<sup>254</sup> Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis) beziehen.<sup>255</sup> 184. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext zeigt – alternativ voraus, nicht kumulativ.<sup>256</sup> Die Alternativität dieser beiden Tatbestandsmerkmale führt dazu, dass das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG eher rasch zu bejahen ist und sich insbesondere an dieser Stelle regelmässig eine Beurteilung der Wirkungen erübrigt, wenn bereits ein „Bezwecken“ zu bejahen ist.<sup>257</sup> Art. 5 KG wirkt jedoch nicht auf die Begriffsbestimmung von Art. 4 Abs. 1 KG zurück; ändert mithin an der dort statuierten Definition von Wettbewerbsabreden und insbesondere der hierbei vorgesehenen Alternativität dieser beiden Tatbestandsmerkmale nichts. 185. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligten „die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“. <sup>258</sup> Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist,

<sup>254</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 250), Art. 4 Abs. 1 KG N 42 und 51. <sup>255</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 250), Art. 4 Abs. 1 KG N 63; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, Gebro/WEKO. <sup>256</sup> Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, BMW. <sup>257</sup> So auch: Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, Gebro/WEKO. <sup>258</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 250), Art. 4 Abs. 1 KG N

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 55

eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.<sup>259</sup> 186. Das Tatbestandsmerkmal des Bewirkens ist erfüllt, sobald eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise den relevanten Markt tatsächlich beeinflusst, wobei die Wirkung noch nicht eingetreten sein muss, es genügt, wenn die Wettbewerbsbeschränkung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eintreten wird. 187. Die in Rz 216 ff. aufgelisteten Verhaltensweisen zielen klar darauf ab, die Offertpreise von Tunnelreinigungsprojekten zu koordinieren sowie Gebiete bzw. die jeweils darin aus- geschriebenen Tunnelreinigungsprojekte einander gegenseitig zuzuordnen. Es ist unstrittig, dass der bei Submissionsabsprachen typische Absprachegegenstand Preis einen wesentli- chen Wettbewerbsparameter darstellt. Der vorliegende Abredeinhalt, also die aufgezeigten Vereinbarungen mit Bezug auf den Preis sowie die Vereinbarungen über die Zuteilung von Submissionen bzw. der entsprechenden Gebiete, ist objektiv geeignet, den Wettbewerb ein- zuschränken. C.4.1.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen 188. Die Parteien sind als Unternehmen auf derselben Marktstufe tätig und als solche Konkurrenten und als solche Konkurrenten hinsichtlich der von öffentlichen Stellen aus- geschriebenen Aufträge für Tunnelreinigungen. C.4.1.4 Ergebnis 189. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Verfahrensparteien, welche auf gleicher Marktstufe stehen, bezüglich der in Rz 93 ff. dargestellten Tunnelreinigungen be- wusst und gewollt zusammenwirkten und damit Wettbewerbsbeschränkungen bezweckten. Ferner ist erwiesen, dass auch tatsächlich eine Wirkung auf dem Markt eingetreten ist (Rz 254), womit auch das in Art. 4 Abs. 1 KG aufgeführte Tatbestandsmerkmal des „Bewirkens“ erfüllt ist. Die Tatbestandsmerkmale des Art. 4 Abs. 1 KG sind somit erfüllt und es liegen Wettbewerbsabreden im Sinne dieser Bestimmung vor. In der Folge wird daher geprüft, ob die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 KG erfüllt sind. C.4.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs 190. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen: a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen; b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen; c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern. C.4.2.1 Vorliegen einer horizontalen Preis- und Gebietsabrede 191. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselemen- ten und -komponenten und erfasst ferner direkte ebenso wie indirekte Preisfixierungen. Auf welche Weise die Preisfestsetzung erfolgt, ist somit für die Unterstellung unter den Vermu- tungstatbestand nicht entscheidend.<sup>260</sup>

<sup>259</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 250), Art. 4 Abs. 1 KG N 71. Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, Gebro/WEKO. <sup>260</sup> Vgl. RPW 2004/3, S. 740, Markt für Schlachtschweine – Teil B.

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 56

192. Wie in Rz 142 ff. aufgeführt, haben die Verfahrensparteien über Jahre ihre Offerten, insbesondere die jeweiligen Eingabepreise bezüglich Submissionen für Tunnelreinigungen der Gebietseinheiten IV, VI, VII und X untereinander vereinbart, um die Auftragsvergabe

zu steuern und somit Kunden und Gebiete aufgeteilt. Dazu wurden ganze Offerten gegenseitig übermittelt, Eingabepreise festgelegt oder gänzlich darauf verzichtet, an Auftragsvergaben teilzunehmen. Dabei handelt es sich um die beiden typischerweise, regelmässig auch in Kombination, anzutreffenden Abredegegenstände von sogenannten Submissionsabreden.<sup>261</sup> Solche Submissionsabreden sind gemäss Rechtsprechung<sup>262</sup> und Lehre<sup>263</sup> sowohl unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a als auch Bst. c KG zu subsumieren. 193. Grundsätzlich wäre es nun möglich, bezüglich jedes einzelnen Zuschlags bzw. jeder einzelnen Auftragsvergabe zu klären, ob diese jeweils für sich alleine Gegenstand einer unzulässigen Wettbewerbsabrede ist. Vorliegend wurde mit den Abreden jedoch ein einheitlicher und fortdauernder Zweck verfolgt, nämlich die Zu- und Aufteilung von Tunnelreinigungsgen unter den Abredeteilnehmern. Wie bereits der EuGH ausgeführt hat, wäre es nun „gekünstelt“, ein durch ein einziges Ziel gekennzeichnetes kontinuierliches Verhalten zu zerlegen und darin mehrere selbstständige Zuwiderhandlungen zu sehen.<sup>264</sup> 194. In der europäischen Praxis und Rechtsprechung werden regelmässig die innerhalb komplexer Organisationen zu dem gleichen Zweck getroffenen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen als „einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlungen“ qualifiziert.<sup>265</sup> Aber auch der schweizerischen Praxis ist es nicht fremd, mehrere Verhaltensweisen

261 Statt anderer etwa MACI (Fn 108), 412: „In most cases therefore a bid-rigging cartel concerns price fixing, market sharing or is a combination of elements from both these infringements.“ 262 Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 380 f. E. 7 und 8, Implenia (Ticino) SA/WEKO; RPW 2009/3, 209 Rz 87, Elektroinstallationsbetriebe Bern. 263 CHRIST (Fn 154), Rz 346. Im Ergebnis vergleichbar auch PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 KG N 380 und 428, die allerdings eine Vereinbarung über „die Zuweisung von Bauherren“ unter Bst. b von Art. 5 Abs. 3 KG und nicht wie hier unter Bst. c subsumieren. 264 Urteil des EuGH vom 8.7.1999 C-49/92 P Kommission/ANIC Partecipazioni, Slg. 1999 I-4125 (Polypropylen-Fall) Rz 81 f.; Urteil des EuGH vom 1.7.2004 C-204/00 P Aalborg Portland/Kommission, Slg. 2004 I-123, Rz 259 (Zement-Fall). 265 Im Englischen wird der Terminus des „single complex and continuous infringement“, kurz „SCCI“ verwendet, teilweise auch nur „single and continuous infringement“ oder „single, overall agreement“. Zuweilen wird auch von „Global Cartel“ bzw. „Gesamtkartell“ gesprochen. Vgl. zur europäischen Rechtsprechung neben den bereits in Fn 264 zitierten Entscheiden weiter: Urteil des EuGH vom 6.12.2012 C-441/11 P Kommission/Verhuizingen Coppens NV, Rz 41 ff.; Urteil des EuGH vom 1.7.2010 C-407/08 P Knauf Gips KG/Kommission, Rz 45 ff.; Urteil des EuG vom 16.6.2011 T-211/8 Putters/Kommission, Rz 31 ff. (Umzugsdienste nach Belgien); Urteil des EuG vom 24.3.2011 T-385/06 Aalberts Industries u.a./Kommission, Rz 71 ff.; Urteil des EuG vom 8.6.2008 T-53/03 BPB/Kommission, Slg. 2008, II-1333, Rz 246 ff.; Urteil des EuG vom 14.12.2006 T-259/02 bis T-264/02 und T-271/02 Raiffeisen Zentralbank Österreich, Rz 189 ff. (Lombardt-Fall). Vgl. Zur Praxis der EU-Kommission: KOMM, Entscheid (Settlement) vom 7.12.2012 (COMP/39600) Refrigeration compressors, Rz 38 ff.; KOMM, Entscheid vom 12.10.2011 (COMP/39482) Exotic fruits (bananas), Rz 402 ff.; KOMM, Entscheid vom 8.12.2010 (COMP/39.309) LCD, Rz 274 ff.; KOMM, ABI. 1986 L 24/1, Rz 131, Fernwärmetechnik-Kartell; KOMM, ABI, 1994 L 239/14, Rz 32, PVC II; KOMM, ABI 1986 L 230/1, Rz 81, Polypropylene. Vgl. Aus der Literatur: HERMANN-JOSEF BUNTE, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht (Bd. 2), Langen/Bunte (Hrsg.), 11. Aufl., Köln 2010, Art. 81 Rz

48; JONATHAN FAULL/ALI NIKPAY, *The EC Law of Competition*, 2. Aufl., Oxford 2007, Rz 8.494 ff.; RICHARD WHISH/DAVID BAILEY, *Competition Law*, 7. Aufl., Oxford 2012, 102 ff.; BELLAMY/CHILD, *European Community Law of Competition*, Roth/Rose (Hrsg.), 6. Aufl., Oxford 2008, Rz 2.052; JULIAN JOSHUA, *Single continuous infringement of article 81 EC: has the commission stretched the concept beyond the limits of logic?*, in: *European Competition Journal* 451 ff., frei erhältlich unter <[http://www.biicl.org/files/4360\\_single\\_continuous\\_infringement\\_of\\_article\\_81\\_ec\\_\\_2\\_.pdf](http://www.biicl.org/files/4360_single_continuous_infringement_of_article_81_ec__2_.pdf)> [letzte Kontrolle: 22.2.2015], welcher auch auf das dem SCCI zu Grunde liegende amerikanische Konzept der "conspiracy" eingeht.

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 57

als Gesamtheit zu betrachten und als solche unter den Abredebegriff von Art. 4 Abs. 1 KG zu subsumieren. So hat die WEKO etwa in den Untersuchungen „Markt für Schlachtschweine – Teil B“ 266 sowie „Luftfracht“ deutlich gemacht, dass es der mit den Verhaltensweisen verfolgte einheitliche Zweck ist, welcher dazu führt, dass von einer Gesamtabrede ausgegangen werden kann. Von einer Gesamtabrede ist faktisch auch im Fall „Strassenbeläge Tessin“ ausgegangen worden, in dem das im Rahmen einer Konvention vereinbarte, über mehrere Jahre betriebene Rotationskartell der Unternehmen in seiner Gesamtheit beurteilt und nicht in zahlreiche Einzelabreden aufgesplittet wurde.<sup>267</sup> Diese Vorgehensweise wurde durch das Bundesverwaltungsgericht gutgeheissen, welches festhielt, es sei von einem „Dauer- Submissionskartell“ auszugehen.<sup>268</sup> Im Rahmen der Untersuchung „Abrede im Speditionsbereich“ hielt die WEKO zudem fest, dass bei einer Gesamtabrede, welche über längere Zeit andauert, im Laufe der Zeit nicht nur die Teilnehmer ändern können, sondern es auch sein kann, dass diese Teilnehmer unterschiedlich stark engagiert sind oder unterschiedliche Rollen einnehmen. Die divergierenden Interessen der Kartellmitglieder können weiter dazu führen, dass kein vollständiger Konsens über sämtliche Teilaspekte des Kartells zustande kommt. Die eine oder andere Partei kann etwa Vorbehalte zu bestimmten Gesichtspunkten der Abrede haben und dennoch am Gesamtunterfangen festhalten. Ausserdem kann es sein, dass die Kartellmitglieder die einzelnen Bestandteile der Abrede unterschiedlich konsequent umsetzen, es ist sogar denkbar, dass es zu internen Konflikten kommt und einzelne Mitglieder zeitweise die Umsetzung aussetzen, um andere Kartellmitglieder zu konkurrenzieren. Schliesslich ist es nicht aussergewöhnlich, dass die Abrede über die Zeit weiterentwickelt, gestärkt oder an neue Gegebenheiten angepasst wird. Keiner dieser Faktoren führt dazu, dass nicht von einer Gesamtabrede auszugehen wäre, sofern ein einheitlicher und fortdauernder Zweck bejaht werden kann. Ist dies der Fall, so können die an der Gesamtabrede teilnehmenden Unternehmen zur Verantwortung gezogen werden, auch wenn sie nachweislich nicht an allen Bestandteilen der Gesamtabrede unmittelbar mitgewirkt haben.“<sup>269</sup> 195. Vor diesem Hintergrund bilden die vorliegenden Submissionsabreden eine Art Gesamtabrede, die nachfolgend als „Gesamtabrede“ bezeichnet, und unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG subsumiert wird. Es greift vorliegend die Vermutungsfolge und es ist die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu vermuten. 196. Im Folgenden gilt es zu untersuchen, ob sich diese Vermutungsfolge widerlegen lässt. C.4.2.2 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung 197. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potentieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unter-

nehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestand. 198. Die Beweisführungslast dafür liegt grundsätzlich bei der WEKO, da im verwaltungs- rechtlichen Kartellverfahren der Untersuchungsgrundsatz gilt. Die WEKO hat den massgebli- chen Sachverhalt entsprechend auch hinsichtlich der Frage, ob trotz der Abrede noch ein wirksamer Wettbewerb besteht, von Amtes wegen zu ermitteln. Die Parteien trifft jedoch eine Mitwirkungspflicht. Zur Erfüllung dieser Mitwirkungspflicht haben die beteiligten Unternehmen einen erheblichen, wenn nicht sogar den entscheidenden Beitrag zur Widerlegung der Ver-

266 RPW 2004/3, 739 Rz 41, Markt für Schlachtschweine – Teil B. 267 RPW 2008/1, 95 ff. Rz 81 ff., Strassenbeläge Tessin. 268 Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 382 E. 9.1.1, Strassenbeläge Tessin. 269 Vgl. RPW 2013/2, 154 f. Rz 75, Abrede im Speditionsbereich.

