



<b>Recht und Politik des Wettbewerbs</b>	<b>RPW</b>
<b>Droit et politique de la concurrence</b>	<b>DPC</b>
<b>Diritto e politica della concorrenza</b>	<b>DPC</b>

**2015/2**

---

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern  
(Herausgeber)

Vertrieb:

BBL

Vertrieb Bundespublikationen  
CH-3003 Bern

[www.bundespublikationen.admin.ch](http://www.bundespublikationen.admin.ch)

Preis Einzelnummer:

CHF 30.-

Preis Jahresabonnement:

CHF 120.- Schweiz

CHF 120.- Ausland (portofrei)

(Form: 727.000.15/2)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la

concurrence

CH-3003 Berne

(Editeur)

Diffusion:

OFCL

Diffusion publications  
CH-3003 Berne

[www.publicationsfederales.admin.ch](http://www.publicationsfederales.admin.ch)

Prix au numéro:

CHF 30.-

Prix de l'abonnement annuel:

CHF 120.- Suisse

CHF 120.- étranger (franco de port)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della

concorrenza

CH-3003 Berna

(Editore)

Distribuzione:

UFCL

Distribuzione pubblicazioni  
CH-3003 Berna

[www.pubblicazionifederali.admin.ch](http://www.pubblicazionifederali.admin.ch)

Prezzo per esemplare:

CHF 30.-

Prezzo dell'abbonamento:

CHF 120.- Svizzera

CHF 120.- estero (porto franco)

<b>Recht und Politik des Wettbewerbs</b>	<b>RPW</b>
<b>Droit et politique de la concurrence</b>	<b>DPC</b>
<b>Diritto e politica della concorrenza</b>	<b>DPC</b>

2015/2

**Publikationsorgan der schweizerischen Wettbewerbsbehörden.** Sammlung von Entscheidungen und Verlautbarungen zur Praxis des Wettbewerbsrechts und zur Wettbewerbspolitik.

**Organe de publication des autorités suisses de concurrence.** Recueil des décisions et communications sur le droit et la politique de la concurrence.

**Organo di pubblicazione delle autorità svizzere in materia di concorrenza.** Raccolta di decisioni e comunicazioni relative al diritto e alla politica della concorrenza.

Juli/juillet/luglio 2015

---

<b>Systematik</b>	<b>A</b>	<b>Tätigkeitsberichte</b>
	A 1	Wettbewerbskommission
	A 2	Preisüberwacher
	<b>B</b>	<b>Verwaltungsrechtliche Praxis</b>
	B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission
	1	Vorabklärungen
	2	Empfehlungen
	3	Stellungnahmen
	4	Beratungen
	5	BGBM
	B 2	Wettbewerbskommission
	1	Vorsorgliche Massnahmen
	2	Untersuchungen
	3	Unternehmenszusammenschlüsse
	4	Sanktionen gemäss Artikel 50 ff. KG
	5	Andere Entscheide
	6	Empfehlungen
	7	Stellungnahmen
	8	BGBM
	9	Diverses
	B 3	Bundesverwaltungsgericht
	B 4	Bundesgericht
	B 5	Bundesrat
B 6	Preisüberwacher	
B 7	Kantonale Gerichte	
B 8	Bundesstrafgericht	
<b>C</b>	<b>Zivilrechtliche Praxis</b>	
C 1	Kantonale Gerichte	
C 2	Bundesgericht	
<b>D</b>	<b>Entwicklungen</b>	
D 1	Erlasse, Bekanntmachungen	
D 2	Bibliografie	
<b>E</b>	<b>Diverses</b>	

<b>Systematique</b>	<b>A</b>	<b>Rapports d'activité</b>
	A 1	Commission de la concurrence
	A 2	Surveillance des prix
	<b>B</b>	<b>Pratique administrative</b>
	B 1	Secrétariat de la Commission de la concurrence
	1	Enquêtes préalables
	2	Recommandations
	3	Préavis
	4	Conseils
	5	LMI
	B 2	Commission de la concurrence
	1	Mesures provisionnelles
	2	Enquêtes
	3	Concentrations d'entreprises
	4	Sanctions selon l'article 50 ss LCart
	5	Autres décisions
	6	Recommandations
	7	Préavis
	8	LMI
	9	Divers
	B 3	Tribunal administratif fédéral
	B 4	Tribunal fédéral
	B 5	Conseil fédéral
B 6	Surveillant des prix	
B 7	Tribunaux cantonaux	
B 8	Tribunal pénal fédéral	
<b>C</b>	<b>Pratique des tribunaux civils</b>	
C 1	Tribunaux cantonaux	
C 2	Tribunal fédéral	
<b>D</b>	<b>Développements</b>	
D 1	Actes législatifs, communications	
D 2	Bibliographie	
<b>E</b>	<b>Divers</b>	

<b>Sistematica</b>	<b>A</b>	<b>Rapporti d'attività</b>
	A 1	Commissione della concorrenza
	A 2	Sorveglianza dei prezzi
	<b>B</b>	<b>Prassi amministrativa</b>
	B 1	Segreteria della Commissione della concorrenza
	1	Inchieste preliminari
	2	Raccomandazioni
	3	Preavvisi
	4	Consulenze
	5	LMI
	B 2	Commissione della concorrenza
	1	Misure cautelari
	2	Inchieste
	3	Concentrazioni di imprese
	4	Sanzioni giusta l'articolo 50 segg. LCart
	5	Altre decisioni
	6	Raccomandazioni
	7	Preavvisi
	8	LMI
	9	Diversi
	B 3	Tribunale amministrativo federale
B 4	Tribunale federale	
B 5	Consiglio federale	
B 6	Sorvegliante dei prezzi	
B 7	Tribunali cantonali	
B 8	Tribunale penale federale	
<b>C</b>	<b>Prassi dei tribunali civili</b>	
C 1	Tribunali cantonali	
C 2	Tribunale federale	
<b>D</b>	<b>Sviluppi</b>	
D 1	Atti legislativi, comunicazioni	
D 2	Bibliografia	
<b>E</b>	<b>Diversi</b>	

<b>B</b>	<b>Verwaltungsrechtliche Praxis</b> <b>Pratique administrative</b> <b>Prassi amministrativa</b>	
<b>B 1</b>	<b>Sekretariat der Wettbewerbskommission</b> Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
<b>1.</b>	<b>Vorabklärungen</b> <b>Enquêtes préalables</b> <b>Inchieste preliminari</b>	
	1. Kostenverfügung: Meldesystem Baumeisterverbände	143
	2. Décision d'émolument: Système de notification des fédérations cantonales d'entrepreneurs	150
<b>4.</b>	<b>Beratungen</b> <b>Recommandations</b> <b>Consulenze</b>	
	1. Beratung betreffend Einkaufsgemeinschaften zur Beschaffung von ATM-Geräten, ATM-Unterhaltsarbeiten und einem ATM-Monitoring-System	156
<b>5.</b>	<b>BGBM</b> <b>LMI</b> <b>LMI</b>	
	1. Entscheid vom 24. März 2015 des Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Luzern betr. Wirtschaftsbewilligung	160
<b>B 2</b>	<b>Wettbewerbskommission</b> Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
<b>2.</b>	<b>Untersuchungen</b> <b>Enquêtes</b> <b>Inchieste</b>	
	1. Kreditkarten Domestic Interchange Fees II (KKDMIF II)	165
	2. Tunnelreinigung	193
	3. Türprodukte	246
<b>3.</b>	<b>Unternehmenszusammenschlüsse</b> <b>Concentrations d'entreprises</b> <b>Concentrazioni di imprese</b>	
	1. Varo Energy Germany GmbH/GEKOL Mineralölhandel GmbH & Co. KG	325
	2. UBP/partie de l'entreprise Coutts	328
<b>7.</b>	<b>Stellungnahmen</b> <b>Préavis</b> <b>Preavvisi</b>	
	1. Vernehmlassung der WEKO zum Vorentwurf für eine Änderung des kantonalen Gesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte und des kantonalen Gesetzes über die Walliser Elektrizitätsgesellschaft	330
	2. Prise de position de la COMCO concernant l'avant-projet de modification de la Loi sur l'utilisation des forces hydrauliques et de la Loi sur les Forces motrices valaisannes	335
<b>8.</b>	<b>BGBM</b> <b>LMI</b> <b>LMI</b>	
	1. Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 15. Juni 2015 zur Vernehmlassung über die Revision des Bundesgesetzes und der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB/VöB) sowie der Verordnung über die Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen (SWV)	340
<b>B 4</b>	<b>Bundesgericht</b> Tribunal fédéral Tribunale federale	
	1. Urteil vom 11. Mai 2015 des Bundesgerichts betreffend Wohnsitzpflicht für Notare	347
<b>B 7</b>	<b>Kantonale Gerichte</b> Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali	
	1. Urteil vom 11. Juni 2015 des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau betreffend Submission	351

---

<b>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</b>	359
<b>Index (deutsch, français e italiano)</b>	361

---



## B Verwaltungsverfahrenliche Praxis

### Pratique administrative

### Prassi amministrativa

#### B 1 Sekretariat der Wettbewerbskommission

#### Secrétariat de la Commission de la concurrence

#### Segretaria della Commissione della concorrenza

B 1	<b>1. Vorabklärungen</b> Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	<b>1. Kostenverfügung: Meldesystem Baumeisterverbände</b>

*Verfügung vom 28. Oktober 2014 in Sachen Vorabklärung Meldesystem Baumeisterverbände gemäss Art. 26 KG betreffend Kosten des abgeschlossenen Vorabklärungsverfahrens gegen [...]*

#### A Sachverhalt

1. Seit mindestens dem Jahr 1996 betrieben der Baumeisterverband [...] und weitere kantonale Baumeisterverbände (nachfolgend: KBV) ein Meldesystem betreffend Bauausschreibungen im jeweiligen Kanton.<sup>1</sup> Dieses Meldesystem basierte bis im Jahr 2011 auf dem Reglement des Schweizerischen Baumeisterverbandes (nachfolgend: SBV) über das Angebotswesen (Wettbewerbsreglement). Im Rahmen dieses Systems hatten die Mitgliedsunternehmen des jeweiligen KBV beim KBV anzumelden, an welchen konkreten Submissionen sie interessiert waren. Der jeweilige KBV hatte die Pflicht, jedem angemeldeten Bewerber alle anderen interessierten Unternehmen zu melden. Es war damit den Mitgliedsunternehmen möglich, vor Einreichung einer Offerte zu erfahren, wer bei Einladungsverfahren ebenfalls eingeladen ist und welche Unternehmen bei einer Submission zu offerieren beabsichtigen.

2. Im Rahmen eines Anfang der 2000er-Jahre durchgeführten Vorabklärungsverfahrens<sup>2</sup> regte das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) verschiedene Änderungen des oben beschriebenen Wettbewerbsreglements an. Angeregt wurde insbesondere, dass die Pflicht der KBV zur Weitergabe der gesammelten Daten an andere Interessenten aus dem Reglement gestrichen wird. Zur Begründung führte das Sekretariat aus, es sei nicht von der Hand zu weisen, dass durch die geschaffenen Möglichkeiten zum Informationsaustausch Anreize für das Eingehen von Abreden (Submissionkartellen) im Sinne von Art. 5 KG<sup>3</sup> gesetzt würden. Nachdem der SBV den Anregungen des Sekretariats im Jahr 2002 nachgekommen war, sah das Sekretariat das Risiko von KG-Verstössen erheblich reduziert und in einem sinnvollen Verhältnis zum Nutzen des Wettbewerbsreglements (Unterstützung der Bauun-

ternehmen bei komplizierten Ausschreibungen).<sup>4</sup> Das Sekretariat stellte deshalb am 15. September 2003 die Vorabklärung ohne Auferlegung von Kosten ein.

3. Wie das Sekretariat im Rahmen anderer Untersuchungen<sup>5</sup> erfuhr, wurde das Meldesystem in den folgenden Jahren von verschiedenen KBV gleichwohl weiterhin betrieben.<sup>6</sup> Im Rahmen dieser Meldesysteme wurden allen an einer bestimmten Submission interessierten Unternehmen – vor Eingabe einer eigenen Offerte – die Kontaktdaten der jeweils anderen Interessenten mitgeteilt.<sup>7</sup> Dieses Verhalten setzten verschiedene KBV selbst dann noch fort, nachdem der SBV die KBV an der Delegiertenversammlung am 9. November 2011 über die kartellrechtlichen Bedenken bezüglich derartiger Meldungen informiert hatte und sein Wettbewerbsreglement abschaffte. Die Fortsetzung erfolgte teilweise sogar unter Einführung eigener entsprechender Reglemente. Der [...] bestätigte gegenüber dem Sekretariat auch den Betrieb eines solchen Meldesystems.

4. Am 17. Januar 2013 eröffnete das Sekretariat deshalb die Vorabklärung „22-0435 Meldesystem Baumeisterverbände“. Im Rahmen dieses Vorabklärungsverfahrens untersuchte das Sekretariat, ob Anhaltspunkte dafür

<sup>1</sup> Vgl. hierzu und zum Folgenden den Schlussbericht des Sekretariats vom 12.6.2014 (RPW 2014/2, 373 ff.).

<sup>2</sup> Vgl. hierzu und zum Folgenden den Schlussbericht des Sekretariats vom 15.9.2003; RPW 2003/4, 726 ff., *Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbands*.

<sup>3</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>4</sup> Vgl. RPW 2003/4, 731 Rz 10, *Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbands*.

<sup>5</sup> RPW 2012/2, 270, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* (nachfolgend: Verfügung Aargau) und RPW 2013/4, 524, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* (nachfolgend: Verfügung Zürich).

<sup>6</sup> Bei Eröffnung der Vorabklärung betrieben die KBV von Aargau, Graubünden, Neuchâtel, Solothurn, St. Gallen, Wallis und die Zentralschweizerischen Baumeisterverbände jeweils ein Meldesystem.

bestehen, dass die von den verschiedenen KBV betriebenen Meldesysteme gegen Art. 5 KG verstossen und deshalb eine Untersuchung zu eröffnen ist. Das Sekretariat gelangte im Laufe der Vorabklärung zur Überzeugung, dass Anhaltspunkte für eine nach Art. 5 Abs. 1 KG unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorlagen. Das Sekretariat legte seine kartellrechtlichen Bedenken mit Schreiben vom 9. August 2013 den sieben KBV (u.a. dem [...]), welche das Meldesystem noch betrieben, dar. Das Sekretariat regte mit Datum vom 9. August 2013 an, dass die Meldesysteme folgendermassen angepasst werden sollten:

- a. *Vor der Eingabe einer Offerte darf keine Übersicht über die Konkurrenzsituation gewonnen werden, weder für den Verband, noch für die Unternehmen.*
- b. *Vor der Eingabefrist einer Ausschreibung darf keine Möglichkeit bestehen, dass die Teilnehmer einer Ausschreibung, ein Baumeisterverband/sektion oder dessen Geschäftsstelle die Anzahl oder Identität der weiteren Teilnehmer erfahren können.*
- c. *Durch geeignete technische Massnahmen soll sichergestellt werden, dass die durch das Meldesystem gesammelten Informationen weder direkt noch auf indirektem Wege vor Eingabefrist an ein Unternehmen gelangen können.*

5. Sechs KBV, darunter der [...], kamen dieser Anregung nach, indem sie das Meldesystem abschafften. Ein KBV änderte das Meldesystem entsprechend den Anregungen des Sekretariats ab. Da die Anregungen des Sekretariats umgesetzt wurden, stellte das Sekretariat mit Schlussbericht vom 12. Juni 2014 die vorgenannte Vorabklärung ein. Im Schlussbericht wurde denjenigen sieben KBV, welche bis zur Erfüllung der Anregung des Sekretariats die oben beschriebenen Meldesysteme betrieben hatten, ein Teil der entstandenen Verfahrenskosten unter solidarischer Haftung auferlegt. Der Schlussbericht wurde den betroffenen KBV noch im Juni 2014 bekannt gegeben.

6. Der [...] weigerte sich mit Schreiben vom 17. Juli 2014, die Verfahrenskosten zu begleichen. Zur Begründung führt er aus, dass die Kostenauflegung nicht mit dem verfassungsmässigen Vertrauensgrundsatz zu vereinbaren sei. Auch sei die solidarische Haftung für die Verfahrenskosten nicht nachvollziehbar, da die kantonalen Baumeisterverbände unabhängige und eigenständig geführte Vereine seien. Er beantragt, von der Auferlegung der Verfahrenskosten unter solidarischer Haftung abzusehen. Für den Fall, dass an der Auferlegung festgehalten wird, beantragt er eine anfechtbare Verfügung.

7. Auf den weiteren Sachverhalt wird soweit nötig in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## B Erwägungen

### B.1 Zuständigkeit

8. Der vorliegende Kostenentscheid ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren.<sup>8</sup> Für Verfügungen ist gemäss Art. 18 Abs. 3 KG grundsätzlich die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO), d.h. das Ple-

num zuständig. Das Sekretariat und/oder einzelne Präsidiumsmitglieder sind für den Erlass einer Verfügung zuständig, wenn das KG eine solche Zuständigkeit erwähnt.<sup>9</sup>

9. Das Sekretariat führt das Vorabklärungsverfahren gemäss Art. 26 KG als „Herr der Vorabklärung“ weitgehend unabhängig von der Wettbewerbskommission durch.<sup>10</sup> Nur wenn es in diesem informellen Verfahren Verfügungen erlässt oder es eine Untersuchung eröffnen möchte, bedarf es der Mitwirkung eines Präsidiumsmitglieds (vgl. Art. 23 Abs. 1 KG und Art. 27 Abs. 1 KG). Zwar folgt aus Art. 23 Abs. 1 KG nur eine Zuständigkeit für den Erlass von Zwischenverfügungen. Wenn aber schon die Mitwirkung eines Präsidiumsmitglieds bei Zwischenverfügungen erforderlich ist, dann muss dies erst recht für kostenbezogene Endverfügungen nach Abschluss der Vorabklärung gelten. Vorliegend ist daher das Sekretariat zusammen mit einem Präsidiumsmitglied zuständig.

### B.2 Voraussetzungen für den Erlass einer Kostenverfügung

10. Rechtsgrundlage für den Erlass der Kostenverfügung ist Art. 53a Abs. 1 KG i.V.m. den Vorschriften der GebV-KG.<sup>11</sup> Zu prüfen ist, ob in casu die Voraussetzungen für eine Kostenfestlegung nach Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG i.V.m. den Vorschriften der GebV-KG vorliegen. Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG bestimmt, dass die Wettbewerbsbehörden für Verfügungen über die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen nach den Artikeln 26–31 KG Gebühren zu erheben haben.

#### B.2.1 Abschluss des Vorabklärungsverfahrens als „Verfügung“ i.S.v. Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG

11. Nach dem Wortlaut von Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG und Art. 1 Abs. 1 Bst. a GebV-KG sind Kosten nur für „Verfügungen über die Untersuchung einer Wettbewerbsbeschränkung“ zu erheben. Vorliegend hat das Sekretariat die Vorabklärung durch Schlussbericht nach Anregung von Verhaltensanpassungen eingestellt. Da jedoch weder die Anregung einer Verhaltensanpassung gemäss Art. 26 Abs. 2 KG noch die Einstellung der Vorabklärung mittels Schlussbericht als Verfügung<sup>12</sup> im Sinne von Art. 5 VwVG qualifiziert werden können, muss geprüft werden, ob die Gebührevorschriften auch gelten, wenn eine formlose verfahrensabschliessende Entscheidung im Rahmen der Art. 26–31 KG ergeht.

<sup>7</sup> Vgl. RPW 2012/2, 274 Rz 13, *Verfügung Aargau* und RPW 2013/4, 564 Rz 198, *Verfügung Zürich*.

<sup>8</sup> Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

<sup>9</sup> Vgl. dazu VINCENT MARTENET, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (ed.), 2e édition, 2013, Art. 18 LCart N 36; SIMON BANGERTER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 18 KG N 37 f.

<sup>10</sup> S. dazu etwa BSK-BANGERTER (Fn 9) Art. 26 KG N 14 ff.; BORER, Schweizerisches Kartellgesetz (KG), 3. Aufl. 2011, Art. 26 KG N 7; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 144 ff.

<sup>11</sup> Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz vom 25. Februar 1998 (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR: 251.2).

<sup>12</sup> In Bezug auf den Verfahrensabschluss mittels Schlussbericht: BGE 135 II 60, 67 f., E. 3.1.2 (= RPW 2009/1, 112), *Maestro Interchange Fee*; REKO/WEF RPW 2004/2, 635 f., E.1.2.3, *Cornèr Banca SA/Telekurs Multiplay AG/WEKO*; BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 26 KG N 11.

12. Hierfür spricht schon, dass im „Nichtverfügungsverfahren“<sup>13</sup> des Art. 26 KG regelmässig keine Verfügungen erlassen werden dürfen, die Kostenregelungen jedoch auf das Verfahren nach Art. 26 KG verweisen („Art. 26–31 KG“). Würde man nun aber den Begriff der Verfügung in Art. 53a KG und Art. 1 GebV-KG gleichsetzen mit dem Begriff der Verfügung in Art. 5 VwVG, so bliebe der Verweis in Art. 53a KG und Art. 1 GebV-KG weitgehend ohne Funktion.

13. Zudem zeigt die pauschale Verweisung von Art. 53a KG auf die Art. 26–31 KG deutlich, dass im Vorverfahren Kosten auferlegt werden dürfen. Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass ausschliesslich im Rahmen der „Untersuchung“ nach Art. 27 Abs. 1 KG Kosten auferlegt werden dürfen, so hätte er nicht auch auf Art. 26 KG verwiesen.

14. Auch der Ordnungsgeber geht davon aus, dass für ein Vorabklärungsverfahren Kosten auferlegt werden dürfen. Dies ergibt sich aus einem Umkehrschluss aus Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG, wonach dem Verursacher einer Vorabklärung nur dann keine Gebühren aufzuerlegen sind, wenn die Vorabklärung *keine* Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt. Ergeben sich dagegen – wie hier (s.u. Rz 27 ff.) – Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsbeschränkung, so sind nach dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 2 Bst. b GebV-KG Gebühren aufzuerlegen. Hätte der Ordnungsgeber ausdrücken wollen, dass ausschliesslich im Falle der Eröffnung einer Untersuchung nach Abschluss einer Vorabklärung – und nicht auch im Fall des Eingehens auf Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG und der anschliessenden Einstellung der Vorabklärung – Gebühren auferlegt werden dürfen, dann hätte er dies auch so deutlich formulieren müssen.

15. Darüber hinaus ist Sinn und Zweck von Art. 53a KG und der GebV-KG bei der Auslegung Rechnung zu tragen. Die Normen sollen es den Wettbewerbsbehörden ermöglichen, Kosten aufzuerlegen, wenn Unternehmen ein Verfahren durch ihr Verhalten auslösen (Verursacherprinzip gemäss Art. 2 Abs. 1 GebV-KG) und sich die Vorwürfe letztlich erhärten (vertiefend dazu Rz 27 ff.). Durch diesen Zweck wird verhindert, dass die öffentliche Hand finanziell belastet wird, wenn die Ursache für das Verwaltungshandeln durch (möglicherweise) rechtswidriges Handeln von Privaten gesetzt wurde. Es würde diesem Grundprinzip zuwiderlaufen, wenn Verwaltungshandeln nur deshalb kostenlos ist, weil ein formloses Verwaltungshandeln vorliegt, welches gleichermassen Kosten für die öffentliche Hand verursacht.

16. Dementsprechend gehen auch die Kommentarliteratur und die Praxis davon aus, dass im Falle der Einstellung einer Vorabklärung infolge der Umsetzung der Anregungen des Sekretariats gemäss Art. 26 Abs. 2 KG den Unternehmen, die sich den Anregungen durch Verhaltensänderung unterzogen haben, Kosten auferlegt werden können.<sup>14</sup> Im Ergebnis ist daher anzunehmen, dass Art. 53a KG i.V.m. den Vorschriften der GebV-KG auch gilt, wenn das Vorabklärungsverfahren mittels einer formlosen Entscheidung des Sekretariats abgeschlossen wird.

## B.2.2 Vorabklärungsverfahren als „Untersuchung“ i.S.v. Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG und Art. 1 Abs. 1 Bst. a GebV-KG

17. Ebenso wenig steht der Anwendung von Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Bst. a GebV-KG entgegen, dass die Vorschriften die Gebührenerhebung nur in Bezug auf „*Untersuchungen* von Wettbewerbsbeschränkungen“ ermöglicht. Schon aus den in den Rz 12 ff. genannten Gründen kann dieser Begriff nicht mit dem Begriff der Untersuchung nach Art. 27 KG gleichgesetzt werden. Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Art. 26–31 KG mit „*Untersuchung* von Wettbewerbsbeschränkungen“ überschrieben sind. Dies macht erneut deutlich, dass der Gesetzgeber nicht wollte, dass Gebühren nur im Rahmen einer Untersuchung nach Art. 27 KG erhoben werden können.

## B.2.3 Gebührenpflicht im Falle der Verfahrenserledigung durch ein Sichunterziehen

18. Im Folgenden wird geprüft, ob eine Gebührenpflicht des [...] besteht, obwohl die Vorabklärung eingestellt worden ist, nachdem das Verfahren durch die freiwillige Einstellung des Meldesystems durch die KBV gegenstandslos geworden ist und sich damit erledigt hat.

### B.2.3.1 Zusammenspiel von Verursacherprinzip und Unterliegerprinzip

19. Nach dem Abschluss eines Verwaltungsverfahrens gemäss KG ist u.a. gebührenpflichtig, wer das Verfahren veranlasst hat (Art. 53a KG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GebV-KG). Das hierin zum Ausdruck kommende Verursacherprinzip wird indessen nach ganz herrschender Auffassung durch das Unterliegerprinzip ergänzt.<sup>15</sup> Nach dem Unterliegerprinzip kann der Verursacher eines Verwaltungsverfahrens nur dann zur Gebührenzahlung verpflichtet werden, wenn sich der mit der Eröffnung des Verfahrens verbundene Vorwurf auch bestätigt (z.B. Feststellung der Unzulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung).

20. In casu haben sieben KBV die Eröffnung der Vorabklärung durch den weiteren Betrieb der Meldesysteme auf die in den Rz 3 f. beschriebene Weise verursacht. Das Verfahren wurde aber zugunsten dieser KBV eingestellt, weil diese die Meldesysteme nach einer entsprechenden Anregung des Sekretariats ab Dezember 2013 nach und nach nicht mehr betrieben haben.

<sup>13</sup> BILGER (Fn 10), 144; REKO/WEF RPW 2004/2, 635 f., E.1.2.3, *Cornèr Banca SA/Telekurs Multiplay AG/WEKO*; vgl. auch PATRICK DUCREY/BENOÎT CARRON, in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, Martenet/Bovet/Tercier (ed.), 2e édition, 2013, Art. 26 LCart N 16.

<sup>14</sup> CR-DUCREY/CARRON (Fn 13), Art. 26 LCart N 28; JEAN-FRÉDÉRIC MARAIA, in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, Martenet/Bovet/Tercier (ed.), 2e édition, 2013, Art. 53a LCart N 12 m.w.H.; CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz*, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 53a KG N 8 m.w.H.; BSK-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 12), Art. 26 KG N 113; s.a. RPW 2014/1 178 Rz 176 ff., *Santésuisse*.

