



Hinweis:

Diese Verfügung ist in Rechtskraft erwachsen. Die vorliegende Version kann von der endgültigen, im RPW publizierten Version abweichen.

Verfügung

vom 23. Februar 2015

in Sachen

Untersuchung **22-0437** gemäss Art. 27 KG
betreffend

Tunnelreinigung

wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

gegen

1. **besa strassenunterhalt AG**, in Balterswil
vertreten durch [...]

2. **ISS Schweiz AG**, in Zürich
ISS Kanal Services AG, in Boswil
ISS Kanal Services AG, in Kägiswil
ISS Bernasconi SA, in Agno

vertreten durch [...]

3. **MRR Holding AG**, in Birmenstorf

Franz Pfister Maschinelle Reinigungs AG, in Birmenstorf
Franz Pfister Maschinelle Reinigungs AG, in Zürich
vertreten durch [...]

Besetzung

Vincent Martenet (Präsident, Vorsitz),
Stefan Bühler, Andreas Heinemann (Vizepräsidenten),
Evelyne Clerc, Winand Emons, Andreas Kellerhals, Jürg Niklaus,
Thomas Pletscher, Armin Schmutzler, Johann Zürcher

Inhaltsverzeichnis

A	Verfahren	5
A.1	Gegenstand der Untersuchung.....	5
A.2	Untersuchungsadressaten.....	5
A.2.1	besa strassenunterhalt AG.....	5
A.2.2	MRR Holding AG und Franz Pfister Maschinelle Reinigungs AG.....	5
A.2.3	ISS Schweiz AG, ISS Kanal Services AG und ISS Bernasconi SA.....	5
A.3	Verfahrensgeschichte.....	6
A.3.1	Auslöser der vorliegenden Untersuchung.....	6
A.3.2	Die Untersuchungseröffnung und die Hausdurchsuchungen.....	6
A.3.3	Selbstanzeigen nach Art. 49a Abs. 2 KG.....	7
A.3.4	Ermittlungshandlungen.....	8
A.3.5	Formelle Ausdehnung der Untersuchung.....	9
A.3.6	Einvernehmliche Regelung.....	10
A.3.7	Zustellung der Verfahrenskosten.....	10
A.3.8	Versand des Antrags, Akteneinsicht und Stellungnahmen der Parteien.....	11
A.3.9	Übersendung des Antrags und der Stellungnahmen an die WEKO.....	11
B	Sachverhalt	12
B.1	Vorbemerkungen zu beweisrechtlichen Fragen (insb. zu Beweiswürdigung und - mass).....	12
B.1.1	Beweiswürdigung.....	12
B.1.2	Beweismass.....	14
B.1.3	Beweisführungslast und objektive Beweislastverteilung.....	18
B.2	Begriffe.....	18
B.3	Die Tunnelreinigung.....	20
B.3.1	Nachfrage nach Tunnelreinigungen.....	20
B.3.2	Anbieter von Tunnelreinigungen.....	23
B.3.3	Vergabevolumen und Tätigkeitsgebiete der Untersuchungsadressatinnen.....	24
B.3.4	Hintergrundinformationen bezüglich Abreden bei Vergabeverfahren.....	26
B.4	Wettbewerbsrechtlich relevanter Sachverhalt.....	29
B.4.1	Regelmässiger Informationsaustausch und Koordination.....	30
B.4.2	Zusammenfassende Ausführungen in den Selbstanzeigen.....	31
B.4.3	Illustration der Koordination anhand der Tunnelreinigungen in den Kantonen Luzern, Nidwalden und Obwalden.....	35
B.4.3.1	Hintergrundinformation.....	36
B.4.3.2	Sachbeweise in den beschlagnahmten Akten.....	38
B.4.3.3	Vergleich der Offerten.....	40
B.4.3.4	Ausführungen in den Selbstanzeigen.....	41
B.4.3.5	Beweiswürdigung.....	45
B.4.4	Zusammenfassende Beweiswürdigung und Beweisergebnis.....	45
C	Erwägungen	48
C.1	Geltungsbereich.....	48
C.1.1	Persönlicher Geltungsbereich.....	48

C.1.2	Sachlicher Geltungsbereich.....	48
C.1.3	Örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich	49
C.2	Parteien/Verfügungsadressatinnen	49
C.2.1	Allgemeines.....	49
C.2.2	Materielle Verfügungsadressatinnen ausserhalb von Konzernverhältnissen	50
C.2.3	Materielle Verfügungsadressatinnen bei Konzernverhältnissen.....	50
C.2.4	Konzerntochtergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen	51
C.2.5	Konzernmuttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen	52
C.3	Vorbehaltene Vorschriften	52
C.4	Unzulässige Wettbewerbsabrede.....	53
C.4.1	Wettbewerbsabrede	53
C.4.1.1	Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken	53
C.4.1.2	Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung.....	54
C.4.1.3	Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen.....	55
C.4.1.4	Ergebnis.....	55
C.4.2	Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs	55
C.4.2.1	Vorliegen einer horizontalen Preis- und Gebietsabrede.....	55
C.4.2.2	Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung	57
C.4.2.2.1	Relevanter Markt	58
C.4.2.2.2	Aussenwettbewerb	61
C.4.2.2.3	Innenwettbewerb	64
C.4.2.3	Zwischenergebnis	66
C.4.3	Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs	66
C.4.3.1	Erheblichkeit gemäss bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung	66
C.4.3.2	Erheblichkeit gemäss bisheriger Praxis	67
C.4.3.3	Qualitative Kriterien	68
C.4.3.4	Quantitative Kriterien.....	69
C.4.3.5	Gesamtwürdigung	70
C.4.4	Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen	70
C.4.5	Ergebnis.....	72
C.5	Massnahmen	72
C.5.1	Einvernehmliche Regelung.....	72
C.5.2	Sanktionierung	74
C.5.2.1	Allgemeines.....	74
C.5.2.2	Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG	75
C.5.2.2.1	Unternehmen	75
C.5.2.2.2	Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG	75
C.5.2.3	Vorwerfbarkeit.....	76
C.5.2.4	Bemessung	77
C.5.2.4.1	Maximalsanktion	77
C.5.2.4.2	Konkrete Sanktionsberechnung.....	78
(i)	Basisbetrag	78
(ii)	Dauer des Verstosses	80
(iii)	Erschwerende und mildernde Umstände.....	80
C.5.2.5	Selbstanzeige – vollständiger/teilweiser Erlass der Sanktion.....	81

C.5.2.5.1	Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion	82
C.5.2.5.2	Selbstanzeigen in casu	82
C.5.2.6	Ergebnis.....	83
C.5.2.7	Verhältnismässigkeit	84
C.5.3	Weitere Anordnungen/Beschlagnahmte Dokumente und gespiegelte elektronische Daten	85
D	Kosten	85
E	Ergebnis	86
F	Dispositiv	88

A Verfahren

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet die Frage, ob Unternehmen im Bereich der Tunnelreinigung in der Schweiz Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG¹ getroffen haben. Es besteht der Verdacht, dass Unternehmen bei Submissionen von Tunnelreinigungen Preis- und Zuschlagsvereinbarungen trafen sowie Informationen über Offertpreise, Teilnahmen an Ausschreibungen wie auch die Zuteilung von Aufträgen austauschten und vereinbarten.

2. Einleitend ist festzuhalten, dass im vorliegenden Verfahren sämtliche Parteien einwilligten, mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine einvernehmliche Regelung i.S.v. Art. 29 KG (nachfolgend: EVR) abzuschliessen. Der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung erfolgt u.a., um das Verfahren zu vereinfachen und zu verkürzen. Zur Erreichung dieser Zielsetzung werden daher vorliegend soweit wie möglich die Sachverhaltsdarstellung und die rechtliche Würdigung gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung kurz gehalten.

A.2 Untersuchungsadressaten

A.2.1 besa strassenunterhalt AG

3. Die besa strassenunterhalt AG mit Sitz in Balterswil (TG) ist gemäss Handelsregister in den Bereichen Unterhalt und Grünpflege von Strassen und Geleisen, Tunnelreinigung sowie Herstellung und Handel mit Biomasse tätig.

A.2.2 MRR Holding AG und Franz Pfister Maschinelle Reinigungs AG

4. Die Franz Pfister Maschinelle Reinigungs AG mit Sitz in Birmenstorf (AG) bezweckt, gemäss Handelsregister, die Ausführung von maschinellen Tunnel- und Signalreinigungen. Sie ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der MRR Holding AG,² ebenfalls mit Sitz in Birmenstorf (AG) und verfügt über eine Zweigniederlassung in Zürich.

A.2.3 ISS Schweiz AG, ISS Kanal Services AG und ISS Bernasconi SA

5. Die ISS Schweiz AG mit Sitz in Zürich ist der schweizerische Ableger des international tätigen ISS Konzerns mit Sitz in Kopenhagen (Dänemark). Gemäss Handelsregister beschränkt sich ihr Zweck auf das Halten von Beteiligungen und die Errichtung von Tochtergesellschaften. Die ISS Kanal Services AG³ mit Sitz in Boswil (AG) und die ISS Bernasconi SA mit Sitz in Agno (TI) sind hundertprozentige Tochtergesellschaften der ISS Schweiz AG und u.a. im Bereich der Tunnelreinigung tätig.⁴

¹ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

² Vgl. Act. n° 162, S.1.

³ Die ISS Kanal Services AG ist im Jahr 2012 aus einem Zusammenschluss der ISS Notter Kanalservice AG mit Sitz in Boswil (AG) und der ISS Jakober AG mit Sitz in Kägiswil (OW) entstanden.

⁴ Act. n° 154, Frage 2; Die ISS Kanal Services AG verfügt nach eigenen Angaben selber über keine Fahrzeuge für Tunnelreinigungen, sodass die ISS Bernasconi SA die Ausführung sämtlicher Tunnelreinigungsarbeiten übernimmt. Die ISS Kanal Services AG unterstützt im Gegenzug die ISS

A.3 Verfahrensgeschichte

A.3.1 Auslöser der vorliegenden Untersuchung

6. Am 18. Januar 2013 erlangte das Sekretariat durch eine/n Informant/in Kenntnis über Auffälligkeiten hinsichtlich der Preisgestaltung bei verschiedenen Submissionen für Tunnelreinigungen. Diese begründeten den Verdacht, dass sich die an diesen Submissionen teilnehmenden Unternehmen über die Preissetzung sowie über die Auf- bzw. Zuteilung dieser und weiterer Submissionen abgesprochen haben.

7. Dem/r Informant/in wurde seitens des Sekretariats die Wahrung seiner/ihrer Anonymität zugesichert. Die Identität des/der Informanten/in wird folgedessen vorliegend nicht offen gelegt. Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass seine/ihre Identität ausgewählten Personen des Sekretariats bekannt ist und vorgängig der Genehmigung der Untersuchungseröffnung und der Hausdurchsuchungen auch dem Präsidenten der Wettbewerbskommission mitgeteilt wurde.

A.3.2 Die Untersuchungseröffnung und die Hausdurchsuchungen

8. Gestützt auf die Informationen des/r Informanten/in und aus weiteren Abklärungen eröffnete das Sekretariat am 5. Februar 2013 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG. Die Untersuchung wurde gegen die folgenden Unternehmen – in alphabetischer Reihenfolge gemäss der gewählten Kurzbezeichnung – eröffnet:

- besa strassenunterhalt AG, Balterswil (nachfolgend: besa);
- ISS Schweiz AG, Zürich, ISS Kanal Services AG, Kägiswil, ISS Kanal Services AG, Boswil (alle nachfolgend: ISS);
- Franz Pfister Maschinelle Reinigungs AG, Birmenstorf (nachfolgend: Pfister);

9. Die Untersuchungseröffnung gab das Sekretariat nach der Durchführung der Hausdurchsuchungen⁵ mittels amtlicher Publikation gemäss Art. 28 KG am 19. Februar 2013 im Schweizerischen Handelsamtsblatt⁶ und im Bundesblatt⁷ bekannt. Die 30-tägige Frist zur Anmeldung einer Verfahrensbeteiligung nach Art. 28 Abs. 2 KG verstrich ohne entsprechende Meldung.

10. Am 6. Februar 2013 nahm das Sekretariat in Zusammenarbeit mit der Polizei und IT-Spezialisten Hausdurchsuchungen bei den drei betroffenen Unternehmen (besa, Pfister und ISS) an insgesamt sieben Standorten vor.⁸ Die betroffenen Unternehmen wurden zu Beginn der Hausdurchsuchungen über ihre Rechte inklusive der Möglichkeit der Einreichung einer Selbstanzeige i.S.v. Art. 49a Abs. 2 KG und deren Bedeutung aufgeklärt und erhielten je eine Kopie der Untersuchungseröffnung sowie des Durchsuchungsbefehls.⁹

11. An den Hausdurchsuchungen wurden Papierdokumente gemäss den entsprechenden Durchsuchungs- und Beschlagnahmeprotokollen beschlagnahmt sowie elektronische Daten

Bernasconi SA bei der Identifikation und Akquisition von Aufträgen in der Deutschschweiz (siehe act. n° 11 S.2 und act. n° 30 S.2).

⁵ Siehe dazu die nachfolgende Rz.

⁶ Schweizerisches Handelsamtsblatt (SHAB) vom 07.02.2013, Nr. 7063184, siehe act. n° 14.

⁷ BBI 2013 0354.

⁸ Act. n° 7–9.

⁹ Act. n° 1–2 und 5–9.

gespiegelt.¹⁰ Ausserdem wurden parallel zu den Hausdurchsuchungen erste Einvernahmen mit den Parteien durchgeführt.¹¹

A.3.3 Selbstanzeigen nach Art. 49a Abs. 2 KG

12. Während der Hausdurchsuchung am 6. Februar 2013 beantragte als erstes die ISS per Fax die Teilnahme am Bonusprogramm gemäss Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 1 Bst. b sowie Art. 8 ff. SVKG¹² und erklärte ihre Bereitschaft zur Kooperation.¹³ An Stelle einer Parteieinvernahme erfolgte aus diesem Anlass eine mündliche Ergänzung zur Selbstanzeige durch einen Vertreter der ISS, in deren Rahmen dieser ebenfalls Fragen des Sekretariats beantwortete.¹⁴ Es folgten vier weitere schriftliche Ergänzungen zur Selbstanzeige am 8. Februar 2013, am 13. Februar 2013, am 22. März 2013 und am 15. Juli 2013 sowie eine schriftliche Stellungnahme auf Fragen des Sekretariat am 31. Januar 2014.¹⁵

13. Eine zweite Selbstanzeige von Pfister ging per Fax am 7. Februar 2013 beim Sekretariat ein.¹⁶ Eine erste schriftliche Ergänzung dazu folgte am 12. Februar 2013, gefolgt von sechs weiteren schriftlichen Ergänzungen am 15. März 2013, am 12. April 2013, am 28. Mai 2013, am 29. Mai 2013, am 17. Oktober 2013 und am 27. Januar 2014.¹⁷

14. Am 4. September 2013 teilte das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der ISS als zeitlich erster Selbstanzeigerin mit, dass die Voraussetzungen für den vollständigen Erlass der Sanktion nach Art. 8 Abs. 1 SVKG in Bezug auf die angezeigten Verhaltensweisen als gegeben erachtet würden (Mitteilung gemäss Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG). Die ISS wurde weiter darauf hingewiesen, dass die Wettbewerbskommission am Ende des Verfahrens über die Gewährung des vollständigen Erlasses der Sanktion entscheide und diesen nur gewähre, wenn zusätzlich auch die Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 2 Bst. a–d SVKG erfüllt seien. Im gleichen Schreiben wurde die ISS aufgefordert, dem Sekretariat schriftlich zu bestätigen, dass sie ihre Beteiligung am Wettbewerbsverstoss seit dem 6. Februar 2013 aufgegeben hat.¹⁸ Diese Bestätigung durch ISS erfolgte am 19. September 2013.¹⁹

15. Ebenfalls am 4. September 2013 wurde Pfister schriftlich darüber informiert, dass ihre Selbstanzeige zeitlich an zweiter Stelle eingetroffen sei und daher gemäss Art. 12 SVKG ein teilweiser Erlass der Sanktion in Frage komme. Weiter wurde ihr mitgeteilt, dass über den Bestand und die Höhe dieses Sanktionserlasses die Wettbewerbskommission erst am Ende des Verfahrens entscheide. Auch die Pfister wurde dazu aufgefordert die Aufgabe der Beteiligung an dem Wettbewerbsverstoss seit dem 7. Februar 2013 schriftlich zu bestätigen.²⁰ Diese Bestätigung durch Pfister erfolgte am 17. September 2013.²¹

¹⁰ Act. n° 5–9.

¹¹ Act. n° 3–4.

¹² Verordnung vom 12.03.2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

¹³ Act. n° 10.

¹⁴ Act. n° 11.

¹⁵ Act. n° 17, 20, 30, 52 und 153.

¹⁶ Act. n° 15.

¹⁷ Act. n° 19, 26–27, 33, 38–39, 84, 100 und 145.

¹⁸ Act. n° 66.

¹⁹ Act. n° 74.

²⁰ Act. n° 65.

²¹ Act. n° 75.

16. Am 18. September 2013 reichte auch besa eine Selbstanzeige ein.²² Daran anschliessend wurde mit einem Vertreter der besa eine mündliche Ergänzung zur Selbstanzeige vorgenommen.²³ Eine erste schriftliche Ergänzung dazu folgte am 1. November 2013, gefolgt von einer weiteren schriftlichen Ergänzungen am 4. Dezember 2013.²⁴

17. Im Dezember 2013 führte das Sekretariat eine Parteieinvernahme im Rahmen der Selbstanzeige mit [einem Vertreter der Pfister], durch.²⁵ Einzelne Fragen wurden nachfolgend durch Pfister schriftlich ergänzt und präzisiert.²⁶

18. Ebenfalls im Dezember 2013 stellte das Sekretariat der ISS im Rahmen der Selbstanzeige einen Fragebogen zu,²⁷ welchen sie im Januar 2014 beantwortete.²⁸

A.3.4 Ermittlungshandlungen

19. Das Sekretariat nahm von Februar bis August 2013 eine eingehende Sichtung der beschlagnahmten Papierdokumente sowie eine Auswertung der elektronischen Daten vor. Die betroffenen Unternehmen wurden dabei vorgängig über ihr Recht informiert, diesem Vorgang beizuwohnen. Auf diese Möglichkeit haben alle drei Unternehmen verzichtet. Pfister tat dies unter der Voraussetzung, dass sie eine Kopie der gespiegelten elektronischen Daten ihres Unternehmens auf einer Festplatte erhalten würde, um diese eigenständig auswerten zu können.²⁹ Die entsprechende Festplatte mit den gespiegelten Daten wurde Pfister im Juni 2013 zugestellt.³⁰

20. Um einen Überblick über das Tätigkeitsgebiet sowie die Konkurrenzsituation im Bereich von Tunnelreinigungsarbeiten zu erhalten, befragte das Sekretariat im Juni 2013 mittels Fragebogen drei weitere – nicht am Verfahren beteiligte – Unternehmen, welche in der Tunnelreinigung tätig sind.³¹

21. Weiter befragte das Sekretariat zwischen Juni und August 2013 mittels Fragebogen sämtliche Amtsstellen, die entweder kantonal oder kantonsübergreifend für die Aus- und Durchführung von Tunnelreinigungsaufträgen in der Schweiz zuständig sind.³² Insgesamt wurden 16 Amtsstellen befragt, deren Antworten zwischen Juli und August 2013 beim Sekretariat eingingen.³³

22. Im August 2013 führte das Sekretariat mit [einem Vertreter der besa], eine Parteieinvernahme durch,³⁴ welche Mitte September 2013 fortgesetzt wurde.³⁵ Zusätzlich wurde besa

²² Act. n° 76.

²³ Act. n° 79.

²⁴ Act. n° 88 und 102.

²⁵ Act. n° 100.

²⁶ Act. n° 139.

²⁷ Act. n° 135.

²⁸ Act. n° 153.

²⁹ Act. n° 47.

³⁰ Act. n° 51.

³¹ Zum Fragebogen siehe act. n° 44–46; zu den Stellungnahmen siehe act. n° 99, 115 und 141.

³² Act. n° 48–49 und 59.

³³ Act. n° 53a, 54a, 58a, 62, 62a 104, 108, 110, 118, 121, 123, 125, 127, 129, 131, 133 und 138.

³⁴ Siehe act. n° 61 für das unterzeichnete Protokoll der Parteieinvernahme.

³⁵ Siehe act. n° 78 für das unterzeichnete Protokoll der Parteieinvernahme.

im Dezember 2013 ein Fragebogen zugestellt,³⁶ dessen Beantwortung besa im Februar 2014 nachkam.³⁷

23. Im November 2013 leitete das Sekretariat eine umfassende Bereinigung von Geschäftsgeheimnissen der im Zusammenhang mit den Hausdurchsuchungen beschlagnahmten physischen Dokumente, der Protokolle der Parteieinvernahmen und sämtlicher bis zu diesem Zeitpunkt stattfindenden Korrespondenz der Parteien mit dem Sekretariat und umgekehrt ein.³⁸ Diese konnte Anfang März 2014 abgeschlossen werden.³⁹ Daran anschliessend wurde im Dezember 2013 die Bereinigung von Amts- und Geschäftsgeheimnissen eingeleitet⁴⁰, welche die diversen von den Amtsstellen einverlangten Dokumente sowie die Stellungnahmen der weiteren – nicht am Verfahren beteiligten Unternehmen – zu den Fragebögen betraf.⁴¹

24. Im Januar 2014 stellte das Sekretariat allen Untersuchungsadressatinnen ein Auskunftsbegehren zur Angabe ihrer Unternehmensstruktur sowie im Bereich der Tunnelreinigung in den Jahren 2010 bis 2012 erzielten Umsätze zu, welchem diese nachkamen.⁴²

25. Weiter stellte das Sekretariat den Untersuchungsadressatinnen im Januar 2014 die aufgrund der elektronischen Sichtung bzw. Auswertung als zu diesem Zeitpunkt fall- und beweisrelevant erachteten Dokumente jeder Untersuchungsadressatin zu.⁴³ Für jede Partei wurde vom Sekretariat ein elektronischer Bericht der Datensichtung erstellt, in welchem die entsprechenden Dokumente in elektronischer Form hinterlegt sind. Gleichzeitig behielt sich das Sekretariat vor, für die Geschäftsgeheimnisbereinigung einzelner ausgewählter Dokumente zu einem späteren Zeitpunkt auf die Parteien erneut zuzugehen.

26. Am 12. Mai 2014 führte das Sekretariat zur Klärung noch offener Fragen eine Zeugen-einvernahme mit [...], Bau-, Umwelt- und Wirtschaftsdepartement des Kantons Luzern, Verkehr und Infrastruktur, durch.⁴⁴

27. Im Oktober 2014 leitete das Sekretariat eine weitere Geschäftsgeheimnisbereinigung sämtlicher seit März 2014 erfolgten Korrespondenzen mit den Untersuchungsadressatinnen ein.⁴⁵ Dies betraf u.a. ausgewählte Akten aus der elektronischen Datensichtung. Die Geschäftsgeheimnisbereinigung Anfang November 2014 abgeschlossen werden.⁴⁶

A.3.5 Formelle Ausdehnung der Untersuchung

28. Am 5. April 2014 dehnte das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums die Untersuchung aus formalen Gründen auf folgende Unternehmen aus:

- ISS Bernasconi SA, Agno (nachfolgend: ISS);

³⁶ Act. n° 119.

³⁷ Act. n° 152 und 158.

³⁸ Act. n° 90–95.

³⁹ Act. n° 105–106, 112–113, 136, 150–152, 161, 166 und 174.

⁴⁰ Act. n° 96–97.

⁴¹ Das Sekretariat stellte den Unternehmen und Amtsstellen einen Vorschlag ihrer um Geschäfts- bzw. Amtsgeheimnisse bereinigten Stellungnahmen zu. Für das Einverständnis der Unternehmen siehe act. n° 98, 114 und 140; für das Einverständnis der Amtsstellen siehe act. n° 103, 107, 109, 111, 116, 117, 120, 122, 124, 126, 128, 130, 132, 134, 137 und 140.

⁴² Act. n° 142–144, 154, 159, 160, 169, 170, 175, 176, 178.

⁴³ Act. n° 146–148.

⁴⁴ Act. n° 182, 197, 198 und 207.

⁴⁵ Act. n° 202–205.

⁴⁶ Act. n° 206, 208–211.

- MRR Holding AG, Birmenstorf (nachfolgend: Pfister).

29. Die Ausdehnung der Untersuchung wurden den davon betroffenen Gesellschaften sowie den bisherigen Verfahrensparteien mitgeteilt.⁴⁷ Wie bereits die Eröffnung wurde auch die Ausdehnung der Untersuchung amtlich publiziert.⁴⁸ Innert der 30-tägigen Frist nach Ausdehnung meldeten sich ebenfalls keine Dritten, die sich an der Untersuchung beteiligen wollten.

A.3.6 Einvernehmliche Regelung

30. Da sämtliche Parteien im Verlauf des Verfahrens ihr Interesse am Abschluss einer einvernehmlichen Regelung i.S.v. Art. 29 KG äusserten, unterbreitete das Sekretariat nach Abschluss der Sichtung sämtlicher eingereichter und beschlagnahmter Dokumente den Parteien im Februar 2014 einen entsprechenden Vorschlag. Dazu lud das Sekretariat alle Parteien zwischen Ende Februar und Anfang März zu Einzelgesprächen in den Räumlichkeiten der WEKO ein,⁴⁹ wobei allen Parteien vorab im Februar 2014 die Rahmenbedingungen des Sekretariats der Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG sowie der Entwurf der einvernehmlichen Regelung mit übereinstimmendem Wortlaut zugestellt wurde.⁵⁰ Im Rahmen der Gespräche informierte das Sekretariat die Parteien über den aktuellen Stand des Verfahrens, die bislang erzielten Untersuchungsergebnisse, die jeweilige Sanktionsbandbreite, den Stand der derzeitigen Verfahrenskosten und die verschiedenen Möglichkeiten des Verfahrensfortgangs.

31. Mit dem vorgeschlagenen Text erklärten sich alle Parteien grundsätzlich einverstanden. Zwei Parteien, namentlich ISS und Pfister, regten andere Formulierungen bei den Vorbemerkungen und Verpflichtungserklärungen an.⁵¹ Das Sekretariat trug diesen Vorbringen zum Teil Rechnung und formulierte den Text der Verpflichtungserklärungen stellenweise entsprechend anders.