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 58

mutung zu leisten. Dies, weil die dazu notwendigen Tatsachen unter Umständen die internen Unternehmensverhältnisse tangieren oder zumindest Sachkenntnisse über die Verhältnisse auf dem relevanten Markt erfordern.<sup>270</sup> Wird nicht nachgewiesen, dass trotz der Abrede wirk- samer Wettbewerb besteht, bleibt es dabei, dass die gesetzliche Vermutung greift und ge- stützt auf diese von einer Beseitigung des Wettbewerbs auszugehen ist. Insoweit wirkt sich eine diesbezügliche Beweislosigkeit zum Nachteil des betreffenden Unternehmens aus, das damit die objektive Beweislast trägt.<sup>271</sup> 199. Im Folgenden gilt es zu prüfen, ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseiti- gung im vorliegenden Fall widerlegt werden kann. Um dies beurteilen zu können, sind zu- nächst die sachlich und räumlich, womöglich auch die zeitlich, relevanten Märkte für be- stimmte Waren oder Dienstleistungen abzugrenzen, auf welchen sich die Abreden auswirken. 200. In einem zweiten Schritt ist alsdann zu prüfen, ob der auf den relevanten Märkten trotz dem Vorliegen von Wettbewerbsabreden noch verbleibende aktuelle und potentielle Aussen- sowie Innenwettbewerb wirksamen Wettbewerb herzustellen und damit die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag. Gegebenenfalls ist bei Widerlegung der Vermutung anschliessend zu prüfen, ob der wirksame Wettbewerb erheblich beeinträchtigt ist. C.4.2.2.1 Relevanter Markt 201. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht aus- tauschbar sind.<sup>272</sup> Die allgemeinen Merkmale sowie das Verhalten der Anbieter und Nach- frager von Tunnelreinigungen in der Schweiz wurden bereits im Rahmen des Sachverhaltes dargestellt und es sei auf die diesbezüglichen Ausführungen in Abschnitt B.3 verwiesen. a. Sachlich relevanter Markt 202. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substitu- ierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU, der hier analog anzuwenden ist). 203. Die Definition des sachlich relevanten Marktes erfolgt somit aus Sicht der Marktgegen- seite: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.<sup>273</sup> Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigen- schaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden, al- so in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.<sup>274</sup> Entscheidend sind die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite sowie weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren und Dienstleistungen aus Nachfragersicht.<sup>275</sup> Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.<sup>276</sup>

270 Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 381 f. E. 9, Implenla (Ticino) SA/WEKO. 271 Siehe in diesem Sinne auch das Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 381 f. E. 9, Implenla (Ticino) SA/WEKO. 272 BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), Publigroupe SA et al./WEKO. 273 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO. 274 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO; BGE 129 II 18 E. 7.3.1 (= RPW 2002/4, 743 E. 7.3.1), Buchpreisbindung. 275 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO. 276 BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), Publigroupe SA et al./WEKO.

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 59

204. Vorliegender Untersuchungsgegenstand sind die als Gesamtabrede bezeichneten Submissionsabreden über Preise und Geschäftspartner bei Vergaben von Tunnelreinigungen sowie die Abreden über die Aufteilung von Tunnelreinigungen nach Gebieten in den Gebieteinheiten IV, VI, VII und X (siehe Rz 191 ff.). Da die betroffenen Tunnelreinigungen von der öffentlichen Hand nachgefragt werden, sind in casu Marktgegenseite die Beschaffungsstellen resp. öffentlichen Auftraggeber,<sup>277</sup> welche für die Auftragsvergabe und -erteilung der von den Wettbewerbsabreden betroffenen Tunnelreinigungen verantwortlich sind und eben diese für ihre Tunnel nachfragen. Bei der Definition des sachlich relevanten Marktes ist daher im Folgenden zu analysieren, welche Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite substituierbar sind. 205. Wie bereits im Sachverhaltsteil ausgeführt (siehe Rz 66 f.), handelt es sich bei der Tunnelreinigung um eine spezifische Dienstleistung im Bereich Flächeninstandhaltung, -bearbeitung, sowie -unterhalt. Ein Unternehmen, welches andere Reinigungsarten durchführt, wie bspw. Strassenreinigungen, kann nicht auch automatisch Tunnelreinigungen durchführen, da für die Tunnelreinigung spezielle Reinigungsfahrzeuge resp. Fahrzeugaufsätze benötigt werden. Die Anschaffungskosten für solch ein Tunnelreinigungsfahrzeug liegen – nach Angaben der Verfahrensparteien – bei ca. CHF 850'000 bis CHF 1,5 Mio. Dies dürfte zu einer Amortisationszeit der Investition von rund 6 bis 15 Jahren führen. Dies alles lässt auf eine geringe Umstellungsflexibilität hinsichtlich anderer, bislang nicht im Bereich der Tunnelreinigung tätigen Unternehmen schliessen, um in der Tunnelreinigungsbranche tätig zu werden. Tunnelreinigungen sind demnach nicht mit anderen Reinigungsdienstleistungen substituierbar. 206. Weiter ist vorliegend insbesondere zu berücksichtigen, dass es sich bei Tunnelreinigungen um Dienstleistungen handelt, die von öffentlichen Auftraggebern nachgefragt und dem öffentlichen Beschaffungswesen zugeordnet werden. So ist – ausser i.d.R. bei freihändigen Vergaben – bei einer Submission für Tunnelreinigungen ein Bietprozess involviert (vgl. Rz 78 ff). Verschiedene Anbieter reichen Angebote für einen Auftrag beim Auftraggeber ein, welcher dann entsprechend den Zuschlagskriterien einem Anbieter den Auftrag zuschlägt. Es muss also auch untersucht werden, welche Anbieter die von der Marktgegenseite nachgefragten Leistungen, hier die gewünschten Tunnelreinigungen, erbringen können und zudem für die Marktgegenseite substituierbar sind (Anbietersubstituierbarkeit). 207. In einer Submission wird die vom Auftraggeber gewünschte Leistung in der Regel für ein bestimmtes Endprodukt nachgefragt. Dabei werden Tunnelreinigungen in Form von „Projekten“ nachgefragt, welche oftmals nicht nur die Reinigung eines einzelnen Tunnels, sondern gleich von mehreren und damit verschiedenen Tunneln beinhalten (vgl. Rz 64). Die einzelnen Tunnelreinigungsprojekte unterscheiden sich entsprechend sowohl hinsichtlich ihrer Anzahl zu reinigender Tunnel

und damit in ihrer Auftragsgrösse, als auch hinsichtlich der Beschaffenheit, Länge und Höhe der einzelnen Tunnel. Aus Anbietersicht bestehen entsprechend eine Vielzahl von Auftraggebern, welche parallel und sequentiell verschiedene Tunnelreinigungsprojekte nachfragen. 208. Es lässt sich feststellen, dass sämtliche Anbieter von Tunnelreinigungen verschiedenste Tunnel reinigen können. Die Projektspezifikation sowie Komplexität ist allen Tunnelreinigungen ähnlich. Anbieter von Tunnelreinigungen nehmen an unterschiedlichen Submissionen und entsprechend solchen von unterschiedlicher Grösse teil.<sup>278</sup> Aufgrund der relativ standardisierten Dienstleistung können die Anbieter auch einfach und schnell zwischen verschiedenen Submissionen „wechseln“. Entsprechend kann nicht jede einzelne Submission

<sup>277</sup> Vgl. die Ausführungen unter Rz 60 f. <sup>278</sup> Siehe die Antworten auf Frage 4 und 5 in act. n° 53a, 54a, 58a, 62a, 104, 108, 110, 118, 121, 123, 125, 127, 129, 131, 133 sowie 138. Auch lässt eine Beschaffungsstelle nicht unbedingt jedes Jahr dieselben oder dieselbe Anzahl von Tunneln reinigen.

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 60

unabhängig der anderen betrachtet werden kann. Es ist den Anbietern innert kurzer Zeit und ohne spürbare Zusatzkosten oder Risiken möglich für verschiedene Tunnelreinigungen – sowohl Gross- als auch Kleinprojekte – Offerten zu erstellen und im Falle des Zuschlags diese auszuführen. Allfälligen Kapazitätsengpässen kann dabei mit Vermietungen von Tunnelreinigungsfahrzeugen zwischen den Anbietern entgegengewirkt werden sowie mit der Bildung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) und Subunternehmerschaften. Dies alles lässt auf eine hohe Anbietersubstituierbarkeit schliessen. 209. Vor diesem Hintergrund ist es angezeigt einen sachlich relevanten Markt für Tunnelreinigungen zu definieren. b. Räumlich relevanter Markt 210. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b, VKU, der hier analog anzuwenden ist).<sup>279</sup> 211. Die Marktgegenseite fragt die Ausführung von Tunnelreinigungen nach, welche naturgemäss stationär bzw. an einen bestimmten Ort, nämlich den jeweiligen Tunnel, gebunden sind. Prinzipiell ist es dabei für die Marktgegenseite irrelevant, wo die Anbietenden herkommen. Tunnelreinigungen werden mit mobilen Fahrzeugen durchgeführt. Eine zunehmende Distanz zum Auftragsort, hier dem jeweiligen Tunnel, ist in der Regel mit einem erhöhten Kraftstoffverbrauch, Lohn für Wegstunden sowie allfälligen Kosten für die Anmietung von Unterstellmöglichkeiten der Fahrzeuge bei Aufträgen über mehrere Tage verbunden. Diese Transportkosten reichen jedoch nicht für einen nennenswerten Distanzschutz aus, welcher verhindern könnte, dass nicht lokal ansässige Unternehmen die entsprechenden Tunnelreinigungen in weiter entfernten Regionen ausführen könnten. So nehmen einzelne Unternehmen – insbesondere auch die Verfahrensparteien – schweizweit an Submissionen für Tunnelreinigungen teil und führen entsprechend ausserregional resp. -kantonal Tunnelreinigungen aus.<sup>280</sup> Die mit zunehmender Entfernung zum Auftragsort anfallenden Transportkosten führen daher nicht in einem solchen Mass zu steigenden Selbstkosten, dass es zu einer ernsthaften Senkung der Rentabilität eines Auftrags kommt. Demnach müssen Anbieter von Tunnelreinigungen nicht in der lokalen Umgebung eines Tunnels ansässig sein, um einen Tunnelreinigungsauftrag ausführen zu können, sondern könnten dies prinzipiell sogar mindestens schweizweit. 212. Dass aber nicht von einem supranationalen räumlichen Markt ausgegangen werden kann, zeigt sich darin, dass im betrachteten Zeitraum 2008 bis zum Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung nur eine einzige

ausländische Anbieterin überhaupt Tunnelreinigungen in der Schweiz, [...], ausführte sowie einmal eine weitere ausländische Anbieterin an einer Submission im offenen Verfahren teilnahm, diese den Zuschlag aber nicht erhielt.<sup>281</sup> Bei diesen Submissionen handelt es sich jedoch zudem um solche, welche nicht von der vorliegend relevanten Marktgegenseite durchgeführt wurden. Von einem supranationalen Markt kann deshalb nicht ausgegangen werden. <sup>213</sup>. Es bleibt auch zu beachten, dass bei Aufträgen der öffentlichen Hand das Beschaffungsrecht den Vergabeprozess bestimmt und damit auch den Markt räumlich zu einem gewissen Grad festlegen und begrenzen kann.<sup>282</sup> So wendete die Marktgegenseite der von der

279 BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), Publigroupe SA et al./WEKO. <sup>280</sup> Antworten auf Frage 4 und 5 in act. n° 53a, 54a, 108, 115, 118, 121, 123, 125, 127, 129 und 131. <sup>281</sup> Siehe act. n° 118. <sup>282</sup> Vgl. die detaillierte Regelung in (Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen; SR 172.056.11), VöB (Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen; SR 172.056.11) sowie IVöB (Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen und die diesbezüglichen kantonalen Ausführungserlasse). Gemäss

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 61

Abrede betroffenen Gebiete in der überwiegenden Anzahl ihrer Submissionen das freihändige oder Einladungsverfahren an und vergab diese fast ausschliesslich an die Verfahrensparteien resp. lud diese zur Offertstellung ein.<sup>283</sup> Diese angefragten Unternehmen sind allesamt in der regionalen Umgebung resp. innerhalb der betroffenen Gebietseinheiten ansässig (vgl. Rz 3 ff.). Beim einzigen offenen Verfahren, bei dem zwar keine Vorauswahl und damit Beschränkung der Anbieter im Voraus durch den Auftraggeber vorgenommen wurde, nahmen – jedenfalls im relevanten Zeitraum – auch nur die Verfahrensparteien teil.<sup>284</sup> Etwas anders verhält es sich in der Westschweiz.<sup>285</sup> Hier werden regelmässig neben den regional ansässigen Unternehmen auch Unternehmen mit Sitz in der Deutschschweiz und dem Tessin zur Offertstellung angefragt resp. eingeladen. Auch führte dort u.a. wiederholt eine ausländische französische Anbieterin bereits Tunnelreinigungen aus. Es kann aber auch hier festgestellt werden, dass in der überwiegenden Anzahl der Submissionen im Zeitraum 2006 bis 2013 jeweils nur regional ansässige resp. französischsprachige Anbieter den Zuschlag erhielten. <sup>214</sup>. Vor diesem Hintergrund ist vorliegend denkbar, dass der relevante räumliche Markt kleiner als national ist und sich allenfalls nur auf das Gebiet resp. die Fläche der Gebietseinheiten IV, VI, VII und X beschränkt, auf welche sich denn auch die Gesamtabrede bezog (vgl. Abb. 1 in Rz 60). <sup>215</sup>. Eine endgültige Marktabgrenzung ist vorliegend jedoch nicht erforderlich, da unabhängig davon, ob von einem relevanten Markt für Tunnelreinigungen in der Schweiz oder in den Gebietseinheiten IV, VI, VII und X auszugehen ist, in jedem Fall eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt und eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung nachgewiesen werden kann. C.4.2.2.2 Aussenwettbewerb <sup>216</sup>. Nachfolgend gilt es festzustellen, inwieweit die an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert werden, d.h., ob sie überhaupt über die Möglichkeit verfügen, die Preise zu erhöhen oder die Mengen zu reduzieren oder die Qualitäten zu senken oder die Innovation zu verzögern; kurz: ob sie volkswirtschaftliche oder soziale Schäden verursachen können. <sup>217</sup>. Für die Prüfung der Intensität allfällig bestehenden Aussenwettbewerbs kann auf die

Marktabgrenzung unter C.4.2.2.1 verwiesen werden. Da nicht abschliessend festgelegt wurde, ob von einem relevanten Markt für Tunnelreinigungen in der Schweiz oder in den Gebietseinheiten IV, VI, VII und X auszugehen ist, erfolgt die Prüfung des Aussenwettbewerbs für beide räumliche Dimensionen. I. Aktueller Wettbewerb 218. Wird von einem nationalen Markt für Tunnelreinigungen ausgegangen, so sei diesbezüglich zunächst angegeben, dass die Abredepartner – wie bereits in Rz 74 f. aufgezeigt – im Zeitraum 2008 bis 2012 über einen gesamthaften schweizweiten Marktanteil von rund [45–85] % verfügten. Die Verteilung der Marktanteile im Zeitverlauf zeigt auch, dass sich die Marktverhältnisse seit 2008 zunehmend konzentriert haben. So lagen diese in den Jahren 2010 bis 2012 bei jährlich rund [70–85] %. Die Abredepartner konnten somit ihre Marktstel-

CHRIST (Fn 154), Rz 306, hat beispielsweise bereits die Wahl des Publikationsmediums über dessen Streubereich, Sprache etc. eine Auswirkung auf die zu erwartenden Offerten. Siehe auch RPW 2009/3, 207 Rz 71 m.w.H., Elektroinstallationsbetriebe Bern; RPW 2012/3 392 Rz 990, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; RPW 2013/4, 584 Rz 838, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 283 Antworten auf Frage 4 und 5 in act. n° 54a, 108, 121, 123, 125 und 129. 284 Antworten auf Frage 4 und 5 in act. n° 123. 285 Antworten auf Frage 4 und 5 in act. n° 110, 138, 118, 127 und 133 sowie Rz 212.