<sup>15</sup> Vgl. CR-MARAIA (Fn 14), Art. 53a LCart N 21 f.; BSK-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 14), Art. 53a KG N 4 f.

21. Für eine Konstellation, in der die Unternehmen die vom Sekretariat gemäss Art. 26 Abs. 2 KG angeregten Massnahmen befolgen und deshalb die Vorabklärung mangels Anhaltspunkten für eine Wettbewerbsbeschränkung eingestellt wird, ist jedoch anerkannt, dass die sich den Massnahmen unterziehenden Unternehmen die Verfahrenskosten grundsätzlich zu tragen haben.<sup>16</sup>

22. Auch das Bundesgericht nimmt an, dass auch dann von einem Unterliegen auszugehen ist und eine Kostentragungspflicht besteht, wenn sich ein Unternehmen den Vorschlägen der Wettbewerbsbehörden unterzieht. In dem hierfür massgeblichen Urteil heisst es:

*„Mit Kosten kann ebenfalls belastet werden, wer einem Vorschlag des Sekretariats zur einvernehmlichen Beseitigung einer als unzulässig erachteten Wettbewerbsbeschränkung zustimmt und als Folge davon sein Verhalten massgeblich ändern muss. Schliesslich steht einer Kostenüberwälzung nichts entgegen, wenn die Person, die wegen wettbewerbsbeschränkendem Verhalten ein Verfahren ausgelöst hat, das beanstandete Verhalten aufgibt, sich in diesem Sinne unterzieht und dadurch dafür sorgt, dass das Verfahren als gegenstandslos geworden eingestellt wird. In allen diesen Fällen kann sinngemäss auf ein Unterliegen der für ein beanstandetes Verhalten verantwortlichen Person geschlossen werden.“<sup>17</sup>*

23. Das Verursacherprinzip steht der Auferlegung von Kosten also nicht entgegen, wenn ein Verfahren dadurch gegenstandslos wird, dass sich ein Unternehmen den vom Sekretariat vorgeschlagenen Massnahmen unterzieht. Hier kann grundsätzlich eine Kostenauflegung erfolgen

### B.2.3.2 Prüfungsmaassstab im Falle der Verfahrenserledigung

24. Auch wenn sich ein Unternehmen den Anregungen gemäss Art. 26 Abs. 2 KG unterzieht, folgt daraus nicht in jedem Fall eine Kostentragungspflicht. Das Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung erfordert vielmehr die Berücksichtigung der Frage, ob das zur Kostentragung verpflichtete Unternehmen unterlegen wäre, wenn das erledigende Ereignis ausgeblieben wäre.<sup>18</sup>

25. Diese Frage ist allerdings nur summarisch zu prüfen.<sup>19</sup> Dies ergibt sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts. In der oben zitierten Entscheidung heisst es zu Fällen, in denen sich ein Unternehmen den Vorschlägen der Wettbewerbsbehörden unterzieht und das Verfahren deshalb eingestellt wird:

*„Es muss in solchen Fällen – in sinngemässer Anwendung der allgemeinen Regel von Art. 72 BZP (SR 273) – nach den Verfahrensaussichten vor Eintritt der Gegenstandslosigkeit geprüft werden, welchen Ausgang das Verfahren voraussichtlich genommen hätte (vgl. BGE 106 Ib 294; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 698). [...] Die Beurteilung kann summarisch, ohne weiteres Beweisverfahren erfolgen, weil es nicht dem Sinn der Regelung entspricht und mit dem Grundsatz der Prozessökonomie nicht vereinbar ist, ein gegenstandslos gewordenes Verfahren nur um des Kostenentscheids willen gleichsam weiterzuführen.“<sup>20</sup>*

26. Vorliegend ist somit summarisch zu prüfen, ob ohne die Verhaltensänderung der KBV Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen würden, welche zur Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 Abs. 1 KG geführt hätten.

### B.2.3.3 Summarische Prüfung, ob Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestanden haben

27. Nach dem Gesagten muss im Folgenden keinesfalls abschliessend nachgewiesen werden, dass vor der Verhaltensänderung der KBV die jeweiligen Meldesysteme gegen das Kartellgesetz verstossen haben. Wie dargelegt, reicht es vielmehr aus, *summarisch* zu prüfen, ob *Anhaltspunkte* für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorlagen.

28. Schon die Beantwortung der Frage, ob „Anhaltspunkte“ für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen, liegt im Ermessen der Wettbewerbsbehörden<sup>21</sup>, bei dessen Ausübung sie einen erheblichen Spielraum haben.<sup>22</sup> Dieser Spielraum geht so weit, dass ein Anspruch von Dritten auf Eröffnung oder Durchführung einer Untersuchung generell nicht besteht.<sup>23</sup> Für das Vorliegen von Anhaltspunkten bedarf es zudem lediglich eines konkreten Verdachts („hinreichender Tatverdacht“).

29. Da das Vorliegen dieses Verdachts hier nur noch „summarisch“ geprüft werden muss, ist die Prüfungsinintensität in Bezug auf die kartellrechtliche Beurteilung der KBV-Meldesysteme bei der vorliegenden Kostenverfügung stark herabgesetzt. Es kann danach nur noch erforderlich sein, zu prüfen, ob gewisse Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das Verhalten überhaupt kartellrechtlich problematisch gewesen sein könnte. Mithin ist lediglich zu prüfen, ob nach hergebrachter Erfahrung der Wettbewerbsbehörden eine Möglichkeit besteht, dass wenigstens der „Grundtatbestand“ eines Verfahrens nach Art. 5 KG (Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG) erfüllt ist und dass keine Umstände entgegenstehen, die eine Kartellrechtsproblematik von vorneherein ausschliessen (z.B. vorbehaltene Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG). Komplizierte Sach- und Rechtsfragen, insbesondere solche, die mit ökonomischen Analysen beantwortet werden müssten, müssen im Rahmen einer Kostenverfügung betr. ein gegenstandslos gewordenes Vorabklärungsverfahren nicht beantwortet werden.

<sup>16</sup> S. Fn 14.

<sup>17</sup> BGE 128 II 247, 257 E. 6.1, *BKW FMB Energie AG*.

<sup>18</sup> Vgl. BSK-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 12), Art. 26 KG N 113.

<sup>19</sup> Vgl. BSK-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 12), Art. 26 KG N 113.

<sup>20</sup> BGE 128 II 247, 257 f. E.6.1, *BKW FMB Energie AG*.

<sup>21</sup> Vgl. BGE 135 II 60, 68 f. E. 3.1.2 (= RPW 2009/1, 112), E. 3.1.3, *Maestro Interchange Fee*; BILGER (Fn 10), 176 f.

<sup>22</sup> Vgl. BGE 135 II 60, 68 f. E. 3.1.2 (= RPW 2009/1, 112), E. 3.1.3, *Maestro Interchange Fee*; CR-DUCREY/CARRON (Fn 13), Art. 27 LCart N 14; BSK-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 12), Art. 27 KG N 66.

<sup>23</sup> BGE 135 II 60, 68 f. E. 3.1.2 (= RPW 2009/1, 112), E. 3.1.3, *Maestro Interchange Fee*; BILGER (Fn 10), 175 ff.; BSK-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 12), Art. 27 KG N 66 m.w.H.

30. Nach summarischer Prüfung bestehen in casu Anhaltspunkte dafür, dass der Betrieb des Meldesystems eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne des Art. 4 Abs. 1 KG und Art. 5 Abs. 1 KG darstellt. Für eine solche Verhaltensweise reicht nämlich bereits jede Tätigkeit aus, welche die Abstimmung des Geschäftsverhaltens erleichtert und damit die Unsicherheit hinsichtlich des Marktverhaltens der Wettbewerber verringert<sup>24</sup>, so dass die Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs tritt.<sup>25</sup> Durch den durch die oben beschriebenen Meldesysteme ermöglichten Informationsaustausch konnten sich die an einer Ausschreibung interessierten Unternehmen über alle Teilnehmer der Ausschreibung informieren, ohne dass sie selbst oder ihre Konkurrenten bereits Angebote abgegeben hätten. Ein solches Wissen um die Teilnehmer einer Submission – insbesondere vor Eingabe der Offerten – ist für den freien Wettbewerb aber unüblich, da es dem Interesse eines Ausschreibenden am Erhalt des besten Angebots entgegenläuft. Es bestehen mithin Anhaltspunkte dafür, dass der Informationsaustausch die Risiken des freien Wettbewerbs verringert hat.

31. Des Weiteren ist nicht fernliegend, dass der mit dem oben geschilderten Meldesystem verbundene Informationsaustausch über die Teilnehmer einer Ausschreibung eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG und Art. 5 Abs. 1 KG darstellt, welche eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Ein Bezwecken liegt nämlich schon dann vor, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen.<sup>26</sup> In casu bestehen indessen Anhaltspunkte für eine solche Eignung. So hat die WEKO bereits rechtskräftig festgestellt, dass das von einigen KBV betriebene Meldesystem eine notwendige, wenn auch nicht hinreichende Voraussetzung für das Treffen einer Preisabsprache im Submissionswesen war.<sup>27</sup> Dies deshalb, weil es ermöglicht, zu erfahren, welche Baugesellschaften an einer Submission teilzunehmen gedenken und bei Einladungsverfahren, welche Unternehmen zur Teilnahme eingeladen seien. Da dieses Wissen den an einer Submission Interessierten im freien Wettbewerb in der Regel eben nicht zusteht (s.o. Rz 30), sind die Meldesysteme zur Hemmung der Intensität des Wettbewerbs mit hoher Wahrscheinlichkeit geeignet.<sup>28</sup>

32. Nach summarischer Prüfung bestehen im Ergebnis mithin deutliche Anhaltspunkte dafür, dass vor der Einstellung der Meldesysteme zumindest der „Grundtatbestand“ eines Verfahrens nach Art. 5 KG (Vorliegen einer Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG) verwirklicht gewesen sein könnte. Umstände, die einen Kartellrechtsverstoss von vorneherein ausschliessen, sind dagegen nicht ersichtlich. Die Fragen nach der Erheblichkeit der mutmasslichen Abreden sowie nach der Rechtfertigung hätten lediglich nach weiteren, umfangreichen Abklärungen beantwortet werden können. Dies ist auch der Grund, weshalb diese Fragen von den Wettbewerbsbehörden regelmässig erst in einem eröffneten Untersuchungsverfahren geklärt werden (können).

### B.2.3.4 Zwischenergebnis zur Gebührenpflicht

33. Im Falle der Erledigung eines Vorabklärungsverfahrens durch Unterziehung eines Unternehmens unter die gemäss Art. 26 Abs. 2 KG gemachten Vorschläge des Sekretariats ist die Kostenauflegung grundsätzlich zulässig. Die Wettbewerbsbehörden haben in Anwendung des Rechtsgedankens des Art. 72 BZP<sup>29</sup> in diesem Fall allerdings summarisch zu prüfen, ob vor Eintritt des erledigenden Ereignisses Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestanden.<sup>30</sup>

34. In casu bestanden vor der Einstellung der KBV-Meldesysteme nach summarischer Prüfung Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung. Das Sekretariat hätte vor der Einstellung der KBV-Meldesysteme also eine Untersuchung (gemeinsam mit einem Präsidiumsmitglied) eröffnen können. In diesem Falle wäre die Vorabklärung zu Lasten der die Meldesysteme betreibenden KBV abgeschlossen worden. Es besteht folglich eine Gebührenpflicht des [...].

### B.3 Kein Vertrauensschutz

35. Zu prüfen ist, ob das von den Wettbewerbsbehörden zu beachtende Vertrauensschutzprinzip der Auferlegung von Kosten entgegensteht. Dies erscheint vor dem Hintergrund denkbar, dass die erste Vorabklärung betreffend das Wettbewerbsreglement des SBV im September 2003 eingestellt wurde und das im Rahmen der Vorabklärung untersuchte SBV-Wettbewerbsreglement bis zu seiner Abschaffung im Jahr 2011 die Meldung des Interesses an einem ausgeschriebenen Projekt an andere Interessenten jedenfalls nicht verbot.

36. Eine Person kann sich gegenüber dem Staat auf Vertrauensschutz berufen, wenn Vertrauen hinsichtlich des für das jeweilige Verfahren entscheidenden Umstands entstanden ist und im massgeblichen Zeitpunkt noch besteht und zugleich das entstandene Vertrauen zu diesem Zeitpunkt auch schutzwürdig ist.

37. Für das Entstehen von Vertrauen wäre es im vorliegenden Fall notwendig, dass das Sekretariat durch die Einstellung der damaligen Vorabklärung zum Ausdruck gebracht hätte, dass die Meldung des Interesses an einem ausgeschriebenen Projekt an andere Interessenten – vor Einreichung von Offerten beim Ausschreibenden – durch einen KBV kartellrechtlich unproblematisch sei.

<sup>24</sup> THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 KG N 100 ff.; KOMM, ABI. 2006 C 303/15, Rz. 180, 190, *Kautschukchemikalien*.

<sup>25</sup> BGE 129 II 18 E.6.3 (= RPW 2005/1, 192 Rz 6), *Betosan AG/Hela AG u.a./WEKO*; EuGH v. 14.7.1972, Rs. 52/69, Slg. 1972, 787 Rz 26, *Geigy/Kommission*.

<sup>26</sup> BSK- NYDEGGER/NADIG (Fn 24), Art. 4 Abs. 1 KG N 71.

<sup>27</sup> Vgl. *Verfügung Aargau* (Fn 5), 274 Rz 14, und *Verfügung Zürich* (Fn 5), 70 Rz 199.

<sup>28</sup> Vgl. Fn 27.

<sup>29</sup> Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (SR 273).

<sup>30</sup> Vgl. dazu die Ausführungen des Bundesgerichts in Rz 25.

38. Dies ist aber gerade nicht der Fall. Aus dem Schlussbericht geht klar hervor, dass aus Sicht des Sekretariats nicht die Meldepflicht, sondern die Meldung an die an Ausschreibungen interessierten Unternehmen – vor Eingabe einer Offerte – an sich das kartellrechtliche Problem darstellt. Denn das Sekretariat erörtert deutlich, dass der Zweck seiner Anregungen ist, Submissionsabsprachen zu verhindern. Das kann mit Blick auf die Meldung durch die Meldestellen an die Unternehmen jedoch nur gelingen, wenn diese Meldung der Identität der Bewerber auch unterbleibt. Dementsprechend enthält das im Schlussbericht vom Sekretariat akzeptierte SBV-Reglement auch keine Hinweise darauf, dass die *freiwillige* Meldung durch die SBV-Meldestellen zulässig wäre. Das vom Sekretariat akzeptierte SBV-Wettbewerbsreglement sah im Gegenteil nur noch einen Informationsfluss „in eine Richtung vor“ – nämlich von den Unternehmen zu den Meldestellen.<sup>31</sup> Die Verwertung der eingegangenen Meldungen, d.h. auch die Weitergabe der Identität der Bewerber an die jeweils anderen Bewerber, war allenfalls noch im Einvernehmen mit dem Bauherrn oder bei extra einberufenen Versammlungen möglich. Bei diesen Versammlungen sollte es laut Reglementstext um die „Bereinigung von Angebotstexten und Grundlagen“ gehen. Weiter wäre im Falle einer solchen Versammlung auch die Bauherrschaft zu informieren gewesen. Eine vorgängige Meldung der Identität der Interessenten an andere Interessenten war offensichtlich nicht mehr vorgesehen.

39. Darüber hinaus macht der Schlussbericht deutlich, dass das Meldesystem nur zu dem vom SBV propagierten Zweck, d.h. zum Zweck der Unterstützung von Verbandsmitgliedern bei komplexen Ausschreibungsunterlagen, genutzt werden dürfe.<sup>32</sup> Inwiefern die von den KBV durchgeführte Meldung der Identität der Bewerber an andere Interessenten vor Einreichung von Offerten diesem Ziel dient, ist nicht ersichtlich. Die Unterstützung bei komplexen Ausschreibungsunterlagen durch die SBV-Meldestelle könnte jedenfalls auch ohne Wissen um die Identität der anderen Interessenten durchgeführt werden.

40. Da der Schlussbericht zum SBV-Wettbewerbsreglement damit nicht zum Ausdruck gebracht hat, dass das von den KBV praktizierte Meldeverhalten kartellrechtlich unproblematisch war, konnte schon kein Vertrauen entstehen.

41. Gegen das Bestehen von Vertrauensschutz spricht im Übrigen Folgendes. Im Rahmen der Untersuchungen im Kanton Aargau und im Kanton Zürich erfuhren der SBV und die KBV nämlich von der kartellrechtlichen Einschätzung des Meldeverhaltens der KBV, so dass der SBV die KBV im November 2011 an der Delegiertenversammlung des SBV über die kartellrechtlichen Bedenken informierte und sein Reglement abschaffte. Die WEKO teilte ihre kartellrechtliche Einschätzung des Meldeverhaltens der KBV zudem in zwei Veröffentlichungen in den Jahren 2012 und 2013 mit.<sup>33</sup> Das Bestehen eines Vertrauens ist unter diesen Umständen ausgeschlossen.

### B.3.1 Zwischenergebnis

42. Ein schutzwürdiges Vertrauen des [...] in die kartellrechtliche Unbedenklichkeit seines Meldeverhaltens kann sich nicht aus der Vorabklärung und schon gar

nicht aus den späteren Äusserungen der Wettbewerbsbehörden ableiten. Ob ein allfälliges Vertrauen schutzwürdig war, muss unter diesen Umständen nicht geprüft werden.

### B.4 Keine Praxisänderung

43. Zu prüfen ist weiter, ob die Auferlegung von Kosten im Fall der Erledigung einer Vorabklärung nach dem Eingehen von Unternehmen auf die Vorschläge des Sekretariats gemäss Art. 26 Abs. 2 KG eine unzulässige Praxisänderung darstellt. Derartige könnte mit Blick darauf angenommen werden, dass die Vorabklärung betreffend das Wettbewerbsreglement des SBV ohne Kostenfolge eingestellt worden ist, obwohl sich auch in diesem Verfahren das Unternehmen den Vorschlägen des Sekretariats unterzogen hat.

44. Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 8 BV<sup>34</sup>) i.V.m. der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden folgt, dass vergleichbare Sachverhalte grundsätzlich nicht ungleich behandeln dürfen (Selbstbindung der Verwaltung). Eine Änderung der Praxis erlaubt das Bundesgericht dann, wenn ernsthafte und sachliche Gründe für die Praxisänderung vorliegen, die Änderung in grundsätzlicher Weise erfolgt und wenn das Interesse an der neuen, als richtig erkannten Rechtsanwendung die gegenläufigen Rechtssicherheitsinteressen überwiegt.<sup>35</sup> Der Grundsatz von Treu und Glauben verlangt ausserdem, dass die Praxisänderung angekündigt wird.<sup>36</sup>

45. Zu beachten ist indessen, dass es gegen Änderungen des materiellen Rechts keinen allgemeinen Vertrauensschutz gibt.<sup>37</sup> Letzteres ist hier gegeben. Die oben erwähnte Einstellung des Vorabklärungsverfahrens zum Wettbewerbsreglement des SBV erfolgte noch unter altem Recht, in dem im KG die Kostentragung nicht geregelt war. Die im Jahr 2004 in Kraft getretene Kostenregelung des Art. 53a KG sieht nun aber ausdrücklich vor, dass auch im Vorabklärungsverfahren Kosten auferlegt werden dürfen (s.o. Rz 10 ff.). Da damit die Kostenauflegung in diesem Verfahren durch eine Rechtsänderung bedingt ist, können sich die Parteien nicht auf eine angeblich unzulässige Praxisänderung der Wettbewerbsbehörden berufen. Dies gilt umso mehr als unter dem neuen Recht bereits Kosten für die Vorabklärung auferlegt wurden.<sup>38</sup>

### B.5 Bemessung der Gebühr der Vorabklärung

46. Die Höhe der Gebühr für die Vorabklärung richtet sich nach Art. 53a KG i.V.m. den Vorschriften der GebV-KG. Danach werden die Gebühren für ein Verfahren

<sup>31</sup> Art. 6 des SBV-Wettbewerbsreglements; vgl. hierzu und zum Folgenden den Schlussbericht des Sekretariats vom 15.9.2003; RPW 2003/4, 726 ff., *Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbands*.

<sup>32</sup> RPW 2003/4, 731 Rz 10, *Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbands*.

<sup>33</sup> Vgl. *Verfügung Aargau* (Fn 5), 274 Rz 14, und *Verfügung Zürich* (Fn 5), 70 Rz 199.

<sup>34</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

<sup>35</sup> BGE 134 V 72, 76 E. 3.3.

<sup>36</sup> PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3. Aufl., Bern 2009., § 23 Rz 16.

<sup>37</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn 36), § 23 Rz 16.

<sup>38</sup> Vgl. RPW 2014/1 178 Rz 176 ff., *Santésuisse*.

nach dem Zeitaufwand bemessen (Art. 53a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 GebV-KG). Für den errechneten Zeitaufwand kommt je nach Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals ein Stundenansatz von CHF 100–400 zur Anwendung (Art. 4 Abs. 2 GebV-KG).

47. Der Zeitaufwand der gesamten Vorabklärung beläuft sich in casu auf 326.04 Stunden (s. beiliegendes Verzeichnis). Mit Blick auf die Funktionsstufe des ausführenden Personals gilt in diesem Verfahren ein Stundenansatz von CHF 130–290. Gestützt hierauf ergeben sich folgende Gesamtkosten:

- [...].
- [...].
- [...].

48. Die Verfahrenskosten für die gesamte Vorabklärung belaufen sich damit auf CHF 68'149.-. Hiervon entfallen CHF [...] auf die Abklärung, ob weiterhin Meldesysteme bei allen KBV bestehen. Hiervon sind für die Elf KBV, welche bei der Eröffnung der Vorabklärung kein Meldesystem betrieben, Elf Achtzehntel, oder CHF [...], auszuscheiden und gehen zu Lasten der Staatskasse. Sieben Achtzehntel der CHF [...] oder CHF [...], sowie CHF [...] der weiteren Untersuchung entfallen auf die sieben KBV, welche bei der Eröffnung der Vorabklärung noch ein Meldesystem betrieben. Damit haben diese sieben KBV Verfahrenskosten in Höhe von insgesamt CHF [...] verursacht. Hiervon tragen die Betreiber jeweils ein Siebtel (CHF 8'437.30), da die Verfahren zusammengeführt wurden und bezüglich der KBV die gleichen Verfahrensschritte durchgeführt werden mussten.

### B.6 Kosten der Kostenverfügung

49. Gemäss Art. 53a Abs. 1 Bst. a KG werden Gebühren erhoben für Verfügungen über die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen nach den Art. 26–31 KG.

50. Gemäss Art. 2 Abs. 1 GebV-KG bzw. Art. 2 Abs. 1 AllgGebV ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Als Verwaltungsverfahren gilt auch das Verfahren auf Erlass einer Kostenverfügung nach Abschluss der Vorabklärung. Dieses hat der [...] veranlasst, indem er sich weigerte die im Schlussbericht des Sekretariats ausgewiesenen Gebühren zu zahlen und er eine anfechtbare Verfügung beantragte.

51. Nach den einschlägigen Bestimmungen werden die Gebühren für ein Verfahren nach dem Zeitaufwand bemessen (Art. 53a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 GebV-KG). Für den errechneten Zeitaufwand kommt je nach Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des

ausführenden Personals ein Stundenansatz von CHF 100–400 zur Anwendung (Art. 4 Abs. 2 GebV-KG).

52. Der Zeitaufwand für den Erlass der Kostenverfügung berechnet sich in casu folgendermassen. Neben dem [...] haben sich drei weitere KBV mit wesentlich gleichlautender Begründung geweigert, die Kosten der Vorabklärung „22-0435: Meldesystem Baumeisterverbände“ zu tragen. Es mussten daher vier vergleichbare Verfügungen erarbeitet werden. Dabei war die Erarbeitung der ersten Verfügung um einiges aufwendiger als die individuelle Anpassung der drei weiteren Verfügungen an die jeweiligen Verfügungsadressaten. Die Gesamtkosten sind demnach in vier gleiche Anteile zu teilen, weil es unbillig wäre, wenn jeweils drei Unternehmen davon profitieren würden, dass die Verfügung zuerst in Bezug auf den jeweils vierten Verfügungsadressaten erarbeitet wurde.

53. Mit Blick auf die Funktionsstufe des ausführenden Personals gilt in diesem Verfahren ein Stundenansatz von CHF 200–290. Gestützt hierauf ergeben sich für den [...] folgende Gesamtkosten:

- [...].
- [...].

54. Die Kosten des vorliegenden Kostenverfügungsverfahrens belaufen sich damit insgesamt auf CHF 8245.-. Da der [...] als Verfügungsadressat vollständig unterliegt, trägt er ein Viertel dieser gesamten Verfahrenskosten, d.h. CHF 2061.25.

### C Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und gestützt auf die vorangehenden Erwägungen verfügt das Sekretariat zusammen mit einem Präsidiumsmitglied:

1. Der [...] trägt ein Siebtel der verrechenbaren Kosten des Verfahrens „22-0435 Meldesystem Baumeisterverbände“ (insgesamt: CHF [...]) – dies entspricht einem Anteil von CHF [...].
2. Der [...] wird verpflichtet, innerhalb von 30 Tagen nach Rechtskraft dieser Verfügung CHF [...] an die Schweizerische Eidgenossenschaft zu zahlen.
3. Die Kosten für die vorliegende Zwischenverfügung in der Höhe von CHF 2061.25 werden dem [...] auferlegt.
4. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
  - [...]

[Beilagen]

[Rechtsmittelbelehrung]

B 1.1

## 2. Décision d'émolument: Système de notification des fédérations cantonales d'entrepreneurs

*Décision du 28 octobre 2014 en l'affaire enquête préalable système de notification des fédérations cantonales d'entrepreneurs selon l'art. 26 LCart concernant émolument d'une enquête préalable contre [...]*

### A Etat de fait

1. [...] et d'autres fédérations cantonales d'entrepreneurs (ci-après: fédérations cantonales) exploitaient depuis 1996 au moins un système de notification concernant les offres de soumissions dans la construction pour leur canton respectif.<sup>1</sup> Ce système se fondait jusqu'en 2011 sur le règlement sur la concurrence de la Société Suisse des Entrepreneurs (ci-après: SSE). Dans le cadre de ce système, les entreprises membres de la fédération cantonale devaient notifier à leur fédération pour quelles soumissions elles envisageaient de soumettre une offre. Les autres entreprises membres de la fédération avaient accès à ces informations avant le délai de remise des offres (« retour identifié »). Les entreprises pouvaient ainsi apprendre, avant la remise de leur offre, quelles entreprises avaient aussi été invitées à soumissionner dans la procédure et quelles entreprises avaient l'intention de soumettre une offre pour une soumission spécifique.

2. Dans le cadre d'une première enquête préalable,<sup>2</sup> le secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: le secrétariat) a proposé des modifications de ce règlement. En particulier, l'obligation de la fédération de transmettre les données recueillies aux autres entreprises avant le délai de remise des offres (retour identifié) a été supprimée. Selon le secrétariat, ce système pouvait encourager l'échange d'informations afin de conclure des accords illicites (accords de soumission) au sens de l'art. 5 al. 3 de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence.<sup>3</sup> Après que la SSE a adapté le règlement selon les propositions du secrétariat au cours de l'année 2002, le secrétariat a estimé que les risques d'atteintes à la LCart étaient considérablement réduits et qu'ils étaient en relation avec le bénéfice attendu du règlement (soutien des membres de l'Association dans les documents d'appels d'offres complexes). Le secrétariat a clôturé l'enquête préalable le 15 septembre 2003, sans percevoir d'émolument.