32. In der Folge erklärten sich im April 2014 alle Parteien mit dem Abschluss der einvernehmlichen Regelung einverstanden und unterzeichneten diese.⁵² Für den Wortlaut der einvernehmlichen Regelung sei auf Rz 270 verwiesen.

A.3.7 Zustellung der Verfahrenskosten

33. Die Parteien wurden im Rahmen der Verhandlungsgespräche zum Abschluss einer EVR über die voraussichtliche Höhe der Sanktion und der jeweiligen Verfahrenskosten informiert (siehe Rz 30). Daraufhin wurde von besa mit Schreiben vom 13. März 2014 eine detaillierte Offenlegung der bis zum damaligen Zeitpunkt durch das Sekretariat geleisteten Arbeiten, der Kostensätze sowie der Kosten der Hausdurchsuchung beantragt.⁵³ Das

⁴⁷ Siehe zusammenfassend act. n° 187–190.

⁴⁸ Schweizerisches Handelsamtsblatt (SHAB) vom 20.05.2014, No. 96, Jahrgang 132, siehe act. n° 199.

⁴⁹ Gespräch mit ISS am 26.02.2014, mit besa am 27.02.2014 und mit Pfister am 4.03.2014, vgl. act. n° 155–157. Gemäss Art. 29 Abs. 1 KG schlägt das Sekretariat den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise der Beseitigung einer als unzulässig erachteten Wettbewerbsbeschränkung vor.

⁵⁰ Act. n° 163–165.

⁵¹ Act. n° 178 und 180.

⁵² Für die diesbezügliche Korrespondenz siehe act. n° 184–186 und 191–193; für die unterzeichneten einvernehmlichen Regelungen siehe act. n° 194 (besa), 195 (ISS) und 196 (Pfister).

⁵³ Act. n° 176.

Sekretariat stellte daraufhin am 31. März 2014 sämtlichen Parteien eine Zusammenstellung der bisherigen angefallenen Verfahrenskosten zu.⁵⁴

34. Pfister reichte in der Folge am 17. Juni 2014 vorsorglich [...].⁵⁵

A.3.8 Versand des Antrags, Akteneinsicht und Stellungnahmen der Parteien

35. Am 6. November 2014 stellte das Sekretariat den Parteien seinen Antrag an die Kommission unter Aufforderung zur Stellungnahme innert Frist zu.⁵⁶ Zugleich liess das Sekretariat den Parteien ein aktualisiertes Aktenverzeichnis der Akten des Untersuchungsdoziers „22-0437“ auf elektronischem Weg zukommen, soweit diese keine von den Selbstanzeigern stammenden Informationen enthielten. Die Akteneinsicht erfolgte in der Form, dass die digitalisierten Untersuchungsakten auf einem gesicherten Webserver des Bundes zum Download bereitgestellt und den Parteien das dafür notwendige Passwort mitgeteilt wurde.

36. Gleichzeitig informierte das Sekretariat die Parteien darüber, dass sie nach Rücksprache die Möglichkeit hätten, Einsicht in die Selbstanzeigedossiers zu nehmen. Dabei wurde für die Einsichtnahme das übliche Vorgehen kommuniziert: Die Einsicht in die Selbstanzeigedossiers erfolge lediglich in den Räumlichkeiten des Sekretariates, wobei jegliche Art der Reproduktion von Dokumenten (z.B. Kopieren, Fotografieren etc.) untersagt sei. Zulässig seien hingegen das Erstellen von Notizen sowie das Diktieren oder Abschreiben der Protokollaussagen. In einer sogenannten „Aufklärungsbestätigung und Einhaltungszusage“ hatten sodann die Parteien und ihre Rechtsvertreter zu bestätigen, dass sie über das oben dargestellte Vorgehen informiert wurden und sich an die Vorgaben halten würden. In solche Selbstanzeiger-Akten nahm lediglich die ISS Einsicht.⁵⁷

37. Im Folgenden nahmen besa und ISS zum Antrag des Sekretariats schriftlich und fristgerecht bzw. innerhalb erstreckter Frist Stellung.⁵⁸ ISS fügte ihrer Stellungnahme in der Folge noch eine Klarstellung an.⁵⁹ Pfister verzichtete schriftlich und innert Frist auf eine Stellungnahme.⁶⁰

38. Im Einzelnen wird auf die in den Stellungnahmen vorgebrachten Punkte – soweit geboten – an entsprechender Stelle in der Verfügung näher eingegangen.

A.3.9 Übersendung des Antrags und der Stellungnahmen an die WEKO

39. Nach Ablauf der Stellungnahmefrist übersandte das Sekretariat seinen Antrag sowie die eingegangenen Stellungnahmen der WEKO.

40. Den Parteien wurde Einsicht in die nach Ablauf der Stellungnahmefrist eingegangenen Stellungnahmen gewährt.⁶¹

⁵⁴ Act. n° 179–181.

⁵⁵ [...].

⁵⁶ Act. n° 211–213.

⁵⁷ Act. n° 218.

⁵⁸ Act. n° 220 und 222.

⁵⁹ Act. n° 223.

⁶⁰ Act. n° 217.

⁶¹ Act. n° 226–228.

B Sachverhalt

B.1 Vorbemerkungen zu beweisrechtlichen Fragen (insb. zu Beweiswürdigung und -mass)

B.1.1 Beweiswürdigung

41. Im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG⁶² i.V.m. Art. 19 VwVG⁶³ sowie sinngemäss Art. 40 BZP⁶⁴). Ob die Wettbewerbsbehörden eine Tatsache für bewiesen halten, entscheiden sie frei von Beweisregeln und nur nach ihrer persönlichen Ansicht aufgrund gewissenhafter Prüfung der Beweismittel. Bei der Würdigung der Beweise haben sie deren Überzeugungskraft von Fall zu Fall anhand der konkreten Umstände zu prüfen und zu bewerten, ohne dabei an gesetzliche Regeln gebunden zu sein oder sich von schematischen Betrachtungsweisen leiten zu lassen.⁶⁵ Die Wettbewerbsbehörden würdigen dementsprechend die Beweise nach freier Überzeugung und ziehen ebenso die Schlüsse daraus, ohne dabei an starre Beweisregeln gebunden zu sein.⁶⁶ Dies schliesst – selbstverständlich – die Möglichkeit der Beweiserbringung mittels Indizien ein⁶⁷, wobei hervorzuheben ist, dass eine Beweisführung mittels Indizien nicht eine Beweisführung „minderen Grades“ ist, sondern das erforderliche Beweismass ebenso gut erfüllen kann. Grundsätzlich ist objektiven Beweismitteln wie etwa Augenscheinsobjekten oder Urkunden üblicherweise eine höhere Überzeugungskraft zuzubilligen als subjektiven Personalbeweisen, da erstere eher gegen „Verfälschungen“ (wie beispielsweise Erinnerungslücken oder die Subjektivität von Wahrnehmungen) geschützt und daher als verlässlicher resp. beständiger einzustufen sind,⁶⁸ der Grundsatz der freien Beweiswürdigung, insbesondere das Nichtbestehen von starren Beweisregeln, wird dadurch nicht in Frage gestellt oder gar durchbrochen⁶⁹.

42. Bezüglich freier Beweiswürdigung ist sodann hervorzuheben, dass im schweizerischen Recht keine Regel existiert, die es verbieten würde, gestützt auf die Aussagen einer einzigen Partei einen Beweis als erbracht zu erachten, selbst wenn diese Aussage von (allen) anderen Parteien bestritten wird. Eine solch starre Beweisregel stünde in direktem Widerspruch

⁶² Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁶³ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

⁶⁴ Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

⁶⁵ So, wenn auch bezogen auf die freie Beweiswürdigung im Strafrecht, etwa BGE 133 I 33, E. 2.1.

⁶⁶ Statt anderer BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 30 KG N 99; STEFAN BILGER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 39 KG N 62.

⁶⁷ Siehe nur etwa MARC AMSTUTZ/STEFAN KELLER/MANI REINERT, „Si unus cum una...“: Vom Beweismass im Kartellrecht, BR 2005, 114–121, 116.

⁶⁸ So etwa KATHARINA GIOVANNONE, Rechtsfolgen fehlender Belehrung bei Einvernahmen, AJP 2012, 1062–1068, 1064 m.w.H.; Matthias Jahn, Grundlagen der Beweiswürdigung und Glaubhaftigkeitsbeurteilung im Strafverfahren, JURA Juristische Ausbildung 2001, 450–456, abrufbar unter <www.str1.jura.uni-erlangen.de/forschung/jahn/Glaubhaftigkeitsbeurteilung.pdf> [letzte Kontrolle: 22.2.2015], S. 6 der Onlinepublikation. In dem Sinne auch ANGELA WEIRICH, Rechtliche und praktische Schwierigkeiten bei der Erhebung und Verwertung von Personalbeweisen aus staatsanwaltlicher Sicht, AJP 2012, 1046–1052, 1046, die festhält, der Personalbeweis sei „(...) bedauerlicherweise oft auch einer der unzuverlässigsten Beweise (...)“.

⁶⁹ Vergleichbar etwa die in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anerkannte Vereinbarkeit von Richtlinien für die Beweiswürdigung bestimmter Formen medizinischer Berichte und Gutachten mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (statt anderer BGE 125 V 351, 352 ff. E. 3.b).

zum Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Dass es eine solche Beweisregel im schweizerischen Recht nicht gibt und wegen dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung auch nicht geben darf – und zwar selbst im Kernstrafrecht trotz uneingeschränkter Geltung des Grundsatzes in dubio pro reo nicht –, belegen etwa strafrechtliche Verurteilungen in Vergewaltigungsfällen, in welchen als (oftmals einziges) belastendes Beweismittel die vom Täter bestrittenen Aussagen des Opfers vorhanden sind.⁷⁰ Die anscheinend in eine andere Richtung gehende Rechtsprechung des Gerichts der Europäischen Union⁷¹ lässt sich daher nicht ins schweizerische Recht übertragen.

43. Um objektive Beweismittel handelt es sich in vorliegender Untersuchung bei den anlässlich der Hausdurchsuchungen beschlagnahmten Dokumenten und Unterlagen sowie den Ausführungen der Verfahrensparteien in den Selbstanzeigen.

44. Wenn – wie im vorliegenden Fall – mitunter auch Zeugen- oder Parteiaussagen zu würdigen sind, ist nach Massgabe der modernen Aussagepsychologie weniger die allgemeine Glaubwürdigkeit der jeweiligen Aussageperson an sich als vielmehr die Glaubhaftigkeit ihrer konkreten Aussage von Bedeutung.⁷² Durchgesetzt hat sich dabei der inhaltsorientierte Ansatz, bei welchem eine Aussage anhand inhaltlicher Kriterien auf ihren Realitätsbezug überprüft wird,⁷³ und nicht ein verhaltensorientierter Ansatz, bei welchem die Körpersprache, also nonverbale Verhaltensweisen, systematisch beobachtet und – hierin liegt die Schwierigkeit – gedeutet werden.⁷⁴ Gemäss der sogenannten „Undeutsch-Hypothese“ ist davon auszugehen, dass sich Aussagen über selbst erlebte Ereignisse in ihrer Qualität von erfundenen Aussagen unterscheiden, denn wahre Schilderungen erfordern andere, namentlich „geringere“ geistige Leistungen als falsche.⁷⁵ Bei der konkreten Aussageanalyse, also der Würdigung des Aussagetextes, sind das Vorhandensein resp. Fehlen von sogenannten „Realkennzei-

⁷⁰ Exemplarisch erwähnt seien etwa die Urteile des BGer 6B_37/2011 vom 19.10.2011; 6B_278/2011 vom 16.6.2011; 6B_936/2009 vom 23.2.2010; 6B-165/2009 vom 10.7.2009; 6B_729/2007 vom 6.1.2008; 6B_385/2007 vom 9.11.2007; ferner Urteile des BGer 6B_619/2011 von 1.11.2011; 6B_385/2010 vom 24.8.2010.

⁷¹ Aus der jüngeren Rechtsprechung etwa das Urteil des EuG vom 3.3.2011 T-110/07, *Siemens AG/Kommission*, Slg. 2011 II-477 Rz 66 ff. Hervorzuheben ist Rz 70 dieses Urteils, in welcher das EuG die Zeugenaussage eines ehemaligen Mitarbeiters einer Selbstanzeigerin beweismässig noch als Teil der Erklärung dieser Selbstanzeigerin selbst qualifiziert. Diese Ansicht lässt sich ebenfalls nicht auf das schweizerische Recht übertragen – eine Zeugenaussage ist eben eine Zeugenaussage und nicht eine Parteiaussage. Es handelt sich dabei um zwei verschiedene Beweismittel. Im schweizerischen Recht ist eine solche (aktuelle oder ehemalige) (Arbeits-)Beziehung oder Verflechtung zwischen Zeuge und Partei immerhin bei der Würdigung der Aussage zu berücksichtigen, namentlich im Hinblick auf die vorhandene Interessenlage der aussagenden Person (beispielsweise Wohlwollen oder Abneigung gegenüber einer Partei). Jedoch kann im schweizerischen Recht die Aussage einer Person nicht einfach jemand anderem zugerechnet werden. Hierbei ist zu präzisieren, dass, wenn eine natürliche Person aufgrund ihrer Stellung in einem Unternehmen, z.B. als Verwaltungsratsmitglied, im Namen und für eine juristische Person aussagt, dann diese Aussage der juristischen Person zuzuschreiben ist; genau betrachtet wird in dieser Konstellation aber die juristische Person angehört, aussagend durch diese natürliche Person, weshalb es nicht darum geht, die Aussage einer Person jemand anderem zuzurechnen (wenn die juristische Person eine Partei ist, handelt es sich diesfalls um eine Parteiaussage, nicht aber um eine Zeugenaussage).

⁷² Statt anderer REVITAL LUDEWIG/DAPHNA TAVOR/SONJA BAUMER, Wie können aussagepsychologische Erkenntnisse Richtern, Staatsanwälten und Anwälten helfen?, AJP 2011, 1415–1435, 1418 m.w.H.

⁷³ So BGE 129 I 49, 58 E. 5.

⁷⁴ LUDEWIG/TAVOR/BAUMER (Fn 72), 1421 f.

⁷⁵ BGE 129 I 49 E. 5 S. 58; ferner LUDEWIG/TAVOR/BAUMER (Fn 72), 1423; MARTIN HUSSELS, Von Wahrheiten und Lügen – Eine Darstellung der Glaubhaftigkeitskriterien anhand der Rechtsprechung, forumpenale 2012, 368–374, 369.

chen⁷⁶ zu prüfen und in Relation zu den (Erfindungs- und Erzähl-)Kompetenzen des Aussagenden zu setzen.⁷⁷ Dabei ist auch die Aussagestruktur zu beachten, namentlich ob die Qualität von Aussagen zum Kerngeschehen vergleichbar der Qualität von Aussagen zu Aspekten ausserhalb des Kerngeschehens ist oder nicht.⁷⁸

B.1.2 Beweismass

45. Hinsichtlich des Beweismasses, welches im ordentlichen⁷⁹ Kartellverwaltungsverfahren erfüllt sein muss, kann Folgendes gesagt werden:

46. Grundsätzlich ist in Verwaltungsverfahren ein Beweis erbracht, wenn die Behörde von der Verwirklichung des rechtserheblichen Umstands überzeugt ist,⁸⁰ wobei hierfür eine absolute Gewissheit nicht erforderlich ist,⁸¹ was weitestgehend mit dem sogenannten Regelbeweismass im Zivilrecht und dem im Strafrecht zur Anwendung gelangenden Beweismass⁸² übereinstimmen dürfte. Die Verwirklichung der Tatsache braucht somit nicht mit Sicherheit festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel unerheblich erscheinen.⁸³

47. In Teilbereichen des Verwaltungsrechts resp. hinsichtlich bestimmter Tatsachen ist dieses Beweismass allerdings in Abweichung vom vorgenannten Grundsatz herabgesetzt und es genügt zum Beweis, wenn ein Sachumstand nur, aber immerhin, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit besteht.⁸⁴ So erfährt der Grundsatz der Geltung des Vollbeweises, gemäss Rechtsprechung des BVGer, in Bezug auf das Kartellrecht bei komplexen wirtschaftlichen Sachverhalten eine Relativierung und Einschränkung, „weshalb im Zusammenhang mit wirtschaftlich komplexen Fragen im wettbewerbsrechtlichen Kontext keine überspannten Anforderungen an das Beweismass zu stellen sind“.⁸⁵ Zudem erweist sich das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit namentlich „(...) im wettbewerbsrechtlichen Zusammenhang als besonders angezeigt, zumal ökonomische Erkenntnisse immer mit einer gewissen

⁷⁶ Für eine Übersicht über die Realkennzeichen siehe LUDEWIG/TAVOR/BAUMER (Fn 72), 1425; JAHN (Fn 68), 11 f. der Onlinepublikation; HUSSELS (Fn 75), 370 ff.

⁷⁷ LUDEWIG/TAVOR/BAUMER (Fn 72), 1427; JAHN (Fn 68), 13 der Onlinepublikation; ferner auch BGE 129 I 49, 58 E. 5.

⁷⁸ LUDEWIG/TAVOR/BAUMER (Fn 72), 1428.

⁷⁹ Anderes gilt für Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen.

⁸⁰ Siehe etwa Urteil des BGer 2A.407/2002 vom 29.11.2002, E. 3 betreffend Gleichstellung.

⁸¹ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.35, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.35, *Sigenia-Aubi AG/WEKO* (beide Urteile noch nicht rechtskräftig); Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24.3.2003, E. 3.5 betreffend Steuerrecht; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung Schweizerische Landesbibliothek (SLB)*. Siehe zum Ganzen auch AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 67), 118 m.w.H.; PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 12 VwVG N 214 m.w.H.

⁸² Dass selbst im Strafrecht keine überzogenen, nämlich geradezu naturwissenschaftlichen Anforderungen an das erforderliche Beweismass gestellt werden, führt das Urteil des BGer 6B_748/2011 vom 31.5.2012 mit aller Deutlichkeit vor Augen.

⁸³ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.3, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.3, *Sigenia-Aubi AG/WEKO* (beide Urteile noch nicht rechtskräftig).

⁸⁴ Statt anderer PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), 2009, Art. 12 VwVG N 216.

⁸⁵ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/1, 195 E. 8.1, *Betosan AG et al./WEKO*. Diese Ausführungen der REKO/WEF ebenfalls dahingehend verstehend und ihnen – wenn auch unter ausdrücklichem Hinweis auf die im beurteilten Fall nicht bestehende Sanktionsdrohung – zustimmend AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 67), 119. Dazu auch Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 768 E. 5, *Gaba/WEKO*.

Unsicherheit behaftet sind“.⁸⁶ Die Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, schliesst, gemäss BVGer, eine strikte Beweisführung vielmehr regelmässig aus. Das BVGer verweist in seiner jüngsten Rechtsprechung dabei auch auf das Urteil des Bundesgerichtes i.S. Publigroupe,⁸⁷ in dem festgehalten wurde, dass, bezogen auf die i.c. komplexe Analyse der Marktverhältnisse, die Anforderungen an den Nachweis mit Blick auf die Zielsetzung des Kartellgesetzes, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung gemäss Art. 96 BV und Art. 1 KG zu fördern, nicht übertrieben werden dürften. Bezogen auf die konkrete Beurteilung der Marktverhältnisse erscheine eine strikte Beweisführung bei diesen Zusammenhängen kaum möglich. Eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit müssten aber überzeugend und nachvollziehbar erscheinen.⁸⁸

48. Die Anforderungen an das Beweismass behalten jedoch, gemäss dem BVGer, auch beim Vorliegen von Selbstanzeigen ihre Gültigkeit und dürfen weder von der WEKO noch vom BVGer aus prozessökonomischen Gründen herabgesetzt werden.⁸⁹ Dem Untersuchungsgrundsatz ist danach auch bei Vorliegen von Selbstanzeigen in vollem Umfang Geltung und Nachachtung zu verschaffen. Das Beweismass wird in diesen Fällen folglich nicht herabgesetzt, sondern wird, aufgrund der mit den Selbstanzeigen verbundenen Feststellungskooperation, schneller erreicht, da die Selbstanzeigenden Beweismittel vorlegen müssen, welche eine Feststellung eines Wettbewerbsverstosses ermöglichen.

49. Umstritten ist nun, ob das vorerwähnte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit oder eine anderweitige Reduktion der Beweisanforderungen in Kartellverwaltungsverfahren (bezüglich bestimmter Sachumstände) auch dann zur Anwendung gelangt, wenn es – wie vorliegend – um sanktionsbedrohte Tatbestände geht.⁹⁰ Während die REKO/WEF diese Frage offenliess,⁹¹ verlangte das BVGer in einem sanktionsbedrohten Fall hinsichtlich des Beweises einer marktbeherrschenden Stellung ausdrücklich keinen Vollbeweis⁹². Ebenfalls in einem sanktionsbedrohten Kartellrechtsfall führt das BGer bezüglich des Beweises einer marktbeherrschenden Stellung aus, „[...] dass die Analyse der Marktverhältnisse komplex und die Datenlage oft unvollständig und die Erhebung ergänzender Daten schwierig ist. So ist etwa bei der Marktabgrenzung die Substituierbarkeit aus der Sicht der Marktgegenseite mit zu berücksichtigen. Die Bestimmung der massgeblichen Güter sowie die Einschätzung des Ausmasses der Substituierbarkeit sind kaum je exakt möglich, sondern beruhen zwangsläufig auf gewissen ökonomischen Annahmen. Die Anforderungen an den Nachweis solcher Zusammenhänge dürfen [...] nicht übertrieben werden [...]. In diesem Sinne erscheint eine strikte Beweisführung bei diesen Zusammenhängen kaum möglich. Eine gewisse Logik der

⁸⁶ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/3, 559 E. 6.2, *Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband SBVV, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO*. In dem Sinn wohl auch PAUL RICHLI, in: SIWR V/2, Kartellrecht, von Büren/David (Hrsg.), 2000, 454.

⁸⁷ BGE 139 I 72, 91 E. 8.3.2 (=RPW 2013/1, 126 E. 8.3.2), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁸⁸ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.8, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.8, *Sigenia-Aubi AG/WEKO* (beide Urteile noch nicht rechtskräftig).

⁸⁹ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.4.3, *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.4.3, *Sigenia-Aubi AG/WEKO* (beide Urteile noch nicht rechtskräftig).

⁹⁰ Diesfalls für ein höheres Beweismass plädierend etwa AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 67), 119; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 66), Art. 30 KG N 101 f. m.w.H.

⁹¹ Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/3, 560 E. 6.2, *Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband SBVV, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./WEKO*.

⁹² Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 298 E. 10.1, *Swisscom (Schweiz) AG/WEKO*.

wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit müssen aber überzeugend und nachvollziehbar erscheinen [...]“⁹³

50. Welche Anforderungen die Beweislage in sanktionsbedrohten Kartellverwaltungsverfahren in grundsätzlicher Hinsicht mindestens erfüllen muss, ohne in Konflikt mit diversen, unter anderem aus der EMRK fließenden Verfahrensgarantien zu geraten, wurde damit höchstrichterlich geklärt. Die vorgenannte Ansicht des BGer und des BVGer überzeugt denn auch. Denn richtigerweise kann auch bei sanktionsbedrohten Kartellrechtstatbeständen für diejenigen Sachumstände, deren Erstellung mittels strikten Beweises aufgrund der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, auch kein strikter Beweis verlangt werden. Dies ist namentlich bei ökonomischen Erkenntnissen und hypothetischen Entwicklungen und Situationen regelmässig der Fall.⁹⁴ Andernfalls würde nämlich über faktisch nicht erfüllbare Beweisanforderungen eine Anwendung der einschlägigen kartellrechtlichen Tatbestände verunmöglicht und die Anwendung des Gesetzes würde damit letztlich ausgehebelt werden. In der Praxis nicht anwendbare Tatbestände zu schaffen, kann aber nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein. Die Begründung(sdicte) muss jedoch hohen Anforderungen genügen und die Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit muss überzeugend und nachvollziehbar erscheinen.⁹⁵

51. Einleitend hervorzuheben ist sodann, dass ein strikter Beweis (betrifft das Beweismass) nicht mit einem direkten Beweis (betrifft die Art des Beweises und ist das Gegenstück zum Indizienbeweis [indirekter Beweis]) zu verwechseln ist. Auch ein strikter Beweis kann ohne Weiteres mittels Indizien erbracht werden.⁹⁶ Zu unterscheiden ist ferner jeweils auch zwischen Tat- und Rechtsfrage. Die Regeln der Beweislast und der Beweiswürdigung, etwa die Unschuldsvermutung, gelten einzig in tatsächlicher Hinsicht. Die Auslegung – insbesondere technischer resp. relativ unbestimmter – Rechtsbegriffe folgt demgegenüber den Regeln der Gesetzesinterpretation.⁹⁷ Zu beachten ist hierbei, dass sich das Ergebnis der Auslegung wiederum darauf auswirken kann, was Beweisgegenstand ist. Im Einzelnen:

a) Was unter einer Vereinbarung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 i.V.m. 5 Abs. 3 KG zu verstehen ist, ist eine Rechtsfrage; so ist etwa durch Auslegung zu ermitteln, was unter einer „indirekten Festsetzung von Preisen“ zu verstehen ist. Der Lebenssachverhalt, den es unter diesen gesetzlichen Begriff der Vereinbarungen zu subsumieren gilt (Tatfrage), kann grundsätzlich strikt bewiesen werden; entsprechend muss hierfür auch ein strikter Beweis erbracht werden. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass gerade bei horizontalen harten Kartellen die Abredeteilnehmer darauf bedacht sind, möglichst keine Spuren – und damit Beweismittel – zu hinterlassen, die Beweisführung wird daher regelmässig mittels Indizien und eher selten mittels direkten Beweisen erfolgen.

b) Was unter abgestimmten Verhaltensweisen i.S.v. Art. 4 Abs. 1 i.V.m. 5 Abs. 3 KG zu verstehen ist, ist eine Rechts- und damit Auslegungsfrage. Der Lebenssachverhalt, den es unter dieses Tatbestandsmerkmal der abgestimmten Verhaltensweisen zu subsumieren gilt, ist nur teilweise einem strikten Beweis zugänglich. Teilweise ist ein solcher aber nicht mög-

⁹³ BGE 139 I 72, E. 8.3.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*, vgl. auch E. 9.2.3.4 dieses Urteils, wonach dies spezifisch auch für die Marktabgrenzung gilt.