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 62

lung im Laufe der Zeit zunehmend ausbauen und festigen. Demgegenüber verfügten die übrigen Wettbewerber im Jahr 2008 noch über einen Marktanteil von rund [45–55] %, dieser sank jedoch [konstant und lag letztlich bei rund 15–30 % pro Jahr]. In der Anzahl handelt es sich dabei um insgesamt [...] Aussenwettbewerber, von welchen [...] mindestens einmal einen Auftrag in der Schweiz ausführten (vgl. Rz 68). 219. Davon zu unterscheiden sind die „Marktanteile“ resp. das Auftragsvergabevolumen der Submissionen, die von der Gesamtabrede betroffen waren. Also diejenigen Auftragssummen, welche die Abredepartner bei Submissionen für Tunnelreinigungen in den Gebietseinheiten IV, VI, VII und X erhielten. Gemessen am gesamten schweizweiten Auftragsvolumen für Tunnelreinigungen in den Jahren 2008 bis 2012 waren demnach insgesamt durchschnittlich [45–60] % pro Jahr von der Gesamtabrede betroffen. Die nachfolgende Tab. 5 führt die entsprechenden Berechnungen für die Jahre 2010 bis 2012 auf. 286 Tab. 5:

Auftragsvergabevolumen der Tunnelreinigungen, welche die Verfahrensparteien in den Gebietseinheiten IV, VI, VII und X ausführten GE Tunnelreinigungen resp. -projekte Zuschlag an Vergabesumme pro Jahr (in CHF, inkl. MWST, gerundet) 2010 2011 2012 X  
Tunnelreinigung „Luzern“ besa [...] [...] [...] Tunnelreinigung „Nidwalden“ ISS [...] [...] [...] Tunnelreinigung „Obwalden“ Pfister [...] [...] [...] VII Tunnelreinigung „Grossraum Zürich“ Pfister [...] [...] [...] Tunnelreinigung „Zürich-Hinwil“ besa [...] [...] [...] Tunnelreinigung „Schaffhausen“ besa [...] [...] [...] VI Tunnelreinigungen „St. Gallen“ 287 (Tunnel Äeuli, Flooz, Hof/Fratten, Kerenzerberg, Murgwald, Quarten, Raischibe, Rotwald, Walensee, Wihalden, Wattwil) Pfister [...] [...] [...] VI Tunnelreinigungen „St. Gallen“ 288 (Tunnel Apiholz, Buchberg, Fuchswies, Girsberg, Montlingen, Rinderweid, Rosenberg, Schoren, Stephanshorn) besa [...] [...] [...] IV Tunnelreinigungen „Tessin“ („Sopraceneri“ und „Sottoceneri“) ISS [...] [...] [...] Auftragsvolumen gesamt [0,5–2] Mio. [0,5–2] Mio. [0,5–2] Mio. Auftragsvolumen gesamt Schweiz 289 [1,5–3] Mio. [1,5–3] Mio. [1,5–3] Mio. Anteil am Auftragsvolumen in der Schweiz [45–60] % [45–60] %

[45–60] %

286 Die Auftragsvergabesummen sowie die Angaben zum Gesamtschweizer Auftragsvolumen wurden den Antworten der Amtsstellen zum Fragebogen (Auftragsvergabebestätigungen und Offertöffnungsprotokolle) entnommen wurden, siehe act. n° 54a, 108, 121, 123, 125 und 129. Bei den Tunnelreinigungen „Tessin“ kommt es zu Abweichungen in den tatsächlichen Zahlungsströmen, welche ISS dem Sekretariat mitteilte, siehe act. n° 154, 169 und 175. Auf die prozentuale Gewichtung hat dies jedoch keine Auswirkungen. 287 In dieser Aufzählung wurden sämtliche Tunnel genannt, welche die Gebietseinheit VI in den Jahren 2010 bis 2012 zur Tunnelreinigung an die entsprechende Verfahrenspartei vergeben hat. Es handelt sich dabei nicht unbedingt jedes Jahr um die gleiche Gesamtzahl an Tunneln. 288 Siehe hierzu analog Fn 287. 289 Siehe act. n° 54a, 108, 121, 123, 125 und 129.

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 63

220. Auch wenn sich demnach die Gesamtabrede nur auf einen Teil des relevanten Marktes bezog, so war von den übrigen Wettbewerbern, zumindest in den vorwiegend angewendeten freihändigen Vergaben und Einladungsverfahren, kaum Konkurrenz zu erwarten. Bei sämtlichen Submissionen in den Gebieten, auf welche sich die Gesamtabrede bezog, wurden fast ausschliesslich die Abredepartner zur Offertstellung eingeladen resp. die Aufträge an diese vergeben. Aufgrund der vergaberechtlichen Eigenschaften konnten die übrigen Wettbewerber die Abredepartner bei diesen Submissionen somit kaum konkurrenzieren. So wurde auch der Druck durch die übrige Konkurrenz von den Abredepartnern nicht als ausreichend stark oder disziplinierend wahrgenommen, um sie an der Umsetzung der Abrede zu hindern. 221. Vorliegend war jedoch nur ein Teil des Marktes von der Gesamtabrede betroffen. Im übrigen Teil des Marktes resp. bei den übrigen Submissionen wurden keine Abreden entdeckt. Unklar ist aber, ob Aussenwettbewerb seitens nicht an der Abrede beteiligten Anbieter angesichts der obengenannten vergaberechtlichen Eigenschaften und dem genannten Verhalten der Vergabestellen wirksam ist und die Vermutung folglich zu widerlegen vermag. Dies kann offen gelassen werden, da sich die Gesamtabrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigend auswirkt (vgl. Rz 236 ff.). 222. Wird dagegen von einem relevanten Markt für Tunnelreinigungen in den Gebietseinheiten IV, VI, VII und X ausgegangen, kommt – wie in Rz 220 bereits aufgezeigt – eine Widerlegung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung aufgrund einer disziplinierenden Wirkung von aktuellem Aussenwettbewerb nicht in Betracht. Bei dieser engeren Marktbegrenzung nahmen an den Submissionen für Tunnelreinigungen fast ausnahmslos ausschliesslich die Abredepartner teil resp. wurden zur Offertstellung eingeladen (vgl. auch Rz 213). Die einzige Ausnahme bildete die Gebietseinheit X in den Jahren 2008 und 2009, in denen sie einzelne Tunnelreinigungen im freihändigen Verfahren an ein weiteres, nicht am Verfahren beteiligtes Unternehmen vergab. Als dieses weitere Unternehmen jedoch für die Submission der Tunnelreinigungen im Jahr 2010, welche im Einladungsverfahren durchgeführt wurde, zur Offertstellung eingeladen wurde, verzichtete dieses auf die Offerteingabe (vgl. Rz 113). Wie oben erwähnt, nahmen auch am einzigen jährlichen offenen Verfahren im relevanten Zeitraum nur die Abredepartner teil. Vor diesem Hintergrund bestand bei den von der Gesamtabrede betroffenen Submissionen überhaupt kein aktueller Wettbewerb, da alle eingeladenen resp. angefragten Unternehmen zugleich auch an der Abrede beteiligt waren. II. Potentieller Wettbewerb 223. Unabhängig davon, ob

von einem relevanten Markt für Tunnelreinigungen in der Schweiz oder in den Gebietseinheiten IV, VI, VII und X ausgegangen wird, war aufgrund der relativ hohen Markteintrittsschranken (hohe Anschaffungskosten für ein Tunnelreinigungsfahrzeug und lange Amortisationszeit, geringe Umstellungsflexibilität) kaum mit Markteintritten „neuer“, bislang nicht im Bereich der Tunnelreinigung tätiger Unternehmen zu rechnen (siehe Rz 66 und Rz 205). Aufgrund dieser hohen Anschaffungskosten ist es auch den öffentlichen Auftraggebern nicht einfach möglich, die Tunnelreinigungen selbst auszuführen, indem sie die entsprechende Ausrüstung sowie Personal anschaffen resp. anstellen. Auch handelt es sich hinsichtlich des Auftragsvolumens nicht um einen Markt mit Wachstumspotential, da sich die Anzahl der zu reinigenden Tunnel von Jahr zu Jahr nur geringfügig verändert. Die Auswertungen der Offertöffnungsprotokolle sowie der Auftragsvergabebestätigungen der Stellen ergaben, dass es in den Jahren 2006 bis 2013 zu keinen Markteintritten „neuer“ Unternehmen kam: Auf der einen Seite nahmen zwar im Jahr 2009 sowie im Jahr 2013 jeweils eine ausländische, auf Tunnelreinigungen spezialisierte Unternehmung an einer Submission im offenen Verfahren teil, beide kamen jedoch nicht zum Zug. Auf der anderen Seite konnte für den von der Gesamtabrede betroffenen Markt nicht festgestellt werden, dass Unternehmen mit Sitz in der Westschweiz bislang an den betreffenden Submissionen für Tunnelreinigungen teilgenommen haben.

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 64

224. Auch wegen den beschriebenen vergaberechtlichen Eigenschaften sowie dem genannten Verhalten der Beschaffungsstellen, welche zum Teil in der überwiegenden Anzahl ihrer Submissionen regional resp. innerhalb der betroffenen Gebietseinheiten ansässige Anbieter zur Offertstellung anfragten oder einluden (vgl. Rz 65 und 213), bilden die ausländischen Unternehmen sowie jene aus der Westschweiz keine wirksame potentielle Konkurrenz, die schnell und unmittelbar an den Submissionen teilnehmen könnte. Potenzielle Konkurrenz bestand daher, wenn überhaupt, sowohl in nationaler als auch bezüglich des von der Gesamtabrede betroffenen Marktes nur in sehr geringem Masse. Am Erfolg der Abrede hindern konnten diese potenziellen Wettbewerber die Abredepartner jedenfalls nicht. C.4.2.2.3 Innenwettbewerb 225. Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch die Abreden aufgrund des trotz Abreden verbliebenen Wettbewerbs zwischen den Abredepartnern widerlegt werden kann (für diese Prüfung spielt es vorliegend keine Rolle, ob von einem relevanten Markt für Tunnelreinigungen in der Schweiz oder in den Gebietseinheiten IV, VI, VII und X auszugehen ist). Solcher Wettbewerb kann in zweierlei Hinsicht bestehen: Entweder weil sich die Abredepartner nicht an die Abrede halten (Innenwettbewerb) oder weil trotz Abrede weiterhin ausreichend Wettbewerb zwischen ihnen hinsichtlich nicht abgesprochener, im konkreten Markt aber mitentscheidender Wettbewerbsparameter besteht (Rest- oder Teilwettbewerb). 226. Die Abredepartner haben sich über Jahre konsequent an die Abreden gehalten. Einzig hinsichtlich der Submission der Tunnelreinigungen 2009/2010 in der Region „Zürich-Hinwil“ bestand ein gewisser Innenwettbewerb zwischen besa und ISS. Gemäss Abrede zwischen Pfister und besa sollte dieser Auftrag der besa zustehen. 290 ISS unterbot nun jedoch besa knapp und bekam entsprechend den Auftrag zugeschlagen. In der darauf folgenden Submission erhielt besa dann wieder abredgemäß den Zuschlag. Es handelt sich daher um einen Einzelfall, bei welchem auch nur ein gewisser Innenwettbewerb zwischen zwei der drei Verfahrensparteien bestand. Bei sämtlichen übrigen betroffenen Submissionen kam es nicht

vor, dass sich ein beteiligtes Unternehmen nicht an die Abrede gehalten hätte. Wirksamer Innenwettbewerb bestand demnach nicht. 227. Soweit den Rest- und Teilwettbewerb angehend, ist zunächst anzumerken, dass das Bundesgericht diesbezüglich (allerdings spezifisch in Bezug auf Dienstleistungsmärkte) festgehalten hat, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf einem Markt durch den Nachweis widerlegt werden kann, dass der Preis nicht der allein entscheidende Wettbewerbsparameter ist und aufgrund anderer Parameter ein wirksamer Rest- oder Teilwettbewerb fortbesteht.<sup>291</sup> Allerdings wiegt eine Beseitigung des Preiswettbewerbs aufgrund der regelmässig grossen Bedeutung des Wettbewerbsparameters „Preis“ schwer und die daran anknüpfende Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung wird nicht durch Wettbewerb bezüglich jedweder untergeordneter Parameter umgestossen.<sup>292</sup> 228. In der Tunnelreinigungsbranche handelt es sich beim Preis um den zentralen Wettbewerbsparameter. Zunächst lässt sich feststellen, dass bei sämtlichen Submissionen und Vergaben von Tunnelreinigungen, welche die Marktgegenseite in den Jahren 2006 bis 2013 durchführte, die jeweils preislich günstigste Offerte auch effektiv den Zuschlag erhalten hat. Allein dieser Befund belegt eindrücklich die Bedeutung des Wettbewerbsparameters „Preis“.

290 Siehe die Ausführungen in Rz 97, Rz 101, Rz 108 und Rz 148 ff. 291 BGE 129 II 18, 37 E. 8.3.4 (= RPW 2002/4, 747 E. 8.3.4), Buchpreisbindung. In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass der kompensierende Wettbewerbsparameter mindestens so bedeutsam sein müsse, wie jener bezüglich dessen der Wettbewerb beseitigt ist (BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 263), Art. 5 KG N 471. 292 RPW 2009/3, 210 Rz 95 m.w.H., Elektroinstallationsbetriebe Bern.