3. Comme l'a constaté le secrétariat dans le cadre d'autres enquêtes,<sup>4</sup> les systèmes de notification par lesquels les membres reçoivent, avant la remise de leur offre, l'identité des autres entreprises soumissionnaires ont persisté dans divers cantons. Ces systèmes ont perduré même après que la SSE a informé les fédérations cantonales réunies le 9 novembre 2011 des risques cartellaires de ces systèmes et a décidé d'abolir son règlement pour ces raisons. Certaines fédérations ont tout de même continué d'exploiter un tel système, en partie sur la base de leur propre règlement. Les fédérations cantonales ont confirmé au secrétariat l'exploitation d'un tel système.

4. Par conséquent, le secrétariat a ouvert le 17 janvier 2013 l'enquête préalable « 22-0435 système de notification des fédérations cantonales d'entrepreneurs ». Dans le cadre de cette enquête préalable, le secrétariat a examiné s'il existait des indices que le système de notification exploité par les diverses fédérations cantonales soit contraire à l'art. 5 LCart, et si l'ouverture d'une enquête au sens de l'art. 27 LCart s'imposait. Le secrétariat a conclu dans le cadre de cette enquête préalable qu'il existait des indices que ces systèmes de notification puissent constituer une restriction illicite à la concurrence au sens de l'art. 5 al. 1 LCart. Par lettre du 9 août 2013, le secrétariat a présenté aux sept fédérations cantonales qui exploitaient encore un tel système (dont [...]) ses préoccupations par rapport au droit des cartels. Dans cette même lettre, le secrétariat a suggéré que les systèmes de notification soient adaptés de la manière suivante:

- a. *avant la date de remise des offres, il ne doit pas être possible de connaître la situation concurrentielle;*
- b. *avant la date de remise des offres, il ne doit pas être permis aux soumissionnaires de connaître le nombre ou l'identité des autres soumissionnaires;*
- c. *grâce à des mesures techniques appropriées, il doit être assuré que les informations rassemblées par le système d'annonce ne parviennent pas d'une façon directe ou indirecte aux entreprises avant le délai de la remise des offres.*

5. Six fédérations cantonales ont aboli leur système de notification. La fédération neuchâteloise des entrepreneurs décida de garder son système d'annonce et de le modifier selon les propositions faites par le secrétariat. Comme ses propositions ont été suivies, le secrétariat a clos l'enquête préalable par son rapport du 12 juin 2014. Un émolument pour l'enquête préalable a été fixé pour les sept fédérations cantonales qui exploitaient encore un système de notification. Le rapport a été transmis aux fédérations cantonales en juin 2014.

6. Par courrier du 18 juillet 2014, [...] a indiqué qu'elle refusait de payer les frais de procédure. Elle fait valoir que la COMCO aurait approuvé lors de l'enquête préalable de 2003 les systèmes de notification. De plus, elle conteste que le système de notification en [...] soit notable, car uniquement [...] % des entreprises seraient membres de [...]. A cela s'ajoute que les coûts seraient

<sup>1</sup> Cf. rapport final du secrétariat du 12.6.2014 (DPC 2014/2, 373 ss.).

<sup>2</sup> Cf. rapport final du secrétariat du 15.9.2003; DPC 2003/4, 726 ss, *Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbands*.

<sup>3</sup> Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart; RS 251).

<sup>4</sup> DPC 2012/2, 270, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau* (ci-après: décision Argovie) et DPC 2013/4, 524, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich* (ci-après: décision Zurich).



trop élevés de façon générale. Il serait illicite de prendre un taux horaire de CHF 130.00 à CHF 290.00, car il en résulterait un salaire annuel supérieur à celui d'un Conseiller fédéral. Finalement, il est inacceptable que [...] paye les mêmes coûts que d'autres fédérations cantonales dont le système de notification est utilisé par [...] % des membres.

7. Pour le surplus en ce qui concerne les faits et si nécessaire, il y sera fait référence dans les considérants.

## B Considérants

### B.1 Compétence

8. La présente décision d'émolument relative à une enquête préalable est une décision au sens de l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968.<sup>5</sup> Selon l'art. 53a al. 1 let. a LCart et l'art. 1 al. 1 let. a OEmol-LCart, les autorités en matière de concurrence perçoivent un émolument pour les décisions concernant les enquêtes sur des restrictions à la concurrence aux termes des art. 26 à 30 LCart.

9. Le secrétariat mène ses enquêtes préalables (art. 26 LCart) en grande partie indépendamment de la Commission de la concurrence (ci-après: COMCO).<sup>6</sup> Lorsqu'il rend des décisions (p.ex. décision sur l'obligation de renseigner dans le cadre d'une enquête préalable) ou souhaite ouvrir une enquête au sens de l'art. 27 LCart, il le fait avec un membre de la présidence de la COMCO (cf. art. 23 al. 1 LCart et art. 27 al. 1 LCart). Etant donné que l'art. 23 al. 1 LCart prévoit cette compétence partagée pour les décisions incidentes, il en va de même pour une décision sur les coûts à la fin d'une enquête préalable. Ainsi, dans le cas présent, le secrétariat est avec un membre de la présidence compétent.

### B.2 Conditions pour rendre une décision portant sur les émoluments

10. Il faut examiner *in casu* si les conditions sont remplies pour imposer un émolument selon l'art. 53a al. 1 let. a LCart et les dispositions de l'ordonnance relative aux émoluments prévus par la loi sur les cartels.<sup>7</sup> L'art. 53a al. 1 let. a LCart stipule que les autorités de la concurrence prélèvent des émoluments pour les décisions concernant des enquêtes de restrictions à la concurrence selon les art. 26 à 31 LCart.

#### B.2.1 Fin de l'enquête préalable comme « décision » au sens de l'art. 53a al. 1 let. a LCart

11. Selon l'art. 53a al. 1 let. a LCart et l'art. 1 al. 1 let. a OEmol-LCart, les autorités en matière de concurrence perçoivent un émolument pour les décisions relatives aux enquêtes sur des restrictions à la concurrence aux termes des art. 26 à 30 LCart. Dans le cas présent, le secrétariat a clos l'enquête préalable par un rapport suite à la modification du comportement proposée par le secrétariat. Vu que ni la proposition d'une modification du comportement selon l'art. 26 al. 2 LCart ni la clôture d'une enquête préalable avec un rapport<sup>8</sup> ne constituent une décision au sens de l'art. 5 PA, il faut examiner si les dispositions sur les émoluments sont applicables lorsqu'une procédure informelle est terminée sans décision au sens de l'art. 5 PA dans le cadre des art. 26 à 30 LCart.

12. Selon l'opinion dominante, il n'est en principe pas possible de prendre des décisions dans le cadre de l'enquête préalable<sup>9</sup> de l'art. 26 LCart. L'ordonnance sur les émoluments LCart renvoie cependant à la procédure selon l'art. 26 LCart (« art. 26 à 31 LCart »).

13. De plus, le renvoi de l'art. 53a LCart aux art. 26 à 31 LCart démontre clairement que des émoluments peuvent être imposés dans le cadre de l'enquête préalable. Si le législateur avait voulu qu'un émolument puisse être imposé uniquement dans le cadre de l'enquête au sens de l'art. 27 LCart, il n'aurait pas prévu le renvoi à l'art. 26 LCart.

14. L'ordonnance sur les émoluments part aussi du principe qu'un émolument peut être imposé dans une enquête préalable. Cela ressort de l'art. 3 al. 2 let. b OEmol-LCart, selon lequel celui qui occasionne une enquête préalable n'a pas à payer d'émolument quand les indices de restriction ne se confirment pas. *A contrario*, lorsque les indices de restriction à la concurrence se confirment comme en l'espèce (cf. ch. 27 ss), il faut imposer des coûts selon la lettre de l'art. 3 al. 2 let. b OEmol-LCart.

15. De plus, il faut prendre en compte le sens et le but de l'art. 53a LCart et de l'OEmol-LCart lors de l'interprétation. Les dispositions doivent permettre d'imposer un émolument aux entreprises lorsque celles-ci occasionnent une procédure par leur comportement (principe de causalité selon l'art. 2 al. 1 OEmol-LCart) et que les indices se confirment (pour plus de détails, ch. 27 ss). Il doit être évité que la puissance publique soit amenée à supporter les conséquences financières de l'intervention de l'administration lorsque la cause de cette intervention réside dans le comportement (éventuellement) illicite d'un privé. Ce principe ne serait pas respecté si une procédure était gratuite uniquement parce qu'elle ne se terminerait pas par une décision formelle, tout en occasionnant des coûts pour l'administration.

<sup>5</sup> Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA; RS 172.021).

<sup>6</sup> Voir par ex. BSK-ZIRLICK/TAGMANN in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (éds), 2010, Art. 26 LCart N 14 ss; BORER Schweizerisches Kartellgesetz, 3e éd., 2011, Art. 26 LCart N 7; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, 144 ss.

<sup>7</sup> Ordonnance sur les émoluments LCart, OEmol-LCart, RS 251.2.

<sup>8</sup> Concernant la fin d'une procédure par rapport final: ATF 135 II 60, 67 s. consid. 3.1.2 (= DPC 2009/1, 112), *Maestro Interchange Fee*; REKOWEF DPC 2004/2, 635 s. consid.1.2.3, *Cornèr Banca SA/Telekurs Multiplay AG/WEKO*; BSK-ZIRLICK/TAGMANN (n. 6), Art. 26 LCart N 125; BORER (n. 6), Art. 26 LCart N 11.

<sup>9</sup> BILGER (n. 6), 144; REKOWEF DPC 2004/2, 635 s. consid.1.2.3, *Cornèr Banca SA/Telekurs Multiplay AG/WEKO*; voir aussi PATRICK DUCREY/BENOÎT CARRON, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Martenet/Bovet/Tercier (éds), 2e éd., 2013, Art. 26 LCart N 16.

16. Ainsi, la doctrine et la pratique partent du principe qu'en cas de clôture d'une enquête préalable en raison de la mise en œuvre des propositions du secrétariat selon l'art. 26 al. 2 LCart, les entreprises qui ont modifié leur comportement doivent s'acquitter des coûts occasionnés.<sup>10</sup> Il faut donc en conclure que les art. 53a LCart et les dispositions de l'OE mol-LCart s'appliquent également quand l'enquête préalable se termine sans décision au sens de l'art. 5 PA.

### **B.2.2 Enquête préalable en tant qu'« enquête » au sens de l'art. 53a al. 1 let. a LCart et art. 1 al. 1 let. a OE mol-LCart**

17. L'application des art. 53a al. 1 let. a LCart et de l'art. 1 al. 1 let. a OE mol-LCart ne doit pas être niée sur la base des dispositions de l'ordonnance, qui n'évoquent que les « *enquêtes de restriction à la concurrence* ». Comme évoqué au ch. 12 ss., ce concept ne peut pas être assimilé au terme d'enquête selon l'art. 27 LCart. De plus, le titre de la section 2 de la LCart (avant les art. 26 à 31 LCart) est « *Enquête de restrictions à la concurrence* ». Cela démontre que le législateur ne souhaitait pas que des émoluments soient uniquement perçus pour les enquêtes au sens de l'art. 27 LCart.

### **B.2.3 Obligation de payer un émolument en cas de procédure par « modification » du comportement**

18. Il convient d'examiner si une obligation de payer un émolument subsiste lorsque l'enquête préalable a été close suite à la modification volontaire du système de notification par les fédérations cantonales.

#### **B.2.3.1 Application du principe de causalité et de la partie succombante**

19. Lorsqu'une procédure selon la LCart est terminée, celui qui a occasionné la procédure doit s'acquitter d'un émolument (art. 53a LCart et art. 2 al. 1 OE mol-LCart). Le principe de causalité est complété par le principe voulant que les frais liés au litige soient imputés à la partie qui succombe.<sup>11</sup> Selon ce principe, celui qui a occasionné une procédure ne doit payer des frais que si les indices existant à l'ouverture de la procédure se confirment (p.ex. par la constatation de l'illicéité de la restriction à la concurrence).

20. *In casu*, sept fédérations cantonales ont occasionné l'ouverture de l'enquête préalable par l'exploitation de leur système de notification, comme décrit au ch. 2. La procédure n'a pu être close en faveur des fédérations cantonales que parce que celles-ci ont peu à peu adapté leur système de notification à partir de décembre 2013, selon les propositions du secrétariat.

21. Au vu de cette constellation – dans laquelle les entreprises suivent les propositions du secrétariat selon l'art. 26 al. 2 LCart et dans laquelle l'enquête préalable, suite à la disparition des indices de restriction à la concurrence, est classée sans suite –, les entreprises ayant adapté leur comportement doivent supporter les frais de procédure occasionnés.<sup>12</sup>

22. Le Tribunal fédéral part aussi du principe qu'une obligation de supporter un émolument existe lorsque l'entreprise se rallie aux propositions de l'autorité de la concurrence :

*„Mit Kosten kann ebenfalls belastet werden, wer einem Vorschlag des Sekretariats zur einvernehmlichen Beseitigung einer als unzulässig erachteten Wettbewerbsbeschränkung zustimmt und als Folge davon sein Verhalten massgeblich ändern muss. Schliesslich steht einer Kostenüberwälzung nichts entgegen, wenn die Person, die wegen wettbewerbsbeschränkendem Verhalten ein Verfahren ausgelöst hat, das beanstandete Verhalten aufgibt, sich in diesem Sinne unterzieht und dadurch dafür sorgt, dass das Verfahren als gegenstandslos geworden eingestellt wird. In allen diesen Fällen kann sinngemäss auf ein Unterliegen der für ein beanstandetes Verhalten verantwortlichen Person geschlossen werden.“<sup>13</sup>*

23. Par conséquent, un émolument peut être imposé à la partie qui a occasionné les frais, qu'elle succombe suite à une décision de l'autorité ou que la procédure devienne sans objet parce que la partie adapte son comportement selon les propositions du secrétariat.

#### **B.2.3.2 Analyse en cas de clôture de procédure**

24. Même lorsqu'une entreprise suit les propositions du secrétariat selon l'art. 26 al. 2 LCart, il n'en résulte pas automatiquement l'imposition d'un émolument. Le principe de la légalité exige en effet de prendre en compte l'issue probable de la procédure si l'entreprise n'avait pas suivi les propositions du secrétariat.<sup>14</sup>

25. Cette question doit être examinée de manière sommaire.<sup>15</sup> Cela ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral dans la décision susmentionnée liée à l'affaire « *BKW* » :

*„Es muss in solchen Fällen – in sinngemässer Anwendung der allgemeinen Regel von Art. 72 BZP (SR 273) – nach den Verfahrensaussichten vor Eintritt der Gegenstandslosigkeit geprüft werden, welchen Ausgang das Verfahren voraussichtlich genommen hätte (vgl. BGE 106 Ib 294; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 698). [...] Die Beurteilung kann summarisch, ohne weiteres Beweisverfahren erfolgen, weil es nicht dem Sinn der Regelung entspricht und mit dem Grundsatz der Prozessökonomie nicht vereinbar ist, ein gegenstandslos gewordenes Verfahren nur um des Kostenentscheids willen gleichsam weiterzuführen.“<sup>16</sup>*

26. Dans le cas présent, il faut examiner si des indices d'une restriction illicite à la concurrence auraient conduit à l'ouverture d'une enquête selon l'art. 27 al. 1 LCart sans la modification du système d'annonce incriminé.

<sup>10</sup> CR-DUCREY/CARRON (n. 9), Art. 26 LCart N 28; JEAN-FRÉDÉRIC MARAIA, in: *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, Martenet/Bovet/Tercier (éds), 2e éd., 2013, Art. 53a LCart N 12 et les autres références citées; BSK-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 53a LCart N 8 et les autres références citées; BSK-ZIRLICK/TAGMANN (n. 6), Art. 26 LCart N 113; voir également DPC 2014/1 178 ch. 176 ss, *Santésuisse*.

<sup>11</sup> Cf. CR-MARAIA (n. 10), Art. 53a LCart N 21 s.; BSK-TAGMANN/ZIRLICK (n. 10), Art. 53a LCart N 4 s.

<sup>12</sup> Voir n. 10.

<sup>13</sup> ATF 128 II 247, 257 consid. 6.1, *BKW FMB Energie AG*.

<sup>14</sup> Cf. BSK-ZIRLICK/TAGMANN (n. 6), Art. 26 LCart N 113.

<sup>15</sup> Cf. BSK-ZIRLICK/TAGMANN (n. 6), Art. 26 LCart N 113.

<sup>16</sup> ATF 128 II 247, 257 s. consid. 6.1, *BKW FMB Energie AG*.

### B.2.3.3 Examen sommaire des indices de restriction à la concurrence

27. Selon ce qui a été exposé précédemment, il n'est pas nécessaire de prouver de manière exhaustive que les systèmes de notification auraient été contraires à la LCart sans la modification des fédérations cantonales. Il suffit d'examiner de manière sommaire si des indices de restriction à la concurrence existaient.

28. Les autorités de la concurrence jouissent d'une liberté d'appréciation importante<sup>17</sup> pour répondre à la question de savoir si des « indices » pour une restriction à la concurrence existent.<sup>18</sup> Cette liberté d'appréciation est si importante que des tiers ne peuvent pas exiger l'ouverture d'une enquête.<sup>19</sup>

29. Comme l'existence d'un soupçon ne doit être examinée que de manière « sommaire », l'intensité de l'exigence de l'examen cartellaire des systèmes de notification en est diminuée. Il faut juste examiner si le comportement présente des indices qui tendraient à démontrer qu'il serait problématique au regard de la LCart. Il faut ainsi seulement examiner si, selon l'expérience des autorités de la concurrence, le comportement pourrait faire l'objet d'une procédure selon l'art. 5 LCart (y.c. un accord selon l'art. 4 al. 1 LCart), sans que des circonstances excluent à premier abord un aspect problématique par rapport à la LCart (p. ex. des prescriptions réservées au sens de l'art. 3 al. 1 LCart). Des questions de fait ou de droit complexes, en particulier celles qui demandent éventuellement une analyse économique, ne doivent pas être résolues dans le cadre d'une décision d'émolument concernant une enquête préalable devenue sans objet.

30. Après un examen sommaire du cas d'espèce, des indices existent que les systèmes de notification peuvent constituer un accord en matière de concurrence au sens des art. 4 al. 1 et 5 al. 1 LCart. En effet, une activité qui permet de se concerter et qui réduit l'incertitude sur le marché suffit<sup>20</sup>, remplaçant ainsi les risques de la concurrence par la collaboration entre entreprises.<sup>21</sup> Par le biais des informations mises à disposition par les systèmes de notification, les entreprises intéressées peuvent s'informer sur les autres entreprises intéressées, sans qu'elles aient elles-mêmes déjà soumis des offres. Une telle connaissance des soumissionnaires potentiels, en particulier avant la remise des offres, n'existe pas en libre concurrence, car ce système va à l'encontre des intérêts de l'adjudicataire qui souhaite la meilleure offre possible. Il existe donc des indices que l'échange d'informations entre concurrents a réduit l'incertitude qui règne en situation de libre concurrence.

31. De plus, il n'est pas improbable que l'échange d'informations rendu possible par les systèmes d'information constitue une pratique concertée (au sens de l'art. 4 al. 1 LCart et art. 5 al. 1 LCart) qui vise ou entraîne une restriction à la concurrence. L'intention de restreindre la concurrence existe déjà lorsque l'objet de l'accord est à même de réduire la concurrence par l'élimination d'un paramètre concurrentiel.<sup>22</sup> *In casu*, des indices existent que l'objet de l'accord avait ce but. La COMCO a d'ailleurs déjà constaté dans une décision entrée en force que le système de notification de certaines fédérations avait facilité des accords de soumis-

sion illicites<sup>23</sup>, parce qu'ils permettent non seulement de savoir quelles entreprises envisagent de soumettre une offre, mais aussi qui est invité dans les procédures d'appel d'offres sur invitation. Comme ces informations ne sont en règle générale pas disponibles (cf. ch. 29), il est hautement probable que les systèmes de notification sont à même de réduire la concurrence.<sup>24</sup>

32. Après un examen sommaire, il existe donc des indices clairs qu'avant leur abolition ou leur modification, ces systèmes de notification pouvaient faire l'objet d'une procédure selon l'art. 5 al. 1 LCart (présence d'un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart). Savoir si les systèmes de notification affectaient effectivement et de manière notable la concurrence et s'il existait des motifs de justification économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart aurait nécessité des mesures d'enquête plus approfondies. De telles questions sont en règle générale éclaircies de manière définitive seulement dans le cadre d'une enquête au sens de l'art. 27 LCart. En tout état de cause, aucune circonstance excluant *prima facie* la possibilité d'une infraction à la LCart n'est présente. De plus, étant donné que les fédérations réunissaient une part non négligeable des entreprises de construction de leur canton, il n'est pas exclu que le système de notification ait pu avoir des effets notables sur la concurrence. Des motifs évidents de justification économique ne sont pas présents, car le système de notification ne servait pas seulement à soutenir les membres lors de soumissions complexes. Il est également sans importance de savoir quel pourcentage d'entreprises utilisait le système de notification de [...] dans le cadre de l'examen d'indices de restriction à la concurrence.

### B.2.4 Conclusion préliminaire sur l'obligation de payer un émolument

33. L'imposition d'un émolument est en principe licite lorsqu'une entreprise suit les propositions du secrétariat dans le cadre d'une enquête préalable selon l'art. 26 al. 2 LCart. Les autorités de la concurrence doivent, en application de l'esprit de l'art. 72 de la loi fédérale du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale<sup>25</sup>, examiner s'il existait des indices d'une restriction illicite à la concurrence avant l'événement concerné.<sup>26</sup>

<sup>17</sup> Cf. ATF 135 II 60, 68 s. consid. 3.1.2 (= DPC 2009/1, 112), consid. 3.1.3, *Maestro Interchange Fee*; CR-DUCREY/CARRON (n. 9), Art. 27 LCart N 14; BSK-ZIRLICK/TAGMANN in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (éds), 2010, Art. 27 LCart N 66.

<sup>18</sup> Cf. ATF 135 II 60, 68 s. consid. 3.1.2 (= DPC 2009/1, 112), consid. 3.1.3, *Maestro Interchange Fee*; BILGER (n. 6), 176 s.

<sup>19</sup> ATF 135 II 60, 68 s. consid. 3.1.2 (= DPC 2009/1, 112), consid. 3.1.3, *Maestro Interchange Fee*; BILGER (n. 6), 175 ss; BSK-ZIRLICK/TAGMANN (n. 17), Art. 27 LCart N 66 et les autres références citées.

<sup>20</sup> THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (éds), 2010, Art. 4 al. 1 LCart N 100 ss; UECOM, JO 2006 C 303/15, ch. 180, 190, *Kautschukchemikalien*.

<sup>21</sup> ATF 129 II 18 consid. 6.3 (= DPC 2005/1, 192 ch. 6), *Betosan AG/Hela AG u.a./WEKO*; CJCE 14.7.1972, aff. 52/69, Rec. 1972, 787 ch. 26, *Geigy/Kommission*.

<sup>22</sup> BSK- NYDEGGER/NADIG (n. 20), Art. 4 al. 1 LCart N 71.

<sup>23</sup> Cf. *décision Zurich* DPC 2013/3, 565 ch. 199 cf. n. 4.

<sup>24</sup> Cf. n. 23.

<sup>25</sup> Loi fédérale du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale (PCF; RS 273).

<sup>26</sup> Cf. les considérants du Tribunal fédéral au ch. 25.

34. In casu, il existait des indices pour une restriction illicite à la concurrence avant que les fédérations cantonales abolissent ou modifient leur système de notification. Le secrétariat aurait pu, avant l'abolition ou la modification par les fédérations cantonales, ouvrir une enquête au sens de l'art. 27 LCart d'entente avec un membre de la présidence. Dans un tel cas, un émoulement pour l'enquête préalable aurait été à la charge des fédérations cantonales. Il y a donc une obligation de payer un émoulement pour [...].

### B.3 Pas de protection de la confiance légitime

35. Il convient encore d'examiner si le principe de la protection de la confiance légitime est contraire à l'imposition d'un émoulement dans la mesure où la première enquête préalable sur le règlement de concurrence de la SSE a été classée en septembre 2003 et le système de retour identifié n'a pas été interdit jusqu'à son abolition en novembre 2011.

36. Une entreprise peut se prévaloir de la protection de la confiance légitime envers l'Etat quand celle-ci a été créée par rapport à la procédure en cause et qu'elle existait encore et que cette confiance est encore digne d'être protégée.

#### B.3.1 Pas de création de confiance

37. Pour que l'on puisse affirmer que les autorités de la concurrence ont fait naître la confiance que les systèmes de notification dans la forme exploitée par les fédérations cantonales étaient licites, il est nécessaire que le secrétariat ait exprimé que le retour sur l'identité des autres entreprises intéressées à une soumission spécifique avant le délai de remise des offres était licite.

38. Cela n'est justement pas le cas en l'espèce. Il ressort du rapport de l'enquête préalable de 2003 que du point de vue du secrétariat, ce n'est pas l'*obligation* d'informer les entreprises des autres entreprises intéressées par une soumission, mais l'*information en elle-même* sur l'identité des autres entreprises inscrites dans le système par la soumission qui a posé problème. Le secrétariat a exprimé clairement que le but de ces propositions (au sens de l'art. 26 al. 2 LCart) étaient d'éviter des accords de soumission illicites. Ce but ne peut être atteint que si le retour identifié est aboli. Ainsi, le rapport de 2003 ne mentionne aucunement qu'un retour identifié des fédérations cantonales aux entreprises fait de manière volontaire serait licite. Le règlement accepté par le secrétariat ne contient justement plus l'article du règlement sur le retour identifié.<sup>27</sup>

39. L'utilisation des notifications pouvait servir pour l'organisation de réunions spéciales. Ces réunions avaient pour but, selon le règlement, de clarifier les documents de la soumission. De plus, en cas d'organisation de telles réunions, le maître d'ouvrage devait être informé de la tenue de cette réunion. Un retour identifié aux entreprises sur les autres entreprises inscrites dans le système n'est pas prévu dans le règlement modifié.

40. Par ailleurs, dans le rapport de 2003, il est clairement exprimé que le système de notification ne doit être utilisé que dans le but de la SSE de soutenir ses membres lors de soumissions complexes.<sup>28</sup> On ne voit

pas dans quelle mesure le retour identifié aux entreprises avant la remise des offres permet de remplir ce but. Le soutien par la fédération lors de soumissions complexes peut être effectué sans dévoiler l'identité des autres entreprises intéressées.

41. Contre la création d'une confiance légitime, s'ajoute par ailleurs le fait que les autorités de la concurrence ont pris des mesures qui ont remis en cause une éventuelle confiance des fédérations cantonales dans la légalité du système de notification avec retour identifié. Dans le cadre des enquêtes dans le canton d'Argovie et de Zurich, la SSE et les fédérations cantonales ont appris l'appréciation des autorités de ces systèmes de notification. Cela a poussé la SSE à abolir son règlement lors de l'assemblée des délégués de novembre 2011. De plus, la COMCO a également informé le public lors des deux décisions sur les accords de soumission publiées en 2012 et 2013.<sup>29</sup> Dans ces circonstances, une confiance sur la légalité des systèmes de notification avec retour identifié n'a pas été créée.