⁹⁴ An dieser Stelle sei beispielhaft auf die ständige zivilrechtliche Praxis hingewiesen, wonach trotz dem im Zivilrecht grundsätzlich geltenden Regelbeweismass die natürliche sowie die hypothetische Kausalität bloss mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden müssen (exemplarisch BGE 132 III 715, 720 ff. E. 3.2 m.w.H.).

⁹⁵ So BGE 139 I 72, E. 8.3.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*, in gleichem Sinne auch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 298 E. 10.1, *Swisscom (Schweiz) AG/WEKO*.

⁹⁶ Siehe dazu bereits vorne Rz 41.

⁹⁷ BGE 139 I 72, E. 8.3.1, *Publigroupe SA et al./WEKO*. Aus der Lehre etwa ISABELLE BERGER-STEINER, *Das Beweismass im Privatrecht, eine dogmatische Untersuchung mit Erkenntniswert für die Praxis und die Rechtsfigur der Wahrscheinlichkeitshaftung*, Bern 2008, Rz 03.41.

lich (z.B. hinsichtlich effektiver wechselseitiger Abstimmung), wobei bei solchen Sachverhaltelementen ökonomische Betrachtungen und Überlegungen (z.B. hinsichtlich ökonomisch-rationalem Motiv für eine Abstimmung) ergänzend hinzutreten. Hierfür muss „[E]ine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit [...] überzeugend und nachvollziehbar erscheinen [...]“.⁹⁸ Ein strikter Beweis kann hierfür – und damit auch insgesamt – aber nicht verlangt werden.⁹⁹

c) Ist das Beweis- und Rechtsanwendungsergebnis, dass eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 i.V.m. 5 Abs. 3 KG besteht, greift die gesetzliche Vermutung, dass dadurch der Wettbewerb beseitigt wird. Aufgrund der Untersuchungsmaxime haben die Wettbewerbsbehörden aber gleichwohl abzuklären, ob die Vermutung zutrifft, ob m.a.W. der Wettbewerb effektiv beseitigt wurde. Ist das Ergebnis, dass keine Beseitigung vorliegt, bleibt zu prüfen, ob der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt wurde oder nicht. Bezüglich Beweismass hinsichtlich dieser weiteren Tatbestandsmerkmale ergibt sich Folgendes:

d) Was unter „einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen“ resp. dem relevanten Markt zu verstehen ist, mithin wie dieser Begriff auszulegen und zu definieren ist, ist eine Rechtsfrage. Hinsichtlich der Lebenssachverhalte, gestützt auf welche die konkrete Markt- abgrenzung in einem Einzelfall vorgenommen wird, ist eine strikte Beweisführung kaum möglich, wie dies das BGer zutreffend feststellte, da hierfür unter anderem auf Erfahrungssätze, Marktanalysen und Marktteilnehmerbefragungen zurückgegriffen werden muss.¹⁰⁰

e) Wie die Begriffe der erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung und der Wettbewerbsbeseitigung zu verstehen und auszulegen sind, ist eine Rechtsfrage. Zu beachten ist dabei, dass insbesondere der Begriff „erheblich“ eine wertende Komponente enthält und dementsprechend den rechtsanwendenden Instanzen eine Ermessensausübung einräumt. Unter diese Begriffe zu subsumieren gilt es in tatsächlicher Hinsicht die Auswirkungen von Abreden. Einige der diesbezüglichen Lebenssachverhaltelemente können strikt bewiesen werden (z.B. die auf dem Markt angewandten Preise), andere sind einem strikten Beweis hingegen nicht zugänglich, etwa der Kausalzusammenhang zwischen Verhaltensweisen und Marktwirkungen¹⁰¹ oder hypothetische Zustände (z.B. wie die Wettbewerbssituation auf dem fraglichen Markt ohne Abrede aussähe). Wie bei der Markt- abgrenzung sind auch diesbezüglich unter anderem Erfahrungssätze (z.B. hinsichtlich der disziplinierenden Wirkung von Ausserwettbewerb-ern) und Marktanalysen ebenso wie ökonomische Annahmen (z.B. hinsichtlich des ökonomisch rationalen Verhaltens von Anbietern und Nachfragern) und Modelle von grosser Bedeutung, wobei wiederum einzelne Sachverhaltelemente, die der Applikation dieser ökonomischen Modelle dienen, selber einem strikten Beweis zugänglich sind, andere nicht.

f) Folgt aus der Beweisführung und der Gesetzesinterpretation, dass eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung, nicht aber eine Wettbewerbsbeseitigung vorliegt, ist alsdann zu prüfen, ob Gründe der wirtschaftlichen Effizienz i.S.v. Art. 5 Abs. 2 KG die Abrede rechtfertigen. Was unter den diesbezüglichen im Gesetz verwendeten Begriffen zu verstehen ist, ist eine Rechtsfrage. Die zu Grunde liegenden Sachverhaltelemente können teilweise strikt bewiesen werden, andere sind einem strikten Beweis hingegen nicht zugänglich.¹⁰²

g) In vorliegender Untersuchung ist bezüglich des dargestellten Sachverhalts resp. der Handlungen der Verfahrensparteien der rechtserhebliche Sachverhalt dergestalt erstellt,

⁹⁸ BGE 139 I 72, E. 8.3.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

⁹⁹ Vgl. auch Rz 47 bezüglich der gleichlautenden Rechtsprechung der REKO/WEF, allerdings in einem noch nicht sanktionsbedrohten Fall.

¹⁰⁰ BGE 139 I 72, E. 9.2.3.4, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁰¹ Siehe dazu bereits Fn 94.

¹⁰² Dahingehend auch etwa Botschaft vom 22.2.2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, BBl 2012 3905, 3942.

dass objektiv betrachtet keine nicht zu unterdrückenden Zweifel an der entsprechenden Verwirklichung des Sachverhalts bestehen, womit der strikte Beweis erbracht ist. Zusammenfassend ist daher Folgendes festzuhalten: Bei Vereinbarungen ist eine strikte Beweisführung möglich, ergo kann auch strikter Beweis erbracht werden. Dies kann jedoch ohne Weiteres mittels Indizien erfolgen. Bezüglich der Auswirkungen der Abrede ist demgegenüber eine strikte Beweisführung nicht möglich und kann daher auch nicht verlangt werden. Insbesondere ein strikter Beweis der (hypothetischen) Preise, wie sie ohne Abrede gehandhabt worden wären, erscheint kaum möglich. Hinsichtlich der wettbewerbsbeeinträchtigenden resp. -beseitigenden Wirkung der Abrede muss daher – der Rechtsprechung des BGer folgend – genügen, wenn eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit überzeugend und nachvollziehbar erscheinen.¹⁰³

B.1.3 Beweisführungslast und objektive Beweislastverteilung

52. Unbestritten ist, dass in Kartellverwaltungsverfahren die Untersuchungsmaxime gilt (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 VwVG), m.a.W. tragen die Wettbewerbsbehörden die Beweisführungslast. Die Parteien trifft eine Mitwirkungspflicht (vgl. Art. 40 KG sowie Art. 13 VwVG) und ihr diesbezügliches Verhalten kann auch im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt werden (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 BZP).¹⁰⁴

53. Die objektive Beweislastverteilung regelt die Frage, zu wessen Lasten es sich auswirkt, wenn ein bestimmtes Tatbestandselement nicht bewiesen ist; wer m.a.W. die Folgen der Beweislosigkeit trägt. Hinsichtlich dem Vorliegen von Abreden i.S.v. Art. 4 Abs. 1 i.V.m. 5 Abs. 3 KG tragen die Wettbewerbsbehörden die objektive Beweislast. Diese bilden die Vermutungsbasis für die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung, wobei hinsichtlich der Vermutungsfolge, namentlich der Wettbewerbsbeseitigung, die Abredeteilnehmer die objektive Beweislast tragen. Ist die Vermutung widerlegt, tragen die Wettbewerbsbehörden die objektive Beweislast für das Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung. Ist eine solche gegeben, tragen schliesslich die Abredeteilnehmer die objektive Beweislast für das Vorhandensein von Rechtfertigungsgründen.¹⁰⁵

B.2 Begriffe

54. Nachfolgend werden einige Begriffe erklärt, wie sie im Rahmen dieser Verfügung verwendet werden.

55. *Submission/Auftragsvergabe*: Der Begriff Submission steht im Folgenden für das Vergabeverfahren von Tunnelreinigungsarbeiten, von deren allfälligen Ausschreibung bis zur Vergabe des Auftrags. Tunnelreinigungsaufträge werden überwiegend von der öffentlichen Hand vergeben. Das Vergabeverfahren bei Aufträgen der öffentlichen Hand ist weitgehend gesetzlich vorgegeben, wobei zwischen offenem und selektivem Verfahren, Einladungsverfahren und freihändigem Verfahren unterschieden werden kann.¹⁰⁶ Submissionen von privaten Aufträgen sind diesen gesetzlichen Vergabeverfahrensvorschriften demgegenüber nicht

¹⁰³ BGE 139 I 72, E. 8.3.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

¹⁰⁴ Kritisch dazu MANI REINERT, Das Flickwerk Kartellverfahrensrecht, in: Kartellrechtspraxis: Missbrauch von Marktmacht, Verfahren, Revision, Hochreutener/Stoffel/Amstutz (Hrsg.), 2013, 87–116, 100. Wie weit die Mitwirkungspflicht der Parteien in Anbetracht des unter anderem aus Art. 6 EMRK abgeleiteten Grundsatz des *nemo tenetur se ipsem accusare* geht, braucht in vorliegender Untersuchung mangels Relevanz nicht geklärt zu werden; siehe dazu aber BVGE 2011/32, 627 ff. E. 5.7.

¹⁰⁵ So Urteil des BGer 2A.430/2006 vom 6.2.2007, RPW 2007/1, 133 f. E. 10.3, *Schweizerischer Buchhändler- und Verleger-Verband, Börsenverein des deutschen Buchhandels e.V./WEKO, REKO WEF*, allerdings in einem noch nicht sanktionsbedrohten Fall.

¹⁰⁶ Siehe zu den diversen Verfahrensarten Art. 13 BöB und Art. 12 IVöB.

unterworfen, weshalb dort mehr Spielraum besteht. Tunnelreinigungsarbeiten werden jedoch selten von Privaten vergeben. Dies geschieht nur etwa bei Bauaufträgen, die Tunnel beinhalten, wo ein Tunnelreinigungsunternehmen als Subunternehmer zur abschliessenden Reinigung beigezogen wird.

56. *Schutz*: Derjenige Abredeteilnehmer, der einen zu vergebenen Auftrag erhalten und damit direkt von der fraglichen Abrede profitieren soll, erhält von den anderen an der Abrede beteiligten Tunnelreinigungsunternehmen einen sogenannten Schutz¹⁰⁷ (auch als Schutznahme bezeichnet); er wird also von den anderen Abredeteilnehmern geschützt, indem diese für den Schutznehmer entweder eine *Stützofferte* (siehe Rz 57) einreichen oder bewusst auf die Einreichung einer Offerte verzichten. Die Abrede läuft in aller Regel über den einzugebenden Preis und erlaubt es dem geschützten Unternehmen, den tiefsten Preis aller Abredeteilnehmer zu offerieren, was in der Regel zur Folge hat, dass der Auftrag an das geschützte Unternehmen vergeben wird.

57. *Stützofferte*: Unter einer Stützofferte (oder Scheinofferte) wird eine Offerte verstanden, mit welcher die Abredeteilnehmer die Offerte des geschützten Unternehmens überbieten. Eine Stützofferte wird somit nur zum Schein eingereicht und bezweckt die Steuerung des Zuschlags zugunsten des geschützten Unternehmens.¹⁰⁸ Falls ein Unternehmen aufgrund der Abrede bewusst auf die Einreichung einer Offerte verzichtet, wird von Eingabeverzicht oder „bid suppression“ gesprochen.

58. *Arbeitsgemeinschaften (ARGE)*:¹⁰⁹ Bei Aufträgen, die aufgrund ihrer Grösse oder ihres Ausführungszeitraums die Kapazitäten einzelner Unternehmen überschreiten, bietet sich die Ausführung im Rahmen einer ARGE an. Dazu verhandeln mehrere Unternehmen miteinander im Hinblick auf die gemeinsame Ausführung eines Projekts. Einigen sie sich für den Fall des Auftragserhalts auf die Bildung einer ARGE – bei welcher es sich regelmässig um eine einfache Gesellschaft i.S.v. Art. 530 ff. OR¹¹⁰ handelt –, sind neben anderen offene und stille ARGE denkbar. Bei einer stillen ARGE übernimmt ein Unternehmen die Federführung und tritt als alleinige Vertragspartei gegen aussen, also gegenüber dem Auftraggeber, auf. Hat der Auftraggeber hingegen Kenntnis von einer geplanten Zusammenarbeit im Rahmen einer ARGE, liegt eine offene ARGE vor und Vertragspartei im Verhältnis zum Bauherren sind die ARGE-Partner (nicht nur einer hiervon). Möglich, aber nicht zwingend erforderlich ist die Einreichung einer gemeinsamen Offerte durch die ARGE-Partner, aus welcher ersichtlich wird, welche Unternehmen den Auftrag gemeinsam planen und im Falle des Zuschlages ausführen würden. Das Verhältnis der ARGE-Partner untereinander wird über Zusammenarbeitsverträge geregelt und die Ausführung wird gemeinsam bewerkstelligt.¹¹¹

59. *Subunternehmer*: Eine weitere Art der Zusammenarbeit bei grösseren Aufträgen besteht im Bezug von Subunternehmern. Subunternehmer sind Vertragspartner der berücksichtigten Anbieterin (also des Unternehmens, welches den Zuschlag erhielt) und somit nicht des Auftraggebers. Vertragspartner im Verhältnis zum Auftraggeber ist ausschliesslich die berücksichtigte Anbieterin. Subunternehmer werden von der berücksichtigten Anbieterin bei-

¹⁰⁷ Dieser hier verwendete Begriff „Schutz“ entstammt der Terminologie aus der Untersuchung *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*, RPW 2013/4.

¹⁰⁸ Siehe dazu auch RPW 2009/3, 200 Rz 15, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*. Ferner etwa MARSELA MACI, Bid rigging in the EU public-procurement markets: some history and developments, ECLR 2011/8, 406–413, 407.

¹⁰⁹ Siehe hierzu auch RPW 2014/1, *Jahresbericht 2013 der WEKO*.

¹¹⁰ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR; SR 220).

¹¹¹ Siehe allgemein zu Arbeitsgemeinschaften und der Notwendigkeit deren Bildung etwa ELLEN BRAUN, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2 Europäisches Kartellrecht, Langen/Bunte (Hrsg.), 11. Auflage, 2010, Art. 81 EGV Fallgruppen N 58 ff.

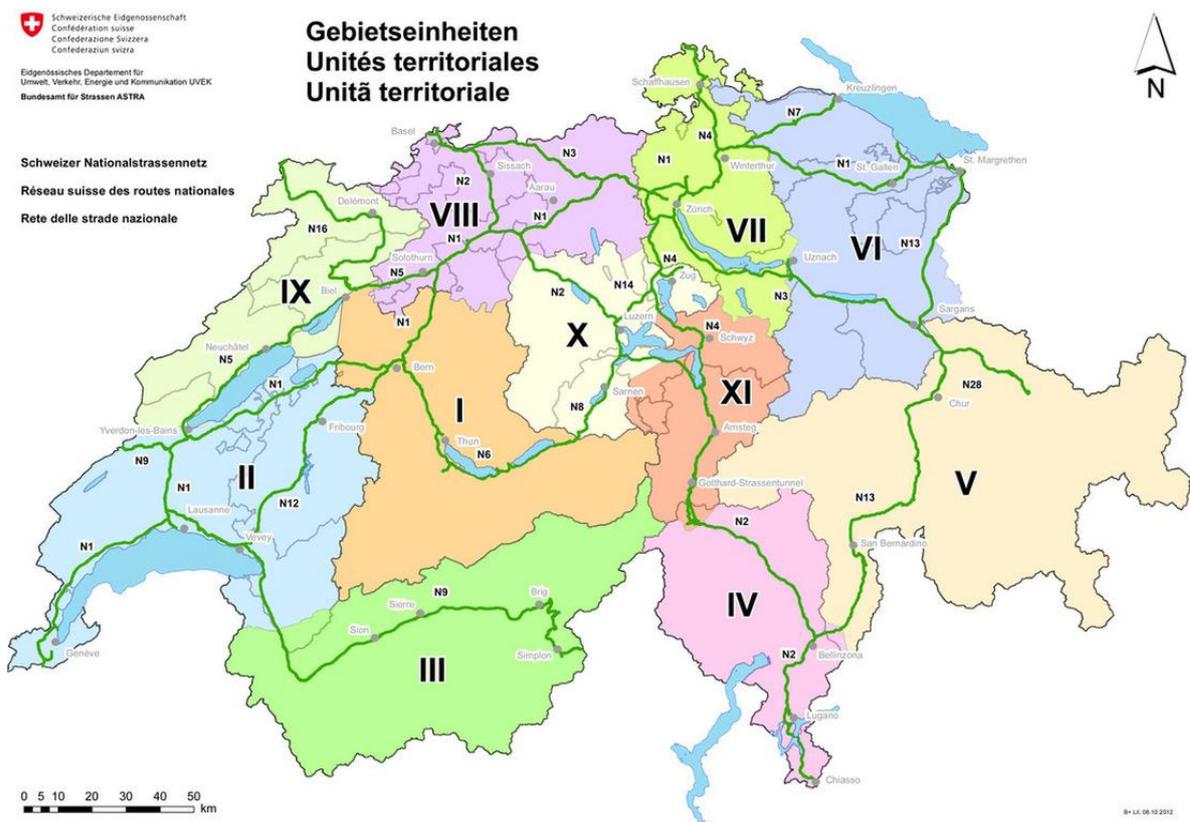
gezogen, um bestimmte Arbeiten auszuführen, die sie gegenüber dem Auftraggeber schuldet. Im Verlauf der Untersuchung hat sich gezeigt, dass es in der Tunnelreinigungsbranche zwei Arten des Einsatzes von Subunternehmern gibt: Entweder wird eine Tunnelreinigungsunternehmung von einer grösseren Unternehmung im Rahmen eines Bauprojekts als Subunternehmer beigezogen, um die abschliessende Reinigung des fertig gestellten Tunnels durchzuführen, da dieses selbst nicht über die entsprechenden Fahrzeuge oder das nötige Know-how verfügt.¹¹² Oder aber eine Unternehmung zieht eine andere Unternehmung als Subunternehmer bei, um ein grösseres Tunnelreinigungsprojekt gemeinsam auszuführen.¹¹³

B.3 Die Tunnelreinigung

B.3.1 Nachfrage nach Tunnelreinigungen

60. Bis 2008 waren die Kantone für den Unterhalt und damit verbunden auch für die Reinigung der National- und Kantonsstrassentunnel verantwortlich. Am 1. Januar 2008 gingen mit der Umsetzung des Neuen Finanzausgleichs (NFA) die Nationalstrassen als Eigentum von den Kantonen an den Bund über.¹¹⁴ Die Zuständigkeit obliegt nun dem Bundesamt für Strassen ASTRA. Gleichzeitig wurden 11 Gebietseinheiten (GE) des Schweizer Nationalstrassennetzes gebildet, welche meist Teil der kantonalen Baudirektionen sind und denen per Leistungsvereinbarung der Betrieb und Unterhalt der Nationalstrassen übertragen wurde. Die nachfolgende Abb. 1 veranschaulicht die geografische Verteilung der Gebietseinheiten.

Abb. 1: Die Gebietseinheiten der Schweizer Nationalstrassen¹¹⁵



¹¹² Act. n° 100 Rz 51 f. und act. n° 127.

¹¹³ Act. n° 17 Rz 38 ff., act. n° 30 Rz 12 ff., act. n° 33 Rz 52 ff.

¹¹⁴ Nationalstrassenverordnung vom 7. November 2007 (NSV, SR 725.111).

¹¹⁵ Siehe „Die Gebietseinheiten der Nationalstrassen“, abrufbar unter <<http://www.astra.admin.ch/org/00139/05673/index.html?lang=de>> [letzte Kontrolle: 22.2.2015].

61. Die Zuständigkeit für die Tunnelreinigungen der Nationalstrassentunnel obliegt einer jeweiligen Gebietseinheit, welche in der Regel die zugehörigen kantonalen Baudirektionen und Tiefbauämter oder auch spezielle Trägerschaften¹¹⁶ beauftragt. Die Zuständigkeit für die Reinigung der Tunnel auf den Kantons- und Gemeindestrassen obliegt weiterhin den Kantonen. Auftraggeber für Tunnelreinigungen sind sodann die jeweiligen Gebietseinheiten bzw. deren kantonale Baudirektionen, Tiefbauämter oder Trägerschaften.¹¹⁷

62. In einzelnen Gebietseinheiten werden Tunnelreinigungen direkt von der öffentlichen Hand selber ausgeführt. D.h., verschiedene Gebietseinheiten beauftragen direkt ihre Werkhöfe oder Trägerschaften, die Tunnel in ihrem Zuständigkeitsgebiet zu reinigen. Sie treten somit nicht als Nachfrager von Tunnelreinigungen bei öffentlichen Ausschreibungen auf.¹¹⁸ Die nachfolgende Tab. 1 führt die für Tunnelreinigungen zuständigen Amtsstellen in der Schweiz auf. Zudem geht daraus hervor, welche Amtsstellen die Tunnelreinigungen selbst ausführen und welche diese ausschreiben und entsprechend Tunnelreinigungsaufträge an private Anbieter vergeben.

Tab. 1: Für Tunnelreinigungen zuständige Amtsstellen in der Schweiz

GE	Kanton(e)	Zuständige Amtsstelle	Vergabe an privates UN (Verfahrensart)
I	Bern	Tiefbauamt des Kt. Bern	Nein
II	Freiburg Genf Waadt	Tiefbauamt des Kt. Freiburg Tiefbauamt des Kt. Genf Tiefbauamt des Kt. Waadt	Ja (freihändig, Einladung) Ja (freihändig, Einladung, offen) Ja (freihändig, Einladung)
III	Wallis	Dienststelle für Strassen, Verkehr und Flussbau (DSVF) des Kt. Wallis	Nein
IV	Tessin	Area del supporto e del coordinamento e cantone Ticino	Ja (freihändig)
V	Graubünden – Grischun	Tiefbauamt des Kt. Graubünden	Nein
VI	Appenzell A.Rh., Appenzell I.Rh., Glarus, St. Gallen, Thurgau	Tiefbauamt des Kt. St. Gallen	Ja (freihändig)
VII	Schaffhausen Zürich, Schwyz	Tiefbauamt des Kt. Schaffhausen Baudirektion des Kt. Zürich	Ja (freihändig, Einladung) Ja (Einladung, offen)
VIII	Aargau, Basel Landschaft, Basel- stadt, Solothurn	NSNW AG	Ja (freihändig)
IX	Bern Jura Neuenburg	Tiefbauamt des Kt. Bern Department für Umwelt und Ausrüstung des Kt. Jura Departement für Wartung des Kt. Neuenburg	Nein Nein Nein
X	Luzern, Nidwalden,	Bau-, Umwelt- und Wirtschaftsde-	Ja (freihändig, Einladung)

¹¹⁶ Beispielsweise haben die Kantone Aargau, Basel Landschaft und Solothurn dafür das Unternehmen NSNW AG gegründet und das Personal und die Infrastruktur der Autobahnwerkhöfe darin integriert, siehe <www.nsnw.ch> [letzte Kontrolle: 22.2.2015].

¹¹⁷ Siehe „Die Gebietseinheiten der Nationalstrassen“, abrufbar unter <<http://www.astra.admin.ch/org/00139/05673/index.html?lang=de>> [letzte Kontrolle: 22.2.2015] sowie act. n° 53a, 54a, 58a, 62a, 104, 108, 110, 118, 121, 123, 125, 127, 129, 131, 133 und 138.

¹¹⁸ So die Kantone Basel, Basel Landschaft, Bern, Graubünden, Neuenburg und Wallis, vgl. act. n° 58a, 62a, 104 und 133.

	Obwalden, Zug	partement des Kt. Luzern, Abteilung Westliche Zentralschweizer Nationalstrassen (zentras)	
XI	Schwyz, Tessin, Uri	Amt für Betrieb Nationalstrassen (AfBN) des Kt. Uri	Ja (freihändig)

63. Die Vergabe von Tunnelreinigungen durch die öffentliche Hand richtet sich nach den Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens, welche das Vergabeverfahren bestimmen. In der Regel werden die Tunnelreinigungsprojekte sodann vom Auftraggeber vorkalkuliert und ein entsprechender Kostenvoranschlag erstellt, an dem sich die Wahl des Vergabeverfahrens orientiert (Schwellenwerte). In der Schweiz werden Tunnelreinigungsaufträge zum Grossteil im freihändigen oder im Einladungsverfahren vergeben. Nur die Gebietseinheit VII schreibt seit 2008 jährlich die Tunnelreinigungen für den Grossraum Zürich im offenen Verfahren aus. Im Jahr 2009 wendete auch die Gebietseinheit II einmalig das offene Verfahren für die Beschaffung der Tunnelreinigungen im Kanton Genf an. Vereinzelt werden Tunnelreinigungsarbeiten auch in Zusammenhang mit Bauvorhaben ausgeschrieben, sodass auf Tunnelreinigungen spezialisierte Unternehmen als Subunternehmer von Baufirmen engagiert werden.¹¹⁹ Öffentliche Ausschreibungen von Tunnelreinigungen stehen dabei grundsätzlich nationalen wie ausländischen Unternehmen offen.