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 65

Hinzu kommt, dass mittels der Abreden über die Preise auch die Zuschlagserteilung durch die Beschaffungsstellen gesteuert werden sollte, was – wie sich zeigte – denn auch funktionierte. Wären nun für die Auftragsvergabe andere Parameter (ebenso) zentral gewesen wie der Preis, hätten folglich zur Erreichung dieses Ziels Abreden bloss über den Preis nicht ausgereicht, sondern es hätten stattdessen auch noch weitere Parameter abgesprochen werden müssen. Dies war aber nicht der Fall. 229. Sicherlich ist die Reputation eines Unternehmens, das eine auftragsgemässe Ausführung der nachgefragten Tunnelreinigungen gewährleistet, von Bedeutung. Hierin ist aus Sicht der WEKO aber eine Grundvoraussetzung für das dauerhafte Verbleiben im Markt und weniger ein in Bezug auf den einzelnen Auftrag spielender Wettbewerbsparameter zu sehen. Dieses Kriterium eignet sich denn auch nicht für Differenzierungen zwischen den Parteien, welche allesamt, zufolge fester Verankerung in der Tunnelreinigungsbranche, scheinbar aus Sicht der Nachfrager diese Anforderung erfüllen. So bleibt der Preis das entscheidende Kriterium bei der Auftragsvergabe. 230. Ferner sind die vergaberechtlichen Vorschriften auch diesbezüglich von Relevanz: Bei Beschaffungen der öffentlichen Hand, die in offenen Verfahren oder in Einladungsverfahren erfolgen, sind die Zuschlagskriterien inklusive deren Gewichtung oder Rangfolge spätestens in den Ausschreibungsunterlagen bekanntzugeben. Hierbei handelt es sich um die bei einem konkreten Tunnelreinigungsprojekt für die Zuschlagserteilung massgebenden Wettbewerbsparameter. Der Preis spielt dabei die überragende Rolle. Exemplarisch seien hierzu die Zuschlagskriterien der Gebietseinheit VII für die Tunnelreinigung im „Grossraum Zürich“ im Jahr 2009 und der Gebietseinheit X für die Tunnelreinigungen in Nidwalden, Obwalden und Luzern 2013–2015 zu nennen, bei welchen der Preis zwei Mal mit 100 % und ein Mal mit 70 % gewichtet wurde.<sup>293</sup> Sodann

führt die Offenlegung der Zuschlagskriterien inklusive deren Gewichtung oder Rangfolge gegenüber den Anbietenden dazu, dass es den Abrededepartnern aufgrund dieses Wissens sowie der Abschätzbarkeit der Bewertung allfälliger übriger Zuschlagskriterien bezüglich der einzelnen Abrededepartner möglich ist, die übrigen gegebenenfalls bestehenden Zuschlagskriterien bzw. diesbezügliche Differenzen in der Bewertung über den Parameter „Preis“ zu kompensieren. Eine solche Kompensation anderer Zuschlagskriterien über den Parameter „Preis“ dürfte praktisch einzig dann nur noch schwer möglich sein und entsprechend das Treffen von Submissionsabreden erschweren, wenn in einem Einzelfall die übrigen Zuschlagskriterien sehr hoch gewichtet würden und sich die verschiedenen Tunnelreinigungsunternehmen bezüglich dieser Kriterien auch noch stark unterscheiden würden. Eine solche Ausnahmesituation lag allerdings in keiner der vorliegend betrachteten Tunnelreinigungssubmissionen vor. 231. Dass der Restwettbewerb kein genügender sein kann, folgt im Übrigen auch daraus, dass mit den getroffenen Abreden die Zuschlagserteilung durch die Beschaffungsstelle an die geschützte Anbieterin gesteuert, also eine Aufteilung nach Geschäftspartnern vereinbart wird. Damit die Zuschlagserteilung planmässig erfolgt, verzichten die schützenden Anbieter neben der preislichen Koordinierung demzufolge darauf, sich bezüglich allfälliger auf die abgesprochene Submission bezogener und bei dieser – allerdings im Vergleich zum Preis regelmässig bloss untergeordnet – allfällig mitentscheidender Wettbewerbsparameter gegenüber dem geschützten Unternehmen abzuheben. Hierunter fällt auch, dass hinsichtlich der Tunnelreinigungen in ganzen Gebieten, wie beispielsweise im Tessin, gar gänzlich darauf verzichtet wurde, der abredegemäss zugeteilten Anbieterin diesen Auftrag streitig zu machen.

293 Vgl. die Zuschlagskriterien in den Beilagen zu act. n° 123 (Gebietseinheit VII) sowie act. n° 3,4 und 6.7 (Gebietseinheit X).

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 66

232. Zusammenfassend ergibt sich aus dem Vorangehenden, dass kein genügender aktueller oder potenzieller Innenwettbewerb, der die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu widerlegen vermöchte, bestand. C.4.2.3 Zwischenergebnis 233. Zusammenfassend bestand demnach bei der Abgrenzung eines relevanten Marktes für Tunnelreinigungen in der Schweiz ein gewisser aktueller Aussenwettbewerb, so dass die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs allenfalls widerlegt werden kann – die Frage muss nicht abschliessend beantwortet werden, da die Gesamtabrede auch auf dem nationalen Markt den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt (siehe Rz 254). Potenzieller Aussenwettbewerb und Innenwettbewerb bestand nicht. 234. Bei einer engeren Definition des Marktes für Tunnelreinigungen, nämlich auf die Tunnelreinigungen in den Gebietseinheiten IV, VI, VII und X, bestand hingegen weder aktueller noch potentieller Aussen- und auch kein Innenwettbewerb. Die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs kann bei dieser Definition des relevanten Marktes nicht widerlegt werden. Selbst wenn jedoch die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs umgestossen würde, wäre die Gesamtabrede auf diesem relevanten Markt in jedem Fall als den Wettbewerb erheblich beeinträchtigend zu beurteilen. 235. In der Folge bleibt zu prüfen, ob die Gesamtabrede bei einer Definition des räumlich relevanten Marktes für Tunnelreinigungen in der Schweiz zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führte. C.4.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs 236. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen

Effizienz rechtfertigen lassen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Erweist sich die durch eine Abrede bewirkte Beeinträchtigung als erheblich, ist zu prüfen, ob die Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG zu rechtfertigen ist.

C.4.3.1 Erheblichkeit gemäss bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung 237. In Bezug auf die Erheblichkeitsprüfung der Wettbewerbsbeschränkung halten die Urteile des BVGer vom 19. Dezember 2013 in Sachen Gaba und Gebro Folgendes fest: „Zwar ist grundsätzlich die Erheblichkeit einer Abrede anhand qualitativer und quantitativer Kriterien zu bestimmen. Im vorliegenden Fall genügt allerdings bereits die qualitative Erheblichkeit, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen. Wenn nämlich das Kartellgesetz selbst in Art. 5 Abs. [3 und] 4 KG statuiert, dass solche [Abreden] vermutungsweise den Wettbewerb beseitigen, so ist a majore ad minus grundsätzlich auch deren qualitative Erheblichkeit zu bejahen, unabhängig von allfälligen quantitativen Kriterien.“<sup>294</sup> „Da der Schweizer Gesetzgeber [...] statuiert, dass [Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG] den Wettbewerb vermutungsweise beseitigen, ist wie bereits ausgeführt a maiore ad minus auch bei einer Abrede wie der vorliegenden eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gegeben, unabhängig von allfälligen Marktanteilen. Allerdings ist diese Abrede dadurch nicht per se verboten. Eine Rechtfertigung ist noch immer aus den in Art. 5 Abs. 2 KG ge-

294 Urteil des BVGer B-506/2010 vom 19.12.2013, E. 11.1.8, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer B-463/2010 vom 19.12.2013, E. 11.1.4, Gebro/WEKO, Einfügungen durch die WEKO.

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 67

nannten Gründen möglich. Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass selbst Wettbewerbsabreden, die auf den ersten Blick als erheblich beschränkend erscheinen, in Wirklichkeit die wirtschaftliche Effizienz erhöhen können.“<sup>295</sup> 238. Dies bedeutet, dass – wenn einer der Vermutungstatbestände gemäss Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG greift – automatisch, d.h. ohne weitere Prüfung von qualitativen und insbesondere quantitativen Elementen, die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG als gegeben gilt. Gemäss dieser Rechtsprechung des BVGer ist in solchen Fällen lediglich noch zu prüfen, ob die Wettbewerbsabrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann. 239. Das BVGer hat allerdings im Fall „Baubeschläge“ in den Urteilen vom 23. September 2014 i.S. Paul Koch AG/WEKO und Sigenia-Aubi AG/WEKO und ausgeführt, dass im schweizerischen Kartellrecht keine per se-Erheblichkeit bestehe, weshalb die Auswirkungen von Absprachen auf dem Markt zu untersuchen seien.<sup>296</sup> Das BVGer begründet seine Auffassung jedoch mit keinem Wort und geht insbesondere nicht auf die eigene Rechtsprechung in Sachen Gaba und Gebro ein, weshalb das Verhältnis und die Tragweite der beiden Urteile unklar ist. Dies gilt umso mehr, als weder die Rechtsprechung Gaba und Gebro noch diejenige in Sachen Baubeschläge rechtskräftig ist. 240. Wird im vorliegenden Fall auf die Rechtsprechung i.S. Gaba und Gebro abgestellt, hat dies zur Folge, dass in Bezug auf die Gesamtabrede (vgl. Rz 193 ff.) eine unzulässige erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG vorliegt, falls diese nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz sachlich gerechtfertigt werden kann. Da aber diese Rechtsprechung noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist, wird nachfolgend zusätzlich die Erheblichkeit gemäss der bisherigen Praxis der WEKO geprüft. C.4.3.2 Erheblichkeit gemäss bisheriger Praxis 241. Vor dem Ergehen der erwähnten Rechtsprechung des BVGer beurteilte die WEKO die Frage nach der erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne des Kartellgesetzes

anhand einer Gesamtbetrachtung des Einzelfalls, wobei praxisgemäss sowohl qualitative wie auch quantitative Aspekte berücksichtigt wurden.<sup>297</sup> Bezüglich des qualitativen Elements gilt es gemäss dieser bisherigen Praxis die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters – und zwar im konkret betroffenen Markt<sup>298</sup> – sowie das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter<sup>299</sup> zu beurteilen. Bezüglich des quantitativen Elements ist im Regelfall zu ermitteln, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird, m.a.W. welches „Gewicht“ die Abrede sowie die an der Abrede beteilig-

295 Urteil des BVGer B-506/2010 vom 19.12.2013, E. 11.3.4, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer B-463/2010 vom 19.12.2013, E. 11.3.4, Gebro/WEKO, Einfügungen durch die WEKO. 296 Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 7.1.3, Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BVGer

B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 6.1.3, Sigenia-Aubi AG/WEKO (beide Urteile noch nicht rechtskräftig). 297 RPW 2000/2, 177 Rz 50, Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC) bezüglich horizontaler Abreden; ferner RPW 2009/2, 150 Rz 64, Sécateurs et cisailles; RPW 2010/1, 103 Rz 302, Gaba bezüglich vertikaler Abreden. 298 PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: Wettbewerbsrecht II Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1. 299 In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241 Rz 19, Klimarappen, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils.

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 68

ten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt haben (Anzahl, Marktanteile, Umsätze etc.).<sup>300</sup> 242. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, liegt vorliegend in Bezug auf die hier betrachtete Gesamtabrede eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG selbst dann vor, wenn die Erheblichkeitsprüfung anhand einer Gesamtbetrachtung im Sinne dieser Praxis erfolgt, d.h. unter Berücksichtigung von qualitativen wie quantitativen Kriterien. Die folgenden Ausführungen stellen auf die Erheblichkeitsprüfung anhand eines relevanten Marktes für Tunnelreinigungen in der Schweiz ab. Denn, wie oben gezeigt, ist der Wettbewerb bei einer engeren Marktabgrenzung, nämlich bezogen auf Tunnelreinigungen in den Gebietseinheiten IV, VI, VII und X, beseitigt. C.4.3.3 Qualitative Kriterien 243. Die vorliegende Untersuchung betrifft horizontale Preisabreden und Abreden über die Aufteilung von Gebieten und Geschäftspartnern (vgl. Rz 191 ff.). 244. Zunächst ist auf die gesetzgeberische Wertung bezüglich der wettbewerbsrechtlichen Bedeutung des Parameters Preis wie auch der Aufteilung von Geschäftspartnern hinzuweisen. Indem der Gesetzgeber bei horizontalen Abreden über diese beiden Punkte gar in Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG die Vermutung einer Wettbewerbsbeseitigung statuiert, drückt er das qualitative Gewicht aus, das er diesen beiden Punkten zumisst. Auch wenn die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt ist, bleibt der Gegenstand der Abrede, der überhaupt erst zum Greifen der Vermutung führte, qualitativ gravierender Natur.<sup>301</sup> 245. Dass insbesondere horizontale Preisabsprachen negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, ist in der Lehre und Rechtsprechung unbestritten.<sup>302</sup> Im Einklang damit illustriert sowohl die Praxis der WEKO wie auch diejenige der Europäischen Kommission, dass im horizontalen Kontext der Wettbewerbsparameter Preis als besonders wichtig zu betrachten ist.<sup>303</sup> Schliesslich kann auf die vorangehenden Ausführungen zur Bedeutung des Wett-

bewerbparameters Preis in der Tunnelreinigungsbranche verwiesen werden (vgl. Rz 228 ff.). Die dortigen Feststellungen bestätigen, dass es sich hierbei in der Tunnelreinigungsbranche um den zentralen Wettbewerbsparameter handelt. 246. Aber nicht nur der horizontalen Preisabrede, sondern auch der ebenfalls vereinbarten horizontalen Aufteilung nach Gebieten und Geschäftspartnern wohnt ein besonderes volkswirtschaftliches Schädigungspotential inne. Solche Aufteilungen erlauben es, unrentable Kapazitäten zu erhalten und führen so – jedenfalls mittel- bis langfristig – zu ineffizienten Branchenstrukturen.<sup>304</sup> 247. Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass die Abreden in qualitativer Hinsicht als ausgesprochen schwerwiegende Einschränkung zu qualifizieren sind.

300 BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 298), Art. 5 KG N 230. 301 Siehe etwa RPW 2009/2, 151 Rz 69, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/4 751 Rz 316, *Baubeschläge für Fenster und Türen*. 302 Vgl. RPW 2010/4 751 Rz 315 m.w.H., *Baubeschläge für Fenster und Türen*. 303 Vgl. zum Ganzen RPW 2010/4 751 Rz 315 m.w.H., *Baubeschläge für Fenster und Türen*. 304 Statt anderer etwa DAVID PASEWALDT, *Zehn Jahre Strafbarkeit wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen gemäss § 298 StGB*, ZIS Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2008, 84–91, 90.