#### B.3.2 Conclusion intermédiaire

42. Une confiance légitime de [...] dans la légalité de son système de notification avec retour identifié n'a pas pu être créée. De plus, comme il était connu dans la branche depuis novembre 2011 que la COMCO jugeait les systèmes de notification comme problématiques, il n'existait plus d'éventuelle confiance au moment de l'ouverture de l'enquête préalable. Dans le cas présent, il ne doit donc pas être répondu à la question de savoir si la confiance était digne d'être protégée.

### B.4 Calcul de l'émoulement de l'enquête préalable

#### B.4.1 Montant de l'émoulement

43. Le montant de l'émoulement pour l'enquête préalable résulte de l'art. 53a LCart et des dispositions de l'OEEmol-LCart. L'émoulement est fonction du temps consacré à l'affaire (art. 53a al. 2 LCart et art. 4 al. 1 OEEmol-LCart). Un taux horaire de CHF 100.00 à 400.00 s'applique selon l'urgence de l'affaire et la classe de personnel employé (art. 4 al. 2 OEEmol-LCart).

44. Le temps total consacré à l'enquête préalable se monte *in casu* à 326.04 heures. Selon la classe du personnel employé, un taux horaire de CHF 130.00 à 290.00 s'applique. Le montant du taux horaire appliqué n'est pas illicite. L'échelle du taux horaire (CHF 100.00 à 400.00 par heure) est fixée par ordonnance (art. 4 al. 2 OEEmol-LCart). Le taux appliqué correspond au taux appliqué dans les procédures jusqu'à présent et n'a pas été corrigé par les instances d'appel. [...] semble partir du principe que le taux horaire correspond au salaire reçu par le collaborateur. Cela n'est pas le cas puisque ce taux horaire permet en particulier de couvrir les frais généraux des autorités (locaux, infrastructures, etc.).<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Art. 6 du règlement de la SSE; cf. le rapport du secrétariat du 15.9.2003; DPC 2003/4, 726 ss, *Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbands*.

<sup>28</sup> DPC 2003/4, 731 ch. 10, *Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbands*.

<sup>29</sup> Cf. *décision Argovie* (n. 4), 274 ch. 14, et *décision Zurich* (n. 4), 565 ch. 199.

<sup>30</sup> Cf. art. 4 al. 2 OEEmol.

45. En application du taux horaire, il en résulte les montants suivants:

- [...]
- [...]
- [...]

46. L'émolument pour l'enquête préalable se monte donc à un total de CHF 68'149.00. Un montant de CHF [...] résulte des mesures d'enquête visant à déterminer si toutes les fédérations cantonales exploitaient encore un système d'annonce. Les 11 fédérations cantonales qui n'exploitaient plus de système d'annonce ont occasionné une fraction de 11/18 des coûts de cette période (soit CHF [...]), qui restent à la charge de l'Etat. Il reste donc 7/18 (soit CHF [...]) à la charge des sept fédérations cantonales. A ce montant s'ajoute la somme de CHF [...] pour les mesures d'enquêtes qui ne concernent que les sept fédérations cantonales qui exploitaient encore un système de notification. Un montant total de CHF [...] va ainsi à la charge des sept fédérations. Ainsi, les sept fédérations ont occasionné une somme CHF [...]. Chaque fédération supporte un septième des coûts (CHF [...]), car les procédures ont été menées ensemble et les mêmes mesures ont été prises envers chaque fédération.

#### B.4.2 Partage de l'émolument à parts égales

47. Selon l'art. 53a LCart et l'art. 1a OEmol-LCart, les dispositions de l'ordonnance générale sur les émoluments<sup>31</sup> sont applicables, sauf dispositions particulières de l'OEmol-LCart. L'OEmol-LCart ne prévoit pas de disposition sur la répartition de l'émolument lorsqu'un émolumen est à la charge de plusieurs parties ayant occasionné une procédure.

48. Selon la pratique des autorités de la concurrence, ceux qui ont occasionné une procédure supportent les coûts à parts égales. Une autre répartition peut être décidée si cette répartition paraît inéquitable de manière choquante en raison de circonstances exceptionnelles. Une telle circonstance peut être un degré de participation clairement différent dans l'infraction. Cela n'est pas donné dans le cas présent. Les fédérations cantonales ont exploité un système similaire qui a fait l'objet de l'enquête préalable terminée. Elles ont provoqué dans une mesure comparable les mesures d'enquête du secrétariat. Par conséquent, les fédérations cantonales qui exploitaient encore un système de notification, dont [...], doivent supporter les coûts occasionnés à parts égales (chacune CHF [...]).

#### B.5 Emolument pour la décision d'émolument

49. Selon l'art. 53a al. 1 let. a LCart, un émolumen est prélevé pour les décisions sur l'enquête de restrictions à la concurrence selon les art. 26 à 31 LCart.

50. Selon l'art. 2 al. 1 OEmol-LCart et l'art. 2 al. 1 OGE-mol, doit s'acquitter d'un émolumen celui qui occasionne une procédure administrative. Une décision d'émolumen constitue une procédure administrative. [...] a occasionné cette procédure en refusant de payer l'émolumen imposé dans le rapport final et en exigeant une décision d'émolumen sujette à recours.

51. Selon les dispositions pertinentes, l'émolumen est calculé d'après le temps consacré à l'affaire (art. 53a al. 2 LCart et art. 4 al. 1 OEmol-LCart). Selon l'urgence de l'affaire et la classe de salaire du personnel employé, un taux de 100 à 400 francs par heure s'applique. (art. 4 al. 2 OEmol-LCart).

52. Le temps consacré se calcule de la manière suivante. Outre [...], trois autres fédérations ont refusé de payer l'émolumen et ont requis une décision d'émolumen en avançant des arguments en grande partie similaires. Quatre décisions similaires (deux en langue allemande et deux en langue française) ont dû être rédigées. La rédaction de la première décision a nécessité plus de temps que les trois suivantes. Il serait inéquitable de faire supporter les coûts réels à la première fédération car cela tient du hasard pour qui le secrétariat a rédigé la première décision. Il est donc opportun de prendre le temps total consacré à ces quatre décisions et de le diviser par le nombre de fédérations. Ces quatre décisions ont occasionné un temps total de 41 heures. Chaque fédération doit donc supporter un quart des coûts occasionnés par ces décisions.

53. Selon la classe du personnel employé, un taux horaire de CHF 130.00 à 290.00 s'applique. Il en résulte les montants suivants:

- [...]
- [...]

54. L'émolumen pour la présente décision d'émolumen s'élève au total à CHF 8'245.00. Comme [...] succombe totalement, elle doit porter la totalité de ses frais, soit CHF 2'061.25.

#### C Dispositif

En vertu de l'état de fait et de tout ce qui précède, le secrétariat avec un membre de la Présidence de la COMCO, décide:

1. [...] supporte un septième des coûts occasionnés par l'enquête préalable « 22-0435 système de notification des fédérations cantonales d'entrepreneurs » (coût total: CHF [...]) soit CHF [...].
2. [...] doit verser la somme de CHF [...] dans les 30 jours à compter de l'entrée en force de la présente décision à la Confédération helvétique.
3. L'émolumen pour la décision d'émolumen s'élève à CHF 2'061.25 et est mis à la charge de [...].
4. La décision est notifiée à:
  - [...]

[Voies de droit]

<sup>31</sup> Ordonnance générale sur les émolumens du 8 septembre 2004 (OGE-mol; RS 172.041.1).

B 1	<b>4. Beratungen</b> Recommandations Consulenze
B 1.4	<b>1. Beratung betreffend Einkaufsgemeinschaften zur Beschaffung von ATM-Geräten, ATM-Unterhaltsarbeiten und einem ATM-Monitoring-System</b>

## 1 Sachverhalt

Die Geschäftsbanken [...] (nachfolgend: „Projekträgerbanken“) beabsichtigen, Einkaufsgemeinschaften für die Beschaffung von ATM-Geräten, ATM-Unterhaltsarbeiten und einem ATM-Monitoring-System zu bilden.

Die übrigen Schweizer Banken, die in der Schweiz ATM-Geräte betreiben und diese über die SIX Payment Services AG verarbeiten, können bei entsprechendem Interesse die in Frage stehenden Produkte und Dienstleistungen ebenfalls über die geplanten Einkaufsgemeinschaften beziehen.

Die Projekträgerbanken beabsichtigen die Beschaffung der ATM-Geräte auszuschreiben und mindestens [...] ATM-Herstellern den Zuschlag für die Belieferung zu erteilen. Auch die ATM-Unterhaltsarbeiten und das ATM-Monitoring-System beabsichtigen die Projekträgerbanken auszuschreiben.

Gemäss den Angaben in der Beratungsanfrage gehen die Projekträgerbanken davon aus, durch die Einkaufsgemeinschaften Effizienzgewinne durch Skaleneffekte zu erzielen. Diese Skaleneffekte sollen zu Kosteneinsparungen von ca. [...] bei der Beschaffung der ATM-Geräten und ca. [...] bei den ATM-Unterhalts- und Wartungsdienstleistungen führen.

## 2 Beurteilung

### 2.1 Wettbewerbsabrede

Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG).

Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von 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.<sup>1</sup>

Im vorliegenden Fall kann die Beurteilung, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt oder nicht, in gedrängter Form vorgenommen werden. Die Projekträgerbanken sind Unternehmen der gleichen Marktstufe, die sich tatsächlich konkurrieren. Die Projekträgerbanken möchten durch ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken die oben beschriebenen Produkte und Dienstleistungen zusammen einkaufen und verzichten auf ihre unterneh-

merische Handlungsfreiheit in diesem Bereich. Durch diese Zusammenarbeit wird eine wichtige Wettbewerbsvariable, der Preis, für alle beteiligten Parteien vereinheitlicht. Folglich kann festgehalten werden, dass die Vereinbarung, unabhängig davon, dass es sich um eine Einkaufsregelung handelt, als Wettbewerbsabrede zu qualifizieren ist.<sup>2</sup>

### 2.2 Vermutete Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

Gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs u.a. bei der direkten oder indirekten Festsetzung von Preisen vermutet. Durch die beabsichtigte Zusammenarbeit der Projekträgerbanken werden für alle erwähnten Produkte und Dienstleistungen einheitliche Einkaufspreise festgesetzt. Im vorliegenden Fall können daher die geplanten Einkaufsgemeinschaften unter eine Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG subsumiert werden, wodurch die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet wird. Die Wettbewerbskommission hat wiederholt festgestellt, dass auch Abreden über Einkaufspreise – und nicht nur solche über Verkaufspreise – unter die Vermutung von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG fallen.<sup>3</sup>

Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt. Um dies zu beurteilen sind zunächst die sachlichen und räumlichen Märkte abzugrenzen, auf welchen sich die Abrede auswirkt.

<sup>1</sup> So etwa auch das Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.3, *Paul Koch AG/WEKO*.

<sup>2</sup> Vgl. auch die Beurteilung als Wettbewerbsabrede in RPW 2014/1, 168 Rz 90 ff., *Vereinbarung santésuisse betreffend Kundenwerbung*; RPW 2008/4, 553 Rz 63 ff., *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

<sup>3</sup> M.w.H.: RPW 2008/4, 555 Rz 70 ff. insb. Rz 74 f., *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*; RPW 2014/1, 169 Rz 98 ff., *Vereinbarung santésuisse betreffend Kundenwerbung*; RPW 2204/4, 1113 Rz 46, *Krankenversicherer/Weita AG*.

Gemäss den EU-Horizontal-Leitlinien und der Praxis der WEKO sind zur Beurteilung der Auswirkungen einer Einkaufsgemeinschaft sowohl die Einkaufsmärkte als auch die nachgelagerten Märkte zu betrachten.<sup>4</sup>

## 2.3 Einkaufsmärkte

### 2.3.1 Relevante Märkte

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 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU], der hier analog anzuwenden ist).<sup>5</sup>

Die Projektträgerbanken gehen von folgenden Beschaffungsmärkten aus: einem Beschaffungsmarkt für ATM-Geräte, einem Beschaffungsmarkt für ATM-Wartungs- und Unterhaltsdienstleistungen und einem Beschaffungsmarkt für ein ATM-Monitoring-System. Weiter gehen sie davon aus, dass diese Beschaffungsmärkte mindestens europaweit abzugrenzen seien und der ATM-Gerätebestand in der Schweiz weniger als [...] ausmache. Das Beschaffungsvolumen sowohl auf dem Markt für ATM-Geräte als auch für ATM-Dienstleistungen mache folglich weniger als [...] aus.

Die EU-Kommission hat in ihrer Praxis einen Markt für kundenbediente ATMs abgegrenzt und diesen Markt dann weiter in Untermärkte (z.B. ATMs die auch Geld annehmen) unterteilt.<sup>6</sup> Diese Beurteilung erfolgte jedoch aus Abnehmersicht und nicht aus Anbietersicht, die vorliegend relevant ist. Eine weitere Segmentierung der Märkte ist für die Zwecke der Beratungsanfrage nicht von Nöten. Die sachliche Marktabgrenzung für ATM-Geräte, ATM-Monitoringsysteme und ATM-Wartungs- und Unterhaltsdienstleistungen ist für das Sekretariat nachvollziehbar und genügt zur Beurteilung der vorliegenden Einkaufsgemeinschaft (ohne dass damit die Marktabgrenzung endgültig vorgenommen werden müsste).

Relevant ist im vorliegenden Fall eher die räumliche Marktabgrenzung. Würde nämlich ein räumlicher Markt Schweiz abgegrenzt, so würden die an der Einkaufsgemeinschaft teilnehmenden Banken einen sehr hohen Marktanteil auf den Beschaffungsmärkten auf sich vereinen. Allerdings hat die EU-Kommission den Markt europaweit abgegrenzt.<sup>7</sup> Tatsächlich ist davon auszugehen, dass die Anbieter von ATM-Geräten, ATM-Monitoringsystemen und ATM-Dienstleistungen europaweit tätig sind. Es handelt sich um grosse Konzerne wie Wincor Nixdorf, NCR, Diebold usw., die international tätig sind. Gemäss erwähntem Entscheid der EU-Kommission (Fn 6) sind zudem die-selben ATM-Geräte in verschiedenen Ländern einsetzbar und es müsse lediglich eine währungsspezifische Software auf die ATMs geladen werden. Die Entwicklungszeit und -kosten für eine solche Software sind äusserst gering.<sup>8</sup> Betreffend die ATM-Dienstleistungen kommen für die Beschaffung gemäss den Angaben der Parteien ca. 30 verschiedene Unternehmen in Frage, die europaweit tätig sind. Folglich sind die relevanten Beschaffungsmärkte europaweit abzugrenzen.

### 2.3.2 Aussenwettbewerb

Für die Beurteilung des Aussenwettbewerbs ist zu betrachten, wie die an der Abrede beteiligten Unternehmen durch aktuelle oder potentielle Konkurrenz zu wettbewerbskonformen Verhalten diszipliniert werden. Dazu können u.a. die Marktanteile betrachtet werden. Wie ausgeführt, sind die Marktanteile der Parteien auf den Beschaffungsmärkten sehr gering ([...]). Zudem werden die Parteien bei der Ausschreibung der ATM-Geräte [...] verschiedene ATM-Gerätehersteller berücksichtigen. Aufgrund des geringen Marktanteils ist davon auszugehen, dass die Parteien über keine Möglichkeit verfügen den Wettbewerb auf den Einkaufsmärkten zu beseitigen. Folglich muss der Innenwettbewerb nicht genauer untersucht werden.

### 2.3.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs und Effizienzgründe

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). Auf die Voraussetzungen der erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung muss an dieser Stelle nicht eingegangen werden, da das Sekretariat die Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz aus folgenden Gründen für gerechtfertigt hält:

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 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.

Wie ausgeführt, gehen die Projektträgerbanken davon aus, Kosteneinsparungen von ca. [...] bei der Beschaffung der ATM-Geräte und ca. [...] bei den ATM-Unterhalts- und Wartungsdienstleistungen zu erzielen. Dies führen sie auf eine Reduktion der Produkt-, Wartungs- und Unterhaltskosten dank Mengen- und Volumenrabatten sowie auf eine Aufteilung der Planungs- und Entwicklungskosten und eine Minimierung des Ver-

<sup>4</sup> RPW 2014/1, 172 Rz 122, *Vereinbarung santésuisse betreffend Kundenwerbung; Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit*, ABl. C 11 vom 14.1.2011 S. 1 ff., Rz 197 (nachfolgend: EU-Horizontal-Leitlinien).

<sup>5</sup> BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>6</sup> Entscheid vom 2. Juli 2012: Case No COMP/M.6535, 2 Rz 6 ff., *GLORY/TALARIS TOPCO*.

<sup>7</sup> Entscheid vom 2. Juli 2012: Case No COMP/M.6535, 7 ff. Rz 26 ff., *GLORY/TALARIS TOPCO*.

<sup>8</sup> Entscheid vom 2. Juli 2012: Case No COMP/M.6535, 9 Rz 35, *GLO-RY/TALARIS TOPCO*.

waltungsaufwands zurück. Diese Effekte beschreiben Effizienzgründe, die eine Wettbewerbsabrede rechtfertigen können. Aufgrund des geringen Marktanteils besteht für die Parteien zusätzlich keine Möglichkeit den wirklichen Wettbewerb zu beseitigen.

Die wettbewerbsschädlichen Auswirkungen, die eine Einkaufskooperation auf den Wettbewerb auf den Einkaufsmärkten haben kann, wird im vorliegenden Fall auch dadurch entschärft, dass die beteiligten Parteien einander keine Informationen offenlegen werden, welche nicht im direkten Zusammenhang mit der Beschaffung der oben genannten Produkte und Dienstleistungen stehen und die zu beschaffenden Produkte und Dienstleistungen in keiner Weise miteinander gekoppelt werden. Ausserdem ist die Teilnahme an den Einkaufsgemeinschaften freiwillig und es werden keine ausschliesslichen Bezugspflichten vereinbart.

Zusammenfassend kann daher von einer Rechtfertigung aus Effizienzgründen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG ausgegangen werden. Die Einkaufsgemeinschaft führt zu tieferen Einkaufspreisen, ohne dass die Gefahr der Beseitigung des Wettbewerbs vorliegen würde.

## 2.4 Nachgelagerter Markt

Wie ausgeführt, ist neben den Einkaufsmärkten auch der nachgelagerte Markt zu betrachten.

### 2.4.1 Relevanter Markt

Im vorliegenden Fall ist der nachgelagerte Markt der Markt für „Bargeldbezug an Bankomaten“. Mit dieser Marktabgrenzung hat sich das Sekretariat bereits in der Vergangenheit im Rahmen der Vorabklärung „Gebühr für den Bargeldbezug an Bancomaten bzw. Postomaten („ATM Service-Fee“)" auseinandergesetzt.<sup>9</sup>

Räumlich betrachtet ist der Markt für den Bargeldbezug an Bankomaten deutlich enger abzugrenzen als die Abgrenzung auf den Beschaffungsmärkten. Die genaue Abgrenzung wird vorliegend jedoch offen gelassen, da sich selbst bei lokaler (engst möglicher) Marktabgrenzung die Beurteilung der Beratungsanfrage nicht ändert.

### 2.4.2 Beurteilung der Wettbewerbssituation

Anders auf den Einkaufsmärkten betrifft die Abrede über den gemeinsamen Einkauf den nachgelagerten Markt nicht direkt, sondern allfällige negativen Folgen können insbesondere das Ergebnis einer Kollusion sein.

Wenn Wettbewerber einen erheblichen Teil ihrer Produkte zusammen einkaufen, kann sich für sie der Anreiz für Preiswettbewerb auf den Verkaufsmärkten erheblich verringern. Falls die Parteien dort über einen erheblichen Grad an Marktmacht verfügen, der nicht auf Marktbeherrschung hinauslaufen muss, ist es wahrscheinlich, dass die mit der gemeinsamen Einkaufsregelung erzielten niedrigeren Einkaufspreise nicht an die Verbraucher weitergegeben werden.<sup>10</sup> Wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen sind eher wahrscheinlich, wenn ein erheblicher Teil der variablen Kosten der Parteien der Einkaufsgemeinschaft auf dem relevanten nachgelagerten Markt gemeinsame Kosten sind.<sup>11</sup>

Obwohl die definitive Marktabgrenzung offen gelassen wurde, ist davon auszugehen, dass die Parteien auf dem beschriebenen Markt einen erheblichen Grad an Markt-

macht verfügen, da die Einkaufsgemeinschaft [...] in der Schweiz umfasst.

Die Projektträgerbanken gehen allerdings davon aus, dass maximal [...] der Kosten für den Betrieb von ATMs durch die Einkaufsgemeinschaften zu gemeinsamen Kosten werden.

Der vorliegende Sachverhalt unterscheidet sich insofern von einer klassischen Einkaufsgesellschaft, dass nicht die gemeinsam eingekauften Produkte weiterverkauft werden. Stattdessen wird durch die Verwendung der eingekauften Produkte und bezogenen Dienstleistungen eine Dienstleistung an den Endkonsumenten angeboten. Dies führt dazu, dass Einsparungen auf den Beschaffungsmärkten einen weniger direkten Einfluss auf den Preis für die Endkonsumenten hat. Zudem ist der Bargeldbezug an einem Bankomaten von dem Besitz einer entsprechenden Zahlkarte abhängig, d.h. von einem entsprechenden Vertrag (mit zusätzlichen Konditionen wie Jahresgebühren oder Verbindung mit einem Kundenkonto) mit einem Karteninstitut.<sup>12</sup> Der Bargeldbezug kann durch diese Verbindung mit dem Endkunden querfinanziert werden und hat nicht kostendeckend zu erfolgen. Als weites Indiz dafür lässt sich anführen, dass Bargeldbezüge bei der eigenen Bank in der Regel gebührenfrei sind und ein nahezu perfektes Substitut für den Bargeldbezug bei einer Drittbank darstellen.<sup>13</sup>

Die Parteien bestätigen, dass [...] und die Effizienzgewinne dazu führen sollen, dass [...].

Diese Ausführungen der Parteien können eine genügende Weitergabe der Vorteile der Einkaufsgemeinschaften an den Endkonsumenten darstellen.

In erwähntem Schlussbericht (Fn 9) kommt das Sekretariat zudem zum Schluss, dass eine multilaterale Vereinbarung über die ATM-Service Fee den Wettbewerb auf diesem Markt nicht erheblich beeinträchtigt und selbst wenn dies der Fall wäre, wäre die Vereinbarung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt.<sup>14</sup>

Für die Beurteilung der Einkaufsgemeinschaften für ATM-Geräte, ATM-Unterhaltsarbeiten sowie einem ATM-Monitoring-System bedeuten diese Erkenntnisse, dass selbst eine (solche) Abrede auf dem nachgelagerten Markt nicht zu einem Verstoss gegen das Kartellgesetz führt. Folglich ist es nicht ausschlaggebend, dass die Parteien über einen erheblichen Grad an Marktmacht auf dem nachgelagerten Markt verfügen, zumal sie sogar bestätigen, dass durch die Einkaufsgemeinschaften keine Vereinheitlichung von Preisen und Produkten auf den Absatzmärkten der beteiligten Parteien bewirkt wird und die einzelnen Kooperationspartner bei der Preisgestaltung weiterhin frei sein werden.

<sup>9</sup> RPW 2006/3, 425 Rz 34 ff., *Gebühr für den Bargeldbezug an Bancomaten bzw. Postomaten („ATM Service-Fee“)*.

<sup>10</sup> EU-Horizontal-Leitlinien Rz 201; RPW 2014/1, 172 Rz 126, *Vereinbarung santésuisse betreffend Kundenwerbung*.

<sup>11</sup> EU-Horizontal-Leitlinien Rz 214.

<sup>12</sup> Vgl. RPW 2006/3, 425 Rz 36., *Gebühr für den Bargeldbezug an Bancomaten bzw. Postomaten („ATM Service-Fee“)*.

<sup>13</sup> Ibid. Rz 35.

<sup>14</sup> Ibid. Rz 39 ff.



### 2.4.3 Wettbewerbssituation für Banken und Finanzdienstleister, die nicht Teil der Einkaufsgemeinschaften sind

Neben den Projektträgerbanken können sich auch die übrigen Schweizer Banken, die ATM-Geräte betreiben und diese über die SIX Payment Services AG verarbeiten, der Einkaufsgemeinschaft anschliessen. Bargeldbezüge in der Schweiz können ausser über die SIX Services AG auch über das System der Postomaten erfolgen. Weiter gibt es gemäss den Aussagen der Parteien in der Schweiz kleinere Finanzdienstleister, die nicht dem SIX-System angeschlossen sind. Diese Finanzdienstleister sind in der Zahl und Bedeutung jedoch gering. Sowohl die Betreiberin von Postomaten (PostFinance AG), als auch diese kleineren Finanzdienstleister sind von den Einkaufsgemeinschaften der Projektträgerbanken ausgeschlossen.

Wettbewerbsrechtlich kritisch sind Situationen zu würdigen, in denen Konkurrenten aufgrund des Ausschlusses von der Einkaufsgemeinschaft einen Wettbewerbsnachteil auf dem nachgelagerten Markt spüren, da sie grössere Beschaffungskosten zu tragen haben. Aufgrund der oben ausgeführten besonderen Situation auf dem Markt für „Bargeldbezug an Bankomaten“, insbesondere dass die Deckung der Kosten des Betriebs von ATMs nicht vollständig durch die Gebühren zu erfolgen hat, sind die Wettbewerbsnachteile geringer als bei klassischen Einkaufsgemeinschaften. Zudem ist zu beachten, dass maximal [...] der Kosten für den Betrieb der ATMs gemeinsame Kosten sind, d.h. ein grosser Teil der Kosten, auch von den Parteien der Einkaufsgemeinschaften, weiterhin zwischen allen Konkurrenten und je nach Standort unterschiedlich ist.

Es besteht zudem keine allgemeine Pflicht alle Konkurrenten in die Einkaufsgemeinschaft einzubeziehen. Einkaufsgemeinschaften ist es inhärent, dass sie sowohl wettbewerbsfördernde als auch wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen zeitigen. Insgesamt müssen die wirtschaftlichen Vorteile die Nachteile überwiegen.<sup>15</sup> Im vorliegenden Fall überwiegen wohl die wettbewerbsfördernden Aspekte, weshalb insgesamt die Abrede gerechtfertigt sein kann.

### 3 Fazit

Aufgrund der aufgeführten Effizienzsteigerungen und Massnahmen der Parteien, um wettbewerbschädliche Auswirkungen auf die Märkte zu verhindern, liegen für die Einkaufsgemeinschaft Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG vor, so dass die Abrede gerechtfertigt wäre, sollte sie denn die Schwelle der Erheblichkeit überschreiten.

<sup>15</sup> RPW 2014/1, 177 Rz 157, Vereinbarung santésuisse betreffend Kundenwerbung.