64. Aufträge für Tunnelreinigungen beinhalten meist die Reinigung von gleich mehreren Tunneln in einer Region resp. Gebietseinheit, welche dann als Projekte zusammengefasst werden.¹²⁰ Die Ausführungszeitpunkte der Tunnelreinigungen konzentrieren sich fast ausschliesslich auf das Frühjahr, bei zweimaliger Reinigung pro Jahr jeweils auf das Frühjahr und den Herbst. Die Arbeiten müssen auch zumeist in engen vordefinierten Zeitintervallen ausgeführt werden, welche ex-ante vom Auftraggeber vorgegeben werden und nicht veränderbar sind.¹²¹ Besonders die zeitliche Dichte (Frühling- und/oder Herbstreinigung) und die teilweise daraus resultierenden Überschneidungen einzelner Aufträge können demnach zu Kapazitätsengpässen bei den Anbietern führen. Diese können sich dahingehend auswirken, dass sich Anbieter auf bestimmte Tunnelreinigungsprojekte konzentrieren müssen. Würden die Tunnelreinigungen zu unterschiedlichen Zeitpunkten terminiert, etwa das ganze Jahr hindurch, wäre es Anbietern potenziell möglich mehr Tunnelreinigungen durchzuführen.

65. Auch lässt sich eine gewisse Tendenz der Auftraggeber feststellen, ihnen bekannte Anbieter zu favorisieren. So kann in der Westschweiz eine Konzentration der Offertstellungsanfragen und Auftragsvergaben an lokal ansässige und französischsprachige Anbieter festgestellt werden; analog verhält es sich in der Deutschschweiz und im Tessin (vgl. auch Rz 70 und 75 ff.).¹²² Insbesondere wurden im Tessin seit mindestens 2006 die Tunnelreinigungen immer an die lokal ansässige ISS vergeben und auch keine weiteren Unternehmen zur Offertstellung angefragt. Im Kanton Jura verhält es sich gar so, dass die Tunnelreinigungen in Zusammenhang mit einem weiteren Projekt an eine lokale Anbieterin vergeben wurden, welche jedoch selbst keine Tunnelreinigungen ausführen kann und daher Pfister als Subunternehmerin für die Tunnelreinigungen engagiert.¹²³ Auch ist die Reinigung des Gotthard-Tunnels zu nennen, welche seit Jahren vom Südportal her von der im Tessin ansässigen

¹¹⁹ Vgl. bspw. act. n° 30 Rz 19 f., 100 Rz 49 ff. sowie 145 Rz 23 ff. und Beilage 61–65.

¹²⁰ Vgl. Antworten auf Frage 4 und 5 in act. n° 53a, 54a, 104, 108, 110, 118, 121, 123, 125, 127, 129, 131 und 138.

¹²¹ Für den Zeitraum der Tunnelreinigung müssen die entsprechenden Tunnel komplett oder zumindest einzelne Fahrbahnen gesperrt werden. Daher werden die Zeitfenster für die Tunnelreinigungen möglichst minimiert, beispielsweise zwischen 3 und 7.5 Stunden und/oder zum Teil auch nur nachts, siehe act. n° 8.32 S. 36–40.

¹²² Siehe Antworten auf Frage 2 und 4–5 in act. n° 53a, 54a, 104, 108, 110, 118, 121, 123, 125, 127, 129, 131 und 138 sowie Antworten auf Fragen 1–6 in act. n° 99, 115 und 141.

¹²³ Act. n° 100 Rz 49 ff. und Antwort auf Frage 5 in act. n° 127.

gen und italienischsprachigen ISS, vom Nordportal her von der in der Deutschschweiz ansässigen Pfister durchgeführt wird.¹²⁴

B.3.2 Anbieter von Tunnelreinigungen

66. Im Rahmen dieser Untersuchung umfasst der Begriff Tunnelreinigung die Reinigung von Tunnelwänden inklusive allfälliger Nischen. Von dem Begriff nicht erfasst werden dagegen weitere Arbeiten wie Instandhaltungs-, Maler-, und Elektronikarbeiten in Tunneln. Es handelt sich bei der Tunnelreinigung um eine standardisierte, jedoch sehr spezielle Dienstleistung im Bereich Flächeninstandhaltung, -bearbeitung, sowie -unterhalt. Die Verfahrensparteien sind denn auch nicht einzig auf diese Dienstleistung spezialisiert, sondern beispielsweise auch im Bereich der Grünpflege, der Strassen- oder der Kanalreinigung tätig.¹²⁵

67. Tunnelreinigungen werden mit speziellen Reinigungsfahrzeugen oder speziell dafür angefertigten Fahrzeugaufsätzen ausgeführt. Entsprechend können diese Fahrzeuge zum Teil auch anderweitig eingesetzt werden. Nach Angaben der Verfahrensparteien betragen die Anschaffungskosten für ein Tunnelreinigungsfahrzeug zwischen CHF 850'000 und CHF 1.5 Mio., was je nach Auftragsauslastung der Unternehmungen zu einer Amortisationszeit von ungefähr 6 bis 15 Jahren führen dürfte.¹²⁶

68. Im Zeitraum 2008 bis 2012 haben insgesamt acht (sechs)¹²⁷ nationale und zwei ausländische Unternehmen an Submissionen oder Vergaben für Tunnelreinigungsarbeiten teilgenommen und ein Angebot eingereicht. Von diesen insgesamt zehn (acht) Anbietern haben sechs einheimische und ein ausländisches Unternehmen mindestens einmal einen Auftrag erhalten.¹²⁸

69. Die Aufträge für Tunnelreinigungen unterscheiden sich nur geringfügig hinsichtlich ihrer Spezifikation und Komplexität. Einzig müssen aufgrund der Unterschiede einzelner Tunnel in ihrer Beschaffenheit (Nischen, Lampen), Länge, Wandhöhe und ihres Verschmutzungsgrads Veränderungen an der Ausrichtung der Reinigungsfahrzeuge vorgenommen sowie die benötigte Menge an Reinigungsmittel individuell an den Auftrag angepasst werden. Zu berücksichtigen bleibt jedoch, dass sich die Aufträge hinsichtlich ihrer Grösse zum Teil deutlich voneinander unterscheiden können. So teilen verschiedene Auftraggeber ihre Tunnelreinigungen in mehrere kleinere Projekte auf, andere fassen alle zu einem Grossauftrag zusammen. Allerdings ist die Reinigung dieser Tunnel allen Anbietern von Tunnelreinigungen zumindest in technischer Hinsicht möglich. Somit stellen Tunnelreinigungen eine weitgehend homogene Dienstleistung dar. Wie bereits in Rz 64 darauf hingewiesen, kann es aufgrund der engen Terminierung der Tunnelreinigungen teilweise zu Überschneidungen einzelner Aufträge kommen, so dass sich Anbieter aus Kapazitätsgründen auf bestimmte Tunnelreini-

¹²⁴ Die Amtsstelle des Kanton Uri gibt an, die Tunnelreinigungen an die ARGE Pfister/ISS zu vergeben, siehe act. n° 131. Pfister und ISS erläutern in ihren Selbstanzeigen, dass ISS den Auftrag als Subunternehmer von Pfister durchführe, da der Kanton Uri eine deutschsprachige Ansprechperson für diesen Auftrag wünsche, siehe act. 30 Rz 12 ff. (ISS) sowie act. n° 17 Rz 38 ff. und act. n° 33 Rz 52 ff. (Pfister).

¹²⁵ Vgl. hierzu die Ausführungen unter Rz 3 ff.

¹²⁶ Siehe act. n° 52 Rz 10.

¹²⁷ Hier wurde berücksichtigt, dass im Kanton Jura die Tunnelreinigungen im Zusammenhang mit weiteren Arbeiten ausgeschrieben werden (vgl. Rz 65) und im Zuge der jährlichen Submission zwei Anbieter zur Offertstellung eingeladen, welche selbst gar keine Tunnelreinigungen ausführen können; diese haben zwar den Zuschlag für eben u.a. die Tunnelreinigungen erhalten, dann aber eine Subunternehmerin speziell für diese Arbeiten engagiert, siehe act. n° 127, act. n° 100 Rz 51 f. (Pfister) sowie act. n° 30 Rz 20 (ISS). Effektiv handelt es sich daher um insgesamt sechs (anstatt acht) nationale Anbieter von Tunnelreinigungen im Zeitraum 2008 bis 2012.

¹²⁸ Siehe die Antworten der Amtsstellen auf Frage 4 und 5 in act. n° 53a, 54a, 58a, 62a, 104, 108, 110, 118, 121, 123, 125, 127, 129, 131, 133 und 138.

gungsprojekte konzentrieren. Bei allfälligen Kapazitätsengpässen kann sodann aber beispielsweise ein anderer Anbieter als Subunternehmer eingesetzt werden oder es können dessen Reinigungsfahrzeuge angemietet werden.¹²⁹

70. Asymmetrien zwischen Anbietern können sich aufgrund von Kostenvorteilen, ihrer Reputation bei den Auftraggebern oder aufgrund der „Sprache“ ergeben. Beispielsweise kann eine Unternehmung durch wiederholte Reinigung gleicher Tunnel Kostenvorteile innehaben, da ihr bereits sämtliche Tunneleigenschaften bekannt sind. Auch steigt mit der Bekanntheit beim Auftraggeber und dessen Zufriedenheit mit bereits ausgeführten Tunnelreinigungen die Reputation eines Anbieters, welche sich günstig auf die Vergabe von Folgeaufträgen auswirken kann. Dies geht zum Teil einher mit einer gewissen Tendenz gleichsprachige Anbieter zu favorisieren. So kann eine Konzentration der Teilnahmen der Anbieter an Submissionen in ihrer jeweiligen Sprachregion festgestellt werden (vgl. auch Rz 65 und Rz 77). Verschiedene Anbieter von Tunnelreinigungen bieten ihre Dienstleistung aber auch über die eigene „Sprachgrenze“ hinaus an, wie u.a. die Verfahrensparteien, und waren dort auch schon effektiv tätig.¹³⁰ Beispielsweise führte ein [...] Unternehmen mit Sitz in der Deutschschweiz zwischen 2006 und 2011 regelmässig einen Teil der Tunnelreinigungen im Kanton Genf aus.¹³¹ Diese Teilnahmen der Anbieter an Submissionen in der gesamten Schweiz sowie die Ausführungen der Parteien belegen, dass zumindest die nationalen Anbieter Tunnelreinigungen grundsätzlich schweizweit ausführen können, unabhängig vom Sitz des Unternehmens.

B.3.3 Vergabevolumen und Tätigkeitsgebiete der Untersuchungsadressatinnen

71. Um ein möglichst umfassendes Bild der Tätigkeitsgebiete der Untersuchungsadressatinnen sowie des Vergabevolumens im Bereich der Tunnelreinigung in der Schweiz zu erhalten, befragte das Sekretariat die für die Vergabe von Tunnelreinigungsarbeiten zuständigen Amtsstellen um Angabe ihrer Anbieter sowie der Kosten im Bereich der Tunnelreinigung resp. die Zusendung der jeweiligen Offertöffnungsprotokolle und Auftragsvergabebestätigungen für die entsprechenden Tunnelreinigungen. Zu beachten ist, dass kleinere, zumeist Kantons- und Gemeindetunnel, bei dieser Befragung nicht abschliessend erfasst wurden. Auch war es einzelnen Amtsstellen, welche die Tunnelreinigungen in ihrem Zuständigkeitsgebiet nicht durch ein privates Unternehmen ausführen lassen, sondern diese selbst reinigen, nicht immer möglich, die effektiven Kosten für die Tunnelreinigungen separat auszuweisen. Zum Teil wurden auch bloss die durchschnittlichen Kosten mehrerer Jahre angegeben.¹³² Die Berechnungen des Auftragsvolumens in der Schweiz sind entsprechend mit Ungenauigkeiten behaftet.

72. Gestützt auf die Antworten im Fragebogen der Amtsstellen ist von einem ungefähren Gesamtvolumen für Tunnelreinigungen in der Schweiz in der Grössenordnung von rund CHF [3–6] Mio. pro Jahr im Zeitraum 2008 bis 2012 auszugehen.¹³³ Davon entfallen durchschnittlich [40–60] % pro Jahr auf Tunnelreinigungen, die durch private Unternehmen ausgeführt werden. Demnach beträgt das Auftragsvolumen, welches für private Unternehmen überhaupt zugänglich ist, in den Jahren 2008 bis 2012 rund CHF [1,5–3] Mio. pro Jahr.

¹²⁹ Bspw. act. n° 88 Rz 2.

¹³⁰ Siehe die Antworten auf Fragen 4 und 5 in act. n° 110, 118, 123, 127 und 138 sowie act. n° 52 Rz 10.

¹³¹ Siehe Antwort auf Frage 5 in act. n° 118.

¹³² So etwa die Angaben der Amtsstellen in act. n° 58a, 104 oder 125.

¹³³ Für die Stellungnahmen der Amtsstellen siehe act. n° 53a, 54a, 58a, 62a, 104, 108, 110, 118, 121, 123, 125, 127, 129, 131, 133 und 138.

73. [...] ¹³⁴ Weiter gibt ISS ein derzeit gesamthaft für die Schweiz geschätztes Volumen von CHF [2–7] Mio. für Tunnelreinigungen an. Der Anteil, welcher dabei für private Unternehmen zugänglich ist, betrage rund CHF [1–5] Mio. ¹³⁵

74. In den Jahren 2008 bis 2012 war Pfister die bedeutendste Anbieterin von Tunnelreinigungen [mit einem Marktanteil von 20–65 %]. besa erzielte einen schweizweiten Anteil von [5–20] %, ISS einen solchen von [10–25] %. Zusammen erzielten die drei Parteien somit einen Anteil am Auftragsvolumen von [45–85] %. Die restlichen durchschnittlich [15–55] % entfallen auf die übrigen, insgesamt sieben weiteren Anbieter, die im Zeitraum 2008 bis 2012 im Bereich von Tunnelreinigungen in der Schweiz tätig waren, siehe Tab. 2. ¹³⁶

Tab. 2: Entwicklung der Anteile am CH-Auftragsvolumen im Zeitraum 2008 bis 2012

Unternehmen	Prozentualer Anteil am CH-Auftragsvolumen (pro Jahr)				
	2008	2009	2010	2011	2012
Besa	[5–15] %	[10–20] %	[10–20] %	[10–20] %	[10–20] %
ISS	[10–25] %	[10–25] %	[10–25] %	[10–25] %	[10–25] %
Pfister	[20–35] %	[30–50] %	[45–65] %	[45–65] %	[45–65] %
Andere	[40–55] %	[25–40] %	[15–30] %	[15–30] %	[15–30] %
Gesamt Parteien	[45–60] %	[60–75] %	[70–85] %	[70–85] %	[70–85] %

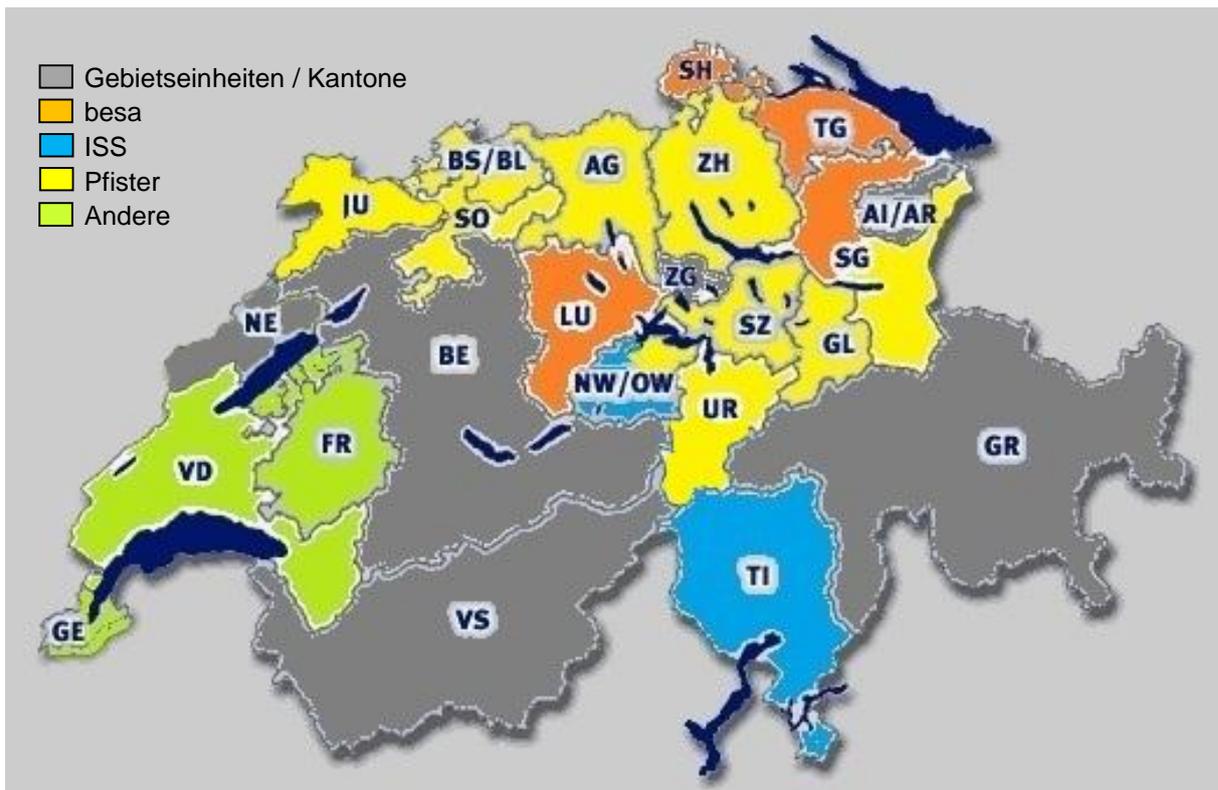
75. Um eine Vorstellung über die Aufteilung resp. das (grobe) Tätigkeitsgebiet der Anbieter von Tunnelreinigungsarbeiten in der Schweiz zu erhalten, wurde dies in der nachfolgenden Abb. 2 nach Kantonen dargestellt. Dabei sind Kantone für einen Anbieter als dessen Tätigkeitsgebiet markiert, in welchen dieser den überwiegenden Anteil der Tunnelreinigungen im Zeitraum 2008 bis 2012 ausführte.

¹³⁴ [...].

¹³⁵ Siehe act. n° 30 Rz 21.

¹³⁶ Die Marktanteilsberechnungen stützen sich auf die Antworten im Fragebogen der Amtsstellen. Die Angaben der Parteien darüber, welchen Umsatz sie im Bereich Tunnelreinigung in der Schweiz erzielen, stimmen weitgehend mit diesen Angaben der Amtsstellen überein. Die Abweichungen ergeben sich daraus, dass die Parteien auch solche Umsätze angegeben haben, welche sie mit kleineren, von den Amtsstellen nicht erfassten bzw. angegebenen Tunnelreinigungen aufführen. Zudem beruhen die Angaben der Amtsstellen zumeist auf den Auftragsvergabebestätigungen, welche nicht zwingend die tatsächlichen Zahlungsflüsse wiedergeben müssen. Die prozentuale Entwicklung der Verteilung der Anteile am Auftragsvolumen dürfte dies aber kaum beeinflussen.

Abb. 2: Tätigkeitsgebiet der Verfahrensparteien und weiterer Anbieter nach Kantonen



76. Wie bereits erwähnt, ist in Abb. 2 deutlich erkennbar, dass die Verfahrensparteien überwiegend in der Deutschschweiz tätig sind. Die ISS ist zusätzlich noch im Tessin tätig. In der Westschweiz werden sodann die Tunnelreinigungen zum Grossteil von anderen Anbieterinnen als den Verfahrensparteien ausgeführt. Vereinzelt werden auch noch kleinere Tunnel in der Deutschschweiz von einer weiteren, nicht an der vorliegenden Untersuchung beteiligten Anbieterin, ausgeführt (siehe auch die Ausführungen in Rz 65 und Rz 70).

77. Die Verfahrensparteien sind den Beschaffungsstellen resp. öffentlichen Auftraggebern von Tunnelreinigungen in der Westschweiz bzw. den französischsprachigen Gebieten der Schweiz grundsätzlich bekannt und sie nahmen dort auch wiederholt an Submissionen teil, wenn sie zur Offertstellung angefragt wurden.¹³⁷ Umgekehrt trifft dies allerdings nicht zu. Anbieter mit Sitz in der Westschweiz nahmen bislang nicht an Submissionen in der Deutschschweiz und im Tessin teil und wurden auch nicht zur Offertstellung von den zuständigen Beschaffungsstellen angefragt.¹³⁸

B.3.4 Hintergrundinformationen bezüglich Abreden bei Vergabeverfahren

78. Wie zuvor ausgeführt, richten sich Vergaben durch die öffentliche Hand nach den Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens, welche das zur Anwendung gelangende Vergabeverfahren weitgehend bestimmen.¹³⁹ Grundsätzlich werden vier Vergabeverfahren unterschieden: offenes Verfahren, selektives Verfahren, Einladungsverfahren und freihändiges Verfahren. Sowohl im offenen als auch im selektiven Verfahren wird der geplante Auftrag öf-

¹³⁷ Act. n° 110, 118, 123, 127 und 138 sowie act. n° 52 Rz 10.

¹³⁸ Act. n° 53a, 54a, 108, 110, 118, 121, 123, 125, 127, 129, 131 und 138.

¹³⁹ Die Wahl des Vergabeverfahrens richtet sich nach den Schwellenwerten, vgl. BöB Art. 2 ff., 13 ff.; IVöB Art. 6 ff., 11 ff. Diese legen jedoch grundsätzlich nur das zur Anwendung gelangende „Mindestvergabeverfahren“ fest; es steht dem Auftraggeber gleichwohl frei ein „höheres“ Vergabeverfahren zu wählen.

fentlich ausgeschrieben.¹⁴⁰ Im offenen Verfahren können sämtliche Unternehmen direkt und unaufgefordert ein Angebot einreichen, sodass keine Begrenzung der Anbieterzahl vorgesehen ist. Beim selektiven Verfahren werden die Interessenten in einem ersten Schritt auf ihre Eignung geprüft; in einem zweiten Schritt können dann die gemäss dem ersten Schritt zur Teilnahme zugelassenen Unternehmen ein Angebot einreichen. Bei Vergaben im Einladungsverfahren ist der öffentliche Auftraggeber angehalten, mindestens drei Unternehmen zur Offertstellung aufzufordern. Eine Änderung der einmal vom Auftraggeber zur Offertabgabe eingeladenen Unternehmen, insbesondere eine Ausweitung des Kreises der Anbietenden, ist – ausser im Ausnahmefall des Abbruchs und der Wiederholung des Verfahrens – ausgeschlossen. Beim freihändigen Verfahren kann der Auftrag direkt und ohne vorgängige öffentliche Ausschreibung an ein Unternehmen vergeben werden. Es steht dem Auftraggeber allerdings frei, gleichwohl von mehreren Unternehmen Offerten einzuholen und erst gestützt darauf über die Auftragsvergabe an ein bestimmtes Unternehmen zu befinden.¹⁴¹

79. Bei Vergaben im offenen, selektiven und Einladungsverfahren handelt es sich in der Regel um sogenannte Erstpreisauktionen mit verdeckten Geboten („first-price sealed bid auction“¹⁴²). Diese sind als Marktmechanismen („Spiele“ im spieltheoretischen Sinn¹⁴³) zu verstehen und bestimmen, mit welcher Auftragnehmerin (Anbieterin) die Auftraggeberin (öffentliche Hand) eine Transaktion zu einem bestimmten Preis eingeht.¹⁴⁴ Anbietende reichen ihre Gebote ein, ohne dass die übrigen Anbietenden (Mitbewerber) vom Inhalt ihres Angebots erfahren. In der Folge entscheidet sich die Auftraggeberin für das wirtschaftlich günstigste Angebot.¹⁴⁵

80. Ein einzelnes Vergabeverfahren hat Elemente eines sogenannten „one-shot games“¹⁴⁶: Das Vergabeverfahren wird in der Regel nur einmal durchgeführt (ausser bei Abbruch des Verfahrens und sich daran anschliessende erneute Durchführung des selben Vergabeverfahrens), sodass die Anbieter innerhalb des Verfahrens nicht auf die Aktionen bzw. Gebote ihrer Konkurrenten reagieren können. Der Anbieterkreis innerhalb dieser Vergabe wird dabei durch die jeweiligen Teilnehmer bestimmt und nur diese Anbieter stehen für diesen Auftrag miteinander im Wettbewerb. Bei Vergaben im offenen Verfahren ist der Anbieterkreis für den

¹⁴⁰ Die Publikation der Ausschreibung findet im schweizerischen Handelsblatt (SHAB) statt, sowie auf der zugehörigen elektronischen Publikationsplattform SIMAP.

¹⁴¹ Schwellenwerte, BöB Art. 2 ff., 13ff; IVöB Art. 6 ff., 11 ff.; Die öffentliche Hand bzw. ein privater Auftraggeber kann auch hier mehrere Angebote von Unternehmen einholen.

¹⁴² Zu den verschiedenen Auktionstypen siehe etwa PAUL KLEMPERER, Auction theory: a guide to the literature, Journal of Economic Surveys 13(3), 1999, 227–286; allgemein zu Auktionen PAUL MILGROM, Putting auction theory to work 12, 2004, 112 f. sowie VIJAY KRISHNA, Auction Theory, Academic Press 2nd ed., 2009, 1ff.

¹⁴³ Siehe etwa DREW FUDENBERG/JEAN TIROLE, Game Theory, The MIT Press, 1991.

¹⁴⁴ Vgl. R. PRESTON MCAFFE/JOHN MCMILLAN, Auctions and Bidding, Journal of Economic Literature 25, 1987, 699–738.

¹⁴⁵ Da es sich bei Tunnelreinigungen um eine weitgehend standardisierte Dienstleistung handelt, kommt in der Regel eine reine Preisauktion zur Anwendung, in welcher diejenige Anbieterin den Zuschlag erhält, welche das preislich günstigste Angebot eingereicht hat. Allgemein können jedoch auch weitere Zuschlagskriterien, wie beispielsweise Qualitätsanforderungen, eine entscheidende Rolle spielen. Der Zuschlag erfolgt dann auf Basis von vorgängig festgelegten Gewichten, mit denen diese Faktoren in die Bewertung einfließen, so dass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält. Vgl. hierzu Art 30 Abs. 1 ÖBV sowie AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 58), 120, m.w.H. in Fn 73. Zu „scoring rules“ siehe etwa NICOLA DIMITRI/GUSTAVO PIGA/GIANCARLO SPAGNOLO, Handbook of Procurement, Cambridge University Press, 2006, 293 ff.

¹⁴⁶ Dieser Begriff aus der Spieltheorie bezeichnet „Spiele“, hier Auktionen, die nach einmaliger Durchführung nicht wiederholt werden (häufig auch als statische Spiele bezeichnet). Vgl. allgemein zur Unterteilung möglicher „Spieltypen“ ROBERT GIBBONS, A Primer in Game Theory 1992, 1 ff.; FUDENBERG/TIROLE (Fn 143), 1ff.