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 69

C.4.3.4 Quantitative Kriterien 248. Bei der Prüfung, ob die Abrede in quantitativer Hinsicht den Wettbewerb schwerwiegend beeinträchtigt, ist der aktuelle und potentielle Wettbewerb durch allfällige Kartellausensenseiter massgebend. Um auf diese Weise die Intensität des Wettbewerbs durch Kartellausensenseiter zu prüfen, ist der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Für diese Beurteilung kann auf die obigen Ausführungen zum relevanten Markt (Rz 201 ff.) verwiesen werden. a. Aussenwettbewerb 249. Grundsätzlich kann hinsichtlich der Beurteilung des Aussenwettbewerbs auf die Ausführungen in Rz 218 ff. verwiesen werden. Wie bereits in Tab. 5 in Rz 219 festgehalten, beträgt der von der Gesamtabrede betroffenen Anteil am Auftragsvolumen im relevanten Zeitraum nach Berechnungen des Sekretariats rund [45–60] % pro Jahr. Bei einem Marktanteil in dieser Grössenordnung schloss die WEKO bei Vorliegen einer erfolgreich umgesetzten Abrede bereits mehrfach auf eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung.<sup>305</sup> 250. Für die Prüfung des quantitativen Elements sei aber vorliegend auf die Eigenschaften von Submissionsmärkten eingegangen. Bei einer Submission gilt allgemein der Grundsatz: „The winner takes it all“. Entsprechend erhält ein Unternehmen den gesamten Auftrag zugeschlagen; die anderen Mitbewerber gehen leer aus. Hinter der Durchführung von Submissionen steht die Idee, Wettbewerb zwischen den offerierenden Unternehmen zu erzeugen und so das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln. Im Gegensatz zu konventionellen Märkten können bei einer Submission die Anbieter einem Projekt konkret zugeordnet werden. Der Wettbewerb um einen konkreten Auftrag besteht nur zwischen den an der jeweiligen Submission beteiligten Anbietern. Sprechen sich nun einige oder gar alle Anbieter bezüglich dieses Auftrags ab, führt dies dazu, dass die schützenden Gesellschaften bewusst überhöhte Angebote einreichen. Auch die geschützte Gesellschaft rechnet – wohlwissend um den ihr gewährten Schutz – nicht derart „scharf“, wie sie es ohne Abrede tun würde. Oder anders gesagt reicht auch sie aufgrund der Abrede ein (aus Sicht der Beschaffungsstelle) schlechteres, sprich teureres, Angebot ein. Es lässt sich jedoch regelmässig nicht rekonstruieren, in welcher exakten Höhe die Abredepartner ohne Abrede Angebote eingereicht hätten, da es sich hierbei doch um hypothetische

Vorkommnisse handelt. 251. Weitergehend handelt es sich vorliegend um einen Markt, bei dem wiederholt, parallel und sequentiell Submissionen für Tunnelreinigungen stattfinden. Aus Anbietersicht kann eine einzelne Submission nicht unabhängig von anderen Submission gesehen werden. Wie in Rz 64 allgemein ausgeführt, richtet sich die Teilnahme einer Anbieterin an einer Submission sowie die Aggressivität, mit welcher sie bietet, vor allem nach ihrem Auslastungsgrad. Sie ist somit abhängig vom Erfolg bzw. Misserfolg in einer anderen Submission. Sprechen sich nun die Anbieter bei einer Submission ab, führt dies nicht nur in der Regel zu überhöhten Preisen bei dieser Submission, sondern auch zu einer Änderung des Bietverhaltens in einer anderen Submission. Diejenige Anbieterin, welche den Auftrag gemäss der Abrede erhalten soll, erhält dadurch im Voraus eine Zusicherung dieses Auftrags. Sie wird also in einer anderen Submission nicht mehr mit der gleichen Aggressivität um den Auftrag kämpfen, wie sie dies ohne Abrede getan hätte. So vermag auch schon eine einzelne abgesprochen Submission schwerwiegende Auswirkungen auf den Wettbewerb in folgenden Submissionen haben.

305 RPW 2012/2, 399 Rz 400, Verfügung vom 16. Dezember 2011 in Sachen Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; RPW 2004/3, 751 Rz 73, Markt für Schlachtschweine – Teil B; Entscheid der REKO/WEF, RPW 2003/4, 871 E. 8, Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau; RPW 2000/2, 178 Rz 57, Des tarifs conseillés de l'Association frimbourgeoise des écoles de circulation [AFEC].

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 70

252. Zuletzt sei an dieser Stelle wiederholt, dass die Abredepartner, obwohl die Abrede nur einen Teil des nationalen Marktes für Tunnelreinigungen betraf, kaum mit Konkurrenz zu rechnen hatten (siehe Rz 220 ff.). Der Wettbewerb war bei den von den Abreden betroffenen Submissionen beseitigt. Aufgrund der aufgezeigten Auswirkungen von Submissionsabreden auf das gesamte Marktgeschehen, kann daher festgestellt werden, dass die vorliegend zu beurteilende Gesamtabrede in quantitativer Hinsicht den Aussenwettbewerb schwerwiegend beeinträchtigt hat. b. Innenwettbewerb 253. Zum Innenwettbewerb kann auf die Ausführungen in Rz 225 ff. verwiesen werden. Wiederholt sei hier bloss, dass sich die Abredepartner konsequent an die Abreden gehalten haben. Der Innenwettbewerb zwischen den Abredepartnern war demnach geradezu inexistent. Die Gesamtabrede ist daher zusammenfassend in Anbetracht des Vorangehenden als quantitativ schwerwiegend zu qualifizieren. C.4.3.5 Gesamtwürdigung 254. Bei den als Gesamtabrede subsumierten Abreden der Verfahrensparteien handelt es sich um den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Art. 1 KG. Die vorangehenden Ausführungen zeigen das qualitative und quantitative Gewicht der Wettbewerbsbeeinträchtigung durch die Gesamtabrede. Diese beiden Elemente werden in einer Gesamtwürdigung gemeinsam und im Verhältnis zueinander betrachtet. Horizontale Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden qualifizierte die WEKO bereits als besonders schwerwiegende Abredetypen, welche das qualitative Element der Erheblichkeit ohne weiteres erfüllen, weshalb sie an die Erfüllung des quantitativen Kriteriums der Erheblichkeit keine allzu hohen Anforderungen mehr stellte.<sup>306</sup> Da vorliegend die Beeinträchtigung sowohl in qualitativer wie auch in quantitativer Hinsicht als schwerwiegend zu betrachten ist, ist ohne weiteres auch die Beeinträchtigung des Wettbewerbs als erheblich einzustufen. 255. Es wäre auch möglich, Abreden über einzelne Submissionen als den Wettbewerb erheblich beeinträchtigend zu beurteilen (vgl. auch Rz

81 und Rz 251 f.), da sich auch Abreden über einzelne (selbst unter vielen) Submissionen für Beschaffende ausgesprochen schwerwiegend auswirken. Diese erhebliche Wirkung gilt unabhängig davon, ob die relevanten Märkte in Submissionsverfahren eng auf einzelne Beschaffungen begrenzt<sup>307</sup> oder wie im vorliegenden Verfahren<sup>308</sup> weiter definiert werden. 256. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob sich die Gesamtabrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt. C.4.4 Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen 257. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie: a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von

306 Vgl. RPW 2012/4, 828, Rz 103, Vertrieb von Musik. 307 Vgl. RPW 2009/3, 206 f. Rz 66 ff., Elektroinstallationsbetriebe Bern; RPW 2012/2, 391 f. Rz 981 ff., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; RPW 2013/4, 592 Rz 824 ff., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 308 Vgl. RPW 2008/1, 110 ff. Rz 184 ff., Strassenbeläge Tessin und Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 382 E. 9.1.1, Strassenbeläge Tessin.

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 71

technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. 258. Diese Aufzählung der Rechtfertigungsgründe in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG ist abschliessend, wobei die aufgezählten Gründe grundsätzlich weit zu verstehen sind.<sup>309</sup> Zur Rechtfertigung genügt es, dass einer von ihnen gegeben ist.<sup>310</sup> Die Berücksichtigung anderer, nicht-ökonomischer Gründe ist den Wettbewerbsbehörden verwehrt. Allfällige öffentliche Interessen, die für eine ausnahmsweise Zulassung einer an sich kartellrechtlich unzulässigen Abrede sprechen mögen, sind einzig vom Bundesrat zu beurteilen (Art. 8 KG). Die Prüfung der wirtschaftlichen Rechtfertigungsgründe erfolgt stets im Einzelfall.<sup>311</sup> 259. Erstens ist somit zu prüfen, ob für die vorliegenden Abreden einer der oben genannten gesetzlichen Effizienzgründe vorliegt.<sup>312</sup> Zweitens muss die entsprechende Abrede notwendig sein, um den Effizienzgrund zu verwirklichen. Drittens muss geprüft werden, ob keine Möglichkeit besteht, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen. 260. Anzuführen ist, dass nicht bereits Gründe der wirtschaftlichen Effizienz vorliegen, wenn ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus Sicht der beteiligten Unternehmen betriebswirtschaftlich effizient ist, vielmehr muss die Abrede gesamtwirtschaftlich oder aus Sicht der Marktgegenseite als effizient betrachtet werden können.<sup>313</sup> 261. Von den Parteien wurde verschiedentlich vorgetragen, dass die Koordinierungen der Tunnelreinigungsprojekte aufgrund von Kapazitätsüberlegungen gerechtfertigt sein könnten.<sup>314</sup> So sei die Koordination zwischen den Parteien über Gebiete und Preise aus dem Grunde erfolgt, da es den Parteien unter Berücksichtigung der ihnen zur Verfügung stehenden Ressourcen (Personal, Anzahl Reinigungsfahrzeuge) gar nicht möglich gewesen wäre, sämtliche ausgeschriebenen Projekte bzw. die damit verbundenen Lose, selber durchzuführen. Die Aufteilung der ausgeschriebenen Projekte unter den konkurrierenden Unternehmen sei in der Absicht erfolgt, diese Kapazitätsprobleme zu vermeiden. 262. Öffentliche Ausschreibungen sollen bewirken, dass im Rahmen der öffentlichen Beschaffung unter Wahrung eines möglichst grossen Wettbewerbs tiefe Preise erzielt werden können. Durch das gegenseitige Zuschancen von Projekten sowie durch die Aufteilung von Gebieten sowie durch Preisabreden unter den Anbietern wird der Wettbewerb ausgeschaltet und damit der

Grundgedanke bzw. Grundzweck der öffentlichen Ausschreibungen hintertrieben. 263. Falls es durch die Projektkostenüberwälzung kurzfristig zu Kapazitätsproblemen kam, hätte beispielsweise eine konkrete Kontaktaufnahme der Unternehmen mit der ausschreibenden Beschaffungsstelle und eine darauffolgende Terminkoordination eher zum Ziel geführt als Preis- und Gebietsabreden unter den Anbietern. Es müsste auch im Interesse der Beschaffungsstellen liegen, den Anbietern Voraussetzungen für möglichst kompetitive Offerteingaben zu bieten und bei ihren Ausschreibungen nach Möglichkeit auf vermeidbare Erschwernisse zu verzichten, welche die Eingabe kompetitiver Offerten verhindern oder zumindest

309 RPW 2005/2, 265 f. Rz 91, Swico/Sens, m.Hw. auf BGE 129 II 18, E. 10.3 (= RPW 2002/4, 731, E 10.3), Buchpreisbindung. 310 BGE 129 II 18, 45, E. 10.3 (= RPW 2002/4, 731, E 10.3), Buchpreisbindung. 311 Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 793 ff. E. 13, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 835 f. E. 12, Gebro/WEKO. 312 Zum Ganzen RPW 2012/2, 206 Rz 337 ff., FttH Freiburg. 313 RPW 2012/2, 400 Rz 1059, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau. 314 Act. n° 11, act. n° 19 Rz 19 ff., act n° 20 S.4–5, act n° 26 Rz 27, act n° 27 Rz 22 ff. und act n° 38 Rz 19. 22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 72

erschweren, wie z.B. die Vermeidung einer für die Unternehmen ungünstige Terminfestsetzung. 264. Eine allfällige Notwendigkeit der Abrede ist aus diesen Gründen ausgeschlossen. Zusammenfassend steht fest, dass somit keine Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG vorliegen. C.4.5 Ergebnis 265. Zusammenfassend handelt es sich bei den von den Verfahrensparteien vorgenommenen Submissionsabreden und Gebietsaufteilungen, welche als Gesamtabrede qualifiziert werden, um unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG. Ob die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, wird vorliegend offen gelassen. Die Gesamtabrede beeinträchtigt den Wettbewerb auf dem relevanten Markt erheblich und kann nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden. C.5 Massnahmen 266. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. Rz 267 ff.) als auch monetäre Sanktionen (vgl. Rz 273 ff.). Vorliegend geht es um die Genehmigung von einvernehmlichen Regelungen, die jede Verfahrensadressatin jeweils mit dem Sekretariat abgeschlossen hat. C.5.1 Einvernehmliche Regelung 267. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmten Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind. 315 268. Anstelle der (einseitigen) Anordnung von Massnahmen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen kann die WEKO eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG genehmigen. Inhalt der einvernehmlichen Regelung ist gemäss Art. 29 Abs. 1 KG die Art und Weise der Beseitigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung. Ihr Ziel und Zweck besteht darin, das wettbewerbswidrige Verhalten für die Zukunft zu beseitigen und eine kartellrechtskonforme Alternative auszuarbeiten. Eine einvernehmliche Streitbeilegung für ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten ist ausgeschlossen, da über den Sanktionsanspruch des Staates nicht verhandelt

werden kann. Das unzulässige Verhalten, welches bis zum Abschluss der einvernehmlichen Regelung praktiziert wird, unterliegt deshalb bis zum Zeitpunkt seiner Aufhebung der Androhung direkter Sanktionen, wobei die Dauer und der Zeitpunkt der Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beziehungsweise ein kooperatives Verhalten der Parteien bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen sind.<sup>316</sup>

315 BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 66), Art. 30 KG N 58 f. 316 Vgl. RPW 2007/2, 190 Rz 315, Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (Publigroupe) sowie Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 329 E. 7.4.2 und E. 7.4.5.3 Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO, Urteil des BGer

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 73

269. Im vorliegenden Fall hat das Sekretariat mit sämtlichen Parteien jeweils eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen (vgl. Rz 30 ff.). 270. Die separat mit dem Sekretariat und jeder einzelnen Partei geschlossene einvernehmliche Regelung lautet wie folgt (anstatt nachfolgend sämtliche drei EVR aufzuführen, wurde der jeweilige Name des Unternehmens durch den Begriff [besa/ISS/Pfister] ersetzt. Der Text ist, bis auf die genannten Sanktionsrahmen und parteispezifischen Angaben, bei allen EVR identisch):  
Vorbemerkungen: a) Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22- 0437 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen. b) Zur Erreichung der Zielsetzung gemäss Bst. a) werden die Sachverhaltsermittlungen und die rechtliche Würdigung soweit wie möglich reduziert. Entsprechend kann die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung teilweise reduziert werden. c) Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung werden (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) alle Verdachtselemente und Tatsachen, die vom Sekretariat im Rahmen der Untersuchung 22-0437 beurteilt wurden, gegenüber [besa/ISS/Pfister] einvernehmlich und abschliessend geregelt. d) Der Wille und die Bereitschaft von [besa/ISS/Pfister] zum Abschluss der nachfolgenden einvernehmlichen Regelung wird vom Sekretariat als kooperatives Verhalten gewürdigt und im Rahmen des Antrages als sanktionsmindernder Umstand berücksichtigt. Aufgrund der aktuellen Ausgangslage beabsichtigt das Sekretariat, der WEKO eine Sanktion in der Grössenordnung von CHF [...] bis CHF [...] zu beantragen. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der WEKO und erfolgt in der Verfügung, die das Verfahren zum Abschluss bringt. e) Sollte diese einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt. f) Obwohl der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung seitens [besa/ISS/Pfister] keine Anerkennung der Sachverhaltsdarstellung und rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, hält [besa/ISS/Pfister] fest, dass sich im Falle einer Genehmigung dieser einvernehmlichen Regelung durch die WEKO und bei Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens gemäss Bst. d) sowie bei Beachtung von Bst. c) im Sinne von Bst. a) die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt. g) Bei diesem Ausgang des Verfahrens 22-0437 gehen die Verfahrenskosten anteilmässig zu Lasten der Parteien.