B 1	<b>5. BGBM</b> LMI LMI
B 1.5	<b>1. Entscheid vom 24. März 2015 des Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Luzern betr. Wirtschaftsbewilligung</b>

*Publikation eines kantonalen Entscheids, der in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen ist (Art. 10a Abs. 2 BGBM)*

**Entscheid 2015-47 vom 24. März 2015 des Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Luzern**

\* \* \*

**ENTSCHEID**

Gastgewerbewesen: Verwaltungsbeschwerde gegen eine Auflage in der Wirtschaftsbewilligung vom 29. Dezember 2014

Beschwerdeführerin: A., Restaurant R., [im Kanton Luzern]

Vorinstanz: Luzerner Polizei, Abteilung Gastgewerbe und Gewerbepolizei, Hallwilerweg 5, Postfach, 6002 Luzern

**Sachverhalt**

1. A. stellte am 22. Dezember 2014 bei der Luzerner Polizei, Abteilung Gastgewerbe und Gewerbepolizei, ein Gesuch um Erteilung einer Wirtschaftsbewilligung für das Restaurant R. [im Kanton Luzern]. Mit Entscheid vom 29. Dezember 2014 erliess diese eine bis Ende März 2015 befristete Bewilligung und forderte A. auf, bis zu diesem Zeitpunkt eine Ergänzungsprüfung in den Fächern „Kantonale Gastgewerbegesetzgebung“ und „Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen“ abzulegen.

2. Gegen diese Auflage in der Wirtschaftsbewilligung erhob A. am 27. Januar 2015 beim Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons Luzern Verwaltungsbeschwerde und ersuchte um Befreiung von der Ergänzungsprüfung. Zur Begründung machte sie im Wesentlichen geltend, sie besitze das Wirtepatent des Kantons Bern. Dieses sei in der ganzen Schweiz gültig. Die Gastgewerbegesetzgebung des Kantons Luzern unterscheide sich nur minim von derjenigen des Kantons Bern. Die Ergänzungsprüfung sei ihr deshalb zu ersparen.

3. Am 19. Februar 2015 leistete A. einen Kostenvorschuss von Fr. 1'500.- zur Sicherstellung der amtlichen Kosten.

4. In ihrer Vernehmlassung vom 3. Februar (recte: März) 2015 beantragte die Luzerner Polizei, Abteilung Gastgewerbe und Gewerbepolizei, die Abweisung der Verwaltungsbeschwerde. Zur Begründung machte sie im

Wesentlichen geltend, A. verfüge über einen Fähigkeitsausweis des Kantons Bern. Dieser werde unter Auflagen anerkannt. Das kantonale Recht verlange für die Anerkennung von Ausweisen oder Zeugnissen jedoch, dass für die nicht geprüften Bereiche des öffentlichen Rechts eine Ergänzungsprüfung zu bestehen sei. Bei der Ergänzungsprüfung gehe es darum, kantonales Recht und die Kenntnisse über die kantonale Praxis zu prüfen. Dies stelle keinen Verstoss gegen das Binnenmarktgesetz dar.

5. Anlässlich eines Telefongesprächs vom 23. März 2015 teilte A. mit, sie werde die Ergänzungsprüfung nun doch absolvieren und habe bereits einen Prüfungstermin vereinbart.

6. Auf die weiteren Ausführungen ist - soweit von Bedeutung - in den Erwägungen zurückzukommen.

**Erwägungen:**

1. Die Beschwerdeführerin wehrt sich mit Beschwerde gegen eine Auflage in der Wirtschaftsbewilligung vom 29. Dezember 2014. Von der Vorinstanz verfügte Auflagen können gestützt auf § 37 des Gesetzes über das Gastgewerbe, den Handel mit alkoholischen Getränken und die Fasnacht vom 15. September 1997 (Gastgewerbegesetz) in Verbindung mit § 142 Absatz 1b des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 3. Juli 1972 (VRG) mit Verwaltungsbeschwerde beim Justiz- und Sicherheitsdepartement als sachlich zuständiges Departement angefochten werden (vgl. § 6 Unterabs. oder Verordnung über die Aufgaben der Departemente und der Staatskanzlei sowie die Gliederung der Departemente in Dienststellen vom 06.05.2003). Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist durch die angefochtene Auflage besonders berührt (§ 129 Abs. 1a und b VRG). Zusätzlich setzt das Recht zur Beschwerde aber auch voraus, dass an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung ein aktuelles schutzwürdiges Interesse besteht (§ 129 Abs. 1c VRG). Das schutzwürdige Interesse an der Beurteilung der Beschwerde muss nicht nur bei der Beschwerdeeinreichung, sondern auch noch im Zeitpunkt der Entscheidfällung aktuell und praktisch sein. Diese Voraussetzung soll im Interesse der Prozessökonomie sicherstellen, dass konkrete, nicht bloss theoretische Fragen entschieden werden. Auf das Erfordernis des aktuellen Interesses kann verzichtet werden, wenn sich die aufgeworfenen Fragen unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen können, eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre und die Beantwortung wegen deren

grundsätzlicher Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt (Urteil des Bundesgerichts 2C\_772/2013 vom 04.09.2014, BGE 139 I 206 E. 1.1 S. 208, 136 11101 E. 1.1 S. 103, 135 I 79 E. 1.1 S. 81, 127 I 164 E. 1a S. 166). Die Beschwerdeführerin hat im Beschwerdeverfahren erklärt, sie werde die mittels Auflage verfügte Ergänzungsprüfung nun doch absolvieren und habe dafür bereits einen Termin vereinbart. Die Beschwerdeführerin hat die Ergänzungsprüfung aber noch nicht absolviert, womit ein aktuelles Interesse an der Beschwerdebeurteilung zum heutigen Zeitpunkt immer noch gegeben ist. Die aufgeworfene Frage nach der Zulässigkeit der verfügten Auflage ist zudem von grundsätzlicher Bedeutung und kann sich erneut stellen. Dies rechtfertigt die vorinstanzliche Bewilligungspraxis zu überprüfen. Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist deshalb einzutreten.

2. Die Vorinstanz hat gegenüber der Beschwerdeführerin in der Wirtschaftsbewilligung vom 29. Dezember 2014 unter anderem verfügt, dass sie bis Ende März 2015 eine Ergänzungsprüfung über die kantonale Gastgewerbegesetzgebung (inkl. Glücksspiel und Automaten) sowie über das Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen zu bestehen habe. Die Beschwerdeführerin wehrt sich gegen diese Auflage.

2.1 Streitig ist vorliegend die Zulässigkeit einer Auflage im Rahmen der der Beschwerdeführerin erteilten Wirtschaftsbewilligung zum Betrieb eines Restaurants. Unstreitig ist, dass die von der Beschwerdeführerin ausgeübte Tätigkeit (Abgabe von Getränken und Speisen) vom Geltungsbereich des Gastgewerbegesetzes erfasst wird (vgl. § 2 Abs. 1a Gastgewerbegesetz) und der diesbezüglichen Bewilligungspflicht unterstellt ist (§ 6 Abs. 1b Gastgewerbegesetz). Die Zulässigkeit der streitigen Auflage ist mithin unter dem Gesichtswinkel dieses Gesetzes zu beurteilen.

2.2 Auflagen und Bedingungen stellen sogenannte Nebenbestimmungen von Verfügungen dar, welche insbesondere bei Bewilligungen praktisch bedeutsam sind. Im Grundsatz setzt die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen voraus, dass sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, welche jedoch nicht zwingend eine ausdrückliche zu sein braucht. Fehlt es an einer solchen, erweisen sie sich insoweit als zulässig, als sie in einem engen sachlichen Zusammenhang mit den Zwecken stehen, welche die Hauptregelung (z.B. die Bewilligung) im Einzelfall verfolgt, und überdies mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit vereinbar sind; unzulässig sind demgegenüber sachfremde Nebenbestimmungen. Bei begünstigenden Verfügungen - wie Bewilligungen - sind Bedingungen und Auflagen namentlich dann zulässig, wenn sie aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen überhaupt verweigert werden könnten und die Nebenbestimmungen insofern als mildere Alternative zur gänzlichen Abweisung des Gesuchs erscheinen (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, Rz. 918 ff.; BGE 121 II 88 E. 3a S. 89 f. mit Hinweisen). Dies gilt namentlich etwa für den Bereich der Bewilligungen des gesteigerten Gemeingebrauchs, bei welcher eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen ist und entgegenstehenden Interessen mit allfälligen Auflagen und Bedingungen (oder Alternativen in örtlicher oder zeitlicher Hinsicht) begegnet werden

kann (BGE 127 I 164 E. 3b S. 170 f. sowie E. 5 Ingress S. 176 f.). Aber auch bei einer reinen Polizeierlaubnis, bei welcher der behördliche Ermessensspielraum weniger weit geht und der Gesuchsteller bei gegebenen Voraussetzungen einen Rechtsanspruch auf Bewilligungserteilung hat, sind Auflagen und Bedingungen unter den oben genannten Voraussetzungen grundsätzlich erlaubt. Ein enger Sachzusammenhang zur Hauptregelung und die Einhaltung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes werden auch dann verlangt, wenn es um die Anordnung von gesetzlich vorgesehenen Nebenbestimmungen geht, im Besonderen dann, wenn sich das Sachgesetz lediglich mit einer allgemeinen Ermächtigungsklausel zur Anordnung von Bedingungen und Auflagen begnügt.

3. Artikel 27 Absatz 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) gewährleistet die Wirtschaftsfreiheit und gilt grundsätzlich auch für die Führung eines Restaurationsbetriebs. Die Wirtschaftsfreiheit gilt indes nicht absolut. Sie darf nach den allgemeinen, in Artikel 36 BV umschriebenen Regeln für Grundrechtseingriffe eingeschränkt werden. Eingriffe bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, müssen durch ein überwiegend öffentliches Interesse gerechtfertigt sein und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit sowie der Rechtsgleichheit wahren (vgl. BGE 125 1337 E. 2a).

3.1 Die vorliegend streitige Auflage, wonach die Beschwerdeführerin eine Ergänzungsprüfung zu bestehen hat, kann sich zunächst auf die allgemein gehaltene Ermächtigungsklausel in § 7 Absatz 2 des Gastgewerbegesetzes stützen. Als weitere gesetzliche Bestimmung umschreibt § 11 Absatz 1 des Gastgewerbegesetzes den Nachweis der gastgewerblichen Kenntnisse. Gemäss dieser Bestimmung kann der Nachweis dieser Kenntnisse durch eine staatliche Prüfung (Unterabs. a.), durch Abschlusszeugnisse einer gastgewerblichen Fachhochschule (Unterabs. b.) oder durch Ausweise anderer Kantone (Unterabs. c) erbracht werden. Der Regierungsrat regelt das Nähere der Prüfung und des Prüfungsnachweises, die Voraussetzungen für die Anerkennung der Abschlusszeugnisse von gastgewerblichen Fachschulen und der Ausweise anderer Kantone in der Verordnung (§11 Abs. 2 Gastgewerbegesetz). Die Details über die Anerkennung anderer Ausweise und Zeugnisse sind in § 9 der Verordnung zum Gesetz über das Gastgewerbe, den Handel mit alkoholischen Getränken und die Fasnacht (Gastgewerbeverordnung) vom 30. Januar 1998 geregelt. Gemäss dieser Bestimmung gilt der Nachweis ausreichender Kenntnisse als erbracht durch Ausweise oder Zeugnisse anderer Kantone, wenn diese aufgrund einer Prüfung ausgestellt wurden und alle Bereiche des öffentlichen Rechts gemäss § 10 Absatz 1 des Gastgewerbegesetzes geprüft wurden (Unterabs. a.), durch vom Justiz- und Sicherheitsdepartement anerkannte Ausweise oder Zeugnisse gastgewerblicher Fachschulen (Unterabs. b.). In nicht geprüften Bereichen des öffentlichen Rechts gemäss § 10 Absatz 1 des Gastgewerbegesetzes ist für die Anerkennung der Ausweise oder Zeugnisse eine Ergänzungsprüfung zu bestehen (§ 9 Abs. 2 Gastgewerbeverordnung). Die Vorinstanz ordnete gegenüber der Beschwerdeführerin gestützt auf diese Bestimmung eine Ergänzungsprüfung an. Die von ihr verfügte Auflage hat

somit eine Grundlage im Gastgewerbegesetz und der Gastgewerbeverordnung.

3.2 Der Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit muss weiter durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sein (Art. 36 Abs. 2 BV). Im öffentlichen Interesse liegt der allgemeine Polizeigüterschutz, worunter auch der Schutz der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit sowie der Schutz der Gesundheit fällt (vgl. Botschaft B 58 des Regierungsrates vom 03.09.1996 zum Entwurf eines Gesetzes über das Gastgewerbe, den Handel mit alkoholischen Getränken und die Fasnacht [Gastgewerbegesetz], in: Verhandlungen des Grossen Rates [GR] 1996 S. 1284). Das Erfordernis eines Fähigkeitsausweises im Gastgewerbe, durch den sich ein Inhaber oder eine Inhaberin über ausreichende gastgewerbliche Kenntnisse in den Bereichen des öffentlichen Rechts gemäss § 10 Absatz 1 des Gastgewerbegesetzes ausweist, dient insbesondere dem Schutz der öffentlichen Gesundheit vor Gefährdung durch verdorbene Speisen oder Getränke oder durch desolate betriebshygienische Verhältnisse und liegt damit im öffentlichen Interesse. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt, dass Verwaltungsmassnahmen zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Zieles geeignet, notwendig und für die Betroffenen zumutbar sind (Art. 36 Abs. 3 BV). Ausserdem muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Einschränkungen stehen, die den Betroffenen auferlegt werden. Die von der Vorinstanz verfügte Auflage, das heisst das Absolvieren einer Ergänzungsprüfung ist geeignet, die gastgewerblichen Kenntnisse der Beschwerdeführerin zu vertiefen. Es ist jedoch fraglich, ob sie aus Gründen des öffentlichen Interesses notwendig und verhältnismässig ist. Dies ist im Folgenden näher zu prüfen.

4. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie verfüge über einen Fähigkeitsausweis für Gastwirtinnen und Gastwirte des Kantons Bern. Gastro Schweiz habe ihr bestätigt, dass der Ausweis in der ganzen Schweiz gültig sei. Sie weist weiter darauf hin, dass sich die Gastgewerbegesetzgebung des Kantons Bern nur minim gegenüber derjenigen des Kantons Luzern unterscheide. Die Vorinstanz entgegnet, dass der Fähigkeitsausweis der Beschwerdeführerin gestützt auf § 9 Absatz 1a der Gastgewerbeverordnung anerkannt werde. Die Beschwerdeführerin habe jedoch eine Ergänzungsprüfung zu bestehen, weil die luzernische Gastgewerbegesetzgebung in diversen Punkten (z.B. Öffnungszeiten, Freinächte, Verlängerungsregelungen) von der bernischen abweiche. Für die Führung eines Restaurationsbetriebs im Kanton Luzern sei es wichtig, die kantonalen Gesetzesbestimmungen zu kennen. Die Anordnung einer Ergänzungsprüfung verstösse auch nicht gegen das Binnenmarktgesetz.

4.1 Der Vorinstanz ist grundsätzlich zuzustimmen, dass für die Führung eines Restaurationsbetriebs Kenntnisse der kantonalen Gastgewerbegesetzgebung wichtig sind. Die Beschwerdeführerin verfügt aber Unbestrittenermassen über den Fähigkeitsausweis für Gastwirtinnen und Gastwirte des Kantons Bern (Akten Beschwerdeführerin Bei. 2). Gemäss Artikel 95 Absatz 2 BV gewährleistet der Bund, dass u.a. Personen mit einem kantonalen oder kantonal anerkannten Ausbildungsabschluss ihren Beruf in der ganzen Schweiz ausüben können. Dies wird

im Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (BGBM) näher präzisiert. Die Beschwerdeführerin kann sich auf Artikel 4 BGBM berufen, denn diese Bestimmung setzt voraus, dass in einem andern Kanton ein Ausweis erworben bzw. anerkannt wurde (vgl. BGE 125 II 56 E. 4b S. 61). Gemäss Artikel 4 Absatz 1 BGBM gelten kantonale oder kantonal anerkannte Fähigkeitsausweise einer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz, sofern sie nicht Beschränkungen nach Artikel 3 BGBM unterliegen. Diese Bestimmung stellt eine Ergänzung des Rechts auf freien Marktzugang nach Massgabe der Herkunftsvorschriften dar. Sie soll gewährleisten, dass der Binnenmarkt Schweiz bei bewilligungspflichtigen Erwerbstätigkeiten nicht durch unterschiedliche kantonale Bewilligungsvoraussetzungen vereitelt wird. Beschränkungen sind nur zulässig, wenn sie gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten, zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und verhältnismässig sind (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Zudem besteht nach Artikel 2 Absatz 5 BGBM explizit die Vermutung der Gleichwertigkeit kantonaler Marktzugangsregelungen. Diese Vermutung verlore ihren Sinn, müsste die Befähigung des Betroffenen - einem neuerlichen Zulassungsverfahren gleich - vom Bestimmungskanton abermals individuell überprüft werden. Sie wird allerdings widerlegt, wenn konkrete Anhaltspunkte bestehen, dass die Voraussetzungen für die seinerzeitige Marktzulassung im Herkunftskanton gar nie erfüllt wurden oder zwischenzeitlich nicht mehr erfüllt werden (Urteil des Bundesgerichts 2C\_57/2010 vom 04.12.2010 E. 4.1, BGE 135 II 12 E. 2.4 S. 19). Solches ist im vorliegenden Fall weder ersichtlich noch dargetan (vgl. Akten Vorinstanz Bei. 3 und 4), weshalb davon auszugehen ist, dass die zuständige bernische Behörde die dortigen Bewilligungsanforderungen korrekt angewendet hat.

4.2 Wer im Kanton Luzern um eine Bewilligung nachsucht, muss handlungsfähig sein und Gewähr für die einwandfreie Führung des Betriebs bieten sowie über ausreichende Kenntnisse in den Bereichen Gastgewerbegesetzgebung, Lebensmittelgesetzgebung und Hygiene, Suchtprävention, Arbeits- und Ausländerrecht, Sozialversicherungsrecht und Brandschutz verfügen (§§ 9 Abs. 1 und 10 Abs. 1 Gastgewerbegesetz). Auch das Gastgewerbegesetz des Kantons Bern vom 11. November 1993 (GGG) gestattet die Führung eines Restaurationsbetriebs nur vertrauenswürdigen Personen (vgl. Art. 19 GGG). Abschlüsse bernischer Berufsverbände werden als gastgewerbliche Fähigkeitsausweise anerkannt, sofern diese die allgemein anerkannten Grundkenntnisse zur Leitung eines Gastgewerbebetriebs und die berufsethischen Anforderungen vermitteln, wie sie in Reglementen und Richtlinien der schweizerischen Berufsverbände enthalten sind (Art. 20 GGG und Art. 20 Gastgewerbeverordnung des Kantons Bern vom 13.04.1994 [GGV]). Die Beschwerdeführerin hat das Gastro-Grundseminar GI von Gastro-Suisse abgeschlossen (Akten Beschwerdeführerin Bei. 3-9). Der Kanton Bern hat diesen Abschluss anerkannt und ihr dafür das bernische Fähigkeitszeugnis für Gastwirtinnen und Gastwirte erteilt (Akten Beschwerdeführerin Bei. 2). Zu beachten ist, dass sogar die Vorinstanz in ihrem Merkblatt zur Wirteprüfung den Besuch des Gastro-Kurses GI als Prüfungsvorbereitung empfiehlt (edierte Akten Bei. 1). Ge-

mäss Inhalt des Gastro-Grundseminars GI (vgl. [http://www.gastrosuisse.ch/dbFile/229396/2011-Wegleitung\\_G1\\_d.pdf](http://www.gastrosuisse.ch/dbFile/229396/2011-Wegleitung_G1_d.pdf)) und Prüfungsordnung (vgl. [http://www.gastrosuisse.ch/dbFile/228684/Reglement\\_GI\\_d.pdf](http://www.gastrosuisse.ch/dbFile/228684/Reglement_GI_d.pdf)) werden für das Bestehen der Prüfung praktisch die gleichen fachlichen Kenntnisse vorausgesetzt wie im Kanton Luzern. Es kann deshalb von der Gleichwertigkeit der beiden Zulassungssysteme ausgegangen werden. Sowohl die Luzerner als auch die Berner Gastgewerbegesetzgebung sehen nebst persönlichen auch ausreichende fachliche Voraussetzungen vor. Gemäss Artikel 3 Absatz 2 litera a BGBM ist eine Beschränkung des Marktzugangs von Gesetzes wegen dann als nicht verhältnismässig anzusehen, wenn der hinreichende Schutz überwiegender öffentlicher Interessen bereits durch die Vorschriften des Herkunftskantons erreicht wird. Liegen gleichwertige Marktzugangsordnungen im Sinne von Artikel 2 Absatz 5 BGBM vor, bleibt für eine zusätzliche Verhältnismässigkeitsprüfung kein Raum (BGE 135 I 112 E. 2.4 S. 19). Gründe des öffentlichen Interesses, welche gegenüber Inhabern des bernischen Fähigkeitsausweises das Absolvieren der von der Vorinstanz verlangten Ergänzungsprüfung im Hinblick auf das im Kanton Luzern angestrebte Schutzniveau als geradezu „unerlässlich“ (im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b BGBM) erscheinen lassen würden, sind nicht ersichtlich. Zwar hat die Beschwerdeführerin die kantonale Gastgewerbegesetzgebung (z.B. Regelung der Öffnungszeiten, Freinächte oder Verlängerungen) zu kennen. Es kann von ihr jedoch erwartet werden, dass sie sich in dieser Hinsicht selber kundig macht. Zur unternehmerischen Selbstverantwortung gehört ebenfalls, sich vor Übernahme eines Restaurationsbetriebes nebst dem praktischen Können auch das notwendige Wissen zu holen und zu erarbeiten. Die Vorinstanz könnte zudem beispielsweise bei der Bewilligungserteilung mit einem Merkblatt auf die kantonalen Gesetzesbestimmungen hinweisen (vgl. [http://www.gastroprofessional.ch/dbFile/286024/Kantonale\\_Gastgewerbegesetzte.pdf](http://www.gastroprofessional.ch/dbFile/286024/Kantonale_Gastgewerbegesetzte.pdf)) oder diese allenfalls sogar aushändigen. Dem polizeilichen Schutzbedürfnis wird zudem mit Kontrollen und im Fall von Widerhandlungen gegen Bestimmungen des Gastgewerbegesetzes mit Strafanzeigen ausreichend Rechnung getragen. Verfügt die Beschwerdeführerin -wie im vorliegenden Fall - über ein gleichwertiges Fähigkeitszeugnis, so genügt dies zusammen mit den bestehenden Kontrollmöglichkeiten im Bereich des Gastgewerbes für den Schutz der Polizeigüter. Das Bestehen einer Ergänzungsprüfung, wie es die Vorinstanz verlangt, dient zwar der Sicherstellung der Rechtskenntnisse der Beschwerdeführerin, ist aber zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen nicht unerlässlich (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. b BGBM). Zu beachten ist zudem, dass verschiedene Kantone (AR, GL, GR, SO, SZ, UR, ZG, ZH) keinen Fähigkeitsausweis für die Führung eines Restaurationsbetriebs verlangen. Dies bildet ebenfalls einen Anhaltspunkt dafür, dass für die erwähnten Anforderungen kein allzu gewichtiges öffentliches Interesse besteht und (lebensmittel-)polizeiliche Kontrollen ausreichen, um den Schutz der Polizeigüter zu gewährleisten (ZB1101/2000 S. 501).

4.3 Selbst wenn im vorliegenden Fall das öffentliche Interesse an der Ergänzungsprüfung bejaht würde, erwiese sich die Auflage als unverhältnismässig. Ein

Kernanliegen der Revision des BGBM vom 16. Dezember 2005 war nämlich die Ausdehnung des freien Marktzugangs nach Massgabe der Herkunftsvorschriften auf die gewerbliche Niederlassung, womit die berufliche Mobilität innerhalb der Schweiz weiter erleichtert und die Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Volkswirtschaft gestärkt werden sollte. Im Weiteren wurde mit der Revision die Ausnahmebestimmung von Artikel 3 BGBM, welche unter gewissen Umständen Beschränkungen des freien Marktzugangs zulässt, enger gefasst. Die Verweigerung des Marktzugangs durch die Behörden des Bestimmungsortes sollte grundsätzlich nicht mehr möglich sein. Vielmehr sind an die Verhältnismässigkeit von Marktzugangsbeschränkungen erhöhte Anforderungen zu stellen (vgl. Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24.11.2004, in: BBI 2005 S. 481). Gemäss Artikel 2 Absatz 4 BGBM gilt seither der Grundsatz des freien Marktzugangs nach den Vorschriften des Herkunftsortes auch für die Niederlassung. Wer also zur Ausübung einer Tätigkeit an einem Ort eine gewerbliche Niederlassung begründet, kann sich auf die Vorschriften am Ort der Erstniederlassung berufen. Damit gelangen diejenigen Berufsgruppen, die sich aufgrund der Natur ihrer gewerblichen Tätigkeit am Ort der Leistung niederlassen müssen (z.B. Gastwirte) in den Genuss des freien Marktzugangs. Hat eine zuständige Vollzugsbehörde den Marktzugang bewilligt, so gilt dieser Entscheid für die ganze Schweiz (Art. 2 Abs. 6 BGBM). Beschränkungen des Zugangs sind nur nach Massgabe von Artikel 3 BGBM zulässig (BBI 2005 S. 484). Hinzu kommt, dass Artikel 3 Absatz 2 litera d BGBM die Behörden verpflichtet, bei der Verhältnismässigkeitsprüfung zusätzlich die Berufserfahrung zu berücksichtigen, welche der Anbieter oder die Anbieterin am Herkunftsort erlangt hat. Vor der Revision 2005 wurden beispielsweise Fälle nicht erfasst, in denen der Marktzugang am Bestimmungsort vom Besitz eines Fähigkeitsausweises abhängig gemacht wird, wogegen der Herkunftsort für die Ausübung der entsprechenden Tätigkeit keinen derartigen Ausweis verlangt (z.B. im Bereich des Gastgewerbes). Die Behörde des Bestimmungsortes muss seither die Berufserfahrung, welche die betreffende Person am Herkunftsort gesammelt hat, auch losgelöst vom Vorhandensein eines Fähigkeitszeugnisses berücksichtigen. Eine während drei aufeinander folgenden Jahren einwandfrei ausgeübte Berufstätigkeit ist dabei als hinreichend für den Marktzugang zu betrachten (BBI 2005 S. 486).

Die Beschwerdeführerin hat das Restaurant S. [im Kanton Bern] geführt. Sie verfügt damit auch über Berufserfahrung. In ihrem Fall ist die Dauer der Berufserfahrung jedoch nicht massgebend, da sie das (gleichwertige) bernische Fähigkeitszeugnis für Gastwirtinnen und Gastwirte besitzt. Es wäre unverhältnismässig, von ihr das Ablegen einer Ergänzungsprüfung zu verlangen. Die unternehmerische Selbstverantwortung erfordert von der Beschwerdeführerin, dass sie die (kantonalen) Gastgewerbebestimmungen kennt. Die Vorinstanz hat die Möglichkeit, die Beschwerdeführerin entsprechend zu kontrollieren und falls notwendig sanktionieren zu lassen. Dies genügt im vorliegenden Fall zum Schutz der Polizeigüter. Eine behördlich verordnete Ergänzungsprüfung widerspricht dem BGBM und ist nicht verhältnismässig.

5. Zusammenfassend erweist sich die von der Vorinstanz verfügte Auflage als unzulässig. Sie verstösst gegen das BGBM und ist nicht verhältnismässig. Dies führt zur Gutheissung der Verwaltungsbeschwerde. Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin ohne Ergänzungsprüfung zur Berufsausübung zuzulassen.

6. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin keine amtlichen Kosten zu tragen (§ 198 Abs. 1c VRG). Die Vorinstanz ist mit keinen Kosten zu belasten (§ 199 Abs. 1 VRG). Die Voraussetzungen für die Zusprechung einer Parteientschädigung sind nicht erfüllt (§ 193 Abs. 3 i.V.m. § 201 Abs. 2 VRG).

7. Der Entscheid ist gestützt auf Artikel 10a Absatz 2 BGBM der Wettbewerbskommission zuzustellen.

#### **Rechtsspruch:**

1. Die Verwaltungsbeschwerde wird gutgeheissen.
2. Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin ohne Ergänzungsprüfung zur Berufsausübung zuzulassen.

3. Es werden keine amtlichen Kosten erhoben. Der am 19. Februar 2015 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'500.- wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet.

4. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.

5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung nach den Bestimmungen des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege beim Kantonsgericht, 4. Abteilung, Postfach 3569, 6002 Luzern, Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht werden. Die Beschwerde ist im Doppel einzureichen. Sie muss einen Antrag und dessen Begründung enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweisurkunden sind beizulegen.

[Zustellung]

B 2

## Wettbewerbskommission

Commission de la concurrence  
Commissione della concorrenza

B 2	<b>2. Untersuchungen</b> Enquêtes Inchieste
B 2.2	<b>1. Kreditkarten Domestische Interchange Fees II (KKDMIF II)</b>

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 1. Dezember 2014 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Kreditkarten Domestische Interchange Fees II (KKDMIF II) wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG gegen BonusCard.ch AG, Cembra Money Bank AG, Cornèr Banca, Credit Suisse AG, PostFinance AG, UBS AG, Viseca Card Services AG, Aduno SA, 9. B+S Card Service GmbH, ConCardis GmbH und SIX Payment Services AG. Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung.

Décision de la Commission de la concurrence du 1er décembre 2014 concernant une enquête selon l'art. 27 LCart relative aux commissions d'interchange pour les cartes de crédit contre BonusCard.ch AG, Cembra Money Bank AG, Cornèr Banca, Credit Suisse AG, PostFinance AG, UBS AG, Viseca Card Services AG, Aduno SA, 9. B+S Card Service GmbH, ConCardis GmbH et SIX Payment Services AG (accords illicites selon l'art. 5 al. 3 LCart). Approbation d'un accord amiable.

Decisione della Commissione della concorrenza del 1° dicembre 2014 concernente un'inchiesta giusta l'art. 27 LCart relativa alle commissioni d'interscambio (Interchange Fee) per le carte di credito riguardante degli accordi illeciti ai sensi dell'articolo 5 capoverso 3 LCart contro BonusCard.ch AG, Cembra Money Bank AG, Cornèr Banca, Credit Suisse AG, PostFinance AG, UBS AG, Viseca Card Services AG, Aduno SA, 9. B+S Card Service GmbH, ConCardis GmbH e SIX Payment Services AG. Approvazione di una conciliazione.

### A Verfahren

#### A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Gegenstand der Untersuchung sind die domestischen multilateralen Interchange Fees (DMIF) bei Kreditkarten. Bei den Interchange Fees handelt es sich um ein Entgelt, welches – wie die nachfolgende Graphik illustriert – bei Transaktionen in einem 4-Parteien-System durch die Acquirer an die Issuer zu bezahlen ist:

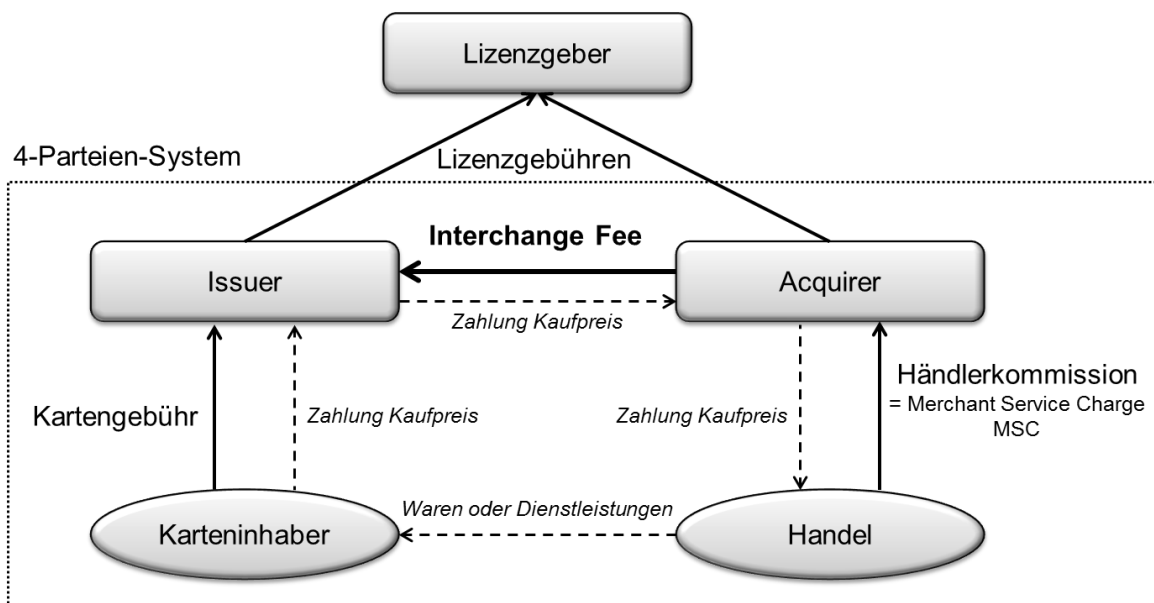


Abbildung 1

2. Bei einer Kreditkartentransaktion in einem 4-Parteien-System sind folgende Marktteilnehmer involviert:

- **Issuer:** Unternehmen, welche die Kreditkarten an die Karteninhaber herausgeben.

- *Acquirer*: Unternehmen, welche die Händler und Dienstleistungsanbieter für die Akzeptanz von Kreditkarten anwerben und mit ihnen entsprechende Verträge abschliessen.
- *Karteninhaber*: Personen, welche ihre Kreditkarte zur Bezahlung einer Ware oder Dienstleistung einsetzen.
- *Handel*: Unternehmen, welche die Bezahlung durch Kreditkarte akzeptieren.

3. Dabei fallen typischerweise folgende Gebühren an:

- *Händlerkommission*, auch Merchant Service Charge (MSC) genannt: Die MSC wird vom Händler an den Acquirer bezahlt. Sie wird in der Regel prozentual auf dem bei den Händlern getätigten Transaktionsbetrag erhoben. Ein Teil der MSC wird vom Acquirer in Form der Interchange Fee an den Issuer weitergegeben.
- *Interchange Fee*: Gebühr, welche üblicherweise vom Acquirer an den Issuer bezahlt wird. Sie wird prozentual auf dem bei den Händlern getätigten Transaktionsbetrag erhoben.
- *Kartengebühren*: Gebühren, welche der Karteninhaber dem Issuer bezahlt (z.B. Jahresgebühr, Gebühren für Fremdwährungstransaktionen, Zinsen etc.)

4. Nicht direkt in die Transaktion involviert ist der Lizenzgeber des jeweiligen Kreditkartenzahlungssystems (Card Scheme). Der Lizenzgeber regelt über ein Regelwerk die Zusammenarbeit zwischen Issuern und Acquirern sowie deren Kunden innerhalb des jeweiligen Zahlungssystems.

5. Im vorliegenden Verfahren geht es um die Interchange Fees, die anfallen wenn mit einer Kreditkarte der Card Schemes Visa oder MasterCard bezahlt wird. Dabei geht es um die Interchange Fees für sogenannte domestische Transaktionen. Eine Transaktion gilt dann als domestisch (bzw. inländisch), wenn sie mit einer in der Schweiz herausgegebenen Kreditkarte bei einem Schweizer Händler erfolgt.

6. Die domestischen Interchange Fees werden in der Schweiz in der Schweiz multilateral festgesetzt, weshalb sie in den kartellrechtlichen Verfahren als domestische multilaterale Interchange Fees (DMIF) bezeichnet werden. Die DMIF wird in der Schweiz durch die Issuer und Acquirer in zwei Kartengremien festgelegt, dem Issuer/Acquirer Forum Visa (IAFV) und dem Card Committee MasterCard (CC MC). Das IAFV ist kein Organ von Visa Europe bzw. kein Gremium, welches von Visa Europe errichtet bzw. betrieben wird. Aufgrund der Reglemente von Visa und MasterCard sind die in den Kartengremien vereinbarten DMIF für sämtliche in der Schweiz tätigen Issuer und Acquirer verbindlich, sofern diese keine bilateralen Vereinbarungen eingehen.

## A.2 Prozessgeschichte

### A.2.1 Der erste Entscheid der WEKO in Sachen DMIF und die EVR I

7. Am 5. Dezember 2005 schloss die Wettbewerbskommission (WEKO) ihre erste Untersuchung gemäss

Art. 27 KG in Sachen „Kreditkarten – Interchange Fee“ (KKDMIF I) mit einer Verfügung ab („KKDMIF I-Entscheid“).

8. Gegenstand der Untersuchung war derselbe wie heute, nämlich die DMIF bei Kreditkarten. Die Festlegung der DMIF in den Kreditkartengremien wurde durch die WEKO als Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 KG einerseits zwischen den Issuern und andererseits zwischen den Acquirern qualifiziert, die zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs geführt hat. Die WEKO hielt weiter fest, dass die DMIF in ihrer damaligen Ausgestaltung nicht durch Effizienzgründe gerechtfertigt werden konnte. Die WEKO ging aber davon aus, dass das multilaterale Verhandeln der Interchange Fees gegenüber bilateralen Verhandlungen Effizienzvorteile bringe und deshalb gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden könne, wenn ein System gefunden werde, welches die negativen Auswirkungen des multilateralen Verhandeln beseitige und gleichzeitig dessen Effizienzvorteile bewahren könne. Als Lösung wurde die einvernehmlichen Regelung vom 29. März 2005 (EVR I) abgeschlossen.

9. Die EVR I bestand aus vier Komponenten: (1) ein objektiviertes, wettbewerbsorientiertes und kostenbasiertes Verfahren zur Festlegung der DMIF; (2) die Aufhebung des Verbots der Preisdifferenzierung, d.h. Abschaffung der Non Discrimination Rule (NDR); (3) die Offenlegung der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF gegenüber den Händlern und (4) das Verbot des Austausches von Daten in den Kartengremien.

10. Das Kernelement der EVR I bildete das objektiviertes und wettbewerbsorientierte Verfahren zur Festlegung der DMIF. Durch dieses Verfahren wurde die DMIF an die Netzwerkkosten der Issuer gebunden („cost based approach“). Die Ermittlung der Netzwerkkosten beruhte auf einer genauen Definition der zu berücksichtigenden netzwerkinhärenten Kostenelemente in einem detaillierten Kostenraster („zulässige Kosten“). Dabei wurde die Festlegung so ausgestaltet, dass bei den Issuern ein Anreiz zur Kosteneffizienz entstehen sollte (im Sinne einer „Yardstick-Competition“).

11. Für eine ausführlichere Darstellung des damaligen Sachverhalts und der Erwägungen wird auf den in RPW 2006/1, S. 65 ff. publizierten Entscheid verwiesen.

12. In Ziff. 1 des Dispositiv des KKDMIF I-Entscheids genehmigte die WEKO die EVR I, beschränkte jedoch in Ziff. 4 die Genehmigung auf eine Zeitdauer von vier Jahren ab Rechtskraft des Entscheides, so dass die Genehmigung der EVR I am 1. Februar 2010 auslief.

13. Die WEKO hielt im KKDMIF I-Entscheid fest, dass die zeitliche Limitierung dem Umstand Rechnung trage, dass es sich bei der Abrede um ein historisch gewachsenes System handle, welches sich nicht nur in der Schweiz, sondern auch in zahlreichen anderen Ländern über die Jahre etabliert habe. Nach Ablauf der Genehmigungsdauer sei die EVR I „unter Berücksichtigung der dannzumal vorherrschenden Wettbewerbssituation“ auf dem Issuing- und Acquiringmarkt zu beurteilen. Das Sekretariat hat daher ab dem 30. Juni 2008 mit einer Wirkungsanalyse zur EVR I begonnen. Aufgrund der Erhebungen wurde anlässlich der Jahrespressekonfe-



renz vom 2. April 2009 grundsätzlich eine positive Marktentwicklung konstatiert. Das Resultat der ersten Erhebung der Netzwerkkosten der Issuer seit der Verfügung auf den 1. Mai 2009 fiel hingegen ambivalent aus und konnte die Frage nicht beantworten, ob das beabsichtigte wettbewerbsorientierte Modell tatsächlich funktioniert hatte.

14. Ebenfalls im Frühjahr 2009 (1. April 2009) gab die EU-Kommission bekannt, dass sie sich vorläufig mit MasterCard über eine neue Berechnungsmethode zur Festlegung der grenzüberschreitenden multilateralen Interchange Fees geeinigt habe bis das Rechtsmittelverfahren gegen den MasterCard-Entscheid der Kommission aus dem Jahr 2007 abgeschlossen sei. Die verwendete Methode (der sog. „Tourist Test“ oder „Merchant Indifference Test“) führte zu einem erheblichen Rückgang dieser Interchange Fees. Dies bedeutete auf der Ebene der EU-Kommission eine Abkehr vom früheren kostenbasierten Ansatz, wie er noch im Visa-Entscheid aus dem Jahr 2002 verwendet worden war.

## **A.2.2 Die Eröffnung einer neuen Untersuchung in Sachen DMIF und die EVR II**

### **A.2.2.1 Zweck der Untersuchung**

15. Aufgrund des damals bevorstehenden Auslaufens der EVR I, der ambivalenten Entwicklung der Netzwerkkosten und der europäischen Entwicklung hinsichtlich der Festlegung von Interchange Fees beschloss das Sekretariat am 15. Juli 2009 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums die Eröffnung des vorliegenden Untersuchungsverfahrens zur Beurteilung der DMIF. Ziel der vorliegenden Untersuchung ist es, „zu prüfen, ob die Erwägungen und Ergebnisse der Verfügung vom 5. Dezember 2005 nach wie vor zutreffend sind, insbesondere ob die mit der einvernehmlichen Regelung angestrebten Ziele erreicht werden konnten und entsprechend ob der in der einvernehmlichen Regelung vorgesehene Festsetzungsmechanismus beibehalten werden kann oder nicht. Im Rahmen dieser Überprüfung sind auch neue Ansätze zur Lösung der Problematik einzubeziehen, z.B. der in Europa diskutierte Tourist Test“.

### **A.2.2.2 Verfahrensparteien**

16. Die Untersuchung wurde am 15. Juli 2009 gegenüber folgenden Unternehmen als Untersuchungsadressaten eröffnet: Issuer: Credit Suisse (CS); Cornèr Banca SA (Cornèr Banca); UBS AG (UBS); Visa Card Services AG (Viseca); Jelmoli Bonus Card AG, heute BonusCard.ch AG (BonusCard); Die Schweizerische Post, heute PostFinance AG (PostFinance); GE Money Bank AG, heute Cembra Money Bank AG (Cembra). Acquirer: Aduno SA (Aduno); SIX Multipay AG, heute SIX Payment Services AG (SIX); ConCardis Schweiz AG (ConCardis) und B+S Card Service GmbH (B+S). Die Untersuchungseröffnung wurde am 31. Juli 2009 im Schweizerischen Handelsamtsblatt und am 11. August 2009 im Bundesblatt publiziert.

17. Mit Schreiben vom 23. Juli 2009 beantragte der Verband Elektronischer Zahlungsverkehr (VEZ) Parteistellung im Verfahren, welche ihm – wie bereits in der ersten Kreditkartenuntersuchung – vom Sekretariat mit Schreiben vom 5. August 2009 eingeräumt wurde.

18. Die beiden Card Schemes Visa Europe (Visa) und MasterCard beantragten mit Schreiben vom 28. August bzw. 10. September 2009 ebenfalls Parteistellung, diese wurde ihnen vom Sekretariat mit Schreiben vom 31. August bzw. 11. September 2009 zuerkannt.

### **A.2.2.3 Die EVR II als Übergangslösung während der Untersuchung**

19. Anlässlich einer Sitzung mit den Issuern und Acquirern vom 20. Juli 2009 erklärte sich das Sekretariat bereit, eine Übergangslösung für die Dauer des Verfahrens im Rahmen einer neuen einvernehmlichen Regelung (EVR II) zu suchen. Das Sekretariat machte gleichzeitig deutlich, dass es aufgrund der Entwicklung der Netzwerkkosten sowie eines Vergleichs der schweizerischen DMIF mit denjenigen anderer europäischer Staaten Anpassungen gegenüber der EVR I für notwendig erachtete.

20. Nach mehreren Sitzungen und Schriftenwechsel wurde die EVR II von CS, Cornèr Banca, UBS, Visa, Aduno und SIX am 3. und 4. Dezember 2009 und vom Sekretariat am 10. Dezember 2009 unterzeichnet. Am 25. Januar 2010 genehmigte die WEKO die EVR II in der Form von vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Verfahrens.

21. Die EVR II stellte in erster Linie eine Weiterführung der EVR I dar. Von den vier Elementen der EVR I wurden drei unverändert fortgeführt (das Verbot der NDR, die Offenlegung der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF gegenüber den Händlern und das Verbot des Austausches von Daten in den Kartengremien). Zudem wurde das kostenbasierte und wettbewerbsorientierte Verfahren, welches das Kernstück der EVR I bildete, weitgehend unverändert fortgeführt. Dabei bildeten die reinen Netzwerkkosten die Grundlage zur Bestimmung der Obergrenze der DMIF, wobei der Kostenraster der EVR I unverändert übernommen wurde. Auch der wettbewerbsorientierte Mechanismus blieb bestehen, indem aufgrund der individuellen Netzwerkkosten der einzelnen Issuer ein gewichteter Durchschnitt berechnet wurde. Gegenüber der EVR I gab es aber auch zwei Anpassungen: (1) Die Gewichtung der individuellen Netzwerkkosten der einzelnen Issuer wurde so angepasst, dass die kosteneffizientesten Issuer stärker berücksichtigt wurden, und (2) der Erhebungsrhythmus für die Netzwerkkosten wurde auf jährlich umgestellt (in der EVR I wurden die Kosten nur alle drei Jahre erhoben). Die EVR II gilt bis zum Abschluss der Untersuchung

22. Gegen die vorsorglichen Massnahmen erhob die BonusCard am 1. März 2010 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht, auf die allerdings mit Urteil vom 2. Juli 2010 mangels Beschwerdelegitimation nicht eingetreten wurde.

### **A.2.2.4 Verfahrensschritte seit dem Abschluss der EVR II**

23. Mit Auskunftsbegehren vom 14. Juni 2010 verlangte das Sekretariat von den Card Schemes Visa und MasterCard die Einreichung der gesamten Regelwerke für ihre Kartennetzwerke (Operating Rules, Manuals etc.). Die Antworten von MasterCard gingen am 29. Juni 2010, diejenigen von Visa am 14. Juli 2010 ein.

24. Am 30. November 2011 fand eine Sitzung des Sekretariates mit einer Delegation der Issuer statt, anlässlich derer Prof. Franz Jäger seine im Auftrag der Issuer erstellte Studie zum Schweizer Kreditkartenmarkt vorstellte (nachfolgend Jäger-Studie). Mit Schreiben vom 7. Dezember 2011 wiederholten die Kreditkartenunternehmen schriftlich, dass sie die Jäger-Studie begrüßten, welche insbesondere auch den „cost based approach“ kritisiert, und die Festsetzung der Interchange Fees gemäss einem „erweiterten Tourist Test“ vorschlägt. Mit Schreiben vom 13. Januar 2012 nahm das Sekretariat kurz Stellung zur Jäger-Studie und stellte klar, dass es deswegen nicht die vorsorglichen Massnahmen mit der EVR II anpassen werde. Am 23. April 2012 antworteten die Issuer bzw. die Verfasser der Jäger-Studie auf die Kritikpunkte des Sekretariates. In der Zwischenzeit hatte zudem der VEZ mit einer Spontaneingabe vom 23. Februar 2012 eine ablehnende Stellungnahme zur Jäger-Studie eingereicht.

25. Am 26. Juli 2013 sandte das Sekretariat Fragebogen an die Issuer, Acquirer und Card Schemes und verlangte die Einreichung von Marktdaten, um die Entwicklung des Marktes seit der Einführung der EVR II zu analysieren. Am 5. August 2013 folgten Fragebogen an zahlreiche Verbände (Konsumentenforum, Stiftung für Konsumentenschutz [SKS], Handel Schweiz, Schweizer Detaillistenverband [sdv], Parking Suisse, Verband Schweizer Goldschmiede und Uhrenfachgeschäfte [VSGU], Swiss Retail Federation, Reisebüro-Verband, Swiss Fashion Stores, hotelleriesuisse, Autovermieterverband, Auto Gewerbe Verband Schweiz [AGVS], Erdölvereinigung, VEZ, Aero Suisse, Schweizerischer Verband der Lebensmitteldetailisten VELEDES und der Verband des Schweizerischen Versandhandels [VSV]). Am 6. und 7. August 2013 wurden die Fragebogen an Migros, Coop, Aldi und Lidl verschickt. Schliesslich wurden am 8. August 2013 die Fragebogen für American Express und Diners versandt. Aufgrund der Fragebogen an die Verbände meldete sich Gastrosuisse beim Sekretariat und erhielt diesen am 2. Oktober 2013 ebenfalls zur Beantwortung zugestellt. Nachdem alle Antworten bis Mitte Oktober 2013 beim Sekretariat eingegangen waren, versandte das Sekretariat am 30. Oktober 2013 Ergänzungsfragen an alle Issuer sowie an Concardis, Aduno und Diners. Die Antworten gingen beim Sekretariat bis zum 11. November 2013 ein. Schliesslich stellte das Sekretariat mit Schreiben vom 21. Januar 2014 noch einige Ergänzungsfragen an SIX, welche mit Eingabe vom 4. Februar 2014 beantwortet wurden.

26. Mit Schreiben vom 6. März 2014 lud das Sekretariat die Issuer, Acquirer und Card Schemes auf den 3. April 2014 zu einer Sitzung ein, um diesen das geplante weitere Vorgehen zu erläutern und gleichzeitig weitere verfahrenstechnische Fragen wie Geschäftsgeheimnisbereinigung und Akteneinsicht besprechen (vgl. zu diesem Treffen auch unten Rz 28).

27. Am 7. Juli 2014 wurde den Issuern und Acquirern die bereinigten Untersuchungsakten in elektronischer Form (auf eine USB-Stick) übergeben. Die Übergabe wurde durch die Empfänger schriftlich quittiert.

### A.2.3 Die EVR III

28. Am 3. April 2014 fand ein erstes Treffen mit den Issuern, Acquirern und den Card Schemes statt, an dem das Sekretariat seine provisorische Einschätzung des Falles erläuterte und darüber informierte, dass es bereit sei, über eine neue einvernehmliche Regelung (EVR III) zu verhandeln.

29. Mit Schreiben vom 4. April 2014 setzte das Sekretariat den Issuern, Acquirern und Card Schemes Frist bis zum 30. April 2014 um mitzuteilen, ob diese grundsätzlich auf der Basis der Erläuterungen des Sekretariates bereit seien, eine einvernehmliche Regelung einzugehen.

30. Nach einer Fristverlängerung bis zum 9. Mai 2014 konnte das Sekretariat mit Schreiben vom 15. Mai 2014 feststellen, dass eine solche Bereitschaft bei allen Issuern und Acquirern bestand und diesen einen ersten Entwurf für die EVR III zustellen.

31. Nach zwei Sitzungen mit den Issuern und Acquirern am 7. Juli und 29. August 2014, an welchen über den Inhalt der EVR III verhandelt wurde, versandte das Sekretariat mit Schreiben vom 4. September 2014 die EVR III zur Unterschrift bis zum 15. September 2014. Per E-Mail vom 5. September 2014 reichten die Issuer und Acquirer einen konsolidierten Vorschlag für diverse redaktionelle Änderungen ein. Aufgrund dieser Eingabe nahm das Sekretariat diverse redaktionelle Anpassungen vor und liess den Issuern und Acquirern mit E-Mail vom 8. September 2014 die endgültige Version der EVR III zukommen.

32. Bis zum 19. September 2014 gingen beim Sekretariat von allen Issuern und Acquirern eine unterschriebene Fassung der EVR III ein, welche das Sekretariat am 19. September 2014 gegenzeichnete. Der Inhalt der EVR III inklusive Vorbemerkungen wird in Abschnitt B.6.1, Rz 163, wiedergegeben.

33. Am 19. September 2014 informierte das Sekretariat zudem die weiteren Verfahrensparteien Visa, MasterCard und den VEZ über den Abschluss sowie den wesentlichen Inhalt der EVR III und hat Ihnen in der Folge den Text der EVR III auch noch integral zugestellt.

### A.3 Die europäische Entwicklung

34. Die WEKO hat im KKDMIF I-Entscheid die EVR I befristet. Sie hat dabei festgehalten, die zeitliche Limitierung trage dem Umstand Rechnung, dass es sich bei der praktizierten Abrede unter den Issuern und Acquirern um ein historisch gewachsenes System handle, welches sich nicht nur in der Schweiz, sondern auch in zahlreichen anderen Ländern über die Jahre hinweg etabliert habe. Nach Ablauf der EVR I sei die Wettbewerbssituation neu zu beurteilen. Für die WEKO war schon damals von Bedeutung, wie das System in anderen Jurisdiktionen akzeptiert wird. In der Untersuchungseröffnung für das vorliegende Verfahren wurde zudem ausdrücklich erwähnt, dass neue Ansätze, wie sie etwa in Europa entwickelt würden, zu berücksichtigen seien (vgl. oben Rz 15). Aus diesen Gründen wird an dieser Stelle kurz auf die Entwicklung in der EU bezüglich Interchange Fees eingegangen.

### A.3.1 Kartellrechtliche Entwicklung

#### A.3.1.1 Visa

35. Der erste Entscheid der EU-Kommission bezüglich Interchange Fees geht auf das Jahr 2002 zurück mit dem sogenannten VISA II-Entscheid. Die EU-Kommission gewährte eine sogenannte „Freistellung“ der Crossborder Interchange Fees von VISA auf der Grundlage einer Bindung der Höhe dieser Gebühren an die Kosten der Issuer (cost based approach). Der Entscheid führte zu einer Senkung der betroffenen Interchange Fees von 1.1 % auf 0.7 % im Jahr 2007. Die Freistellung lief per 31. Dezember 2007 aus.

36. Im März 2008 eröffnete die EU-Kommission ein neues Verfahren zur Beurteilung der von Visa festgesetzten Interchange Fees für Kredit- und Debitkarten (Crossborder Interchange Fees und domestische Interchange Fees in einigen Mitgliedstaaten). Im Jahr 2010 verpflichtete sich Visa, die Interchange Fees für den Bereich der Debitkarten auf 0.2% zu senken. Seit dem 14. Mai 2013 hat sich Visa zudem dazu verpflichtet, die Interchange Fees für Kreditkarten auf 0.3% zu senken. Nach einem Markttest erliess die EU-Kommission am 26. Februar 2014 eine sog. „Commitments Decision“ mit welcher sie die Verpflichtungszusagen von Visa für die Dauer von 4 Jahren annahm und für rechtsverbindlich erklärte.