Auftraggeber unbekannt und unbestimmt; bei Einladungsverfahren und freihändigen Vergaben ist der Anbieterkreis für den Auftraggeber bekannt und von ihm vorbestimmt.

81. Vergabeverfahren (von Tunnelreinigungen) finden allerdings wiederholt statt. Nicht nur fragen Vergabestellen meist jährlich wiederholt ihre Tunnelreinigungen in denselben oder sehr ähnlichen Projektkonstellationen und Zeitintervallen nach, auch fragt dieselbe Vergabestelle zum Teil gleichzeitig verschiedene Tunnelreinigungen nach.¹⁴⁷ Auch kann dasselbe Vergabeverfahren wiederholt werden, wenn es zuvor zum Abbruch der Submission kam.¹⁴⁸ Anbieter von Tunnelreinigungen treffen so in der gleichen „Entscheidungssituation“ in verschiedenen Vergaben, welche sequentiell oder parallel stattfinden, aufeinander. Sie stehen somit wiederholt miteinander im Wettbewerb. Eine Anbieterin betrachtet demnach eine einzelne Vergabe von Tunnelreinigungen nicht unabhängig von anderen Vergaben: Sie „bedingt“ ihr Angebot in einer (zukünftigen) Vergabe auf ihr Angebot und die erwarteten Chancen für den Zuschlag in anderen (vergangenen) Vergaben. So ist die Aggressivität mit der ein Anbieter an einer Vergabe teilnimmt und damit sein Angebot abhängig vom Erfolg bzw. Misserfolg in einer anderen Vergabe (Kapazitätsauslastung).¹⁴⁹

82. Das mehrfache und wiederholte Stattfinden von Submissionen kann kollusives Verhalten unter den Anbietenden erleichtern.¹⁵⁰ Durch die wiederholte Interaktion können Anbieter auf vergangenes Verhalten ihrer Mitbewerber reagieren, d.h. es ist überhaupt erst möglich sich in folgenden Vergabeverfahren gegenseitig „zu belohnen“ oder „zu bestrafen“. Da bei einer Submission i.d.R. nur ein Anbieter den Zuschlag erhält, die anderen Submittenten somit leer ausgehen, müssen gewisse Kompensationsmechanismen bestehen, damit ein Anbieter überhaupt ein Interesse daran hat, an einer Abrede teilzunehmen. Dies können im Prinzip direkte Zahlungen sein oder die Aufteilung eines Projekts durch die Weitergabe an Kartellanten, welche dann als Subunternehmer auftreten. Häufig zeigt sich jedoch, dass die Gegenleistung für eine Schutzgewährung oder für den Verzicht einer Offertstellung in der abwechselnden Zu- und Aufteilung von Aufträgen besteht. Es besteht also ein System resp. ein Rotationskartell. So können sich etwa die sich absprechenden Unternehmen für eine Schutzgewährung bei einem Vergabeverfahren durch Stützofferten bei anderen Vergabeverfahren gegenseitig abgelden.¹⁵¹ Ferner ist den Anbietenden bei Zustellung der Offertöffnungsprotokolle durch die Vergabestelle – wie dies zumindest bei den hier betrachteten Submissionen von Tunnelreinigungen erfolgte – jeweils bekannt, wie die übrigen Anbietenden bezüglich eines bestimmten Projekts eingegeben haben. Damit ist eine „Kontrolle“ der Angebote der übrigen Anbietenden immerhin im Nachgang einer bestimmten Vergabe möglich und es kann in folgenden Vergabeverfahren darauf reagiert werden. Beispielsweise kann die Nichteinhaltung der Kartellvereinbarung sanktioniert werden.¹⁵²

¹⁴⁷ Die gleichzeitige Ausschreibung mehrerer Tunnelreinigungen – entweder durch dieselbe oder verschiedene Vergabestellen – impliziert, dass ein Unternehmen gleichzeitig für mehrere Tunnelreinigungen ein Angebot einreichen kann (im Sinne einer sogenannten „multi-unit auction“, siehe VIJAY KRISHNA, *Auction Theory* 2nd ed., Academic Press, 2009, 171 ff.).

¹⁴⁸ Vgl. Art. 29 ÖVB.

¹⁴⁹ Aus spieltheoretischer Sicht stellen solche wiederholten Spiele („repeated games“) einen Spezialfall sogenannter dynamischer Spiele dar. Im Gegensatz zu statischen Spielen, bei denen die Spieler nur einmalig miteinander interagieren („one-shot games“), spielen die Spieler in einem dynamischen Spiel in jeder Runde das gleiche statische Spiel und können so ihr zukünftiges Verhalten auf vergangenes Verhalten bedingen (dynamische Spiele mit stationärer Struktur), siehe etwa GIBBONS (Fn 146), 82 ff.

¹⁵⁰ Siehe etwa R. PRESTON MCAFFEE/JOHN MCMILLAN, *Bidding rings*, *The American Economic Review* 82(3), 1992, 579–599 sowie PAUL KLEMPERER, *What really matters in auction design* 16(1), *Journal of Economic Perspectives*, 2002, 169–189.

¹⁵¹ Siehe hierzu Rz 57. In diesem Sinn ebenfalls AMSTUTZ/KELLER/REINERT (Fn 67), 120.

¹⁵² Durch die Wiederholung der Vergabeverfahren stehen den Abredeteilnehmern mehrere Sanktionsstrategien zur Verfügung und sie können im Laufe der Zeit „lernen“ miteinander zu kooperieren. Siehe KLEMPERER (Fn 150) oder MCAFFEE/MCMILLAN (Fn 150).

83. Grundsätzlich hat jedoch keine der Anbietenden im Rahmen einer first-price sealed-bid auction ein Interesse daran, dass andere Anbietende vor Ablauf der Angebotseingabefrist ihr Angebot, insbesondere dessen Höhe, kennen. Im Gegenteil: In Anbetracht dessen, dass die Vergabe- bzw. Zuschlagskriterien inklusive deren Gewichtung im Voraus im Einzelnen bekannt sind, wäre es einer anderen, dergestalt informierten Anbietenden bei gegebenem Interesse ein Leichtes, ein eigenes Angebot einzureichen, welches gerade ein bisschen besser (d.h. wirtschaftlich günstiger) ist als das ihr bekannte Angebot ihrer Konkurrentin, um so den Zuschlag zu erhalten. Diesem evidenten Risiko steht kein eigener Vorteil (auch kein potentieller) gegenüber, der mit einer solchen Offenlegung verbunden wäre. Daher hat keine der Anbietenden ein Interesse daran, ihr Angebot Konkurrentinnen während laufender Eingabefrist offenzulegen; es sei denn, es liege ein kollusives Verhalten zwischen diesen vor.

84. Weiter hat keine am Zuschlag interessierte Anbietende, der während laufender Eingabefrist die Höhe des Angebots einer anderen Anbietenden bekannt wird, ein Interesse daran, selber ein wirtschaftlich weniger günstiges Angebot als das ihr bekannte Konkurrenzangebot einzureichen; es sei denn, es liege ein kollusives Verhalten zwischen diesen vor. Denn da ihr die Zuschlagskriterien inklusive deren Gewichtung bekannt sind, weiss sie schon im Voraus, dass ein solches Angebot ihrerseits den Zuschlag nicht erhalten wird, was es für sie ökonomisch unsinnig macht, dieses (wie ihr bekannt ist) chancenlose Angebot gleichwohl einzureichen. Bei Interesse am Zuschlag muss sie daher vielmehr ein wirtschaftlich günstigeres Angebot einreichen.¹⁵³ Sollte sie jedoch am Auftragserhalt nicht interessiert sein, bleibt es für sie nach wie vor am wenigsten aufwändig, gar kein eigenes Angebot einzureichen; oder sie wird so oder so ein wirtschaftlich nicht besonders attraktives Angebot einreichen, nur um damit – wie dies insbesondere von den Verfahrensparteien als notwendig erachtet wird – bei der Auftraggeberin im Gespräch zu bleiben (vgl. hierzu auch Rz 142 ff.).

85. Weiterführend lässt sich sogar feststellen, dass eine ökonomisch rational, nicht kollusiv handelnde Unternehmung kein Interesse daran hat, andere Unternehmungen auch nur wissen zu lassen, ob sie bezüglich eines Projekts mit viel oder wenig Interesse am Zuschlag eingibt. Hat sie grosses Interesse am Zuschlag, wird sie „scharf“ rechnen, d.h. ein wirtschaftlich (und vor allem auch preislich) möglichst günstiges Angebot einreichen. Hat sie demgegenüber kaum Interesse am Zuschlag, wird sie einen höheren Preis eingeben. Die Kenntnis darüber, mit welchem Interesse am Zuschlag eine Unternehmung eingibt, führt fast unweigerlich zu einer Verhaltensanpassung der anderen, darüber „informierten“ Unternehmung.¹⁵⁴

B.4 Wettbewerbsrechtlich relevanter Sachverhalt

86. Da den Verfahrensparteien im Zuge der Gespräche zum Abschluss einer EVR (siehe Rz 30 ff.) das vorläufige Beweisergebnis des Sekretariats dargelegt wurde und auf dieser Basis denn auch je eine einvernehmliche Regelung mit den Verfahrensparteien abgeschlossen wurde, werden im Folgenden – und wie auch in der EVR festgehalten – die Ausführungen zum Sachverhalt, wo möglich, kurz gehalten.

¹⁵³ Im Ergebnis ebenso ROBERT C. MARSHALL/MICHAEL J. MEURER, Bidder collusion and antitrust law: Refining the analysis of price fixing to account for the special features of auction markets 72, *Antitrust Law Journal*, 2004, 83–118, 91 f., die (allerdings bezogen auf ein kollusives Verhalten resp. ein Abweichen hiervon) festhalten, dass diese Anbietende einen starken Anreiz habe, ein wirtschaftlich leicht günstigeres Angebot einzureichen.

¹⁵⁴ In dem Sinn auch BENEDICT F. CHRIST, Die Submissionsabrede, Rechtswidrigkeit und Rechtslage, 1999, Rz 346, gemäss welchem bereits die wechselseitige Kenntnisnahme, wer die übrigen Anbietenden sind, zu einer Anpassung des Bietverhaltens führt.

B.4.1 Regelmässiger Informationsaustausch und Koordination

87. Die Sachbeweise belegen, dass zwischen den drei Verfahrensparteien Pfister, besa und ISS seit 2008 ein regelmässiger Informationsaustausch stattgefunden hat, welcher die Koordination von Tunnelreinigungsausschreibungen bezweckte. Dieser Informationsaustausch fand im Rahmen von gemeinsamen Treffen sowie von Telefon- und E-Mail-Kontakten statt.¹⁵⁵ Die frühesten aktenmässig belegten Kontakte dazu datieren vom Januar 2008.¹⁵⁶

88. Die Treffen dienten unterschiedlichen Zwecken: So u.a. dem Besprechen der Arbeitsauslastung, dem optimalen Einsatz der Kapazitäten, der Terminabstimmung, der Bildung von ARGE und der Koordination von allfälligen Subunternehmenschaften bei Tunnelreinigungen.¹⁵⁷

89. Die Sachbeweise belegen jedoch auch, dass *Kalkulationsdaten betreffend diverser Ausschreibungen für Tunnelreinigungen, (Eingabe-)Preise für Submissionen sowie Preislelemente, Informationen zu Marktchancen und -risiken sowie Teilnahmen und Nicht-Teilnahmen an Ausschreibungen* ausgetauscht wurden. Der Austausch von Offerten resp. Eingabepreisen betraf vor allem solche Submissionen für Tunnelreinigungen, welche entweder im Einladungs- oder im offenen Verfahren durchgeführt wurden. Dies waren die Submissionen betreffend die Tunnelreinigungen in „Luzern“, „Nidwalden“, „Obwalden“, „Zürich-Hinwil“ und betreffend den „Grossraums Zürich“.¹⁵⁸ So wurden bezüglich dieser Submissionen *ganze Offerten ausgetauscht und/oder direkt für ein anderes Unternehmen gerechnet und dieser anschliessend zugestellt*. Auch geht aus den beschlagnahmten Dokumenten hervor, dass sich die Verfahrensparteien *hinsichtlich ganzer Gebiete resp. Regionen koordiniert haben, wonach die Tunnelreinigungen in diesen Gebieten resp. Regionen einem Unternehmen vorbehalten bleiben sollten*.¹⁵⁹

90. Exemplarisch seien im Folgenden einzelne, im Rahmen der Hausdurchsuchungen bei den Verfahrensparteien beschlagnahmte Notizen und E-Mails aufgeführt:

91. In einer Telefonnotiz, datiert vom 26. August 2008, hielt Pfister, wie in Abb. 3 dargestellt, zu einem Telefonat mit besa fest:¹⁶⁰

Abb. 3: Telefonnotiz von Pfister vom 26. August 2008

26.8.08 Telefonnotiz: Gespräch bezüglich Zusammentreffen sich kennenzulernen und allfällig gemeinsame Ziele zu besprechen (Preise stützen, gemeinsamer Einkauf, Arbeitsgemeinschaften, etc.)

Mitarbeiter von besa ist gerne gewillt für ein gemeinsames Gespräch. Terminvorschlag von uns an ihn (via Mail) erwünscht.

92. In einer weiteren Notiz, welche bei Pfister sichergestellt wurde und welche auf ein Treffen zwischen ihr und ISS am 30. April 2008 zurück geht, hielt Pfister folgende Stichworte

¹⁵⁵ Act. n° 6.4, act. n° 6.17, act. n° 7.17, act. n° 8.2, act. n° 8.64–8.68, act. n° 20 S.4 ff., act. n° 30 Rz 24 ff. und 40 ff., act. n° 33 Beilage 23, sowie act. n° 52 S.5.

¹⁵⁶ Act. n° 33 Rz 44 f.

¹⁵⁷ Act. n° 20 S.4, act. n° 27 Rz 24 ff., act. n° 30 Rz 28 ff. und 42 ff., act. n° 52 S.2 Rz 6 ff.

¹⁵⁸ Die Tunnelreinigungen werden als Projekte ausgeschrieben. Die Bezeichnungen entsprechen dem Gebiet bzw. dem Kanton, in welchem die Tunnelreinigungen in einer Gebietseinheit ausgeführt werden und wurden zum einen Bezeichnungen in den Offerten, andererseits den Bezeichnungen der Verfahrensparteien entnommen.

¹⁵⁹ Zu alledem insbesondere act. n° 6.1, 6.4, act. n° 7.15–7.16, act. n° 8.16, act. n° 8.30 (darauf in schwarz die Preise für Pfister, in grau diejenigen von besa und in blau solche von ISS), act. n° 8.60, act. n° 8.63, act. n° 8.68, act. n° 9.1, act. n° 9.5, act. n° 19 Rz 21 ff, act. n° 20, act. n° 27 Rz 18 ff. und Beilagen 5–8, 52, 33, 38–39, 84 und 100, act. n° 30 und Beilagen B und C, act. n° 38 Rz 19 ff. und Beilage 57, act. n° 39, act. n° 52 S.2 und Beilage 3, sowie die Ausführungen in Rz 119 ff.

¹⁶⁰ Act. n° 8.64.

fest: „Revier Jakober¹⁶¹“, „Zugeständnissen in der restl. CH/Grundsatzfrage“ und „Preistauer“.¹⁶²

93. In einer internen E-Mail vom November 2012 betreffend die bevorstehende Ausschreibung der Tunnelreinigungen des „Grossraums Zürich“ hielt ISS fest: „Klar, steht nicht der Gewinn *dieser* Ausschreibung unsererseits im Vordergrund; aber wir müssen wissen, was ausgeschrieben ist und ob wir ev. mit Mitbewerber Kontakt aufnehmen sollten.“¹⁶³ Auf dem Ausdruck dieser E-Mail steht dann handschriftlich: „ZH – wer rechnet sonst noch? besa stark“, „Zentralschweizer Ausschreibung folgt“, „heutige Verteilung – Pfister alles!“, „Preisniveau (Zentralschweiz). Darunter steht weiter „hören uns bei Z-CH-Ausschreibung“, sowie „lässt uns im TI sein“.¹⁶⁴ Diese handschriftlichen Notizen gehen auf ein Telefonat vom 6. November 2012 mit Pfister zurück.¹⁶⁵

94. In einer weiteren internen E-Mail von ISS vom Oktober 2012 schrieb ein Mitarbeiter von ISS: „[Mitarbeiter von ISS] sagt, dass es eine Abmachung mit Pfister bezüglich Region Zürich im Bereich Tunnelreinigung gibt. Bevor wir grosse Kalkulationen machen, wollte ich noch fragen, ob es euch bekannt ist, dass es ein gentlemen's agreement mit Pfister gibt“. Als Antwort schrieb der adressierte Mitarbeiter von ISS: „Danke für deinen Hinweis. [Wir] kümmern uns darum. Vorerst rechnen wir nicht. Wir halten euch auf dem Laufenden.“¹⁶⁶

95. Als letztes Beispiel sei ein Notizbucheintrag von Pfister betreffend die Ausschreibung 2012 der Tunnelreinigungen des „Grossraums Zürich“ angegeben.¹⁶⁷ Darauf steht, wie in Abb. 4 ersichtlich, u.a. folgendes: „Kontakt (mit ISS (kein Angebot!) + besa Tel) besa Vorgabe gefaxt“.

Abb. 4: Notizbucheintrag von Pfister

Ausschreibung kl. ZH
Internet - Bau blatt vom 25.10.11
Beratung über simap.ch
Beraten und ausgeführt
Abgegeben am 8.11.11
Kontakt (mit ISS + Besa /) Tel / Besa vorgebe gefaxt!

B.4.2 Zusammenfassende Ausführungen in den Selbstanzeigen

96. Alle drei Verfahrensparteien reichten im Laufe der Untersuchung Selbstanzeigen i.S.v. Art. 49a Abs. 2 KG ein. In den Selbstanzeigen geben denn auch alle Verfahrensparteien an, dass zwischen ihnen eine Koordination hinsichtlich der Submissionen für Tunnelreinigungen

¹⁶¹ Mit „Jakober“ ist die heutige ISS gemeint, vgl. Fn 3.

¹⁶² Act. n° 8.16 sowie act. n° 33 Rz 51 und Beilage 40.

¹⁶³ Act. n° 6.1 sowie act. n° 30 Beilage C.

¹⁶⁴ Act. n° 6.1 sowie act. n° 30 Beilage C.

¹⁶⁵ Act. n° 30 S.10.

¹⁶⁶ Act. n° 30 Beilage B.

¹⁶⁷ Act. n° 8.60.

in der Gebietseinheit X, namentlich hinsichtlich der Tunnelreinigungen „Luzern“, „Nidwalden“ und „Obwalden“ bestanden habe. Für die detaillierten Ausführungen hierzu siehe Rz 131 ff.

a) Pfister

97. Pfister machte zudem ausführliche Erläuterungen zu einer Vielzahl weiterer Tunnelreinigungen, hinsichtlich derer eine Koordination zwischen den Verfahrensparteien bestand.¹⁶⁸ So führte Pfister zusammenfassend aus, dass ein „Einvernehmen“ zwischen ihr, besa und ISS bestanden habe, wonach jedem Unternehmen die Aufträge in ihrer jeweiligen geografischen Region zustehen sollten.¹⁶⁹ Dies betreffe für die Pfister insbesondere den Raum Zürich, währendem für ISS der Raum Tessin und für besa der Raum St. Gallen und Thurgau vorbehalten bleiben sollte. Um diese Koordination zu verwirklichen, hätten die Unternehmen für Aufträge im Lokalbereich eines der anderen Unternehmen höhere Preise offeriert, damit das jeweils lokale Unternehmen den Zuschlag erhalten habe.¹⁷⁰ Konkret seien von dieser Koordination die Tunnelreinigungsaufträge 2008 bis 2013 der „Westumfahrung Zürich“¹⁷¹ betroffen gewesen. Im Rahmen dieser Ausschreibungen hätten ISS und besa auf eine Offertstellung verzichtet bzw. Offerten eingegeben, welche Pfister den Zuschlag zuweisen sollten.¹⁷² Im Gegenzug habe Pfister zum Vorteil von ISS und besa gehandelt und in Bezug auf folgende Projekte Offerten eingegeben bzw. auf eine Offerteingabe verzichtet, welche den Zuschlag diesen Unternehmen zuweisen sollten: Tunnelreinigungen im Kanton Nidwalden (zugunsten ISS), im Kanton Luzern (zugunsten besa), Stadtautobahn St. Gallen (zugunsten besa), Tunnel Schaffhausen (zugunsten besa), sowie Tunnel in der Region Zürich Hinwil (zugunsten besa).¹⁷³ Bezüglich der Tunnelreinigungen in der Region Zürich-Hinwil präzisierte Pfister, dass eine Koordination der Offerten zwischen ihr und besa ab dem Jahr 2009 bestanden habe, nicht jedoch zwischen ihr und ISS.¹⁷⁴

98. Auch führte Pfister in ihrer Selbstanzeige bezüglich der in Rz 92 bereits erwähnten Aktennotiz, welche auf ein Treffen am 30. April 2008 zwischen Vertretern der Pfister und ISS zurückgeht, aus, dass darauf Hinweise auf entsprechende Verhaltensweisen zu Gunsten der anderen Anbieter entnommen werden könnten.¹⁷⁵ In dieser Aktennotiz sei die Rede vom „Revier Jakober“ [womit die heutige ISS gemeint ist, siehe Fn 3] bzw. davon, dass „Zugeständnisse in restl. CH“ gemacht werden sollen oder, dass sich eine „Grundsatzfrage“ über die Art der Zusammenarbeit stelle. Bestandteil dieser Aktennotiz sei in erster Linie die Reinigung des Gotthardtunnels gewesen.¹⁷⁶ Allerdings hätten die anwesenden Personen an diesem Treffen in grundsätzlicher Art darüber gesprochen, dass deren Unternehmen nicht im Gebiet des jeweils anderen Unternehmens Aufträge zu „Preistaucher“-Konditionen ausführen sollen.

99. Im Rahmen einer Parteieinvernahme zur weiteren Abklärung der Koordination zwischen den Verfahrensparteien führte Pfister auf die Frage, ob sie gezielt darauf verzichtet

¹⁶⁸ Act. n° 19, 26, 27, 33, 38, 39, 100 und 145.

¹⁶⁹ Act. n° 19 Rz 32 ff., act. n° 33 Rz 44–51, act. n° 38 Rz 19 ff. und act. n° 100.

¹⁷⁰ Act. n° 19 Rz 33 f.

¹⁷¹ Pfister bezeichnet in ihrer Selbstanzeige die Tunnelreinigungen im offenen Verfahren der Gebietseinheit VII als solche der „Westumfahrung Zürich“. Diese werden nachfolgend auch als Tunnelreinigungen des „Grossraum Zürich“ bezeichnet. Beide Bezeichnungen werden im Rahmen dieser Untersuchung synonym verwendet.

¹⁷² Act. n° 33 Rz 43 ff.

¹⁷³ Act. n° 8.16, 33 Rz 49, 38 Rz 20 ff., 100 Rz 100 ff., 135 ff und 160 ff. sowie die Ausführungen in Rz 132 ff.

¹⁷⁴ Act. n° 38 Rz 27.

¹⁷⁵ Act. n° 33 Rz 51 und Beilage 40–41.

¹⁷⁶ Wie bereits in Rz 65 erläutert, reinigen Pfister und ISS den Gotthard-Tunnel in einem Subunternehmerverhältnis.

habe ihre Dienstleistung in jenen Gebieten anzubieten, welche dem „Einvernehmen“ nach besa oder ISS zugestanden hätten und ob das Tessin dazu gehöre, aus, dass das Tessin zwar nie ausgeschrieben wurde und sie auch vom Kanton Tessin nie eine Anfrage zur Ofertstellung erhalten habe. Wenn es aber zu einer Anfrage resp. Ausschreibung gekommen wäre, sie den Kontakt mit ISS bzw. die ISS denjenigen mit ihnen gesucht hätte. Der Raum Tessin gehöre der ISS. Es sei immer so gewesen. Da es aber nie Ausschreibungen gab, haben sie nie konkret etwas abmachen müssen.¹⁷⁷

100. Auf die Frage, ob zwischen Pfister und besa eine explizite Aufteilung der Tunnelreinigungsarbeiten im Kanton St. Gallen bestehe, antwortete Pfister, dass es sich so eingespielt habe, dies jedoch nicht gross kommuniziert wurde. Es gebe dort verschiedene Projekte. Einen Teil der Projekte führten sie selbst aus. Sie habe teilweise offeriert, wollte die Projekte jedoch gar nicht erhalten, da sie die entsprechenden Kapazitäten nicht hätte. Sie habe aber gewusst, dass besa tiefer offeriere und so die grösseren Projekte erhalten würde.¹⁷⁸

b) ISS

101. Auch ISS machte in ihrer Selbstanzeige Ausführungen zu weiteren Submissionen von Tunnelreinigungen.¹⁷⁹ So führte sie u.a. aus, dass es betreffend der Tunnelreinigungen in der Region Zürich-Hinwil im Vorfeld der Ausschreibung 2011/2012 zu einem Treffen zwischen den Verfahrensparteien gekommen sei, dessen Ziel es aus ihrer Sicht war, herauszufinden, ob bzw. wie sehr besa an diesem Auftrag interessiert sei und ob diese bereits genügend Aufträge habe [Anmerkung: In der vorherigen Ausschreibung im Einladungsverfahren für die Tunnelreinigungen 2009/2010 der Region „Zürich-Hinwil“ hatte ISS den Zuschlag erhalten].¹⁸⁰ ISS habe bei diesem Treffen mitgeteilt, dass sie für diesen Auftrag erneut offerieren werde. besa habe ebenfalls grosses Interesse am Auftrag signalisiert. Es sei nicht über Preise gesprochen worden, jedoch kannten alle die damals aktuellen Preise, da diese auf denen der letzten Ausschreibung beruht hätten [Anmerkung: An dieser Ausschreibung nahmen ebenfalls und ausschliesslich die drei Verfahrensparteien teil]. Es sei ISS klar gewesen, dass sie für Hinwil ein tiefes Angebot machen musste, wenn sie den Auftrag nicht an besa verlieren wollte. Dennoch wollte sie zumindest eine geringfügige Preisanpassung in Höhe von 3 %, um der Teuerung und den Mehrkosten aufgrund der Erfahrungen aus der Vorperiode Rechnung zu tragen. Der Eindruck von ISS bezüglich Pfister sei gewesen, dass diese kein besonderes Interesse an diesem Auftrag habe.¹⁸¹ Später präzisierte ISS, dass die recht hohen Angebote von Pfister rückblickend mit einem fehlenden Interesse von Pfister an den Aufträgen „Zürich-Hinwil“ erklärt werden können, damals habe sie aber weder gewusst noch vermutet, dass Pfister an „Zürich-Hinwil“ nicht interessiert sei.