2C\_484/2010 vom 29.6.2012, E. 6.2, 7.2 ff. (nicht publizierte Erwägungen in BGE 139 I 72), Publigroupe SA et al./WEKO.

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 74

Vereinbarungen: 1) [besa/ISS/Pfister] verpflichtet sich im Rahmen von Ausschreibungen im Zusammenhang mit Tunnelreinigungsarbeiten Konkurrenten weder um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen noch solches anzubieten. 2) [besa/ISS/Pfister] verpflichtet sich, sich in Zusammenhang mit Tunnel- reinigungsarbeiten mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – nicht über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Aufteilung von Kunden und Gebieten auszutauschen. 3) Davon ausgenommen ist der Austausch von Informationen, die in Zu- sammenhang mit der Bildung oder Durchführung von Arbeitsgemeinschaf- ten (ARGE) oder Subunternehmerverhältnissen unabdingbar sind. 4) [besa/ISS/Pfister] verpflichtet sich, geplante Arbeitsgemeinschaften (ARGE) in Zusammenhang mit Tunnelreinigungsarbeiten gegenüber dem Auftraggeber offenzulegen. Hierzu sind spätestens im Zeitpunkt der Of- ferteingabe die Namen der Firmen, welche an der geplanten Arbeitsge- meinschaft (ARGE) mitwirken, anzugeben. Diese Offenlegungspflicht gilt auch bei einer geplanten Arbeitsgemeinschaft (ARGE), bei der einem ein- zeln Unternehmen die Führungsrolle zukommt und das als Ansprech- partnerin bzw. Verantwortliche gegenüber dem Auftraggeber auftritt. 271. Die genannte einvernehmliche Regelung umschreibt die Verpflichtungen, welche die Parteien eingegangenen sind, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Die bisherige unzulässige Wettbewerbsbeschränkung wird gestützt auf die getroffene Vereinbarung beseitigt, und für die beteiligten Unternehmen wird hinreichende Klarheit über die Rechtslage geschaffen. Die WEKO genehmigt die einver- nehmliche Regelung daher im Sinne von Art. 29 Abs. 2 KG. 272. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegende einvernehmliche Regelung können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sankti- onsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.317 C.5.2 Sanktionierung 273. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit ei- nem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erziel- ten Umsatzes belastet. Art. 9 Abs. 3 KG ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen. C.5.2.1 Allgemeines 274. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungssankti- onen – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung

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

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 75

der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbs- verstösse verhindern.318 Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt wer- den.319 275. Aufgrund der Sanktionierbarkeit handelt es sich beim

Kartellverfahren um ein Administ- rativverfahren mit strafrechtsähnlichem Charakter, nicht jedoch um reines Strafrecht. Die entsprechenden Garantien von Art. 6 und 7 EMRK und Art. 30 bzw. 32 BV sind demnach grundsätzlich im gesamten Verfahren anwendbar; über deren Tragweite ist jeweils bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden.<sup>320</sup> C.5.2.2 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG 276. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt haben. C.5.2.2.1 Unternehmen 277. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem „Unternehmen“ begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG abgestellt.<sup>321</sup> Zur Qualifizierung der Parteien als Unterneh- men sei hier auf die Ausführungen unter Rz 153 f. verwiesen. C.5.2.2.2 Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG 278. Nach Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, welches an einer unzulässigen Abre- de nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG beteiligt ist oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einer Sanktion belastet. Eine Sanktionierung der hier interessierenden ersten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestandsvariante ist an folgende zwei Voraussetzungen geknüpft: Erstens an die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten im Sinne von Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG sowie zweitens an die Unzulässigkeit dieser Abrede.<sup>322</sup> 279. Zu präzisieren ist, dass eine unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallende Abrede unzulässig bleibt, auch wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt wird, solange diese Abrede den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt ist. Art. 49a Abs. 1 KG sieht nun nicht vor, dass sich für eine Sanktionierbarkeit die Unzulässigkeit einer Abrede aus einem bestimmten Grad der Beeinträchtigung ergeben müsste. Anders gewendet besteht die Sanktionierbarkeit von unzulässigen, unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG fallenden Abreden unabhängig davon, ob durch sie der wirksame Wettbe- werb beseitigt oder „nur“ erheblich beeinträchtigt wird. Die Entstehungsgeschichte dieser Norm bestätigt, dass dieser Gesetzeswortlaut effektiv auch dem vom Gesetzgeber Gewollten

318 Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022, insb. 2023, 2033 ff. und 2041; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wett- bewerbsbeschränkungen, 2002, 92. 319 BBl 2002 2022, 2034. 320 BGE 139 I 72, 78 ff. E. 2.2.2 (= RPW 2013/1, 118 E. 2.2.2), Publigroupe SA et al./WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 798 ff. E. 14, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 835 ff. E. 12, Gebro/WEKO. 321 Statt vieler: JÜRIG BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz (KG), 3. Aufl. 2011, Art. 49a KG N 6. 322 Vgl. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Kartell- gesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2004, 34.

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 76

entspricht.<sup>323</sup> Die bisherige Praxis der WEKO sowie die Rechtsprechung des BVGer gehen denn auch von einer Sanktionierbarkeit solcher Abreden aus.<sup>324</sup> 280. Bezüglich dieser zwei Voraussetzungen sei im Einzelnen zur Vermeidung von Redun- danzen auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen. Zusammenfassend sei hier festge- halten, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind. C.5.2.3 Vorwerfbarkeit 281. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>325</sup>, welcher das BVGer gefolgt ist<sup>326</sup>, stellt Verschulden im Sinne von Vorwerfbarkeit das subjektive Tatbestandsmerkmal von Art. 49a Abs. 1 KG dar. Massgebend für das Vorliegen von Verschulden im Sinne von Vor-

werfbarkeit ist gemäss dieser Rechtsprechung ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden, an dessen Vorliegen jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind. 282. Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben. Nur in seltenen Fällen wird keine Vorwerfbarkeit vorliegen; so möglicherweise wenn der durch einen Mitarbeitenden ohne Organstellung begangene Kartellrechtsverstoss innerhalb des Unternehmens nicht bekannt war und auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.<sup>327</sup> Ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. Organisationsverschuldens liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt oder weiterführt, obwohl es sich bewusst ist oder sein müsste, dass das Verhalten möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.<sup>328</sup> 283. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen handelten und die kartellrechtswidrigen Submissionsabsprachen trafen, taten dies vorsätzlich. Sie schlossen wissentlich und willentlich mit Unternehmen derselben Marktstufe Vereinbarungen über die Preisfestsetzung sowie die Aufteilung von Kunden resp. Gebieten. Ob sich die Abredeteilnehmer bewusst waren, dass sich diese Abreden den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigend auswirkten, ist irrelevant, handelt es sich bei diesen Elementen doch – in Übernahme der strafrechtlichen Terminologie – um objektive Strafbarkeitsbedingungen. Doch selbst wenn man dies anders sehen möchte, wäre auch diesbezüglich zumindest Eventualvorsatz gegeben, wollten die Abredeteilnehmer mit den Abreden doch gerade wis-

323 BBl 2002 2022, 2037; statt vieler BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 66), Art. 49a KG N 6 ff. m.w.H. 324 Vgl. RPW 2009/2, 155 Rz 86, Sécateurs et cisailles; RPW 2010/1, 108 Rz 332, Gaba; RPW 2012/2, 401 Rz 1069, Fn 236, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 799 ff. E. 14.2, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 837 ff. E. 13.1, Gebro/WEKO. 325 Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), Publigroupe SA et al./WEKO. Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung hinsichtlich Vorwerfbarkeit: RPW 2006/1, 169 ff. Rz 197 ff., Flughafen Zürich AG (Unique); Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 672 E. 4.2.6, Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO; RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, SIX/DCC; RPW 2007/2, 232 ff. Rz 306 ff., insb. Rz 308 und 314, Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern; Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO. 326 Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 803 E. 14.3.5, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 840 E. 13.2.5, Gebro/WEKO. 327 RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., SIX/DCC. 328 Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO; Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, E. 12.2.2 (= RPW 2013/1, 135; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), Publigroupe SA et al./WEKO. 22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 77

wissentlich und willentlich – freilich aufgrund einer Parallelwertung in der Laiensphäre und nicht mit juristisch exakter Erfassung der gesetzlichen Begriffe bzw. Terminologie – wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkungen herbeiführen und nahmen dabei billigend in Kauf, dass diese zumindest erheblich sind. Sodann ist festzustellen, dass die handelnden natürlichen Personen für die jeweiligen Unternehmen zeichnungsberechtigt waren und

jeweils dem mittleren oder oberen Kader, wenn nicht gar der Geschäftsleitung, angehört. Ihr Vorsatz bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen. 284. Anderweitige Gründe, welche dagegen sprechen würden, dass den Unternehmen die fraglichen Verhaltensweisen vorgeworfen werden können, sind nicht ersichtlich. So darf das Kartellgesetz resp. dessen grundlegende Normen für Unternehmen (als dessen Adressaten) allgemein als „bekannt“ vorausgesetzt werden.<sup>329</sup> Diese müssen sodann grundsätzlich alles Mögliche und Notwendige vorkehren, um sicherzustellen, dass von ihnen die Vorgaben des Kartellgesetzes eingehalten werden.

C.5.2.4 Bemessung 285. Rechtsfolge eines Verstosses i.S.v. 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. 286. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit<sup>330</sup> und der Gleichbehandlung begrenzt wird.<sup>331</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>332</sup>

C.5.2.4.1 Maximalsanktion 287. Wie vorstehend dargelegt, beträgt die Sanktion 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). Wie sich unter anderem aus der Botschaft zum KG 2003 ergibt,<sup>333</sup> sind dabei die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre massgeblich.<sup>334</sup> Der Unternehmensumsatz i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszu-

329 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. Juni 2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PublG; SR 170.512). 330 Art. 2 Abs. 2 SVKG. 331 Vgl. PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 49a KG N 14 sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking. 332 RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, Elektroinstallationsbetriebe Bern. 333 Vgl. BBl 2002 2022, 2037. 334 Jedenfalls im Ergebnis ebenso etwa RPW 2011/1, 191 Rz 572, SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC); Verfügung i.S. Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326, abrufbar unter <www.weko.admin.ch> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision [letzte Kontrolle: 22.2.2015].

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 78

sammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU<sup>335</sup> finden analoge Anwendung. Die so errechnete maximale Sanktion stellt nicht den Ausgangspunkt der konkreten Sanktionsberechnung dar (vgl. dazu sogleich); vielmehr wird am Schluss der anhand der anderen im KG und der SVKG genannten Kriterien erfolgten konkreten Sanktionsberechnung geprüft, ob der Maximalbetrag nicht überschritten wird (Art. 7 SVKG); gegebenenfalls hat eine entsprechende Kürzung zu erfolgen. 288. Im vorliegendem Fall erübrigt sich eine

Ermittlung der jeweiligen Unternehmensumsätze der Parteien aus folgendem Grund: Der Basisbetrag der Sanktion, den es anschliessend abhängig von der Dauer des Verstosses sowie der konkreten Umstände des Einzelfalls zu erhöhen oder zu senken gilt, beträgt maximal 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren erzielten Umsatzes der Unternehmen auf dem relevanten Markt (Art. 3 SVKG). Der für die Bestimmung der Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wesentliche Umsatz, nämlich der gesamte Umsatz des Unternehmens in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz, beträgt bei allen Verfahrensparteien ein Vielfaches der Umsätze, welche sie mit Tunnelreinigungen in der Schweiz erzielen. Bei besa<sup>336</sup> beläuft sich der prozentuale Anteil des Bereichs Tunnelreinigungen am Gesamtumsatz nach eigenen Angaben auf maximal [...] %; bei Pfister<sup>337</sup> beläuft sich der Anteil auf rund [...] % am gesamten Jahresgewinn des Unternehmens. Bei ISS, mit einem Jahresumsatz von über CHF 500 Mio. dürfte dieser Anteil nur noch im verschwindend kleinen Prozentbereich liegen.<sup>338</sup> Die auszusprechenden Sanktionen belaufen sich daher nicht annähernd in der Höhe der Maximalsanktion, weshalb deren genaue Bestimmung überflüssig ist. C.5.2.4.2 Konkrete Sanktionsberechnung 289. Nach Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich der konkrete Sanktionsbetrag innerhalb des Sanktionsrahmens anhand der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Angemessen zu berücksichtigen ist zudem auch der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn. Die SVKG geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann. (i) Basisbetrag 290. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Dem Zweck von Art. 3 SVKG entsprechend ist hierbei der Umsatz massgebend, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.<sup>339</sup> Das Abstellen auf diese Zeitspanne der Zuwiderhandlung gegen das KG dient nicht zuletzt auch dazu, die erzielte Kartellrente möglichst abzuschöpfen.