#### A.3.1.2 MasterCard

37. Mit Entscheid vom 19. Dezember 2007 gegen MasterCard hielt die EU-Kommission fest, dass die durch MasterCard festgesetzten Interchange Fees (Crossborder Interchange Fees und domestische Interchange Fees in einigen Mitgliedstaaten) den Wettbewerb in unzulässiger Weise beschränke, indem sie eine Mindesthöhe für die Händlerkommissionen setze. Weiter sei es MasterCard nicht gelungen aufzuzeigen, dass die Interchange Fees positive Auswirkungen auf die Innovation oder die Effizienz hätten, an denen die Verbraucher angemessen beteiligt würden. Gegen diesen Entscheid rekurrierte MasterCard.

38. Am 1. April 2009 gab die EU-Kommission bekannt, dass sich MasterCard bis zum Abschluss des Rechtsmittelverfahrens verpflichtet habe sicherzustellen, dass die durchschnittliche Interchange Fee für Kreditkarten nicht mehr als 0.3 % und die für Debitkarten 0.2 % betrage. Die Berechnung dieser Werte sei auf der Grundlage eines provisorischen Merchant Indifference Tests (= Tourist Test) erfolgt.

39. Mit Urteil vom 24. Mai 2012 bestätigte das Europäische Gericht (EuG) den MasterCard-Entscheid der EU-Kommission in allen Punkten.

40. Mit Urteil vom 11. September 2014 lehnte der Europäische Gerichtshof (EuGH) die Beschwerde von MasterCard endgültig ab und bestätigte den Entscheid der EU-Kommission höchstrichterlich.

41. Im April 2013 hat die EU-Kommission ein neues Verfahren gegen MasterCard eröffnet. Gegenstand der neuen Untersuchung (MasterCard II) sind intraregionale Interchange Fees (d.h. solche die anfallen, wenn bei einem Händler in der EU mit einer Kreditkarte bezahlt wird, die ausserhalb der EU herausgegeben wurde). Zudem werden die Regeln zum Crossborder-Acquiring

sowie weitere Regeln und Geschäftspraktiken (z.B. Honor All Cards Rule) untersucht.

#### A.3.1.3 Studie zu den Kosten der Händler bei der Akzeptanz von Zahlungsmitteln

42. Im Dezember 2008 nahm die EU-Kommission eine Studie mit dem Titel „Costs and benefits to merchants of accepting different payment methods“ in Angriff mit dem Ziel, dem Merchant Indifference Test aktuelle empirische Werte zu hinterlegen. Die EU-Kommission legte die zunächst die Methodologie fest und führte bis September 2010 eine erste Internet-Erhebung in drei Mitgliedstaaten durch. Die Ergebnisse der Erhebung waren unvollständig und wenig verlässlich. Die Methodologie wurde daher unter Einbezug der Stakeholder überarbeitet. Ende 2012 wurde Deloitte Consulting mit der Durchführung einer breit angelegten Studie in 10 Mitgliedstaaten beauftragt. Dabei werden einerseits bei den grossen Händlern detaillierte Kostendaten erhoben (dieser Teil der Studie ist abgeschlossen), während bei kleineren Händlern Zahlungsdaten erhoben und die Kosten daraus extrapoliert werden sollen (dieser Teil der Studie ist noch ausstehend).

#### A.3.2 Regulierung

43. Neben den diversen kartellrechtlichen Verfahren ist die EU-Kommission auch auf regulatorischer Ebene im Bereich der Interchange Fees aktiv geworden und hat am 27. Juli 2013 den „Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates über Interbankenentgelte für kartengebundene Zahlungsvorgänge“ publiziert. Dieser Vorschlag sieht vor, dass innerhalb von 2 Monaten nach Inkrafttreten der Verordnung die crossborder Interchange Fees für Kreditkarten auf 0.3 % und für Debitkarten auf 0.2 % des Transaktionsbetrages limitiert werden. Nach Ablauf von zwei Jahren nach dem Inkrafttreten der Verordnung sollen dann dieselben Sätze für sämtliche Transaktionen (d.h. auch für die domestischen Transaktionen in den einzelnen Mitgliedstaaten) gelten. Der Vorschlag hält fest, dass die Obergrenzen auf dem in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur entwickelten Grundsatz der Zahlungsmittelneutralität auf Händlerebene („Merchant Indifference Test“) basierten.

#### A.4 Antrag

44. Am 29. Oktober 2014 sandte das Sekretariat den Parteien seinen Antrag zur Gewährung des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 30 Abs. 2 KG zu. Das Sekretariat gewährte den Parteien wie vorbesprochen eine verkürzte Frist zur Stellungnahme zum Antrag bis 12. November 2014.

#### A.5 Stellungnahmen der Parteien

45. Mit Schreiben vom 11. bzw. 12. November 2014 nahmen SIX und PostFinance noch innerhalb der ursprünglich angesetzten Frist Stellung zum Antrag des Sekretariates. Die folgenden weiteren Parteien ersuchten Fristverlängerungen und reichten ihre Stellungnahmen bis spätestens am 26. November 2014 ein: CS, Cembra, Cornèr Banca, UBS, Visa/Aduno, B+S, MasterCard, Visa und VEZ. Keine Stellungnahmen wurden durch Bonuscard und ConCardis eingereicht.

46. In ihren Stellungnahmen beantragen die Issuer und Acquirer die Genehmigung der EVR III. Aufgrund des Zustandekommens der EVR III haben die Issuer und Acquirer ihre Stellungnahmen trotz abweichender faktischer und rechtlicher Beurteilung der DMIF kurz gehalten und zusammengefasst folgende Elemente vorgebracht:

- Der sachlich relevante Markt sei zu eng abgegrenzt. Er umfasse sämtliche Zahlungsmittel, zumindest aber alle Kreditkarten.
- Die DMIF stelle keine Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG dar. Sie sei nicht ein klassisches, wettbewerbsschädigendes Hardcore-Kartell, sondern ein Ausgleichmechanismus, welcher von der ökonomischen Literatur nicht als schädlich qualifiziert werde. Sowieso stelle die DMIF keine Wettbewerbsbeschränkung dar, noch wäre eine solche erheblich.
- Die Ausführungen zu den Rechtfertigungsgründen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG seien nicht zutreffend. Insbesondere sei es nicht zulässig die Notwendigkeit von Interchange Fees mit dem Argument in Frage zu stellen, dass das Debitkartensystem Maestro ohne Interchange Fees funktioniere. Dabei wird teilweise vorgebracht, Kredit- und Debitkarten seien nicht vergleichbar, da es sich bei der Debitkarte und ein „Basisprodukt“ handle, während die Kreditkarte ein „Mehrwertprodukt“ darstelle, teilweise wird geltend gemacht, das Maestro-System funktioniere gar nicht, denn es komme aufgrund der fehlenden Interchange Fees zu keinerlei Innovationen. Weiter wird vorgebracht, aus der positiven Entwicklung des Kreditkartenmarktes trotz Senkungen der DMIF liessen sich keine Schlüsse bezüglich deren Notwendigkeit ziehen, denn diese Entwicklung habe verschiedene Ursachen und es müsse davon ausgegangen werden, dass sich das Kreditkartensystem ohne Senkungen der DMIF noch besser entwickelt hätte.
- In formeller Hinsicht halten die Issuer und Acquirer fest, dass sie eine Anhörung vor der WEKO als nicht erforderlich erachten.

47. Der VEZ begrüsst in seiner Stellungnahme vom 19. November 2014 die EVR III. Diese sei ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung. Der VEZ geht allerdings davon aus, dass die DMIF trotz EVR III tendenziell immer noch zu hoch sei und äussert sich skeptisch gegenüber dem Tourist Test, da der Händler gar keine Wahl habe, bestimmte Zahlungsmittel anzunehmen oder abzulehnen. Der VEZ beantragt weiter, es sei auf die Wiederzulassung der Preisdifferenzierung (NDR-Klausel) zu verzichten oder das Verbot der NDR-Klausel zumindest für bestimmte Branchen aufrechtzuerhalten. Zudem beruft sich der VEZ auf seine Parteistellung im vorliegenden Verfahren und verlangt Transparenz bezüglich der Unterlagen und Arbeiten des unabhängigen Prüfungsunternehmens bei der jährlichen Berechnung bzw. Kontrolle der DMIF. Schliesslich befürchtet der VEZ, dass Card Schemes, Issuer und Acquirer versuchen könnten, die durch die EVR III verursachten Mindereinnahmen durch neue Abgaben zu „kompensieren“. Der VEZ nennt dabei das Beispiel der durch MasterCard

lancierten „Pre-Autorisations-Abgabe“. Der VEZ macht geltend, dass Abgaben, die wirtschaftlich gesehen mit einer Interchange Fee identisch seien, ebenfalls unter die Obergrenze der EVR III fallen sollten.

48. In ihrer Stellungnahme vom 26. November 2014 stellt Visa zwei Anträge hinsichtlich der Formulierung des Antrages, verzichtet demgegenüber auf eine Antragstellung bezüglich der Genehmigung oder Nichtgenehmigung der EVR III durch die WEKO. Der erste Antrag von Visa betrifft den Implementierungsprozess bei Anpassungen der DMIF. Visa bringt vor, dass eine angemessene Ausdehnung der Zeitdauer bei der Implementierung nicht als sanktionierbarer Verstoss gegen die EVR III gewertet werden sollte. Weiter verlangt Visa eine Klarstellung, dass das Issuer/Acquirer Forum Visa (IAFV) kein Organ von Visa Europe ist.

49. Abgelehnt wird die EVR III einzig von MasterCard. Das Card Scheme beantragt mit Eingabe vom 26. November 2014, (1) die Untersuchung sei fortzuführen und insbesondere auf elektronische Substitute zu erstrecken und (2) die EVR II sei bis zum rechtskräftigen Endentscheid zu verlängern. MasterCard stellt zudem den Verfahrens Antrag auf eine mündliche Anhörung durch die WEKO. In formeller Hinsicht macht MasterCard geltend, die Frist zur schriftlichen Stellungnahme sei zu knapp gewesen und die Akteneinsicht sei erst am 1. Oktober 2014 und damit verspätet erfolgt. In materieller Hinsicht bringt MasterCard im Wesentlichen vor, der Tourist Test sei zur Festlegung der Höhe von Interchange Fees nach gegenwärtigem Kenntnisstand nicht geeignet, die EVR III umfasse in unsachgemässer Weise auch Firmenkreditkarten, [...] und es werde nach wie vor nichts gegen den untragbaren Zustand einer Interchange Fee von Null für Maestro unternommen.

50. Auf die Vorbringen in den oben dargestellten Stellungnahmen wird – sofern erforderlich – im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

## **B Erwägungen**

### **B.1 Geltungsbereich**

51. Das Kartellgesetz (KG) 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<sup>bis</sup> KG).

52. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG). Ob im vorliegenden Fall die Untersuchungsadressaten Abreden gemäss Art. 4 Abs. 1 KG 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.

53. Auf Ausführungen zum örtlichen wie auch zum zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes kann vorliegend verzichtet werden.

## B.2 Parteien/Verfügungsadressaten

54. Im Kartellgesetz besteht, wie erwähnt, die Spezialität, dass dieses nach Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG auf Unternehmen anwendbar ist, unabhängig von deren Rechts- oder Organisationsform. Dies ändert aber 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 (etwa ein Konzern) und der Adressat einer Verfügung (eine bestimmte Konzerngesellschaft) auseinanderfallen können.

55. Bei Konzernen gilt es grundsätzlich sorgfältig und im Einzelfall zu prüfen, gegenüber welcher Konzerngesellschaft die Verfügung zu eröffnen ist. In Frage kommen namentlich die handelnde Konzerngesellschaft sowie eine allfällige kontrollierende Muttergesellschaft. Im vorliegenden Fall ergeben sich die Verfügungsadressaten direkt aus der unterzeichneten einvernehmlichen Regelung, d.h. die Verfügung richtet sich gegen diejenigen juristischen Personen, welche die EVR III unterzeichnet haben. Es sind dies BonusCard.ch AG, Cembra Money Bank AG, Cornè Banca, Credit Suisse AG, PostFinance AG, Viseca Card Services AG, UBS AG, Aduno SA, B+S Card Service GmbH, ConCardis GmbH und SIX Payment Services AG.

56. Im vorliegenden Verfahren wurde zudem MasterCard, Visa und dem VEZ Parteistellung eingeräumt (vgl. oben Rz 17 f.). Es gilt zu beachten, dass diese drei Parteien die EVR III nicht unterzeichnet haben und auch nicht Verfügungsadressaten sind.

## B.3 Formelle Anträge und Vorbringen von MasterCard

### B.3.1 Anhörung vor der WEKO

57. MasterCard beantragt in der Stellungnahme vom 26. November 2014 eine formelle Anhörung durch die WEKO und macht geltend, das Sekretariat habe MasterCard nicht in die Diskussionen zur EVR III einbezogen, obwohl das MasterCard-System in der Schweiz erheblich vom Ausgang der Untersuchung beeinflusst werde. MasterCard habe so keine Gelegenheit gehabt, in irgendeiner Weise Stellung zu nehmen und Aspekte der EVR III direkt zu erörtern. Um die Gleichbehandlung von MasterCard zu gewährleisten sei daher eine förmliche Anhörung gemäss Art. 30 Abs. 2 KG durchzuführen um MasterCard die Gelegenheit zu geben, die problematischen und nachteiligen Auswirkungen der EVR III direkt und unmittelbar mündlich darzulegen und zu diskutieren.

58. Die WEKO erachtet die Durchführung einer formellen Anhörung von MasterCard für nicht erforderlich und lehnt damit den entsprechenden Verfahrens Antrag ab. Gemäss Art. 30 Abs. 2 KG kann die WEKO eine Anhörung beschliessen, die Beteiligten haben daher keinen Anspruch auf die Vornahme einer Anhörung. In der Praxis führt die WEKO dann i.d.R. eine Anhörung durch, wenn eine Sanktionierung beantragt ist. Steht keine Sanktionierung im Raum genügt es, wenn sich die Betroffenen schriftlich äussern können. Auf eine Anhörung wird in der Praxis i.d.R. verzichtet, wenn eine einvernehmliche Regelung getroffen werden konnte.

59. Im vorliegenden Fall verzichtet die WEKO aus folgenden Gründen auf die Durchführung einer Anhörung von MasterCard:

- MasterCard ist nicht Partei der EVR III und nicht Adressatin der Verfügung. Die Verfügung begründet keinerlei Rechte und Pflichten für MasterCard. MasterCard hat zudem stets folgendes betont: „Interchange Fees werden nicht an MasterCard, sondern von den Acquirern an die Issuer entrichtet. EVR besitzt daher einen direkten Einfluss auf die Issuer – und dabei insbesondere ihre Fähigkeit, die Kosten ihrer den Händlern angebotenen Dienstleistungen zu decken – und nicht auf MasterCard“.
- Die Verfügung sieht keinerlei Sanktionierung vor, weder der Issuer und Acquirer, welche an der Wettbewerbsabrede beteiligt sind, noch der Card Schemes Visa und MasterCard.
- MasterCard wurde die Gelegenheit eingeräumt, sich schriftlich zum Antrag des Sekretariates zu äussern.

60. MasterCard begründet seinen Antrag auf eine Anhörung mit der „Gleichbehandlung“ mit den Parteien, welche die EVR III unterschrieben haben. Hierzu gilt es zu bemerken, dass sich MasterCard gerade nicht in der gleichen Position befindet wie diese Parteien, da MasterCard durch die EVR III nicht verpflichtet wird. Zudem gilt es zu bemerken, dass die WEKO nicht nur auf die Anhörung von MasterCard verzichtet, sondern auch auf diejenige der Issuer und Acquirer, von Visa und vom VEZ, d.h. es werden bezüglich der Anhörung alle Verfahrensbeteiligte gleich behandelt.

### B.3.2 Weitere Vorbringen zum rechtlichen Gehör

61. MasterCard macht weiter geltend, die Frist von insgesamt 30 Tagen für die Kommentierung eines Antrages, welcher über 40 Seiten umfasse, sei zu kurz bemessen. Dies werde noch dadurch akzentuiert, dass MasterCard erst am 1. Oktober 2014 Zugang zu den Verfahrensakten erhalten habe, während die Parteien, welche die EVR III unterzeichnet hätten, bereits im Juli 2014 Zugang erhalten hätten. Dies stelle eine Verletzung des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 29 BV dar.

62. MasterCard wurde zusammen mit den Issuer und Acquirern sowie Visa zur Sitzung vom 3. April 2014 eingeladen, an der das Sekretariat seine provisorische Einschätzung des Falles präsentiert hat. MasterCard war damit bereits zu einem frühen Zeitpunkt über grundlegende Elemente informiert, namentlich darüber, dass das Sekretariat die DMIF weiterhin als unzulässige Wettbewerbsbeschränkung qualifizieren, was gemäss Art. 29 Abs. 1 KG Voraussetzung für eine einvernehmliche Regelung ist. Sofort nach Zustandekommen der EVR III hat das Sekretariat MasterCard per Mail vom 19. September 2014 über den wesentlichen Inhalt informiert und am 1. Oktober 2014 die EVR III im vereinbarten Wortlaut zugestellt.

63. Nach Auffassung der WEKO ist zudem eine Frist von insgesamt 30 Tagen ausreichend bemessen, um zu einem kurz gehaltenen Antrag des Sekretariates Stellung zu nehmen. Zudem gilt es zu berücksichtigen, dass

der Antrag im Wesentlichen eine Fortführung der bereits bestehenden Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden darstellt. Die neuen Elemente, d.h. das Abstellen auf den Tourist Test im Rahmen der Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG dürften zudem gerade vor dem Hintergrund Beteiligung von MasterCard in den europäischen Verfahren im Zusammenhang mit Interchange Fees keinen grösseren Aufwand bei der Erarbeitung der Stellungnahme verursacht haben. Der Umstand, dass die Frist von MasterCard gemäss Fristverlängerungsgesuch vom 12. November 2014 auch deshalb als zu kurz bemessen empfunden wurde, weil der Antrag auf Englisch habe übersetzt werden müssen, kann nicht als Grund für längere Fristen entgegen genommen werden. Schliesslich belegt die eingereichte Stellungnahme selber, dass die Frist durchaus angemessen war.

64. Abschliessend kann auch bezüglich der Frist zur schriftlichen Stellungnahme darauf hingewiesen werden, dass alle Verfahrensbeteiligten gleich behandelt wurden und dieselbe Frist bzw. Fristverlängerung für die Stellungnahmen erhalten haben.

65. Die Rüge von MasterCard, die Akteneinsicht sei „verspätet“ gewesen, wird ebenfalls zurückgewiesen. Erstens wurde MasterCard Akteneinsicht bereits rund ein Monat vor Versand des Antrages gewährt, zweitens hat MasterCard die Akten in elektronischer Form erhalten, so dass sie sofort und auf einfache Weise gelesen und durchsucht werden konnten und drittens, ist der Umfang der Akten trotz mehrjährigem Verfahren überschaubar.

### B.3.3 Weitere Anträge von MasterCard

66. MasterCard vertritt die Auffassung, die Untersuchung müsse fortgeführt werden und es müssten, (1) die Debitkarten einbezogen und etwas „gegen den untragbaren Zustand einer Interchange Fee von Null für Maestro“ unternommen werden, (2) die Firmenkreditkarten ausgeschlossen und (3) [...] werden.

67. MasterCard ist darauf hinzuweisen, dass der Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bei der Eröffnung am 15. Juli 2009 eindeutig definiert wurde. Aus der Publikation im SHAB und im Bundesblatt geht wörtlich hervor: „Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat am 15. Juli 2009 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG betreffend Domestic Multilateral Interchange Fees (DMIF) im Bereich der Kreditkartensysteme von Visa und MasterCard wegen allenfalls unzulässigen Wettbewerbsabreden gemäss Artikel 5 KG eröffnet. Adressaten der Untersuchung sind alle Issuer und Acquirer, welche die DMIF anwenden.“ Die von MasterCard vorgebrachten Anträge gehen auf eine Ausweitung des Untersuchungsgegenstandes hin und erfolgen sehr spät im Verfahren. Deren Ablehnung erfolgt aber nicht wegen den Zeitpunktes, sondern weil sie inhaltlich fehlgehen:

- Die Ausweitung auf das Debitkartensystem Maestro macht keinen Sinn, da dort durch die Issuer und Acquirer keine DMIF vereinbart wird. Es fehlt somit an einer Abrede, welche Gegenstand einer Untersuchung bilden könnte. Zudem hat sich das

Sekretariat bereits in zwei Vorabklärungen zu Interchange Fees für Maestro geäussert und sowohl das Bundesverwaltungsgericht wie auch das Bundesgericht haben festgehalten, dass keine diesbezüglich Feststellungsverfügung zu erlassen ist.

- Der Einbezug von Firmenkreditkarten in den Gegenstand der Untersuchung ergibt sich ohne weiteres aus dem Umstand, dass für Firmenkreditkarten von Visa und MasterCard eine DMIF angewendet wird. Da die DMIF – wie in der nachfolgenden Verfügung dargelegt wird – grundsätzlich eine unzulässige Wettbewerbsabrede bildet, gibt es aus kartellrechtlicher Sicht keinen Grund, zwischen Kreditkarten für Privat- und solchen für Geschäftskunden zu unterscheiden.
- [...].

### B.4 Vorbehaltene Vorschriften

68. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

69. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

### B.5 Unzulässige Wettbewerbsabrede

70. 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).

#### B.5.1 Wettbewerbsabrede

##### B.5.1.1 Tatbestand

71. 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).

72. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen, b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung und c) die an der Abrede beteiligten Unternehmen sind auf gleicher oder auf verschiedenen Marktstufen tätig.

### B.5.1.2 Praxis der WEKO

73. Die WEKO hat im KKDMIF I-Entscheid die DMIF mit folgenden Erwägungen als Wettbewerbsabrede qualifiziert:

- Die DMIF werde durch die Issuer und Acquirer multilateral in zwei Kartengremien festgelegt: für Visa im Issuer/Acquirer Forum Visa (IAFV) und für MasterCard im Card Committee MasterCard (CC MC). Aufgrund der gemeinsamen Verhandlungen zwischen den Issuern und den Acquirern liege ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken vor.
- Die multilaterale Vereinbarung der DMIF beschränke den Preissetzungsspielraum der Issuer und Acquirer, indem die Höhe der DMIF deren Kosten und Erträge beeinflusse. Auf der Acquiring-Seite werde die Interchange Fee von den Acquirern auf die MSC überwältigt und stelle dort eine wichtige Preiskomponente dar (rund 70 %). Auf der Issuing-Seite stelle die DMIF einen wesentlichen Anteil an der Kostendeckung dar. Dieser beeinflusse den Preisfestsetzungsspielraum der Issuer gegenüber den Karteninhabern.
- Die Abrede zwischen den Issuern und den Acquirern führe zu je einer horizontalen Abrede unter den Issuern sowie unter den Acquirern, die sich auf die Geschäftsfelder Issuing und Acquiring auswirkten. Somit sei der Tatbestand von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt.

### B.5.1.3 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

74. Die vorliegende Untersuchung wurde nicht nur gegen die Issuer und Acquirer eröffnet, die in einem der beiden Kartengremien vertreten waren, sondern auch gegen drei Unternehmen, für die das damals nicht zutrifft: Cembra Money Bank (damals GE Money Bank) und die beiden deutschen Crossborder-Acquirer B+S und ConCardis. Die WEKO hielt hierzu in den vorsorglichen Massnahmen fest, dass alle Issuer und Acquirer, die in den Kartengremien festgelegten branchen- und transaktionsspezifischen DMIF aufgrund der Regeln von Visa und MasterCard anzuwenden hätten (sofern nicht bilaterale Interchange Fees vereinbart worden seien). Die Anwendung der DMIF könne eine abgestimmte Verhaltensweise für Issuer und Acquirer darstellen, die nicht direkt an deren Festlegung mitwirkten.

75. Während Cembra Money Bank zum Zeitpunkt der Eröffnung der Untersuchung noch in keinem Kartengremium Einsitz nahm, nimmt sie heute an den Sitzungen des CC MC teil. Damit sind sämtliche Issuer in einem der beiden Kartengremien aktiv, wobei mit Ausnahme der Cembra Money Bank alle anderen Issuer in beiden Kartengremien vertreten sind. Bei den Acquirern ist seit der Untersuchungseröffnung ConCardis beiden Kartengremien beigetreten, so dass B+S die einzige Untersuchungsadressatin ist, welche in keinem der zwei Kartengremien teilnimmt.

76. Für alle Untersuchungsadressaten mit Ausnahme von B+S liegt aufgrund der Einsitznahme in den Kartengremien und der dort stattfindenden multilateralen Festlegung der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF – wie bereits im KKDMIF I-Entscheid – ein be-

wusstes und gewolltes Zusammenwirken im Sinne einer Vereinbarung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vor.

77. Es gilt demnach nur noch zu beurteilen, ob auch B+S an einer Wettbewerbsabrede teilnimmt. Im Schlussbericht der Vorabklärung „Maestro Fallback Interchange Fee und Debit MasterCard Interchange Fee“ findet sich eine ausführliche Argumentation, wonach bei Interchange Fees auch dann von einer horizontalen Abrede auszugehen sei, wenn die Höhe der Interchange Fee nicht multilateral in den Kartengremien, sondern einseitig durch das Card Scheme festgelegt würde. Diese Auffassung ist zutreffend, denn ausschlaggebend für die Beurteilung, ob eine horizontale Abrede vorliegt, ist die Anwendung der Interchange Fees: Auch wenn ein Issuer oder Acquirer nicht selbst an den Verhandlungen zu deren Festlegung beteiligt ist, so wendet er diese doch gleichermassen an und koordiniert sich so horizontal mit seinen Konkurrenten. Es ist daher auch für B+S von einer Abrede in der Form einer abgestimmten Verhaltensweise auszugehen, denn B+S wendet die DMIF im Wissen an, dass diese auch von allen anderen Acquirern (und Issuern) angewendet wird.

### B.5.1.4 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

78. Wie im KKDMIF I-Entscheid kann für das Vorliegen dieses Tatbestandselements darauf abgestellt werden, welche Bedeutung die DMIF für die Preisfestsetzung durch die Issuer und Acquirer hat. Anlässlich der vorsorglichen Massnahmen wurde der Anteil der DMIF an der MSC für das erste Halbjahr 2008 auf 74 % berechnet und damit das Vorliegen einer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung als glaubhaft erachtet. Aufgrund der mit der EVR II verbundenen Senkung ist der Anteil der Interchange Fees an der MSC etwas zurückgegangen, bewegt sich allerdings seit dem Jahr 2010 immer noch zwischen 64 % und 67 %. Damit bildet die Interchange Fee nach wie vor die wichtigste Preiskomponente der MSC bzw. eine wichtige Ertragskomponente der Issuer. Die DMIF beeinflusst damit den Preissetzungsspielraum der Issuer und Acquirer, so dass sie eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt.

### B.5.1.5 Abrede zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe

79. Wettbewerbsabreden können zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen abgeschlossen werden. An der vorliegenden Abrede nehmen einerseits die Issuer teil, die sich auf derselben Marktstufe befinden, und andererseits die Acquirer, welche ebenfalls in einer Konkurrenzsituation stehen. Es können daher wie bereits im KKDMIF I-Entscheid zwei Abreden unterschieden werden, nämlich eine horizontale zwischen den Issuern und eine zweite horizontale Abrede zwischen den Acquirern.