102. Betreffend der jährlichen Ausschreibungen der Tunnelreinigungen des Grossraums Zürich führt ISS aus, dass sie seit 2008 nicht mehr an diesen Ausschreibungen teilgenommen habe.¹⁸² Für das Jahr 2008 habe sie offeriert, allerdings ging die Offerte zu spät beim Auftraggeber ein und wurde daher nicht berücksichtigt. Bezüglich dieser Offerte habe keinerlei Koordination im Vorfeld bestanden. Im November 2009 haben dann ISS und Pfister im Rahmen eines Treffens bezüglich der Reinigung des Gotthard-Tunnels darüber gesprochen, ob ISS und Pfister für die anstehende Ausschreibung betreffend der Tunnelreinigungen des Grossraums Zürich Offerten einreichen werden. Um den Auftrag ausführen zu können, hätte ISS aufgrund fehlender Reinigungsfahrzeuge auf Kapazitäten von Pfister zurückgreifen müssen. Bezüglich dieser Ausschreibung führte ISS den Erhalt einer komplett ausgefüllten

¹⁷⁷ Act. n° 100 Rz 160 ff.

¹⁷⁸ Act. n° 100 Rz 172 ff.

¹⁷⁹ Act. n° 30 und 52.

¹⁸⁰ Act. n° 30 Rz 24 ff.

¹⁸¹ Act. n° 30 Rz 33.

¹⁸² Act. n° 52 S.2.

Offerte, welche ihr von Pfister einen Tag vor Offerteinreichungsfrist zugesandt wurde, darauf zurück, dass sie daran interessiert gewesen sei, zu erfahren, was sie Pfister für die benötigten Ressourcen hätte zahlen müssen, wenn ISS den Auftrag gewinnen würde. In der Folge habe ISS aber kein Angebot eingereicht, da ihr Anteil [gemäss des Angebots von Pfister] zu klein gewesen wäre.

103. Des Weiteren ging ISS auf die in Rz 93 f. aufgeführten internen E-Mails vom Oktober 2012 und vom November 2011 ein.¹⁸³ Zusammenfassend erklärt ISS, dass es sich bei den E-Mails vom Oktober 2012, worin ein Mitarbeiter nach einem „gentlemen’s agreement“ zwischen ISS und Pfister fragt, um ein Missverständnis handle und es kein solches gegeben habe. So sei sich der betreffende Mitarbeiter zu diesem Zeitpunkt nicht darüber im Klaren gewesen, dass sich die Zusammenarbeit mit Pfister auf den Gotthard-Tunnel beschränke und diese auf den Wunsch des zuständigen Kanton Uri zurückzuführen sei. Auch habe der betreffende Mitarbeiter erklärt, dass er womöglich die Informationen bezüglich der Zusammenarbeit mit Pfister am Gotthard-Tunnel mit der Information bezüglich einer internen Abmachung zwischen der im Tessin ansässigen ISS und jener in der Deutschschweiz vermischt habe. Danach sollten bei Tunnelreinigungen in der Deutschschweiz der Kundenkontakt und die Projektleitung mit der in der Deutschschweiz ansässigen ISS geführt werden, um Verständnisprobleme zwischen den Tessiner Mitarbeitern und den deutschsprachigen Auftraggebern zu vermeiden.

104. Zu den E-Mails vom November 2011 führte ISS aus, dass sie sich ihrer Kapazitätsgrenzen bewusst gewesen sei, aber dennoch daran interessiert war, den Markt zu beobachten und zu sehen, ob andere Marktteilnehmer wie Pfister Bedarf nach punktueller Unterstützung hätten, welche ISS dann eventuell hätte anbieten können. Zu den handschriftlichen Notizen erläuterte ISS, dass sie Pfister [im Rahmen eines Telefonats] gefragt habe, ob sie wisse, wer ausser der Pfister selbst noch für die Ausschreibung Zürich offerieren werde. Die Antwort sei besa gewesen. Auch habe ISS u.a. erfahren, dass besa stark aufgestellt sei und ihre Fahrzeugflotte erweitert habe. ISS sei mit Pfister dann so verblieben, dass ISS Pfister Unterstützung bei allfälligen Kapazitätsengpässen anbieten würde und dass sich beide bei der Ausschreibung der Gebietseinheit X (zentras) wieder hören würden. Zudem habe ISS aus dem Gespräch gefolgert, dass Pfister kein Interesse am Tessiner Tunnelreinigungsmarkt habe.¹⁸⁴

c) besa

105. Einleitend sei festgehalten, dass sich besa nur hinsichtlich weiterer Tunnelreinigungen äusserte, nachdem ihr das Sekretariat im Rahmen von Parteieinvernahmen entsprechende Beweismittel vorhielt resp. ihr Fragen mittels Fragebogen stellte.

106. Hinsichtlich der Tunnelreinigungen des „Grossraums Zürich“ gab besa an, dass sie sich seit jeher dafür interessiert habe, bis heute aber noch nie einen Zuschlag erhalten habe. Da Pfister, welche seit Jahren diese Tunnelreinigungen ausführt, über grosse Erfahrung mit den einzelnen Tunneln im gesamten Gebiet verfüge, sei es für diese möglich die Angebote bis ins Detail geplant einzureichen und dies sodann auch günstiger als es bei der Konkurrenz der Fall sei. Es sei daher nicht anzunehmen, dass zwischen besa und Pfister Wettbewerbsabreden getätigt worden seien, da auch andere Konkurrenten mit den angebotenen Tiefstpreisen nicht mithalten konnten. Immerhin habe besa jedoch im Jahr 2013 als Subunternehmerin von Pfister Aushilfsarbeiten ausführen können.¹⁸⁵

¹⁸³ Zu alledem act. n° 30 Rz 38 ff.

¹⁸⁴ Zu alledem act. n° 30 Rz 39 ff.

¹⁸⁵ Act. n° 102 Rz 2 ff.

107. Weiter nahm besa Stellung zu dem ihr vom Sekretariat vorgehaltenen komplett ausgefüllten Angebot für die Tunnelreinigungen 2012 des „Grossraums Zürich“¹⁸⁶, welches gemäss Offertöffnungsprotokoll dem tatsächlichen Eingabepreis von besa entspricht sowie von Pfister an besa am 3. November per Fax zugestellt wurde [Anmerkung: Die Zustellung erfolgte somit eine Woche vor Offerteingabefrist]. Diese Offerte wurde im Rahmen der Hausdurchsuchung bei besa beschlagnahmt. Besa führte dazu aus, dass ihr nicht bekannt sei, was Pfister mit der Übermittlung dieses Faxschreibens bewirken wollte, darauf reagiert habe sie zumindest nicht.¹⁸⁷

108. Betreffend die Tunnelreinigungen in der Region Zürich-Hinwil gab besa an, dass sie dort in den vergangenen drei Jahren den Zuschlag erhalten habe.¹⁸⁸ Im Jahr 2009 habe ISS den Zuschlag, aufgrund ihres tiefen Preises, erhalten. Da besa den Auftrag nicht noch einmal verlieren wollte, habe sie etwas tiefer als im Vorjahr offeriert und letztlich auch den Zuschlag erhalten. Pfister habe sich nicht gross für den Auftrag interessiert und keine Lust gehabt, sich einem Tiefpreiskampf hinzugeben und habe diesen [Auftrag] aufgrund des zu hohen Preises nie zugeschlagen bekommen.¹⁸⁹

109. Das Sekretariat konfrontierte besa mit einem weiteren Fax, wonach Pfister im Februar 2011 besa ihr Angebot aus dem Jahr 2009 samt Offertöffnungsprotokoll zukommen liess. Besa erklärte, dass ihr nicht klar sei, weshalb Pfister dies gemacht habe; auch hierauf sei von ihr nicht reagiert worden.¹⁹⁰ Es sei davon auszugehen, dass Pfister mit diesem Faxschreiben das eigentliche Desinteresse am Auftrag signalisieren und besa darauf aufmerksam machen wollte, mit dem Preis etwas tiefer zu gehen, um damit ISS auszustechen. Es sei Mitkonkurrenten nicht zu verübeln, wenn Konkurrenten aus fernen Gefilden auf dem einheimischen Markt ungerne gesehen würden. Von allfälligen Preisabreden und Marktaufteilungen könne allerdings nicht die Rede sein, zumal die Angebote von Pfister so oder anders „hors concours“ waren.

110. Zuletzt konfrontierte das Sekretariat mittels Fragebogen besa damit, dass ihr Hinweise bezüglich einer Koordination der Tunnelreinigungen des Kanton Schaffhausen sowie der Kantone St. Gallen und Thurgau vorliegen würden, wonach diese Tunnelreinigungen besa zustehen sollen, und bat um Stellungnahme.¹⁹¹ besa führte diesbezüglich aus, dass keine territorialen Absprachen zwischen ihr und Pfister sowie sonstigen Dritten bestanden haben.¹⁹²

B.4.3 Illustration der Koordination anhand der Tunnelreinigungen in den Kantonen Luzern, Nidwalden und Obwalden

111. Da vorliegend sämtliche Verfahrensparteien eine einvernehmliche Regelung mit dem Sekretariat trafen (siehe Rz 30 ff.) soll zur allgemeinen Illustration das Funktionieren der Koordination zwischen den Verfahrensparteien sowie einzelner Facetten desselben exemplarisch anhand der Submissionen der Tunnelreinigungen der Gebietseinheit X für die Kantone Luzern, Nidwalden und Obwalden dargestellt werden. Diese Vorgehensweise lässt sich im Wesentlichen auf die Koordination von weiteren Ausschreibungen von Tunnelreinigungen übertragen.

¹⁸⁶ Act. n° 9.1.

¹⁸⁷ Act. n° 102 Rz 12 sowie act. n° 119 und act. n° 158 (Antwort auf Frage 1).

¹⁸⁸ Zu alledem act. n° 102 Rz 12 ff.

¹⁸⁹ Act. n° 102 Rz 12 ff.

¹⁹⁰ Act. n° 102 Rz 16 f. sowie act. n° 119 und act. n° 158 (Antwort auf Frage 2).

¹⁹¹ Act. n° 119, Fragen 4 und 5.

¹⁹² Act. n° 158 (Antwort auf Frage 4 und 5).

B.4.3.1 Hintergrundinformation

112. Seit 2008 trägt die Gebietseinheit X, Abteilung zentras, die Verantwortung für die Reinigung der Nationalstrassentunnel in den Kantonen Luzern, Nidwalden, Obwalden und Zug.¹⁹³ Bis und mit 2009 wurden die Tunnelreinigungen mittels freihändiger Vergabe an ein privates Unternehmen vergeben, wobei dies stets besa, Pfister und ein drittes, nicht am Verfahren beteiligtes Unternehmen waren.

113. 2010 führte die zentras erstmals für die Vergabe der Tunnelreinigungsarbeiten, welche in drei Projekte, je eines für den Kanton Luzern, den Kanton Nidwalden und den Kanton Obwalden, aufgeteilt wurden, drei Einladungsverfahren durch. Für jedes zu vergebende Projekt wurden vier Unternehmen zur Offertstellung eingeladen, wobei es sich jeweils um dieselben Unternehmen, nämlich besa, ISS, Pfister und ein viertes, nicht am Verfahren beteiligtes Unternehmen handelte. Nachfolgend sind die Offerteingaben der Unternehmen gemäss den Offertöffnungsprotokollen wiedergegeben:

[Projekt LU] Tunnelreinigung 2010 – Tunnel Eich, Reussport, Sonnenberg, Schlund, Spier

Offerenten	Offertsumme in CHF (inkl. MWST)	Datum Offerteingang	Bemerkungen
besa	[40'000–50'000]	23.09.2009	Zuschlag
Pfister	[40'000–50'000]	24.09.2009	
ISS (Jakober AG)	[50'000–60'000]	24.09.2009	
[Unternehmen, das nicht Partei ist]	kein Angebot		

Offertöffnungsprotokoll, Vergabeverfügung

[Projekt NW] Tunnelreinigung 2010 – Tunnels Lopper, Kirchenwald, Verbindungstunnel Lopper-Kirchenwald

Offerenten	Offertsumme in CHF (inkl. MWST)	Datum Offerteingang	Bemerkungen
ISS (Jakober AG)	[40'000–50'000]	24.09.2009	Zuschlag
Pfister	[50'000–60'000]	24.09.2009	
besa	[50'000–60'000]	23.09.2009	
[Unternehmen, das nicht Partei ist]	kein Angebot		

Offertöffnungsprotokoll, Vergabeverfügung

[Projekt OW] Tunnelreinigung 2010 – Tunnels Sachseln, Giswil

Offerenten	Offertsumme in CHF (inkl. MWST)	Datum Offerteingang	Bemerkungen
Pfister	[30'000–40'000]	24.09.2009	Zuschlag, Angebotsbereinigung auf CHF [30'000–40'000]
besa	[30'000–40'000]	23.09.2009	
ISS (Jakober AG)	kein Angebot		
[Unternehmen, das nicht Partei ist]	kein Angebot		

Offertöffnungsprotokoll, Vergabeverfügung

114. In der Folge erhielt jede der Verfahrensparteien den Zuschlag für jeweils ein Tunnelreinigungsprojekt. Besa erhielt das Projekt Luzern, ISS das Projekt Nidwalden und Pfister das Projekt Obwalden zugeschlagen.

¹⁹³ Für die folgenden Ausführungen siehe die Antworten im Fragebogen der zentras in act. n° 121.

115. In den Jahren 2011 und 2012 wurden die Aufträge gemäss der Auftragszuteilung 2010 und deren Konditionen an das jeweilige Unternehmen freihändig vergeben. Vereinzelt kam es jedoch zu Auftragsanpassungen bzw. -veränderungen, so beispielsweise betreffend das Projekt Luzern, bei welchem es im Jahr 2011 zu einer Mindermenge infolge Baustellen kam, sowie betreffend alle drei Projekte, bei welchen im Jahr 2012 eine Reduktion des Reinigungsintervalls vorgenommen wurde.

116. Ende 2012 führte die zentras erneut für die Vergabe dieser drei Projekte drei separate Einladungsverfahren durch – abweichend zu den Vorjahren allerdings für die Dauer von jeweils drei Jahren. Das heisst, die Tunnelreinigungen sollten für die Jahre 2013 bis 2015 an eines der eingeladenen Unternehmen vergeben werden. Erneut wurden Pfister, besa und ISS für jedes Projekt zur Offertstellung eingeladen und reichten auch für jedes Projekt jeweils eine Offerte ein. Die Offerteingaben sind nachfolgend gemäss den Offertöffnungsprotokollen wiedergegeben:

[Projekt LU] Tunnelreinigung 2013 bis 2015 – Tunnel Eich, Reussport, Sonnenberg, Schlund, Spier, KS-Strassentunnel Spier, Unterführung SBB Ebikon, Buchrain

Offerenten	Offertsomme in CHF (inkl. MWST)	Datum Offerteingang	Bemerkungen
besa	[150'000–160'000]*	10.12.2012	Abbruch *Additionsfehler, bereinigte Offertsomme CHF [140'000–150'000]
Pfister	[160'000–170'000]	10.12.2012	
ISS	[170'000–180'000]	12.12.2012	

Offertöffnungsprotokoll, Verfügung Abbruch des Vergabeverfahrens

[Projekt NW] Tunnelreinigung 2013 bis 2015 – Tunnel Kirchenwald, LSG Standsstad, Lopper, Verbindung A2-A8

Offerenten	Offertsomme in CHF (inkl. MWST)	Datum Offerteingang	Bemerkungen
ISS	[160'000–170'000]	12.12.2012	Abbruch *Rechenfehler, bereinigte Offertsomme CHF [180'000–190'000]
besa	[180'000–190'000]	10.12.2012	
Pfister	[180'000–190'000]*	10.12.2012	

Offertöffnungsprotokoll, Verfügung Abbruch des Vergabeverfahrens

[Projekt OW] Tunnelreinigung 2013 bis 2015 – Tunnel Sachseln, Zollhaus, Giswil

Offerenten	Offertsomme in CHF (inkl. MWST)	Datum Offerteingang	Bemerkungen
Pfister	[100'000–110'000]	10.12.2012	Abbruch
besa	[110'000–120'000]	10.12.2012	
ISS	[120'000–130'000]	12.12.2012	

Offertöffnungsprotokoll, Verfügung Abbruch des Vergabeverfahrens

117. Nach bereits erfolgter Offertöffnung am 17. Dezember 2012¹⁹⁴ kam es jedoch Mitte Februar 2014 zum Abbruch aller drei Einladungsverfahren durch die zentras. Dies, da der Preisrahmen der eingereichten Offerten nicht den Vorstellungen des Auftraggebers entsprach.¹⁹⁵

118. Nach dem Abbruch führte die zentras nicht erneut drei Einladungsverfahren durch, sondern vergab die drei Tunnelreinigungsprojekte im März 2013 nur für eine einmalige Rei-

¹⁹⁴ Act. n° 121.

¹⁹⁵ Act. n° 121.

nigung im Jahr 2013 freihändig, wobei erneut Pfister den Tunnelreinigungsauftrag für Obwalden, ISS jenen für Nidwalden und besa jenen für Luzern erhielten.

B.4.3.2 Sachbeweise in den beschlagnahmten Akten

119. Die Auswertungen der Sachbeweise in den beschlagnahmten Akten zeigen eindrücklich, dass eine genaue Zu- und Aufteilung dieser drei Tunnelreinigungsprojekte unter den Verfahrensparteien bestand. Danach sollte besa das Projekt Luzern zustehen, ISS das Projekt Nidwalden und der Pfister das Projekt Obwalden, was auch – wie in Rz 112 ff. ersichtlich – erfolgreich funktionierte. Die Zu- und Aufteilung der Projekte wurde verwirklicht, indem die Verfahrensparteien vorgängig festlegten, wer welchen Auftrag erhalten sollte und entsprechend, wie nachfolgend aufgezeigt, die zu offerierenden Preise austauschten und gemeinsam festlegten.

120. In einem Aktenordner der Pfister wurden unter dem Ablageregister „B“ mehrere Faxauszüge vom 24. September 2009 von besa an Pfister sichergestellt, welche die Konditionenseiten von besa für die Tunnelreinigungen 2010 in den Kantonen Luzern, Nidwalden und Obwalden enthielten.¹⁹⁶ Auf diesen Konditionenseiten waren handschriftlich insbesondere der Nettoauftragswert inkl. MWST, Rabatte und Skonto eingetragen.

121. Aus den anlässlich der Hausdurchsuchung bei besa beschlagnahmten Dokumenten stammt ein Offertauszug für die Tunnelreinigung 2010 Nidwalden, worauf handschriftlich der von besa eingereichte Offertbetrag inkl. MWST von CHF [50'000–60'000] eingetragen ist. Rechts daneben sind folgende Zahlen handschriftlich aufgeführt: „[40'000–50'000]“ sowie „50'000–60'000]“.¹⁹⁷ Der Betrag „[40'000–50'000]“ entspricht dabei exakt dem Offertbetrag, welchen ISS für das Projekt Nidwalden einzugeben beabsichtigte (vgl. hierzu die Ausführungen in Rz 122 ff.). Diese Zahlen wurden auch auf einem Fax-Sendebericht von besa an Pfister, welcher auf den 24. September 2009 datiert, handschriftlich notiert.¹⁹⁸ Weiter wurde bei besa ein Offertauszug für die Tunnelreinigung 2010 Luzern sichergestellt, worauf handschriftlich der eingereichte Offertbetrag inkl. MWST von besa von CHF [40'000–50'000] eingetragen ist, sowie auch hier rechts daneben die folgende Zahlen notiert wurden: „[40'000–50'000]“ sowie „[50'000–60'000]“. Diese Zahlen entsprechen fast exakt den Eingabesummen von Pfister und ISS (vgl. Rz 113).

122. In demselben Aktenordner wurden bei Pfister unter dem Ablageregister „I“ auch noch die Konditionenseiten der ISS für die Tunnelreinigungen 2010 in den Kantonen Luzern und Nidwalden sichergestellt, welche u.a. für das Projekt Luzern einen Nettoauftragswert inkl. MWST von CHF [50'000–60'000] und für das Projekte Nidwalden von CHF [40'000–50'000] enthalten.¹⁹⁹ Das Konditionenblatt für das Projekt Nidwalden sei nachfolgend verkleinert wiedergegeben:²⁰⁰

¹⁹⁶ Act. n° 8.32 S. 84 ff.

¹⁹⁷ Act. n° 9.2. S.4.

¹⁹⁸ Act. n° 9.2 S.3.

¹⁹⁹ Act. n° 8.32 S.92–94 und S.101–103.

²⁰⁰ Act. n° 8.32 S.94.

Abb. 5: Konditionenblatt aus Offerte Tunnelreinigung 2010 für das Projekt Nidwalden, welche bei Pfister sichergestellt wurde.

Bestimmungen und Angebot Tunnelreinigung zentras 2010

Konditionen

		Angebot Unternehmer		Bereinigtes Angebot
Brutto:		Fr. [redacted]		Fr.
Abzüglich Rabatt	5 %	Fr. [redacted]		Fr.
Zwischentotal 1		Fr. [redacted]		Fr.
Abzüglich Skonto (60 Tg.)	2 %	Fr. [redacted]		Fr.
Zwischentotal 2		Fr. [redacted]		Fr. [redacted]
Zuzüglich MwSt.	7.6 %	Fr. [redacted]		Fr.
Auftragswert netto		Fr. [redacted]		Fr.

123. Auffällig ist hier, dass die Positionen „Skonto 2 %“ sowie „Zwischentotal 2 – bereinigtes Angebot“ in einer anderen Handschrift und damit von einer anderen Person eingetragen wurden; das bereinigte Angebot exkl. MWST lautet CHF [40'000–50'000]. D.h., zuerst hat eine Person das Konditionenblatt bzw. die Spalte „Angebot Unternehmer“ ausgefüllt, woraufhin eine andere Person in der Zeile „Abzüglich Skonto (60 Tg.)“ die Eintragung „2 %“ sowie „Fr. [1'000–2'000]“ und bei „Bereinigtes Angebot“ „Fr. [40'000–50'000]“ vorgenommen hat.

124. Aus den Hausdurchsuchungen bei ISS stammt nun eine E-Mail von ISS an Pfister vom 23. September 2009 betreffend „Tunnel“. Der Anhang zu dieser E-Mail enthält Auszüge der drei Offerten für die Tunnelreinigungen Luzern, Nidwalden und Obwalden, worauf handschriftlich Einzelpreise für verschiedene Tunnel eingetragen sind, jedoch auch die Preise für einzelne Tunnel noch fehlen.²⁰¹ In einer darauffolgenden E-Mail vom 24. September 2009 mit dem Betreff „Offerte Tunnelreinigungen Luzern“ sendete ISS der Pfister nun für die Projekte Luzern und Nidwalden die vollständig ausgefüllte Konditionsseiten der Offerten. Begleitend steht in der E-Mail an Pfister: „Hier die gewünschten Daten“. Die Konditionenseiten entsprechen denjenigen, welche im Zuge der Hausdurchsuchungen bei Pfister sichergestellt wurden, d.h. es handelt sich auch um das in Rz 122 abgebildete Konditionenblatt, worauf allerdings die beiden Positionen „Abzüglich Skonto (60 Tg.)“ sowie „Bereinigtes Angebot“ noch leer sind.²⁰² Die von ISS bei der Vergabestelle am 24. September 2010 letztlich eingereichte Offerte weist jedoch einen Offertbetrag resp. Nettoauftragswert inkl. MWST von CHF [40'000-50'000] aus. Dieser Nettoauftragswert entspricht nun exakt demjenigen, welcher auf dem Konditionenblatt, welches bei Pfister sichergestellt wurde, von einer Person eingetragen wurde. Das Konditionenblatt, welches ISS einreichte, sei nachfolgend wiedergegeben:²⁰³

²⁰¹ Act. n° 7.15 (ISS)

²⁰² Act. n° 7.16 (ISS) und act. n° 8.32 (Pfister).

²⁰³ Act. n° 7.6 S.2.

Abb. 6: Konditionenblatt aus Offerte Tunnelreinigung zentras 2010 für das Projekt Nidwalden, welche bei ISS sichergestellt wurde.

Bestimmungen und Angebot Tunnelreinigung zentras 2010

Konditionen

		Angebot Unternehmer	Bereinigtes Angebot
Brutto:		Fr. [REDACTED]	Fr.
Abzüglich Rabatt	5 %	Fr. [REDACTED]	Fr.
Zwischentotal 1		Fr. [REDACTED]	Fr.
Abzüglich Skonto (60 Tg.)	2 %	Fr. [REDACTED]	Fr.
Zwischentotal 2		Fr. [REDACTED]	Fr.
Zuzüglich MwSt.	7.6 %	Fr. [REDACTED]	Fr.
Auftragswert netto		Fr. [REDACTED]	Fr.

125. Ein weiteres Beweisstück dafür, dass sich die Verfahrensparteien die drei Projekte untereinander aufgeteilt haben und wonach der Pfister das Projekt Obwalden zustehen sollte, stammt aus der Hausdurchsuchung bei ISS. Dort wurde eine „leere“ Offerte der Tunnelreinigungen 2013-2015 in Obwalden sichergestellt, auf welcher handschriftliche die Notiz „→ R. Pfister“ steht.²⁰⁴

126. Es ist damit erstellt, dass sich die Verfahrensparteien bezüglich der Tunnelreinigungen in den Kantonen Luzern, Nidwalden und Obwalden über Preise und Preiskonditionen austauschten, sich diese gegenseitig übermittelten und vereinbarten, welchem Unternehmen welcher Auftrag zustehen sollte.