335 Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4). 336 Act. n° 3 Rz 45. 337 Act. n° 4 Rz 20 und act. n° 200. 338 Siehe die online publizierten Jahresumsätze von ISS, abrufbar unter <<http://www.ch.issworld.com/de-CH/iss-schweiz-de/Zahlenundfakten>> [letzte Kontrolle: 22.2.2015]. 339 In diesem Sinne auch RPW 2012/2, 404 f. Rz 1083 Tabelle 3 sowie 407 f. Rz 1097 Tabelle 5, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; Verfügung i.S. Altimum SA (auparavant Roger Guenat SA), Rz 326 und 332 m.w.H. in Fn 176, abrufbar unter <[www.weko.admin.ch](http://www.weko.admin.ch)> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision [letzte Kontrolle: 22.2.2015].

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 79

I. Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt) 291. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren vor Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. 292. Da – wie in Rz 201 ff. aufgezeigt – nicht abschliessend festgelegt wird, ob ein relevanter Markt für Tunnelreinigungen in der Schweiz oder in den Gebietseinheiten IV, VI, VII und X besteht, wird in Bezug auf die Sanktionsberechnung, im Sinne der Parteien,

lediglich der Umsatz beigezogen, den besa, ISS und Pfister auf dem Gebiet, auf das sich die Gesamtabrede bezieht, generierten. Vorliegend beträgt daher die Obergrenze des Basisbetrags 10 % des Umsatzes, den das jeweilige Unternehmen mit der Gesamtabrede in den Gebietseinheiten IV, VI, VII und X im Zeitraum 2010 bis 2012 erzielt hat. Die Umsätze basieren entsprechend auf denjenigen in Tab. 5 in Rz 219.340 Tab. 6:  
Obergrenze des Basisbetrags je Partei Partei Massgeblicher Umsatz (inkl. MWST, in CHF)  
Massgeblicher Umsatz (exkl. MWST, in CHF) Massgeblicher Prozentsatz Obergrenze des Basisbetrags (in CHF) besa [...] [...] 10 % [...] ISS [...] [...] 10 % [...] Pfister [...] [...] 10 % [...]

II. Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses 293. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrags je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.). Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoss zu qualifizieren ist. 294. Die an den in Frage stehenden Abreden beteiligten Unternehmen haben sich unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG verhalten. Im Folgenden gilt es demnach zu prüfen, als wie schwer dieser Verstoss gegen das Kartellgesetz zu qualifizieren ist; hierbei stehen objektive<sup>341</sup> Faktoren im Vordergrund. 295. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden als schwer sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer sehr stark auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. Zweifellos stellen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, – als sogenannte harte horizontale Kartelle – in aller Regel schwere Kartellrechtsverstösse dar. Unter anderem sind horizontale Abreden, welche den Preiswettbewerb ausschalten, wegen des grossen ihnen immanenten Gefährdungspotentials grundsätzlich im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h. zwischen 7 % und 10 %, einzuordnen. Tendenziell leichter zu gewichten sind den Wett-

340 Es besteht eine Differenz zwischen den Angaben der Beschaffungsstelle im Tessin und den Angaben von ISS bezüglich ihrer dortigen Umsatzzahlen, vgl. act. n° 125 (Antwort auf Frage 4 und 5) und 154, 169 und 175. Aus Gründen der Einheitlichkeit wird vorliegend für alle Verfahrensparteien auf die Angaben der Beschaffungsstellen abgestellt. 341 D.h. nicht verschuldensabhängige Kriterien, vgl. ROLF DÄHLER/PATRICK L. KRAUSKOPF, Die Sanktionsbemessung und die Bonusregelung, in: Walter Stoffel/Roger Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, 139.

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 80

bewerb 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>342</sup> 296. Aufgrund der besonderen Schwere von Wettbewerbsverstössen bei öffentlichen Ausschreibungen<sup>343</sup> und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass in casu mehrere Tatbestände, nämlich Bst. a und c von Art. 5 KG erfüllt sind, wird vorliegend ein für die Berechnung des Basisbetrags zu berücksichtigender Prozentsatz von 10 % für die an der Gesamtabrede beteiligten Verfahrensparteien als angemessen erachtet.

Tab. 7: Basisbeträge je Verfahrenspartei Partei Massgeblicher Umsatz (exkl. MWST, in CHF) Massgeblicher Prozentsatz Basisbetrag (in CHF) besa [...] 10 % [...] ISS [...] 10 %

[...] Pfister [...] 10 % [...] (ii) Dauer des Verstosses 297. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 3). 298. Wie vorstehend aufgezeigt (Rz 87 ff.), erstreckte sich die vorliegend zu beurteilende Gesamtabrede von Januar 2008 bis zur Eröffnung der Untersuchung am 5. Februar 2013. Das Verhalten hat somit rund 5 Jahre andauert, weshalb sich eine Erhöhung des Basisbetrags um 50 % rechtfertigt. (iii) Erschwerende und mildernde Umstände 299. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen. III. Mutmasslicher Gewinn 300. Ein durch das Verhalten erzielter „Normalgewinn“ ist bereits im Basisbetrag enthalten. Liegt indes die unrechtmässige Monopolrente über dem Basisbetrag, so ist diesem Umstand nach Massgabe von Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG Rechnung zu tragen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 1, 2 und 4). 301. Sofern eine Gewinnberechnung oder -schätzung möglich ist, soll ein besonders hoher Gewinn des Unternehmens bei der Festlegung der Sanktion als erschwerender Umstand berücksichtigt werden. Damit sich der Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 KG für das fehlbare Unternehmen unter keinen Umständen lohnt, ist der Sanktionsbetrag so weit zu erhöhen, dass er den Betrag des aufgrund des Verstosses unrechtmässig erzielten Gewinns übertrifft.

342 Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 3. 343 In der Verfügung „Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau“ wurde bereits festgehalten, dass die WEKO in Zukunft bei Submissionsabreden einen Basisbetrag von 10 % des Umsatzes auf den relevanten Märkten in Betracht ziehen wird, RPW 2012/2, 408 Rz 1103. Siehe auch RPW 2013/4, 620 Rz 960 und Rz 964.

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 81

302. Im vorliegenden Fall gibt es keinerlei Hinweise auf einen besonders hohen Gewinn. IV. Kooperatives Verhalten (einvernehmliche Regelung) 303. Der Wille und die Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung werden von den Wettbewerbsbehörden bei der Sanktionsbemessung als kooperatives Verhalten gewürdigt. Der Kooperation ist im Rahmen von Art. 2, 3 und 6 SVKG Rechnung zu tragen. 304. Das Sekretariat hat mit sämtlichen Untersuchungsadressaten eine gleichlautende einvernehmliche Regelung i.S.v. Art. 29 KG abgeschlossen (Rz 32 ff.), die mit der vorliegenden Verfügung durch die WEKO genehmigt wird. 305. Bezüglich des Umfangs der Milderung ist festzuhalten, dass für den Willen und die Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung grundsätzlich eine Reduktion zwischen 5–40 % in Abhängigkeit von Zeitpunkt, Verfahrensstand und Intensität der Zusammenarbeit in Frage kommt.<sup>344</sup> 306. Vorliegend wurde die einvernehmliche Regelung vor dem Versand des Antrags an die Parteien abgeschlossen. Zu diesem Zeitpunkt waren wesentliche Ermittlungsmassnahmen (Hausdurchsuchungen und Auswertungen der beschlagnahmten Dokumente, Fragebogen an für die Vergabe von Tunnelreinigungen zuständigen Amtsstellen) bereits erfolgt. Auf weitere aufwändige Ermittlungsmassnahmen, wie weiterer Einvernahmen, Datenerhebungen und -auswertungen, konnte jedoch aufgrund des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung verzichtet werden. Da sämtliche Untersuchungsadressaten eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen haben, ist es zudem möglich, die Begründungsdichte und -tiefe des Antrags zu reduzieren. Dies hat den Aufwand des Sekretariats für die Antragsstellung erheblich vermindert. Auch kommt es

zu einer Verminderung des Verfahrensaufwands der WEKO, da u.a. kein Aufwand für nachfolgende Rechtsmittelverfahren zu erwarten ist. 307. Unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen wird daher für sämtliche Parteien der Abschluss der einvernehmlichen Regelung mit einer Sanktionsminderung von 15 % honoriert. V. Weitere erschwerende/mildernde Umstände 308. In einem letzten Schritt sind schliesslich die übrigen erschwerenden und mildernden Umstände nach Art. 5 und Art. 6 SVKG zu berücksichtigen (vgl. Erläuterungen SVKG, S. 4 ff.). 309. Vorliegend sind keine weiteren erschwerenden oder mildernden Umstände ersichtlich. C.5.2.5 Selbstanzeige – vollständiger/teilweiser Erlass der Sanktion 310. Wenn ein Unternehmen an der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung dieses Unternehmens ganz oder teilweise verzichtet werden. Diesen Grundsatz hält Art. 49a Abs. 2 KG fest, wobei in Art. 8 ff. SVKG die Modalitäten eines vollständigen und in Art. 12 ff. SVKG diejenigen eines teilweisen Sanktionserlasses aufgeführt sind.

344 Vgl. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Synthesebericht der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, 2008, Rz 311; vgl. weiter BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 262), Art. 49a N 87. Für eine Zusammenfassung der bisherigen Praxis der WEKO siehe RPW 2013/2, 202, 314 ff.

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 82

C.5.2.5.1 Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion 311. Gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG erlässt die WEKO einem Unternehmen die Sanktion vollständig, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG anzeigt und als Erstes entweder ■ Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, eine Untersuchung zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG, Eröffnungskooperation) oder ■ Beweismittel vorlegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, Feststellungskooperation). Ein Sanktionserlass von 100 % kann auch dann noch gewährt werden, wenn die Wettbewerbsbehörden von Amtes wegen oder infolge Anzeige eines Dritten eine Vorabklärung oder Untersuchung eröffnet haben. 345 312. Ein Erlass der Sanktion setzt in beiden vorgenannten Fällen allerdings voraus, dass die Wettbewerbsbehörde nicht ohnehin bereits über ausreichende Beweismittel verfügt, um den Wettbewerbsverstoss zu beweisen (Art. 8 Abs. 3 und 4 Bst. b SVKG). 313. Weiter wird gemäss Art. 8 Abs. 2 SVKG von einem Unternehmen kumulativ verlangt, dass ■ seine Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde eine ununterbrochene und uneingeschränkte ist; ■ es sämtliche Informationen und Beweismittel unaufgefordert vorlegt; ■ es weder eine anstiftende oder führende Rolle am Wettbewerbsverstoss gespielt noch andere Unternehmen zur Teilnahme an diesem gezwungen hat, und ■ es seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörde einstellt. 314. Sind nicht alle Voraussetzungen für einen vollständigen Erlass der Sanktion erfüllt, ist dennoch eine Reduktion der Sanktion möglich. Eine solche setzt gemäss Art. 12 SVKG voraus, dass ein Unternehmen an einem Verfahren unaufgefordert mitgewirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat. C.5.2.5.2 Selbstanzeigen in casu 315. Vorliegend reichten sämtliche Verfahrensparteien im Laufe der Untersuchung eine Selbstanzeige ein, in deren Zusammenhang sie erklärten, ihre Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung eingestellt zu haben. 316. ISS reichte am Tag der Hausdurchsuchung als erstes Unternehmen eine

Selbstanzeige ein und ergänzte diese bereits am selben Tag. Die darauffolgende Zusammenarbeit mit dem Sekretariat kann als sehr gut bezeichnet werden. ISS reichte von sich aus Unterlagen ein und beantwortete umgekehrt verzugslos Anfragen des Sekretariats. Aufgrund dessen wird ISS der vollständige Sanktionserlass gewährt werden. 317. Pfister reichte am ersten Tag nach der Untersuchungseröffnung eine Selbstanzeige ein und erklärte ihre volle Kooperationsbereitschaft in dieser Untersuchung. Ihre Selbstanzeige liegt somit innerhalb der vorliegenden Untersuchung an zweiter Stelle. Daraus ergibt sich, dass für Pfister, trotz der ausgezeichneten Kooperation mit dem Sekretariat, lediglich eine

345 So bereits RPW 2009/3, 219, Rz 153 m.w.H., Elektroinstallationsbetriebe Bern.

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 83

Reduktion der Sanktion i.S.v. Art. 12 Abs. 2 SVKG und kein vollständiger Erlass mehr möglich ist. Pfister legte von sich aus zahlreiche Belege und Dokumente vor und beantwortete Anfragen durch das Sekretariat umgehend. Aufgrund dessen erscheint für Pfister die unter diesen Umständen maximal mögliche Sanktionsreduktion von 50 % als sachgerecht. 318. Besa reichte ihre Selbstanzeige zu einem wesentlich späteren Zeitpunkt ein – nämlich am 18. September 2013 (vgl. Rz 16) – als die beiden anderen Untersuchungsadressatinnen. Die Meldung erfolgte daher in einer bereits fortgeschrittenen Phase der Untersuchung. Die Kooperation mit dem Sekretariat beschränkte sich dabei auf das Notwendigste. Es entstand der Eindruck, dass Besa lediglich die Punkte und Sachverhalte lieferte, die dem Sekretariat im Wesentlichen bereits vorlagen resp. bekannt waren. Unter Berücksichtigung des guten Willens obgleich der Minimal Kooperation von Besa mit dem Sekretariat erscheint für Besa eine Sanktionsreduktion von 10 % als sachgerecht. C.5.2.6 Ergebnis 319. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sowie der genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachten die Wettbewerbsbehörden eine Verwaltungssanktion in folgender Höhe als den Verstössen der Parteien gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen: Tab. 8:

Zusammenfassung der Sanktionsbeträge	Sanktionsbemessung Besa	ISS	Pfister	Umsatz auf dem relevanten Markt (exkl. MWST)	[...]	[...]	[...]	Obergrenze	Basisbetrag	10 %	[...]	[...]								
[...]	Konkreter Basisbetrag	10 %	[...]	[...]	[...]	[...]	Zuschlag für die Dauer	+50 %	[...]	[...]	[...]	[...]								
[...]	Erschwerende Umstände/ mutmasslicher Gewinn	+/-0 %	[...]	[...]	[...]	[...]	Mildernde Umstände/ Reduktion	zufolge EVR	-15 %	[...]	[...]	[...]								
[...]	Reduktion	zufolge Bonus (Art. 12 SVKG)	-10 %	[...]	-- --	Reduktion	zufolge Bonus (Art. 12 SVKG)	-100 %	--	[...]	--	Reduktion	zufolge Bonus (Art. 12 SVKG)	-50 %	-- --	[...]	Sanktionsbetrag	[...]	[...]	[...]