B.4.3.3 Vergleich der Offerten²⁰⁵

127. Der Vergleich der Offerten der drei Verfahrensparteien für die drei Tunnelreinigungen 2010 sowie 2013-2015 zeigt, dass jedes Unternehmen jeweils bei einem Projekt eine zum Teil deutlich tiefere Offerte einreichte als ihre zwei Mitbewerberinnen (siehe Rz 116). Dahinter lässt sich ein System erkennen: Dieselben Anbieterinnen nehmen (immer wieder) an denselben Ausschreibungen teil und ihre Offerten sind so ausgestaltet, dass jedes Mal eine andere Anbieterin gewinnt.

128. Insbesondere seien im Folgenden die Offerten für die Tunnelreinigungen der Jahre 2013-2015 verglichen. Dies ist in Tab. 3 dargestellt.

²⁰⁴ Act. n° 6.6.

²⁰⁵ Siehe hierzu auch OECD Leitfaden zur Bekämpfung von Angebotsabsprachen im öffentlichen Beschaffungswesen, Kapitel III „Indizien zur Erkennung von Submissionsabreden“, abrufbar unter <<http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/48520533.pdf>> [letzte Kontrolle: 22.2.2015].

Tab. 3: Vergleich der eingereichten Offerten für die Tunnelreinigungen 2013-2015 LU, NW und OW

<i>Projekt</i>	<i>Anbieter</i>	<i>Offertpreis</i>	<i>Differenzen der Offertpreise</i>
LU	Besa	[150–160 T.]	} 13.8 %
	Pfister	[160–170 T.]	
	ISS	[170–180 T.]	} 5.3 %
NW	ISS	[160–170 T.]	} 13.6 %
	besa	[180–190 T.]	
	Pfister	[180–190 T.]	} 0 %
OW	Pfister	[100–110 T.]	} 13.6 %
	besa	[110–120 T.]	
	ISS	[120–130 T.]	} 2.9 %

129. Hier ist besonders auffallend, dass die Differenz zwischen dem günstigsten und zweitgünstigsten Angebot jeweils rund 14 % beträgt. Hingegen ist die Differenz zwischen dem zweit- und drittgünstigsten Angebot deutlich geringer und beträgt nur noch rund 0 % bis 5 %. Weiter sind die beiden Angebote von besa und Pfister für das Projekt Nidwalden in allen Einzelpositionen (Laufmeter- und Installationspreise) absolut identisch.²⁰⁶ Der Endpreis der Offerten unterscheidet sich zwar um CHF –,25, dies ergibt sich jedoch einzig aus Rundungsdifferenzen für Skonto und MWST-Zuschlag.

130. Zudem zeigt die Zusammensetzung der Offertpreise, dass das Bietverhalten jedes Anbieters zwischen den einzelnen Projekten und seinen eigenen Angeboten auffallend stark variiert. Die Einheitspreise je Laufmeter²⁰⁷ für eine bestimmte Tunnelstrecke desselben Anbieters variieren für gleiche Tätigkeiten (wie beispielsweise das Vorsprühen oder Reinigen der Wandfläche) um bis zu CHF –,20 (entspricht einer Erhöhung um ca. 40 %) zwischen den drei Projekten sowie um bis zu CHF –,15 (entspricht einer Erhöhung um ca. 20 %) innerhalb eines Projektes. Weiter zeigt der Vergleich der Offertpreise mit den Angeboten aus dem Jahr 2010, dass die Einheitspreise für dasselbe Projekt um bis zu 55 % und die Fixpreise für Installationen um rund 12 % angestiegen sind (siehe Rz 113 und Rz 116).²⁰⁸

B.4.3.4 Ausführungen in den Selbstanzeigen

131. Alle drei Verfahrensparteien gaben denn auch in ihren Ausführungen in den Selbstanzeigen sowie Parteieinvernahmen an, dass hinsichtlich der Tunnelreinigungen Luzern, Nidwalden und Obwalden eine jahrelange Koordination bestanden habe, und erläuterten diese. Nachfolgend seien die diesbezüglichen Aussagen wiedergegeben.

²⁰⁶ Für die Offerten siehe die Beilagen in act. n° 3, 4, 6.6 und 121.

²⁰⁷ Mit der Einheit „Laufmeter“ wird in der Tunnelreinigung die Länge des zu reinigenden Tunnels angegeben.

²⁰⁸ Es wurden jeweils die offerierten Preise desselben Anbieters für dieselben Tunnel(-abschnitte) miteinander verglichen.

a) Pfister

132. Pfister²⁰⁹ führte betreffend die Tunnelreinigungen 2010 aus, dass die Koordination erfolgt sei, da es insbesondere aus Gründen ungenügender Kapazitäten für sie problematisch gewesen sei, alle Tunnel der drei Projekte zu reinigen, wenn die zentras die Reinigungsdaten im April/Mai ungünstig im Verhältnis zu ihren übrigen vertraglichen Verpflichtungen setzen würde. In der Folge hätten sich Vertreter von Pfister, besa und ISS darüber verständigt, die Kostenfaktoren der Offertpreise so auszugestalten, dass jedes der drei Unternehmen für je ein Projekt den tiefsten Preis offerieren sollte. Dies sollte dazu führen, dass jedes der Unternehmen für ein Projekt den Zuschlag erhalten sollte. Bei einem persönlichen Zusammenreffen im Herbst 2009 hätten die Vertreter der Unternehmen zuerst die Bildung einer ARGE erwogen, jedoch wäre dieser Ansatz verworfen worden, da der damit verbundene Administrativaufwand gescheut worden sei und keine Erfahrung im Zusammenhang mit der Gründung einer ARGE bestanden habe. Die Vertreter der drei Unternehmen hätten sodann beschlossen, dass Pfister das Projekt „Obwalden“, besa das Projekt „Luzern“ und ISS das Projekt „Nidwalden“ zukommen sollte. Sie hätten sich darauf geeinigt, dass jedes Unternehmen einen kostendeckenden Einheitspreis für das zugewiesene Projekt berechnen sollte und die übrigen Unternehmen für das betreffende Projekt jeweils einen höheren Preis eingeben würden. Gleichzeitig hätte der so festgelegte Einheitspreis auch als allfälliger Mietpreis Geltung haben sollen, falls das den Zuschlag erhaltende Unternehmen schliesslich den Auftrag mangels Kapazität nicht hätte ausführen können und die nötigen Kapazitäten bei den anderen Unternehmen hätte beziehen müssen. Zu diesem Zweck haben die Unternehmen im Anschluss an das Zusammentreffen mittels Fax die eigenen Offerten untereinander ausgetauscht. Das zwischen Pfister, besa und ISS vereinbarte Vorgehen habe sodann dazu geführt, dass jedes der drei Unternehmen je das gewünschte Projekt erhielt. Die Abrede sei über einen längeren Zeitraum entstanden und hätte auf mehreren Telefonaten und einem persönlichen Zusammentreffen im Herbst 2009 zwischen den genannten Vertretern der Unternehmen bestanden. Die Koordination sei ausschliesslich erfolgt, um sicherzustellen, dass die nachgefragten Arbeiten tatsächlich termingerecht hätten ausgeführt werden können und nicht an einem Kapazitätsengpass an einsetzbaren Maschinen scheiterte. Eine Offenlegung der knappen Kapazitäten gegenüber der zentras hätte voraussichtlich zu Unsicherheiten geführt, welche die Auftragsvergabe hätte gefährden können. Zudem habe die Ausschreibungsstelle die Vergabekonditionen für die Tunnelreinigungsarbeiten 2010 schon abschliessend in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt, sodass Pfister kaum damit rechnen können, dass sich die Ausschreibungsstelle im Rahmen der Offerteinreichung auf Diskussionen zur Kapazitätskoordinierung über die vorliegenden Tunnelreinigungsarbeiten eingelassen hätte, dies auch, da weder Teilangebote noch Varianten für die Offerteinreichung zugelassen gewesen seien.

133. Betreffend die Tunnelreinigung im Folgejahr 2011 führte Pfister aus, dass die Unternehmen (besa, ISS und Pfister) individuell von zentras angefragt worden seien, die entsprechenden Tunnelreinigungsarbeiten zu denselben Konditionen wie 2010 durchzuführen. In der Folge dieser Anfragen der zentras sei es zu Kontakten zwischen Pfister, besa und ISS gekommen, bei welchen sich die drei Unternehmen gegenseitig im Rahmen von Telefonaten über die jeweiligen Ansichten bezüglich der Anfragen von zentras ausgetauscht hätten. Diese Diskussionen hätten dazu geführt, dass sich die Unternehmen gegenseitig darüber informierten, den Anfragen von zentras entsprechen zu wollen. Es sei in diesem Rahmen jedoch nicht zu Diskussionen über Preise und/oder Bedingungen gekommen.

134. Im November 2011 sei Pfister von zentras telefonisch angefragt worden, auch für das Jahr 2012 die Tunnelreinigungsarbeiten Nidwalden, wiederum zu den Vorjahreskonditionen, auszuführen. Pfister habe dieser Anfrage erneut zugestimmt und die Reinigungsarbeiten

²⁰⁹ Siehe hierzu act. n° 19 Rz 16 ff., act. n° 26 Rz 18 ff. und Beilagen 1–3, 5–14 (genauso act. n° 8.32), act. n° 33 Rz 21 ff. und act. n° 38 Rz 32 ff.

entsprechend durchgeführt. Betreffend die Tunnelreinigungsarbeiten für 2012 sei es zu keinem Kontakt zwischen Pfister, besa und ISS gekommen.

135. Bei der erneuten Ausschreibung der Tunnelreinigungsarbeiten für die Jahre 2013 bis 2015 habe Pfister erneut zum Zeitpunkt der Offertberechnung nicht mit Sicherheit ihre verfügbaren Kapazitäten vorhersehen können. Sie habe davon ausgehen müssen, dass keines der drei Unternehmen den Arbeitsumfang aller drei Projekte allein hätte leisten können, wenn zentras mit anderen Tunnelreinigungsaufträgen kollidierende Daten vorgegeben hätte. Die konkreten Einsatztage seien in der Ausschreibung nicht definiert gewesen. Da die Ausschreibungsbedingungen die Möglichkeit einer ARGE boten, hätten sich Vertreter von Pfister, besa und ISS am 5. Dezember 2012 in [einer Gaststätte] in Zürich-Seebach im Rahmen eines Mittagessens getroffen, um die Bildung einer ARGE zwischen den drei Unternehmen zu diskutieren.²¹⁰ Schliesslich hätten die Unternehmen diese Möglichkeit verworfen, da damit ein zusätzlicher Administrativaufwand verbunden gewesen wäre und die Zeitspanne zwischen Ausschreibung und Offerteinreichung für eine ARGE-Gründung mit zwei bis drei Wochen zu kurz bemessen gewesen wäre, sowie seitens Pfister keine Erfahrungen in Bezug auf die Gründung und Zusammenarbeit im Rahmen einer ARGE bestanden habe. In der Folge hätten Pfister, besa und ISS beschlossen, dass jedes Unternehmen, gemäss den voraussichtlich verfügbaren Kapazitäten, je ein Projekt erhalten sollte. Diesbezüglich habe es nahe gelegen, dass jedes der drei Unternehmen nach Möglichkeit das bisher bearbeitete Projekt zugeschlagen erhalten sollte, da in Bezug auf die Tunnel dieses jeweiligen Projekts bereits einschlägige Erfahrungen über die benötigte Zeit und Personal sowie Kenntnisse über die jeweiligen Spezifikationen der einzelnen Tunnels bestanden hätte. Zu diesem Zweck hätten sie sich dazu entschlossen, die Kostenfaktoren der Offertpreise so auszugestalten, dass jedes der drei Unternehmen für je ein Projekt der Ausschreibung 2013-2015 den tiefsten Preis offerieren sollte und dementsprechend voraussichtlich den Zuschlag für das entsprechende Projekt erhalten sollte. Konkret hätten die Vertreter der drei Unternehmen am Treffen vom 5. Dezember 2013 Folgendes ausgemacht: Jedes Unternehmen berechne und nannte in Bezug auf das schon bisher bearbeitete und auch zukünftig zuzuteilende Projekt einen kostendeckenden Preis aufgrund der Höhe der diesbezüglichen, in die Offerte einzusetzenden Kostenfaktoren. Die Offerten seien insgesamt aufgrund tatsächlich gestiegener Kosten marginal höher ausgefallen als im Vorjahr. Die in die jeweilige für den Zuschlag vorgesehene Offerte eingesetzten (tieferen) Kostenfaktoren hätten auch als Mietpreisansätze für die Vermietung von Tunnelreinigungsfahrzeugen zwischen den drei Unternehmen gelten sollen, falls eines der Unternehmen diese Fahrzeuge mangels eigener Kapazitäten zur Auftragsausführung benötigen würde. Die Unternehmen, welche auf ein jeweiliges Projekt verzichtet hätten, hätten für diese Projekte in ihrer Offerte etwas höhere Kostenfaktoren eingegeben, z.B. um 10 Rappen [pro Laufmeter] erhöht²¹¹, woraus ein höherer Offertpreis resultiert sei.

b) ISS

136. ISS²¹² führte aus, dass es 2008 und 2012 zu einem persönlichen Treffen zwischen [Mitarbeiter von Pfister], [Mitarbeiter von besa] sowie [zwei Mitarbeiter von ISS] gekommen sei. An beiden Treffen sei es darum gegangen, das Vorgehen bezüglich der jeweiligen zentras-Ausschreibungen zu besprechen. So hätten sich die Vertreter der Unternehmen beim Treffen im Herbst 2008 dahingehend abgestimmt, dass jedes Unternehmen versuchen sollte, eines der drei Lose zu gewinnen. ISS sollte auf das Nidwaldner Los zielen, besa auf das Luzerner Los und Pfister auf das Obwaldner Los. ISS wäre aus Kapazitätsgründen nicht in der Lage gewesen, mehrere Lose auszuführen. In preislicher Hinsicht seien die drei Parteien dahingehend übereingekommen, bei der Offertstellung von einem Preisrahmen von

²¹⁰ Siehe hierzu auch den Kalendereintrag von ISS in act. n° 7.17.

²¹¹ Diese Erhöhung bezieht sich auf die jeweiligen Einheitspreise.

²¹² Act. n° 11, act. n° 20 und act. n° 52 S.5.

CHF 0.40 bis CHF 0.50 pro Laufmeter auszugehen, plus weiterer CHF 0.40 bis 0.50 pro Laufmeter für das Reinigungsmittel. Dieser Preisrahmen sei knapp kalkuliert gewesen, da die Parteien davon ausgegangen seien, dass weitere Unternehmen, insbesondere die [Unternehmen, das nicht Partei ist], Offerten eingeben würden. ISS habe dann nur für Nidwalden und Obwalden eingegeben, wobei sie bei Obwalden einen höheren Preis eingegeben habe. Auch die anderen beiden Parteien hätten jeweils für ein Los nicht eingegeben, für ein zweites einen höheren Preis eingegeben und für das dritte Los einen tieferen Preis. Das Treffen habe im selben Restaurant wie auch im Herbst 2012 stattgefunden und sei von [Mitarbeiter von Pfister] organisiert worden, da dieser sowohl Kontakte zu [Mitarbeiter von ISS] als auch [Mitarbeiter von besa] hatte.

137. Im Zeitpunkt der Offertstellung für die Ausschreibung 2013 bis 2015 habe [Mitarbeiter von ISS] mit [Mitarbeiter von Pfister] Kontakt aufgenommen um zu fragen, ob dieser Kapazitäten habe. [Mitarbeiter von Pfister] hätte daraufhin ein Treffen mit ISS, besa und Pfister organisiert, um die Termine abstimmen zu können. Sie hätten sich in der Nähe von Pfister in einem Restaurant in Zürich-Seebach getroffen. Teilgenommen hätten [Mitarbeiter von Pfister], [Mitarbeiter von besa], sowie [zwei Mitarbeiter von ISS]. [Einer der Mitarbeiter von ISS] kenne [Mitarbeiter von besa] seit seiner Kindheit und [den Mitarbeiter von Pfister] seit über 10 Jahren. Zuerst habe sich ISS überlegt, ob sie nur für das Nidwaldner Los, welches sie terminlich und kapazitätsmässig hätte bewältigen können, offerieren sollte. Dies habe sie jedoch zu riskant gefunden, da dies gegen die Ausschreibungsunterlagen verstossen hätte (keine Teilangebote). Bei der gegenseitigen Abstimmung der Termine für die drei Lose hätten die Vertreter der drei Unternehmen festgestellt, dass es keinem Unternehmen möglich gewesen wäre, alle drei Lose alleine zu bewältigen. Die Parteien hätten sich dahingegen abgestimmt, dass jede Partei versuchen sollte, ihr bisheriges Los wieder zu gewinnen und dass die Parteien gemeinsam versuchen sollten, eine ihres Erachtens überfällige Preisanpassung durchzusetzen. Aus Kapazitätsgründen wäre ISS nicht in der Lage gewesen, mehrere Lose auszuführen. In preislicher Hinsicht hätten [beide Mitarbeiter von ISS], aufgrund ihrer eigenen Kalkulation und des für die Reinigung des Gotthard-Tunnels mit den Urner Behörden vereinbarten Preises, die Ansicht vertreten, dass ein fairer Preis nicht wie bis anhin bei CHF 0.45 pro Laufmeter, sondern bei CHF 0.70 bis CHF 0.80 pro Laufmeter, plus weitere CHF 0.70 bis CHF 0.80 für das Reinigungsmittel, liegen sollte, plus die Installation, welche separat verrechnet würde (gleichbleibend bei etwa CHF 800 bis CHF 1'200). Auch wenn anlässlich des Treffens keine verbindliche Vereinbarung getroffen worden sei, seien [beide Mitarbeiter von ISS] davon ausgegangen, dass Pfister und besa sich darauf beschränken würden, ihre bisherigen Lose wieder zu gewinnen und dass sie ihre Preise im besprochenen Rahmen anpassen würden. Bezüglich der Lose Luzern und Obwalden, die ISS aus Kapazitätsgründen alleine nicht hätte bewältigen können, habe ISS beschlossen, um CHF 0.10 bis CHF 0.15 [pro Laufmeter] höhere Preise einzugeben. Die beiden anderen Parteien hätten diesbezüglich und bezüglich des Kostenrahmens gleich vorgehen wollen. Nach diesem Treffen hätten bezüglich dieser Ausschreibung keine weiteren Treffen und auch kein telefonischer Kontakt stattgefunden.

c) besa

138. Besa führte anlässlich des Parteiverhörs auf die Verdachtsschilderung des Sekretariats gegenüber ihr sowie ISS und Pfister aus²¹³, dass sie die Tunnelreinigung in Luzern [zentras] vorher abgemacht hätten. Sie hätten vereinbart, dass jeder wieder die gleichen Lose bekommen sollte wie zuvor, weil der „Tunnelchef“ es so an sie herangetragen habe.²¹⁴ Dieser habe die Koordination angeregt.²¹⁵ Weiter, dass „der Kuchen halt aufgeteilt worden sei“.²¹⁶

²¹³ Act. n° 61 Rz 116 ff.

²¹⁴ Act. n° 61 Rz 121 ff.

²¹⁵ Act. n° 61 Rz 139 ff. Siehe hierzu auch act. n° 88 Rz 17 ff.

²¹⁶ Act. n° 61 Rz 230.

Im Rahmen ihrer Selbstanzeige führte besa dann aus, dass es zwischen ihr, ISS und Pfister im Dezember 2012 zu einem ersten Treffen gekommen sei, um die Projekte [der zentras] zu verteilen.²¹⁷ Sie hätten vereinbart, dass jeder dasjenige Projekt wiederhalten sollte, welches er bereits vorgängig durchgeführt hatte. Die Preise hätten erhöht werden müssen, da die Ausschreibung eine andere gewesen sei [als 2010], mit nur einer einmaligen Reinigung, womit der einzelne Reinigungsgang teurer werden würde. besa habe dann für alle drei Projekte Offerten eingegeben. Diese hätten sie [mit Vertretern der ISS und Pfister] in der [Gaststätte] in Zürich Seebach gerechnet. Sie hätten abgemacht, wer welches Projekt bekommt und wer wie hoch jeweils bei den anderen Projekten eingibt, damit sie das zugeteilte Projekt erhalten würden. Für diejenigen Projekte, welche sie selbst nicht gewollt hätte, hätten sie und auch die anderen höhere Preise eingegeben. Die Preise, welche sie bei dem Treffen besprochen und gerechnet hätten, hätten sie dann im Anschluss zu Hause eingefüllt und die Offerten eingereicht.

B.4.3.5 Beweiswürdigung

139. Es ist damit in beweismässiger Hinsicht erstellt, dass es zwischen den drei Verfahrensparteien seit mindestens 2009 zu einer Zu- und Aufteilung der Tunnelreinigungsprojekte Luzern, Nidwalden und Obwalden kam. Danach sollte besa die Tunnelreinigung Luzern, ISS jene in Nidwalden und Pfister jene in Obwalden zustehen.

140. Um dies zu verwirklichen, koordinierten sich die Verfahrensparteien bezüglich der Submissionen im Jahr 2010 und 2013-2015 dahingehend, wer am preislich günstigsten offerieren und wer entsprechend höhere Preise einreichen sollte. Somit waren nicht nur die Preise jedes Unternehmens jeweils den anderen bekannt, sondern auch, wer welches Projekt zu welchem Preis erhalten sollte. In den Jahren 2011 und 2012 wurden die Projekte nicht erneut im Einladungsverfahren erteilt, sondern freihändig wieder an dieselben Unternehmen zu denselben Konditionen vergeben. Es fand somit eine Art „Auftragsverlängerung“ statt, die keine explizite Koordination zwischen den drei Verfahrensparteien erforderte. Als 2013 die drei Projekte erneut mittels eines Einladungsverfahrens ausgeschrieben wurden, koordinierten sich die drei Verfahrensparteien erneut, wobei die Verteilung der Projekte beibehalten wurde. Entsprechend wurden die jeweiligen Offertpreise sowie Stützofferten untereinander ausgetauscht und vereinbart.

141. Angemerkt sei auch, dass das Sekretariat dem Hinweis von besa nachging, wonach die Verfahrensparteien vereinbart hätten, dass jedes Unternehmen wieder die gleichen Lose (bzw. das gleiche Tunnelreinigungsprojekt) bekommen sollte wie zuvor, da der „Tunnelchef“ es so an sie herangetragen habe (vgl. Rz 138). Es ergaben sich jedoch keine dementsprechenden Anhaltspunkte.²¹⁸

B.4.4 Zusammenfassende Beweiswürdigung und Beweisergebnis

142. In den Abschnitten B.4.1–B.4.3 wurden die Beweismittel aufgeführt sowie wurde exemplarisch aufgezeigt, wie die Koordination zwischen den Verfahrensparteien funktionierte. Durch diverse Sachbeweise erstellt und von keiner Verfahrenspartei bestritten ist, dass sich die Verfahrensparteien hinsichtlich der Tunnelreinigungen in den Kantonen Luzern, Nidwalden und Obwalden koordiniert haben. In beweismässiger Hinsicht zeigen die Sachbeweise aber auch, dass eine weiterführende Koordination zwischen den Verfahrensparteien bestand, welche die Zu- und Aufteilung weiterer Tunnelreinigungen in verschiedenen Gebieten betraf.

²¹⁷ Act. n° 79 Rz 18 ff.

²¹⁸ Act. n° 198.

143. Wie in Rz 97 ff. dargelegt, gesteht Pfister eine weitere Koordination hinsichtlich die Tunnelreinigungen des „Grossraums Zürich“, der Region „Zürich-Hinwil“, der Tunnelreinigungen in Schaffhausen, im Raum St. Gallen und im Tessin vollumfänglich ein. Sie machte zu den vorgelegten Beweismitteln ausführliche und widerspruchsfreie Angaben, wobei sie sich u.a. selbst schwer belastete. Ihre Ausführungen fügen sich zudem nahtlos in die bestehenden Beweise ein. Die Ausführungen von Pfister werden daher als besonders glaubhaft qualifiziert.

144. ISS äusserte sich zwar nicht explizit zu einer Gebietszu- und aufteilung zwischen den Verfahrensparteien (vgl. Rz 101). Zusammenfassend legte sie jedoch hinsichtlich weiterer Ausschreibungen, insbesondere denjenigen des „Grossraums Zürich“, der „Region Zürich-Hinwil“ sowie den Tunnelreinigungen im Tessin dar, dass Treffen zwischen den Verfahrensparteien stattgefunden hätten, in welchem Rahmen über das jeweilige Interesse oder Desinteresse an Aufträgen gesprochen worden sei, dass eine gewisse Preistransparenz zwischen den Unternehmen geherrscht habe und auch, dass die Teilnahme oder Nicht-Teilnahme an Submissionen kommuniziert worden sei. Auch sprechen die aufgezeigten internen E-Mails zwischen Mitarbeitern von ISS (Rz 93 f.) sowie die Zustellung ganzer Offerten mit Einzelpreispositionen für sich und können nicht mit Missverständnissen von Mitarbeitern oder Kapazitätsengpässen glaubhaft begründet werden. Vielmehr belegen diese eindeutig einen weitreichenden Informationsaustausch sowie eine Koordination hinsichtlich dieser Tunnelreinigungen.

145. Besa hingegen machte einerseits ausführliche Angaben hinsichtlich der Koordination der Tunnelreinigungen in den Kantonen Luzern, Nidwalden und Obwalden (siehe Rz 138), bestreitet aber, auch auf Vorhalt von Beweisstücken, eine weitere Koordination hinsichtlich anderer Ausschreibungen von Tunnelreinigungen (vgl. Rz 106 ff.).²¹⁹ Ihre Darstellungen sind jedoch in sich nicht schlüssig und stellenweise unglaubhaft. Zu nennen wäre beispielsweise, dass besa bezüglich der Zustellung der komplett ausgefüllten Offerte von Pfister an sie eine Woche vor Offerteingabefrist angibt (siehe Rz 107), dass sie darauf nicht reagiert habe. Aus dem entsprechenden Offertöffnungsprotokoll geht jedoch hervor, dass besa eine Offerte mit exakt dem ihr von Pfister vorgerechneten und zugestellten Offertpreis einreichte.²²⁰ Auch nahm besa jährlich neben Pfister an den Submissionen des „Grossraums Zürich“ teil und reichte immer eine um mindestens 10 % höhere Offerte ein als Pfister.²²¹ Auch dies stützt die Darstellung von Pfister, wonach Pfister der Auftrag des „Grossraums Zürich“ zustehen sollte und besa entsprechende Stützofferten einreichte. Bezüglich der Tunnelreinigungen „Zürich-Hinwil“ wusste besa um das Desinteresse von Pfister an diesem Auftrag. Auch ist es nicht anders zu erklären, dass Pfister der besa ihre Offerten für diese Aufträge zustellte, als nicht eine Koordination hinsichtlich dieser Tunnelreinigungen bestand. Wie Pfister glaubhaft angibt, sollte dieser Auftrag der besa zustehen. Pfister reichte entsprechende Stützofferten ein.