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 84

C.5.2.7 Verhältnismässigkeit 320. Schliesslich muss eine Sanktion als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein. 346 321. Zunächst sei darauf verwiesen, dass für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit nicht alleine auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der betroffenen Unternehmen in der Sparte „Tunnelreinigung“ abzustellen ist, sondern eine Beurteilung anhand der Rentabilität und des Erfolgs des „Gesamtunternehmens“ vorzunehmen ist. Wie schon in Rz 288 aufgezeigt, betragen die Umsätze aller Verfügungsadressatinnen nicht nur ein Vielfaches der möglichen Maximalsanktionen, sondern auch ein Vielfaches der vorliegenden Sanktionen zusammen mit den anfallenden Verfahrenskosten. Daher sind die festgestellten Sanktionsbeträge zusammen mit den Verfahrenskosten als tragbar bzw. zumutbar zu bezeichnen. 322. Einzugehen sei an dieser Stelle auf die von Pfister am 17.

Juni 2014 vorgelegte ausführliche Dokumentation,<sup>347</sup> [...]. 323. Im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Antrag an die WEKO<sup>348</sup> bringt besa vor, dass sie die vorliegend verursachten Verfahrenskosten als unangemessenen und unverhältnismässig erachte. Allerdings bleibe ihr aktuell gar nichts anderes übrig, als den Antrag des Sekretariats und den entsprechenden Entscheid der WEKO zu akzeptieren. 324. ISS rügt in ihrer Stellungnahme vom 22. Januar 2015 zum Antrag an die WEKO<sup>349</sup>, dass das Sekretariat in der vorliegenden Untersuchung trotz kleinem Tunnelreinigungsmarkt einen unverhältnismässig hohen Aufwand betrieben und dadurch viel zu hohe Verfahrenskosten verursacht habe. Sein Vorgehen sei weder verhältnismässig noch sachgerecht gewesen. Es sei damit der Zweck der Feststellungskooperation unterlaufen worden, welcher darin bestehe, die Untersuchungsadressaten zur Aufarbeitung und Darlegung der Verstösse zu animieren und ihnen im Gegenzug einen finanziellen Vorteil zu offerieren. 325. Es ist festzuhalten, dass eine lückenlose und solide Sachverhaltsermittlung den Grundpfeiler wettbewerbsrechtlicher Untersuchungen bildet. Das Sekretariat kann sich dabei oftmals nicht ausschliesslich auf Bonusmeldungen und die in diesem Zusammenhang vorgelegten Beweismittel verlassen.<sup>350</sup> Auch in casu hätte ein ausschliessliches Abstützen auf die Eingaben der Selbstanzeigerinnen nicht ausgereicht. Eine vernachlässigte Sachverhaltsermittlung hätte zudem im Hinblick auf einen möglichen Weiterzug des Entscheids ans Bundesverwaltungsgericht bzw. ans Bundesgericht für die Erfolgsaussichten der WEKO möglicherweise weitreichende negative Konsequenzen. Hingegen reduzierte das Sekretariat seine Sachverhaltsermittlungen im Hinblick auf die in Aussicht gestellten Verhandlungen für eine EVR auf ein Minimum und stellte seine Ermittlungen nach Abschluss der EVR praktisch ein. 326. Unabhängig davon, ob der Tunnelreinigungsmarkt in der Schweiz als klein zu betrachten ist oder nicht, obliegt es dem Sekretariat Untersuchungen zu eröffnen und durchzuführen. Die Grösse des Marktes ist dafür kein geeignetes Kriterium. Würde das Sekretariat in sogenannten kleineren Märkten generell keine Untersuchungen eröffnen bzw. bereits eröffnete Untersuchungen nach Bekanntwerden des Marktvolumens einstellen, käme dies in diesen Märkten einem Freischein für Kartellanten gleich und würde dem Grundgedanken des Kar-

346 Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150 m.w.H., Elektroinstallationsbetriebe Bern. 347 [...]. 348 Act. 220 Rz 1. 349 Act. 222 S.3. 350 Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 7.4.1, Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 6.4.1, Sigenia-Aubi AG/WEKO (beide Urteile noch nicht rechtskräftig).

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 85

tellgesetzes widersprechen. Zudem würde das Sekretariat dadurch seinen Aufgabenbereich vernachlässigen. Dies auch vor dem Hintergrund, dass harte horizontale Kartelle schwerwiegende Verstösse gegen das Kartellgesetz darstellen und die Bekämpfung von Submissionsabreden seit 2008 für die WEKO und ihr Sekretariat generell einen Schwerpunkt bildet und somit höchste Priorität genießt.<sup>351</sup> 327. Das Sekretariat verrechnet seine Aufwände bewusst und nur zu einem Teil als anrechenbare Verfahrenskosten. Es legte seine Aufwände und seine Verrechnungen offen. So hat es den Parteien etwa im Rahmen der Verhandlungsgespräche zum Abschluss einer EVR, wie bereits in Rz 33 dargelegt, eine Zusammenstellung der bis zum damaligen Zeitpunkt angefallenen Verfahrenskosten zugestellt. Daraus ging u.a. klar hervor, welchen Prozentsatz des effektiven Arbeitsaufwandes schliesslich an die Parteien weiterverrechnet wird. Dabei ist zu berücksichtigen, dass jede Untersuchung einen gewissen Grundstock an

Verfahrenskosten aufweist, der unabhängig von konkreten Umständen erwächst. Zudem sind die als Ermittlungsinstrument zentralen Hausdurchsuchungen, gerade an mehreren Standorten, mit relativ hohen Kosten verbunden. In der vorliegenden Untersuchung schlagen diese mit mehr als einem Drittel der Verfahrenskosten zu Buche (siehe Rz 335). Bei Untersuchungen mit wenigen Parteien sind die einzeln auferlegten Verfahrenskosten im Übrigen höher als bei Fällen mit einer grösseren Anzahl Beteiligter. 328. Weder hat das Sekretariat in casu einen unverhältnismässig hohen Aufwand betrieben, noch sind die Verfahrenskosten als unangemessen zu betrachten. Die von besa und ISS aufgeworfenen Einwände haben somit keinen Bestand. C.5.3 Weitere Anordnungen/Beschlagnahmte Dokumente und gespiegelte elektronische Daten 329. Anlässlich der Hausdurchsuchungen wurden bei den durchsuchten Gesellschaften diverse Papierdokumente beschlagnahmt sowie elektronische Daten kopiert und gespiegelt. Die für die Untersuchung relevanten Papierdokumente wurden in Kopie, die elektronischen Daten in Form von elektronischen Berichten resp. Papierausdrucken in die amtlichen Akten übernommen. Sämtlichen Papierdokumente wurden bereits nach Abschluss deren Sichtung den Verfahrensadressatinnen zurückgegeben. Mit Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung gegenüber allen Parteien kann ausgeschlossen werden, dass zu einem späteren Zeitpunkt auf die kopierten resp. gespiegelten elektronischen Daten zurückgegriffen werden muss. Folglich sind die gespiegelten oder kopierten elektronischen Daten nach Eintritt der Rechtskraft zu löschen. D Kosten 330. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG352 ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat. 331. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen. Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatinnen zu bejahen. 332. Ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung eines Kartells Gegenstand eines Verfahrens, so gelten grundsätzlich alle am Kartell Beteiligten gemeinsam und in gleicher Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens. Dem entspre-

351 RPW 2009/1, 2; RPW 2010/1, 1 f.; RPW 2013/1, 4 f. 352 Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 86

chend gestaltet sich die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, gemäss welcher – in Ermangelung besonderer Umstände, die das Ergebnis als stossend erscheinen liessen – eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten vorgenommen wurde. Insbesondere Gleichheits-, aber auch Praktikabilitätserwägungen stehen dabei im Vordergrund.<sup>353</sup> Da die Verteilung der Verfahrenskosten nicht davon abhängen soll, ob eine Gesellschaft, die sich an einem Kartell beteiligt hat, in eine Konzernstruktur eingebunden ist oder nicht, ist in vorliegender Untersuchung bei der Pro-Kopf-Verlegung das Unternehmen i.S.v. Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG als „ein Kopf“ zu zählen, unabhängig davon, aus wie vielen juristischen Personen dieses Unternehmen besteht. Auch vorliegend werden die Gebühren den Parteien – unter Vorbehalt der vorangehenden Ausführungen bezüglich Konzernstrukturen - zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV354). 333. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt 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). 334. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich hier ein Stundenansatz von CHF 130.– bis CHF 290.–. Die aufgewendete Zeit der vorliegenden Untersuchung beläuft sich auf insgesamt (gerundet) 1539 Stunden. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet: - 277.08 Stunden zu CHF 130.–, ergebend CHF 36'020.40 - 1'151.15 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 230'230.00 - 110.95 Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF 32'175.50 Demnach beläuft sich die Gebühr auf insgesamt CHF 298'425.90. 335. Neben dem Aufwand nach Art. 4 AllgGebV hat der Gebührenpflichtige gemäss Art. 6 AllgGebV die Auslagen sowie die Kosten, die durch Beweiserhebung oder besondere Untersuchungsmassnahmen verursacht werden, zu erstatten. Der im Zusammenhang mit den Hausdurchsuchungen vom 6. Februar 2013 entstandene Aufwand beläuft sich auf CHF 95'990.40 und ist im oben genannten Betrag bereits enthalten. 336. Gemäss der Pro-Kopf-Verlegung der Kosten werden diese in der vorliegenden Untersuchung durch drei geteilt und den Parteien zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung auferlegt. Die Gebühren betragen für besa, ISS und Pfister je CHF 99'475.30. E Ergebnis 337. Zusammenfassend gelangt das Sekretariat gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis: 338. Die zwischen der ISS, der Pfister und der besa getroffenen Preis- und Gebietsabreden, welche als Gesamtabrede qualifiziert werden, stellen Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG und Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG dar (vgl. Rz 176 ff.). Ob die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, wird vorliegend offen gelassen (vgl. Rz 233). Die Gesamtabrede beeinträchtigt den Wettbewerb erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. Rz 254 ff.). Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG liegen nicht vor (vgl. Rz 261 ff.). Es han-

353 RPW 2009/3, 221 Rz 174, Elektroinstallationsbetriebe Bern. 354 Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 87

delt sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG (vgl. Rz 265 ff.). 339. Die WEKO genehmigt im Sinne von Art. 29 Abs. 2 KG die von besa, ISS, und Pfister mit dem Sekretariat der WEKO vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 16. April 2014 (vgl. Rz 266 ff.). 340. Die in Rz 338 genannten Unternehmen sind an dieser unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligt. Sie sind dafür gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren (vgl. Rz 273 ff. ff.). Unter Würdigung aller Umstände und der zu berücksichtigenden sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren ist eine Belastung mit folgenden Beträgen angemessen (Art. 49a Abs. 1 KG, Art. 2 ff. SVKG, vgl. Rz 319 ff.): besa CHF [...], ISS CHF [...] und Pfister CHF [...]. [Dies ergibt insgesamt eine Belastung von rund CHF 161'000.-.] 341. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die in Rz 338 genannten Unternehmen die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Rz 330 ff.).

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 88

F Dispositiv Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO (Art. 30 Abs. 1 KG): 1. Die WEKO genehmigt die nachfolgende von besa strassenunterhalt AG, MRR Holding AG, Franz Pfister Maschinelle Reinigungs AG, ISS Schweiz AG, ISS Kanal Services AG und ISS Bernasconi SA mit dem Sekretariat der WEKO vereinbarte einvernehmliche Regelung vom 16. April 2014 (vgl. für den gesamten Text inklusive Vorbemerkungen Rz 30 ff.): 1.1 [besa strassenunterhalt AG, MRR Holding

AG, Franz Pfister Maschinelle Reini- gungs AG, ISS Schweiz AG, ISS Kanal Services AG, ISS Bernasconi SA] verpflich- tet sich im Rahmen von Ausschreibungen im Zusammenhang mit Tunnelreini- gungsarbeiten Konkurrenten weder um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen noch solches anzubieten.

1.2 [besa strassenunterhalt AG, MRR Holding AG, Franz Pfister Maschinelle Reini- gungs AG, ISS Schweiz AG, ISS Kanal Services AG, ISS Bernasconi SA] verpflich- tet sich, sich in Zusammenhang mit Tunnelreinigungsarbeiten mit Konkurrenten vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung – nicht über Offertpreise, Preiselemente sowie die Zu- und Auftei- lung von Kunden und Gebieten auszutauschen. 1.3 Davon ausgenommen ist der Austausch von Informationen, die in Zusammenhang mit der Bildung oder Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) oder Sub- unternehmerverhältnissen unabdingbar sind. 1.4 [besa strassenunterhalt AG, MRR Holding AG, Franz Pfister Maschinelle Reini- gungs AG, ISS Schweiz AG, ISS Kanal Services AG, ISS Bernasconi SA] verpflich- tet sich, geplante Arbeitsgemeinschaften (ARGE) in Zusammenhang mit Tunnelrei- nigungsarbeiten gegenüber dem Auftraggeber offenzulegen. Hierzu sind spätestens im Zeitpunkt der Offerteingabe die Namen der Firmen, welche an der geplanten Arbeitsgemeinschaft (ARGE) mitwirken, anzugeben. Diese Offenle- gungspflicht gilt auch bei einer geplanten Arbeitsgemeinschaft (ARGE), bei der ei- nem einzelnen Unternehmen die Führungsrolle zukommt und das als Ansprech- partnerin bzw. Verantwortliche gegenüber dem Auftraggeber auftritt. 2. Mit Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG wegen Beteiligung an der gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Preis- und Gebietsabreden mit folgenden Beträ- gen belastet werden: a. besa strassenunterhalt AG mit einem Betrag von gesamthaft CHF [...] b. ISS Schweiz AG, ISS Kanal Services AG und ISS Bernasconi SA mit einem Betrag von gesamthaft CHF [...] c. MRR Holding AG und Franz Pfister Maschinelle Reinigungs AG mit einem Betrag von gesamthaft CHF [...] 3. Die Verfahrenskosten von CHF 298'425.90 werden den in Ziffer 1 des Dispositivs ge- nannten Unternehmen zu gleichen Teilen, d.h. zu je CHF 99'475.30, und unter solidari- scher Haftung auferlegt. 4. Nach Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung gegenüber allen Untersuchungs- adressatinnen werden die beim Sekretariat vorhandenen, kopierten resp. gespiegelten elektronischen Daten gelöscht.

22/2013/00023/COO.2101.111.2.1050619 89

5. Die Verfügung ist zu eröffnen: - besa strassenunterhalt AG, in Balterswil TG vertreten durch [...]

- ISS Schweiz AG, in Zürich, ISS Kanal Services AG, in Boswil, ISS Kanal Services AG, in Kägiswil und ISS Bernasconi SA, in Agno vertreten durch [...] - MRR Holding AG, in Birmenstorf und Franz Pfister Maschinelle Reinigungs AG, in Zürich vertreten durch [...]

[Rechtsmittelbelehrung]

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