146. Bezüglich der Tunnelreinigungen in den Kantonen Tessin, St. Gallen und Schaffhausen sei festgehalten, dass es sich jeweils um freihändige Auftragsvergaben handelt, bei welchen zum Teil nur eine oder zwei Verfahrensparteien überhaupt zur Offertstellung angefragt wurden.²²² Die Verteilung der Tunnelreinigungen wurde dahingehend in gewisser Weise auch durch das Verhalten der Beschaffungsstellen und eine historische Entwicklung beeinflusst. Allerdings geht auch aus den Akten hervor, dass – wenn ein weiteres Unternehmen zur Offertstellung angefragt wurde, wobei es sich um eine der Verfahrensparteien handelte – diese eine preislich höhere Offerte einreichte, so dass der Auftrag wieder dem „ausgewählten“ Unternehmen zugeschlagen wurde.²²³ Auch spricht nichts dagegen, dass sich die Ver-

²¹⁹ Act. n° 61, 78, 79, 88, 119 und 158.

²²⁰ Act. n° 123 (Antwort auf Frage 4 und 5 für das Offertöffnungsprotokoll), act. 9.1 (Fax).

²²¹ Act. n° 123, Antworten auf Frage 4 und 5.

²²² Vgl. die Ausführungen in Rz 61 f., sowie act. n° 54a, 108, 125 und 129.

²²³ Siehe bspw. act. 129.

fahrensparteien die Gebiete einvernehmlich zugeteilt haben, selbst wenn in manchen Fällen keine aktive Absprache erfolgte. Es ist vielmehr anzunehmen, dass die Verfahrensparteien diesen Umstand schlichtweg – wenn auch passiv – ausgenutzt haben. Denn im freien Wettbewerb wäre von Unternehmen in einer vergleichbaren Konstellation zu erwarten gewesen, das bestehende Verhaltensmuster resp. die Aufteilung zu durchbrechen. Es liegen jedoch keine Anhaltspunkte vor, wonach sich die Verfahrensparteien überhaupt um Tunnelreinigungsaufträge im jeweiligen Gebiet des anderen bemüht hätten. Vielmehr wurde jahrelang die bestehende Verteilung der Tunnelreinigungen als gegeben hingenommen und darauf verzichtet, sich das jeweilige Gebiet gegenseitig streitig zu machen. An Stelle des Wettbewerbs ist so die Koordination getreten.

147. An dieser Stelle sei auch nochmals vermerkt, dass die Ausführungen der Verfahrensparteien und insbesondere solche von besa vor den Gesprächen zum Abschluss der einvernehmlichen Regelung erfolgten. Im Zuge dieser Gespräche wurde den Verfahrensparteien das Beweisergebnis dargelegt. Die Verfahrensparteien unterzeichneten demnach im Wissen um diese Beweiswürdigung die einvernehmlichen Regelungen.

148. In Würdigung der vorliegenden Beweismittel und insbesondere gestützt auf die Sachbeweise ist daher in beweiswürdiger Hinsicht folgender kartellrechtsrelevanter Sachverhalt hinsichtlich eines Informationsaustausch sowie einer Koordination von Aufträgen für Tunnelreinigungen durch die Verfahrensparteien erstellt: Die Verfahrensparteien haben sich seit Januar 2008 über die Submissionen für Tunnelreinigungen in den Gebietseinheiten IV (Kanton Tessin), VI (Kantone St. Gallen, Thurgau, Glarus), VII (Kantone Zürich, Schaffhausen) und X (Kantone Luzern, Nidwalden, Obwalden) koordiniert.²²⁴

149. Die Verwirklichung der Koordination beinhaltete, dass die drei Verfahrensparteien bei Ausschreibungen für Tunnelreinigungen gegenseitig ihre Preise austauschten, um sich bei den Ausschreibungen zu unterstützen. Dies einerseits, indem sie zugunsten des für den Auftragserhalt vorgesehenen Unternehmens Stützofferten einreichten. Andererseits, indem bewusst, zugunsten des jeweils zu schützenden Unternehmens, auf die Eingabe von Offerten verzichtet wurde. So sollten auch ganze Gebiete für Tunnelreinigungen einer jeden Partei vorbehalten bleiben.

150. Hinweise auf eigentliche direkte Gegenleistungen für Stützofferten im Sinne von Ausgleichszahlungen oder Kartelldividenden sind keine ersichtlich. Die Verfahrensparteien gingen jedoch davon aus, dass sie bei ihrerseitigem Interesse an Aufträgen ebenfalls unterstützt werden würden. Auch konnten Scheinofferten im Interesse der stützenden Verfahrenspartei liegen und dieser folgende Vorteile bringen: Sie mussten bei fehlendem Interesse, fehlenden Kapazitäten etc. weder selbst zeit- und kostenintensiv kalkulieren, noch die Offertanfragen leer zurückschicken. Sie blieben damit beim Auftraggeber präsent und für allfällige weitere Auftragsvergaben im Rennen.

151. Abschliessend fasst Tab. 4 diejenigen Tunnelreinigungen resp. -projekte zusammen, welche der Koordination nach einem der Unternehmen zustehen sollten. Diese wurden mit den Auftragsvergabebestätigungen und Offertöffnungsprotokollen der Vergabestellen abgeglichen, welche bestätigen, dass die Koordination denn auch tatsächlich funktionierte.²²⁵

²²⁴ Act. n° 6.1–6.13, 7.1–7.17, 8.1–8.68, 9.1–9.12, 11, 19–20, 26–27, 30, 33, 38–39, 52, 53a, 54a, 58a, 61, 62a, 78–79, 84, 88, 99, 100, 104, 108, 110, 115, 118, 119, 121, 123, 125, 127, 129, 131, 133, 138, 141, 145, 158.

²²⁵ Act. n° 54a, 108, 121, 123, 125 und 129.

Tab. 4: Von der Koordination betroffene Tunnelreinigungen

GE	Tunnelreinigungen resp. -projekte	Zuteilung an
X	Tunnelreinigung „Luzern“	besa
	Tunnelreinigung „Nidwalden“	ISS
	Tunnelreinigung „Obwalden“	Pfister
VII	Tunnelreinigung „Grossraum Zürich“	Pfister
	Tunnelreinigung „Zürich-Hinwil“	besa
	Tunnelreinigung „Schaffhausen“	besa
VI	Tunnelreinigung „St. Gallen“ ²²⁶ (Tunnel Äeuli, Flooz, Hof/Fratten, Kerenzerberg, Murgwald, Quarten, Raischibe, Rotwald, Walensee, Wihalden, Wattwil)	Pfister
	Tunnelreinigung „St. Gallen“ ²²⁷ (Tunnel Asp Holz, Buchberg, Fuchswies, Girsberg, Montlingen, Rinderweid, Rosenberg, Schoren, Stephanshorn)	besa
IV	Tunnelreinigung Tessin („Sopraceneri“ und „Sottoceneri“)	ISS

C Erwägungen

C.1 Geltungsbereich

152. Der Geltungsbereich des Kartellgesetzes ist in Art. 2 KG festgelegt und umfasst drei Aspekte: Erstens gibt die Norm an, auf wen das Gesetz Anwendung findet (persönlicher Geltungsbereich), zweitens welche Sachverhalte unter das Gesetz fallen (sachlicher Geltungsbereich) und drittens wo das Kartellgesetz gilt (örtlicher Geltungsbereich). Diese drei Aspekte sind in der Folge der Reihe nach zu prüfen.

C.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

153. Das Kartellgesetz (KG)²²⁸ gilt in persönlicher Hinsicht sowohl für Unternehmen des privaten wie auch für solche des öffentlichen Rechts (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG).

154. Sämtliche Verfahrensparteien erfüllen unbestritten die oben genannten Merkmale privatrechtlicher Unternehmen, womit vorliegend das KG in persönlicher Hinsicht anwendbar ist.

C.1.2 Sachlicher Geltungsbereich

155. Der sachliche Anwendungsbereich des Kartellgesetzes erstreckt sich u.a. auf Kartell- und Wettbewerbsabreden (Art. 2 Abs. 1 KG). Von dieser Umschreibung werden sämtliche Formen privat veranlasster Wettbewerbsbeschränkungen erfasst. Nicht von Belang ist, ob eine horizontale oder vertikale, verbindliche oder unverbindliche Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise von Unternehmen vorliegt. Entscheidend ist hingegen, dass

²²⁶ In dieser Aufzählung wurden sämtliche Tunnel genannt, welche die Gebietseinheit VI in den Jahren 2010 bis 2012 zur Tunnelreinigung vergeben hat. Es handelt sich dabei nicht unbedingt jedes Jahr um die gleiche Gesamtzahl an Tunneln.

²²⁷ Siehe hierzu analog Fn 226.

²²⁸ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

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 Wortlaut des Gesetzes genügt bereits das Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung, um vom Anwendungsbereich der Norm erfasst zu werden. Die Abrede muss noch keine Wirkung gezeitigt haben. Die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich; eine Abrede muss nach Art. 4 Abs. 1 KG objektiv geeignet sein, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen.²²⁹

157. Ob die Parteien solche Abreden getroffen haben und ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG vorliegt, wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung erörtert. 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 verzichtet werden. Die Voraussetzungen zur Anwendung des KG in örtlicher und zeitlicher Hinsicht 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. 1^{bis} 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 Verwaltungsverfahrensgesetz, 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 Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht.

161. Voraussetzungen der Parteistellung sind zunächst die Partei- und die Prozessfähigkeit.²³⁰ Das Verwaltungsverfahrensgesetz regelt die Partei- und Prozessfähigkeit nicht. Diese richten sich vielmehr nach dem Zivilrecht. Die Parteifähigkeit stellt die Fähigkeit dar, im Verfahren unter eigenem Namen als Partei aufzutreten; parteifähig ist, wer rechtsfähig ist. Rechtsfähig sind die natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts. Die Prozessfähigkeit ist die rechtliche Befugnis, in eigenem Namen oder als Vertreter im Verfahren rechtswirksam zu handeln. Sie ist dann gegeben, wenn die parteifähige Person auch handlungsfähig ist.²³¹ Die Handlungsfähigkeit beurteilt sich nach Art. 17 f. ZGB²³².

²²⁹ 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*.

²³⁰ Vgl. Urteil des BVGer E-7337/2006 vom 11.2.2008, E. 3.2.

²³¹ Vgl. Urteil des BGer 2C_303/2010 vom 24.10.2011, E. 2.3.

²³² Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Zivilgesetzbuch, ZGB; SR 210).

162. Parteistellung kommt in erster Linie derjenigen Person zu, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung regeln soll. Diese wird auch als materielle Verfügungsadressatin bezeichnet.²³³

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.²³⁴

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.²³⁵ 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.²³⁶ Die Praxis der WEKO behandelt dabei die Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin und die Tochtergesellschaft als formelle Verfügungsadressatin.²³⁷ 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.²³⁸ Be-

²³³ Vgl. Urteil des BGer 9C_918/2009 vom 24.12.2009, E. 4.3.1; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, 1983, 148.

²³⁴ Vgl. JENS LEHNE, BSK KG, Art. 2 KG N 21.

²³⁵ 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.

²³⁶ Vgl. RPW 2004/2, 421 Rz 67, *Swisscom ADSL*.

²³⁷ 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*.

²³⁸ 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-

anstandet oder gar von Amtes wegen korrigiert wurde dieses Vorgehen von den Rechtsmittelinstanzen in diesen Fällen nicht, vielmehr stimmten sie ihm, zumindest implizit, zu.²³⁹ Daneben kam es auch vor, dass einzig die Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin behandelt wurde. Daneben wurde, insbesondere in den jüngsten Fällen, von der WEKO sowohl die Mutter- als auch die Tochtergesellschaft als materielle Verfügungsadressatinnen betrachtet und unter solidarischer Haftbarkeit sanktioniert.²⁴⁰ Diese Vorgehensweise ist auch in der Rechtsprechung der Europäischen Union zu beobachten.²⁴¹

C.2.4 Konzerntochtergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen

167. Im vorliegenden Fall ist es gerechtfertigt, jedenfalls auch die jeweils konkret handelnde Konzerntochtergesellschaft zu erfassen.²⁴² Für diese Vorgehensweise spricht unter anderem, dass diese Untersuchung im Einklang mit der bisherigen Praxis im Bereich der Submissionsabreden gegen die Konzerntochtergesellschaften eröffnet wurde.²⁴³ Dafür spricht ferner, 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 Muttergesellschaften 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., *Strassenbeläge Tessin*: In dieser Verfügung wird die Batigroup (Ticino) SA, später Implenla (Ticino) SA, durch das Dispositiv verpflichtet, obwohl es sich bei dieser – wie etwa die Firma und der Firmenwechsel 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 Verfügungsadressatin erachtet.

²³⁹ 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 Implenla (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.

²⁴⁰ RPW 2010/1, 120 Rz 27, *Preispolitik Swisscom ADSL*; wohl bereits in diesem Sinn RPW 2004/2, 421 Rz 66 f., *Swisscom ADSL*.

²⁴¹ 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.

C.2.5 Konzernmuttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen

168. Das BVGer hat in einem jüngeren kartellrechtlichen Urteil²⁴⁴ 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)²⁴⁵ 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.²⁴⁶

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 seinem Entscheid „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 Vorgegangenen, insbesondere dem jüngeren bundesverwaltungsgerichtlichen, vom BGer nicht beanstandeten Entscheid, kann also die Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin betrachtet und sanktioniert werden, sobald von einem Konzernverhältnis im Sinne des Leitungsprinzips auszugehen ist.²⁴⁷

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.²⁴⁸

172. Die unter den oben stehenden Gesichtspunkten angezeigte Untersuchungsausdehnung auf die vorgenannten Konzernmuttergesellschaften erfolgte am 15. April 2014.²⁴⁹

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

²⁴⁴ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 E. 4 ff., *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

²⁴⁵ 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.

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.

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 Abredepartnerinnen, 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.²⁵⁴ Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis) beziehen.²⁵⁵

184. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext zeigt – alternativ voraus, nicht kumulativ.²⁵⁶ 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.²⁵⁷ 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“.²⁵⁸ Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist,

²⁵⁴ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 250), Art. 4 Abs. 1 KG N 42 und 51.

²⁵⁵ 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*.

²⁵⁶ Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, *BMW*.

²⁵⁷ 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*.

²⁵⁸ BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 250), Art. 4 Abs. 1 KG N 69.

eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.²⁵⁹

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 ausgedescribten Tunnelreinigungsprojekte einander gegenseitig zuzuordnen. Es ist unstrcitig, dass der bei Submissionsabsprachen typische Absprachegegenstand Preis einen wesentlichen 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 einzuschränken.

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 ausgedescribten 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 bewusst 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 Preiselementen und -komponenten und erfasst ferner direkte ebenso wie indirekte Preisfixierungen. Auf welche Weise die Preisfestsetzung erfolgt, ist somit für die Unterstellung unter den Vermutungstatbestand nicht entscheidend.²⁶⁰

²⁵⁹ 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*.

²⁶⁰ Vgl. RPW 2004/3, S. 740, *Markt für Schlachtschweine – Teil B*.

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.²⁶¹ Solche Submissionsabreden sind gemäss Rechtsprechung²⁶² und Lehre²⁶³ 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 Tunnelreinigungen 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.²⁶⁴

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.²⁶⁵ 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 (Prolypropylen-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) Rrefrigeration 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> [letzte Kontrolle: 22.2.2015], welcher auch auf das dem SCCI zu Grunde liegende amerikanische Konzept der „conspiracy“ eingeht.

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.²⁶⁷ Diese Vorgehensweise wurde durch das Bundesverwaltungsgericht gutgeheissen, welches festhielt, es sei von einem „Dauer-Submissionskartell“ auszugehen.²⁶⁸ 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“.²⁶⁹

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 Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestand.

198. Die Beweisführungslast dafür liegt grundsätzlich bei der WEKO, da im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren der Untersuchungsgrundsatz gilt. Die WEKO hat den massgeblichen 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*.

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.²⁷⁰ Wird nicht nachgewiesen, dass trotz der Abrede wirksamer Wettbewerb besteht, bleibt es dabei, dass die gesetzliche Vermutung greift und gestützt 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.²⁷¹

199. Im Folgenden gilt es zu prüfen, ob die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung im vorliegenden Fall widerlegt werden kann. Um dies beurteilen zu können, sind zunächst die sachlich und räumlich, womöglich auch die zeitlich, relevanten Märkte für bestimmte 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 Aussensowie 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 austauschbar sind.²⁷² Die allgemeinen Merkmale sowie das Verhalten der Anbieter und Nachfrager 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 substituierbar 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 Marktgegenseite: Massgebend ist, ob aus deren Optik Waren oder Dienstleistungen miteinander im Wettbewerb stehen.²⁷³ Dies hängt davon ab, ob sie vom Nachfrager hinsichtlich ihrer Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar erachtet werden, also in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.²⁷⁴ 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.²⁷⁵ Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.²⁷⁶

²⁷⁰ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 381 f. E. 9, *Implenia (Ticino) SA/WEKO*.

²⁷¹ Siehe in diesem Sinne auch das Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 381 f. E. 9, *Implenia (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*.

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 Gebietseinheiten 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,²⁷⁷ 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.²⁷⁸ Aufgrund der relativ standardisierten Dienstleistung können die Anbieter auch einfach und schnell zwischen verschiedenen Submissionen „wechseln“. Entsprechend kann nicht jede einzelne Submission

²⁷⁷ Vgl. die Ausführungen unter Rz 60 f.

²⁷⁸ 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.

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).²⁷⁹

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.²⁸⁰ 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.²⁸¹ 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.

213. 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.²⁸² 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*.

²⁸⁰ Antworten auf Frage 4 und 5 in act. n° 53a, 54a, 108, 115, 118, 121, 123, 125, 127, 129 und 131.

²⁸¹ Siehe act. n° 118.

²⁸² 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

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.²⁸³ 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.²⁸⁴ Etwas anders verhält es sich in der Westschweiz.²⁸⁵ 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.

214. 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).

215. 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

216. 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.

217. 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.

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 Äuli, Floop, 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.

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 Amtsstellen 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.

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 abredegemäss 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.²⁹¹ 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.²⁹²

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*.

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.²⁹³ Sodann führt die Offenlegung der Zuschlagskriterien inklusive deren Gewichtung oder Rangfolge gegenüber den Anbietenden dazu, dass es den Abrededpartnern aufgrund dieses Wissens sowie der Abschätzbarkeit der Bewertung allfälliger übriger Zuschlagskriterien bezüglich der einzelnen Abrededpartner 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 abrededgemäss 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).

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.“²⁹⁴

„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.

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.²⁹⁵

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.²⁹⁶ 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 praxismässig sowohl qualitative wie auch quantitative Aspekte berücksichtigt wurden.²⁹⁷ Bezüglich des qualitativen Elements gilt es gemäss dieser bisherigen Praxis die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters – und zwar im konkret betroffenen Markt²⁹⁸ – sowie das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter²⁹⁹ 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.

ten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt haben (Anzahl, Marktanteile, Umsätze etc.).³⁰⁰

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.³⁰¹

245. Dass insbesondere horizontale Preisabsprachen negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, ist in der Lehre und Rechtsprechung unbestritten.³⁰² 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.³⁰³ Schliesslich kann auf die vorangehenden Ausführungen zur Bedeutung des Wettbewerbsparameters 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.³⁰⁴

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.

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 Kartellaussenseiter massgebend. Um auf diese Weise die Intensität des Wettbewerbs durch Kartellaussenseiter 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.³⁰⁵

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 Abrededpartner 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 friburgeoise des écoles de circulation [AFEC]*.

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 Vorgehenden 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.³⁰⁶ 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 begrenzt³⁰⁷ oder wie im vorliegenden Verfahren³⁰⁸ 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*.

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.³⁰⁹ Zur Rechtfertigung genügt es, dass einer von ihnen gegeben ist.³¹⁰ 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.³¹¹

259. Erstens ist somit zu prüfen, ob für die vorliegenden Abreden einer der oben genannten gesetzlichen Effizienzgründe vorliegt.³¹² 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. Anzufügen 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.³¹³

261. Von den Parteien wurde verschiedentlich vorgetragen, dass die Koordinierungen der Tunnelreinigungsprojekte aufgrund von Kapazitätsüberlegungen gerechtfertigt sein könnten.³¹⁴ So sei die Koordination zwischen den Parteien über Gebiete und Preise aus dem Grunde erfolgt, da es den Parteien unter Berücksichtigung den 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 Projektterminierung 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.

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 bestimmen 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.³¹⁶

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 BVer, RPW 2010/2, 329 E. 7.4.2 und E. 7.4.5.3 *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*, Urteil des BVer

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.*

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 Tunnelreinigungsarbeiten 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 Zusammenhang mit der Bildung oder Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (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 Offerteingabe die Namen der Firmen, welche an der geplanten Arbeitsgemeinschaft (ARGE) mitwirken, anzugeben. Diese Offenlegungspflicht gilt auch bei einer geplanten Arbeitsgemeinschaft (ARGE), bei der einem einzelnen Unternehmen die Führungsrolle zukommt und das als Ansprechpartnerin 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 einvernehmliche 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 – Sanktionsdrohung 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 einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Art. 9 Abs. 3 KG ist sinngemäss anwendbar. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

C.5.2.1 Allgemeines

274. Aufgrund ihrer ratio legis sollen die in Art. 49a ff. KG vorgesehenen Verwaltungssanktionen – und dabei insbesondere die mit der Revision 2003 eingeführten direkten Sanktionen bei den besonders schädlichen kartellrechtlichen Verstössen – die wirksame Durchsetzung

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*.

der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstöße verhindern.³¹⁸ Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.³¹⁹

275. Aufgrund der Sanktionierbarkeit handelt es sich beim Kartellverfahren um ein Administrativverfahren mit strafrechtsähnlichem Charakter, nicht jedoch um reines Strafrecht. Die entsprechenden Garantien von Art. 6 und 7 EMRK und Art. 30 bzw. 32 BV sind demnach grundsätzlich im gesamten Verfahren anwendbar; über deren Tragweite ist jeweils bei der Prüfung der einzelnen Garantien zu befinden.³²⁰

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 1^{bis} KG abgestellt.³²¹ Zur Qualifizierung der Parteien als Unternehmen 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 Abrede 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.³²²

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 Wettbewerb 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, BBI 2002 2022, insb. 2023, 2033 ff. und 2041; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 92.

³¹⁹ BBI 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: Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2004, 34.

entspricht.³²³ Die bisherige Praxis der WEKO sowie die Rechtsprechung des BVGer gehen denn auch von einer Sanktionierbarkeit solcher Abreden aus.³²⁴

280. Bezüglich dieser zwei Voraussetzungen sei im Einzelnen zur Vermeidung von Redundanzen auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen. Zusammenfassend sei hier festgehalten, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind.

C.5.2.3 Vorwerfbarkeit

281. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung³²⁵, welcher das BVGer gefolgt ist³²⁶, 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 Vorwerfbarkeit 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.³²⁷ 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.³²⁸

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 BBI 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*.

sentlich 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, angehörten. 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.³²⁹ 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 Verhältnismässigkeit³³⁰ und der Gleichbehandlung begrenzt wird.³³¹ 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.³³²

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,³³³ sind dabei die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre massgeblich.³³⁴ 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. BBI 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].

sammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU³³⁵ 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 vorliegenden 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 besa³³⁶ beläuft sich der prozentuale Anteil des Bereichs Tunnelreinigungen am Gesamtumsatz nach eigenen Angaben auf maximal [...] %; bei Pfister³³⁷ 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.³³⁸ 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.³³⁹ 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> unter Aktuell > letzte Entscheide > Altimum Décision [letzte Kontrolle: 22.2.2015].

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 objektive³⁴¹ 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.

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.³⁴²

296. Aufgrund der besonderen Schwere von Wettbewerbsverstössen bei öffentlichen Ausschreibungen³⁴³ 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 angedauert, 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.

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.³⁴⁴

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 Stellen) 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.

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*.

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		[...]	[...]	[...]

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,³⁴⁷ [...].

323. Im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Antrag an die WEKO³⁴⁸ 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 WEKO³⁴⁹, 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.³⁵⁰ 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).

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.³⁵¹

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 schlugen 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/Beschlagnahme 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. Papiausdrucken 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 gleichem 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).

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.³⁵³ 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 1^{bis} 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 Haftbarkeit 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).

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.).

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 Reinigungs AG, ISS Schweiz AG, ISS Kanal Services AG, ISS Bernasconi SA] verpflichtet sich im Rahmen von Ausschreibungen im Zusammenhang mit Tunnelreinigungsarbeiten 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 Reinigungs AG, ISS Schweiz AG, ISS Kanal Services AG, ISS Bernasconi SA] verpflichtet 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 Aufteilung 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 Subunternehmerverhältnissen unabdingbar sind.
 - 1.4 [besa strassenunterhalt AG, MRR Holding AG, Franz Pfister Maschinelle Reinigungs AG, ISS Schweiz AG, ISS Kanal Services AG, ISS Bernasconi SA] verpflichtet sich, geplante Arbeitsgemeinschaften (ARGE) in Zusammenhang mit Tunnelreinigungsarbeiten gegenüber dem Auftraggeber offenzulegen. Hierzu sind spätestens im Zeitpunkt der Offerteingabe die Namen der Firmen, welche an der geplanten Arbeitsgemeinschaft (ARGE) mitwirken, anzugeben. Diese Offenlegungspflicht gilt auch bei einer geplanten Arbeitsgemeinschaft (ARGE), bei der einem einzelnen Unternehmen die Führungsrolle zukommt und das als Ansprechpartnerin 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 Beträgen 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 genannten Unternehmen zu gleichen Teilen, d.h. zu je CHF 99'475.30, und unter solidarischer Haftung auferlegt.
4. Nach Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung gegenüber allen Untersuchungsadressatinnen werden die beim Sekretariat vorhandenen, kopierten resp. gespiegelten elektronischen Daten gelöscht.

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]