### B.5.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

80. 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.

#### **B.5.2.1 Vorliegen einer horizontalen Preisabrede**

81. Für die Unterstellung unter den Tatbestand der Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG ist die Wirkung auf die Preisfestsetzung entscheidend. Mit welchen Mitteln diese erreicht wird, ist ohne Belang. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten. Er erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen. Er gilt beispielsweise nicht nur für Abreden über Rabatte, sondern auch für Vereinbarungen über Kriterien zur Anwendung von Rabatten, soweit diese zu einer Preisfestsetzung führen. Die gleichen Grundsätze gelten auch für Abreden über Kalkulationsvorschriften, soweit damit letztlich die Wirkung der Preisfestsetzung bezüglich einzelner Preiselemente erreicht wird. Eine Preisabrede liegt mit anderen Worten nicht nur vor, wenn ein konkreter Preis, sondern auch wenn bloss einzelne Komponenten (Preisbestandteile) oder Elemente der Preisbildung fixiert werden.

82. Im KKDMIF I-Entscheid hat die WEKO das Vorliegen einer horizontalen Preisabrede bejaht. Die WEKO begründete dies damit, dass die DMIF einen wesentlichen Bestandteil der MSC ausmache. Die Höhe der DMIF wirke sich daher direkt auf den Preissetzungsspielraum der Acquirer aus. Sie fixiere faktisch einen Mindestpreis im Acquiring-Geschäft.

83. Wie bereits oben in Rz 78 festgehalten, stellt die DMIF nach wie vor einen erheblichen Bestandteil der MSC dar. Aber selbst wenn sie eine geringere Bedeutung hätte, kann die DMIF – solange sie nicht Null beträgt – als Preisbestandteil der MSC qualifiziert werden. Es liegt daher eine Preisabrede vor.

#### **B.5.2.2 Widerlegung der gesetzlich vermuteten Wettbewerbsbeseitigung**

84. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potenzieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) bestehen bleibt.

85. Im Folgenden gilt es zu prüfen, ob die gesetzlich vermutete 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. In einem zweiten Schritt ist alsdann zu prüfen, ob der auf den relevanten Märkten trotz dem Vorliegen von Wettbewerbsabreden noch verbleibende aktuelle und potenzielle Aussen- sowie Innenwettbewerb wirksamen Wettbewerb herzustellen und damit die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag. Gegebenenfalls ist bei Widerlegung der Vermutung an-

schliessend zu prüfen, ob der wirksame Wettbewerb erheblich beeinträchtigt ist.

#### **B.5.2.2.1 Relevante Märkte**

86. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.

##### **a. Sachlich relevante Märkte**

##### **aa. Einteilung in Issuing-, Acquiring-, und Systemmarkt**

87. 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).

88. 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. 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. 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. Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.

89. Die Wettbewerbsbehörden haben sich bereits verschiedene Male zur Marktabgrenzung bei Kreditkartensystemen wie folgt geäussert: Bei einem Vier-Parteien-System (Abbildung 1 und Rz 1 f.) liegt ein so genannter zweiseitiger Markt vor, da zwei (oder mehr) Nachfragegruppen über eine Plattform interagieren. Somit gibt es mehrere Marktteilnehmer, aus deren Sicht der sachlich relevante Markt abgegrenzt werden kann: Einerseits ist der Markt aus Sicht der Karteninhaber abzugrenzen, d.h. aus Sicht derjenigen Personen, welche eine Kreditkarte bei den Issuern nachfragen (Issuing-Markt). Andererseits kann der Markt auch aus Sicht der Händler bestimmt werden, welche die Kreditkarten als Zahlungsmittel entgegennehmen und den Anschluss an ein Kreditkartensystem bei den Acquirern nachfragen (Acquiring-Markt). Schliesslich sind aber auch Issuer und Acquirer selbst Marktteilnehmer. Sie sind Nachfrager von Lizenzen für Kreditkartensysteme bei den Lizenzgebern (z.B. Visa, MasterCard), um das Issuing bzw. Acquiring zu betreiben (Systemmarkt). Es gibt keinen Anlass im vorliegenden Fall von dieser Einteilung abzuweichen, so dass auch die nachfolgenden Erwägungen weitgehend der bisherigen Praxis entsprechen und die Erwägungen dementsprechend kurz gehalten werden können.

##### **bb. Abgrenzungen**

90. Im Bereich der Zahlkarten haben die Wettbewerbsbehörden diverse Abgrenzungen vorgenommen, welche als ständige Praxis bezeichnet werden können. Aus diesem Grund und wegen des Abschlusses der EVR III können die nachfolgenden Ausführungen zu diesen Ab-

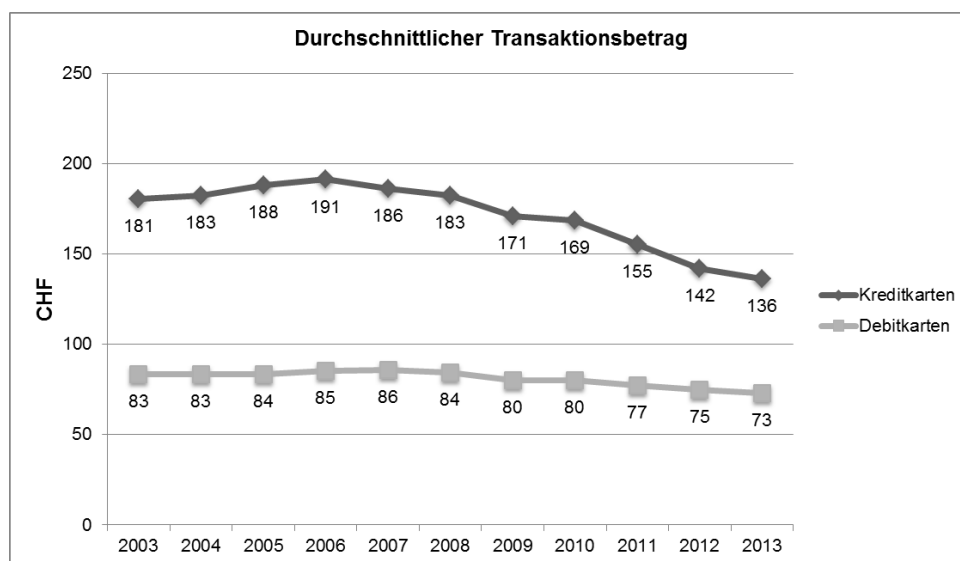


grenzungen – obwohl sie durch die Kartenindustrie regelmässig bestritten werden – kurz gehalten werden:

91. Die Kreditkarten sind zunächst von anderen Zahlungsmitteln, namentlich von den Debitkarten abzugrenzen. Dies gilt sowohl für das Issuing als auch für das Acquiring. Diese Abgrenzung hat die WEKO in den Untersuchungen „Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft“, „Kreditkarten Interchange Fees I“ und zuletzt „SIX/Terminals mit DCC“ vorgenommen. Die WEKO hat in diesen Entscheidungen ausgeführt, dass für den Händler Kredit- und Debitkarten keine Substitute, sondern Komplemente darstellen, da sie durch die Kunden unterschiedlich eingesetzt werden und der Händler dem Kunden die Zahlung mit dessen bevorzugtem Zahlungsmittel ermöglichen will. Bietet der Händler nicht eine breite Palette von Zahlungsmitteln an, so riskiert er, deswegen Geschäftsabschlüsse an seine Konkurrenten zu verlieren. Für den

Karteninhaber sind Kredit- und Debitkarten aufgrund unterschiedlicher Produkteigenschaften (Kreditfunktion, Bonusprogramme) in zahlreichen Situationen ebenfalls keine Substitute. Noch weiter als die WEKO ist die damalige REKO/WEF gegangen, welche zunächst bestätigt hat, dass Kreditkarten weder für den Händler noch den Karteninhaber durch Debitkarten substituiert werden können um dann weiterzufahren, dass für jedes einzelne Kreditkartennetzwerk von einem eigenen sachlich relevanten Markt auszugehen sei.

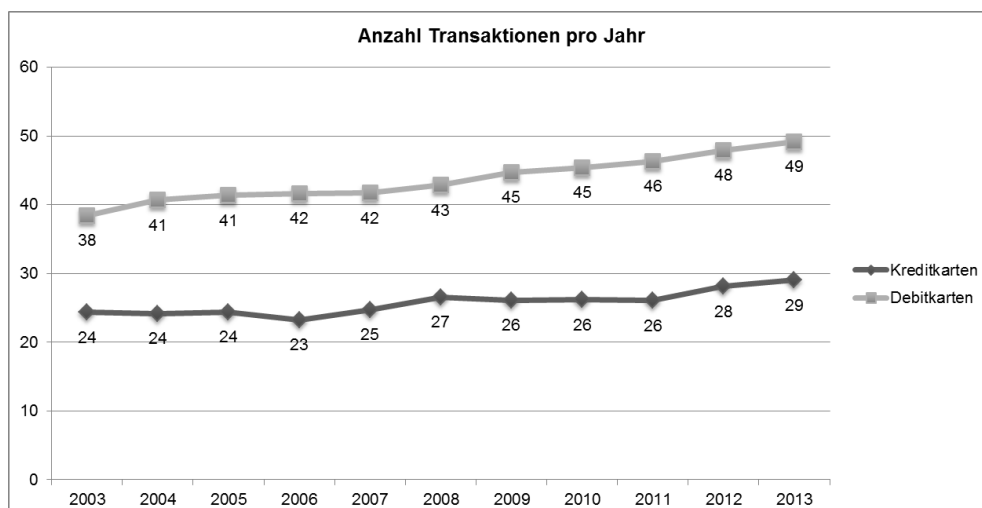
92. Es gibt im vorliegenden Fall keinen Grund von der Abgrenzung zwischen Kredit- und Debitkarten abzuweichen, zumal die nachfolgende Grafik zeigt, dass diese – trotz einer gewissen Annäherung – nach wie vor unterschiedlich eingesetzt werden:



Quelle: SNB, Statistisches Monatsheft, C2 Zahlungsverkehr mit Karten und Checks

Abbildung 2

93. Der unterschiedliche Einsatz von Kredit- und Debitkarten wird auch durch die unterschiedliche Einsatzhäufigkeit unterstrichen:

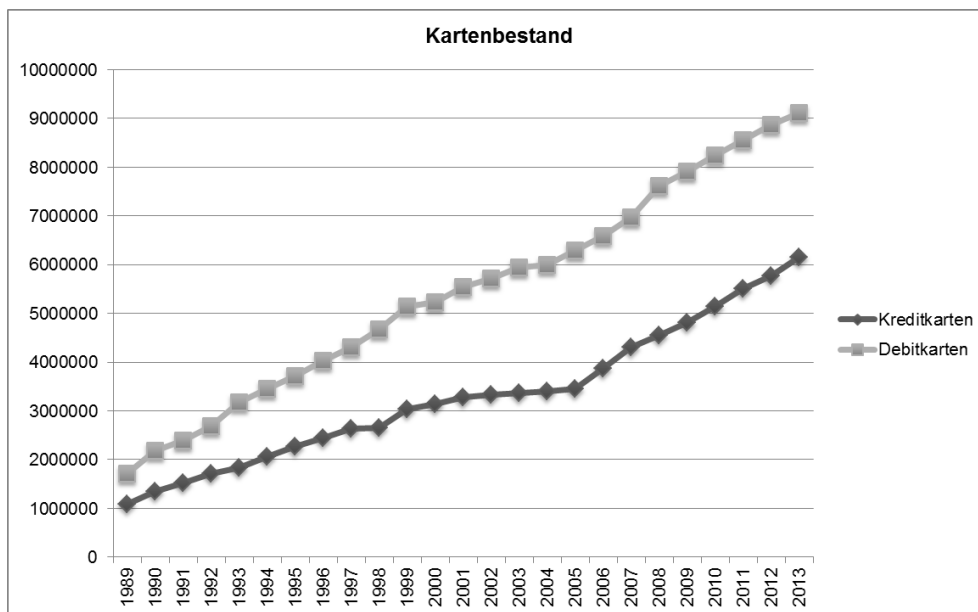


Quelle: SNB, Statistisches Monatsheft, C2 Zahlungsverkehr mit Karten und Checks

Abbildung 3

94. Weiter kann darauf hingewiesen werden, dass die Studie Cards 06 festgehalten hat, dass es „keinen fundierten Anhaltspunkt [gibt], dass die Debit- und Kreditkarten Substitute sind“. Dabei wurde in der Studie darauf hingewiesen, dass das absolute Wachstum der Kartenbestände der beiden Kartenkategorien statistisch signifi-

kant positiv korreliert, dass jedoch eine negative Korrelation zu erwarten wäre, falls Debit- und Kreditkarten Substitute darstellen würden. Die positive Korrelation des Wachstums der beiden Kartentypen dauert wie die nachfolgende Grafik illustriert bis heute an:



Quelle: SNB, Statistisches Monatsheft, C2 Zahlungsverkehr mit Karten und Checks

Abbildung 4

95. Neben der Abgrenzung zwischen Kredit- und Debitkarten unterscheiden die Wettbewerbsbehörden zwischen Kreditkarten, die durch 4-Parteien-Systeme (Visa und MasterCard), und solchen, die durch 3-Parteien-Systeme (namentlich American Express und Diners) herausgegeben werden. Im Fall SIX/Terminals mit DCC hat die WEKO festgestellt, dass zahlreiche Händler trotz höherer Kommissionen und geringerer Verbreitung die Karten der 3-Parteien-Systeme Amex und Diners akzeptieren. Wären die unterschiedlichen Kartennetzwerke genügend nahe Substitute, so würden die Händler diese Karten durch die günstigeren Visa und MasterCard-Kreditkarten ersetzen. Zudem seien diese Kreditkarten Nischenprodukte, welche aus Händlersicht die Akzeptanz der weit verbreiteten Kreditkarten von Visa und MasterCard nicht substituieren könnten. An dieser Marktsituation hat sich seither nicht viel verändert. Die im Fall SIX/Terminals mit DCC angegebenen, auf öffentlich verfügbaren Zahlen berechneten Marktanteile (Visa: 40 %, MasterCard: 54 %, Amex: 5 % und Diners: 1 %) sind immer noch auf +/- 1 % zutreffend. Die Anzahl Akzeptanzstellen sieht demgegenüber gemäss öffentlichen Angaben wie folgt aus: Visa: 100'000; MasterCard: 105'000; Amex: 91'000 und Diners: 65'000). In ihrer Stellungnahme bringt CS vor, die Argumentation, dass Amex und Diners aufgrund der höheren Kommissionen einem anderen Markt zuzuweisen seien, sei unzutreffend, da es auch bei Produkten, die sich zweifelsfrei im gleichen Markt befinden würden, oft zu Preisunterschieden komme. Allenfalls lasse sich argumentieren, dass der Händler die Akzeptanz der beiden verbreiteten Kre-

ditkarten Visa und MasterCard nicht durch die Akzeptanz von Amex und Diners substituieren könnten. Umgekehrt könne aber beispielsweise eine Kreditkarte von Amex durchaus durch eine solche von Visa oder MasterCard ersetzt werden, weshalb der Schluss nicht zulässig sei, die unterschiedlichen Kartennetzwerke seien in keinem Fall substituierbar. Dem Einwand von CS kann grundsätzlich entgegengehalten werden, dass Preisunterschiede bei der Marktangrenzungen durchaus eine Rolle spielen können. Bei hinreichend nahen Substituten ist gemäss „law of one price“ zu erwarten, dass die entsprechenden Preisniveaus nahe beieinander liegen. Umgekehrt ist zuzugestehen, dass eine grosse Preisdifferenz für sich alleine zwar ein Indiz, aber nicht in jedem Fall ein hinreichender Grund für die Annahme separater Märkte ist. Eine weitere Vertiefung der Frage scheint aber an dieser Stelle nicht angezeigt, da aufgrund der weiten Verbreitung von Visa und MasterCard ein Händler die Akzeptanz dieser Karten nicht durch eine Akzeptanz von nur Amex und/oder Diners substituieren kann, selbst wenn eine Substitution in die andere Richtung nicht ausgeschlossen erscheint (asymmetrische Substitution).

96. Schliesslich hat die WEKO in den beiden Untersuchungen Kreditkarten Interchange Fees I und SIX/Terminals mit DCC einen gemeinsamen Markt für Visa und MasterCard abgegrenzt. Ausschlaggebend dafür war, dass sämtliche Acquirer gleichzeitig die Marken Visa und MasterCard anbieten und bei der grossen Mehrheit der Händler für Visa und MasterCard einheitliche Kommissionssätze (Blended Rates) zur Anwendung

gelangen. Eine Preisdifferenzierung zwischen MasterCard und Visa wurde weder von den Acquireern noch von den Händlern gewünscht. Auch bezüglich dieser Elemente ist es zu keinen wesentlichen Veränderungen gekommen, welche eine abweichende Abgrenzung rechtfertigen würden.

### **cc. Ergebnis**

97. Übereinstimmend mit der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden und unter Berücksichtigung der obigen Erwägungen werden folgende sachlich relevanten Märkte abgegrenzt: (1) Der Markt für das Acquiring für die Kreditkarten von Visa und MasterCard und (2) der Markt für das Issuing der Kreditkarten von Visa und MasterCard.

### **b. Räumlich relevanter Markt**

98. 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).

99. Die WEKO hat in ihrer bisherigen Praxis zur Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes für das Kreditkartenaquiring festgehalten, dass es sich aufgrund der geringen Bedeutung des Crossborder-Acquirings rechtfertigt, von einem nationalen Markt für den Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr auszugehen. Gleichzeitig hat die WEKO die Bedeutung der räumlichen Markt-abgrenzung für das Acquiring-Geschäft relativiert. Für schweizerische Händler ist unerheblich, wo ein Acquirer domiziliert ist. Vielmehr ist entscheidend, welche Acquirer mit ihrem Angebot in der Schweiz aktiv sind. Wie bereits zum Zeitpunkt der früheren Entscheide sind in der Schweiz die beiden nationalen Acquirer SIX und Aduno, sowie die beiden deutschen Acquirer B+S und ConCardis aktiv. Die Marktsituation hat sich kaum verändert, so dass nach wie vor ein nationaler Markt unter Einbezug von B+S und ConCardis abzugrenzen ist.

100. Im Bereich des Kreditkartenissuings stellt der räumlich relevante Markt das Gebiet dar, in welchem die Konsumenten Kreditkarten nachfragen. Da es für eine Person mit Wohnsitz in der Schweiz aufwändiger ist eine Kreditkarte bei einem ausländischen Issuer zu beziehen, kann der Anteil an Kreditkarten, die durch ausländische Issuer an Karteninhaber mit Schweizer Wohnsitz ausgegeben werden, vernachlässigt werden. Der räumlich relevante Markt für das Issuing der Kreditkarten Visa und MasterCard umfasst somit die Schweiz.

### **B.5.2.2.2 Aussenwettbewerb**

101. Nachfolgend gilt es festzustellen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede 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.

102. Im vorliegenden Fall sind sämtliche Schweizer Issuer und – bis auf B+S – alle in der Schweiz tätigen Acquirer an der Festsetzung der DMIF beteiligt. B+S sowie auch allfällige andere Marktteilnehmer sind aber

aufgrund der Regelwerke von Visa und MasterCard verpflichtet, für domestische Transaktionen ebenfalls die festgelegte DMIF anzuwenden. Ein Aussenwettbewerb findet daher nur insofern statt, als dass einige wenige Akteure bilaterale Interchange Fees vereinbart haben, welche der DMIF vorgehen. Aufgrund der geringen Verbreitung bilateraler Interchange Fees ist eher davon auszugehen, dass diese nicht geeignet sind die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs umzustossen. Die Frage kann aber letztlich offen bleiben, weil – wie nachfolgend dargelegt wird – die Umstossung der Vermutung sowieso aufgrund von hinreichendem Innenwettbewerb gelingt.

### **B.5.2.2.3 Innenwettbewerb**

103. Zu prüfen bleibt, ob die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs aufgrund des trotz der Abrede verbliebenen Wettbewerbs zwischen den Abredeteilnehmern widerlegt werden kann. Solcher Wettbewerb kann in zweierlei Hinsicht bestehen: Entweder weil sich die Abredeteilnehmer nicht an die Abrede halten (Innenwettbewerb im engeren Sinne) oder weil trotz Abrede weiterhin ausreichend Wettbewerb zwischen ihnen hinsichtlich nicht abgesprochener, im konkreten Markt aber mitentscheidender Wettbewerbsparameter besteht (Rest- oder Teilwettbewerb).

104. Im vorliegenden Fall halten sich die Abredeteilnehmer an die vereinbarte DMIF, allerdings bildet diese nur einen Preisbestandteil und nicht den Endpreis. Wie oben dargelegt (Rz 78) beträgt der Anteil der DMIF an den Händlerkommissionen in den letzten Jahren rund 65 %. Dies bedeutet gleichzeitig, dass 35 % der Händlerkommissionen nicht von der DMIF betroffen sind, so dass auf dem Acquiringmarkt ein gewisser Restwettbewerb auf dem Wettbewerbsparameter Preis bestehen könnte. Hinzu kommen weitere Wettbewerbsparameter wie z.B. Serviceleistungen vor Ort oder Zusatzleistungen bei der Abrechnung von Kartentransaktionen. Auch auf dem Issuingmarkt führt die DMIF nicht zu einer Beseitigung des Wettbewerbs. Die Einnahmen aus der DMIF haben in den Jahren 2010–2013 anteilmässig zwischen 11 % und 13 % an den gesamten Einnahmen der Issuer betragen. Dies bedeutet, dass die DMIF zwar nach wie vor ein wesentlicher Bestandteil der Einnahmen der Issuer bildet, aber der Wettbewerb nicht beseitigt wird, da die Issuer ihre Kosten über andere Einnahmequellen decken können und dabei jeder Issuer in der Ausgestaltung der Kartengebühren (Jahresgebühr, Zinsen etc.) frei ist.

### **B.5.2.3 Zwischenergebnis**

105. Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass die DMIF auf den sachlich relevanten Märkten des Issuings und Acquirings der Kreditkarten Visa und MasterCard aufgrund hinreichenden Restwettbewerbs nicht zu einer Beseitigung des Wettbewerbs führt. Die gesetzliche Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG kann daher wiederlegt werden. Es gilt daher nachfolgend zu prüfen, ob eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG vorliegt.

### **B.5.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs**

106. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträch-

tigen 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.

### **B.5.3.1 Erheblichkeit gemäss bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung**

107. 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 maiore ad minus grundsätzlich auch deren qualitative Erheblichkeit zu bejahen, unabhängig von allfälligen quantitativen Kriterien.“

„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 genannten 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.“

108. 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.

109. Das BVGer hat allerdings im Fall „Baubeschläge“ in den Urteilen vom 23. September 2014 in Sachen Sigenia und Koch ausgeführt, im schweizerischen Kartellrecht bestehe keine per se-Erheblichkeit, weshalb die Auswirkungen von Absprachen auf dem Markt zu untersuchen seien. Das BVGer setzt sich indes nicht mit der eigenen Rechtsprechung in Sachen Gaba und Gebro auseinander. Die UBS macht in ihrer Stellungnahme geltend, das Bundesverwaltungsgericht habe die Ausführungen im Baubeschläge-Fall „in augenscheinlicher Reaktion auf die seitens der Wettbewerbsbehörden vertretene Auffassung, das Gaba/Gebro-Urteil habe eine per se-Erheblichkeit eingeführt“ vorgenommen. Das Bundesverwaltungsgericht halte fest, die fehlende per se-

Erheblichkeit gründe auf der Missbrauchsgesetzgebung der Schweiz. Die UBS führt weiter aus, aufgrund des Missbrauchsprinzips könnten Abreden nur aufgrund des Nachweises tatsächlich erheblicher wettbewerbsbeeinträchtigender Auswirkungen untersagt werden.

110. Entgegen der Auffassung der UBS geht aus dem Baubeschläge-Fall nicht hervor, dass das BVGer die Gaba/Gebro-Rechtsprechung revidieren wollte. Denn das BVGer stellt in den Baubeschläge-Urteilen zunächst einmal nur Selbstverständliches fest: Nach dem BVGer hat die WEKO im Einzelfall nachzuweisen, dass der Wettbewerb durch die Abrede erheblich beeinträchtigt wird, und Auswirkungen der Abreden zu untersuchen. Dies aber wird von Seiten der Wettbewerbsbehörden gar nicht bestritten. Es ist aber zu beachten, dass die Baubeschläge-Urteile – anders als die Gaba/Gebro-Urteile – weder in der zitierten Passage noch in sonstigen Aussagen dazu enthalten, wie die Wettbewerbsbehörden die Auswirkungen einer Abrede zu untersuchen haben. Vor allem legt das BVGer in den jüngeren Entscheidungen an keiner Stelle ausdrücklich fest, dass die Auswirkungen einer Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG unter Berücksichtigung quantitativer Kriterien zu prüfen seien. Dementsprechend setzt sich das BVGer weder inhaltlich mit der Gaba/Gebro-Rechtsprechung auseinander, noch zitiert es die Gaba/Gebro-Urteile im Zusammenhang mit den oben zitierten Aussagen. Dies ist im Übrigen auch nicht verwunderlich, da die oben zitierte Aussage im Zusammenhang mit der Prüfung der Widerlegung der Beseitigungsvermutung getätigt wird und eine Erheblichkeitsprüfung in den Baubeschläge-Urteilen gar nicht durchgeführt wird – die kartellrechtlichen Ausführungen enden in den Baubeschläge-Urteilen vielmehr mit den Ausführungen zur Widerlegung der Beseitigungsvermutung. Wenn in den Baubeschläge-Urteilen keine Erheblichkeitsprüfung durchgeführt wird, dann können dem Urteil auch keine validen Aussagen zur Prüfung dieses Tatbestandselements entnommen werden. Weiter ist zudem anzunehmen, dass sich das BVGer in den Baubeschläge-Urteilen gerade deshalb mit der Gaba/Gebro-Rechtsprechung argumentativ und unter Zitierung der älteren Urteile hätte auseinandersetzen müssen, weil diese Urteile als Grundsatzentscheidung in 5er-Besetzung ergangen waren, während die Baubeschläge-Urteile in 3er-Besetzung entschieden wurden. Nach alledem ist daher anzunehmen, dass die Baubeschläge-Urteile im Hinblick auf die Berücksichtigung quantitativer Kriterien nicht der Gaba/Gebro-Rechtsprechung widersprechen und daher Letztere nach wie vor Bestand hat.

111. Wird im vorliegenden Fall auf die Rechtsprechung in Sachen Gaba und Gebro abgestellt, so hat dies zur Folge, dass in Bezug auf die Abrede über die DMIF 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.

### B.5.3.2 Erheblichkeit gemäss bisheriger Praxis

112. Die WEKO beurteilt die Frage nach der erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne des Kartellgesetzes anhand einer Gesamtbetrachtung des Einzelfalls, wobei praxisgemäss sowohl qualitative wie auch quantitative Aspekte berücksichtigt werden. Bezüglich des qualitativen Elements gilt es die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters – und zwar im konkret betroffenen Markt – sowie das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter 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 beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt haben (Anzahl, Marktanteile, Umsätze etc.).

113. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, liegt vorliegend in Bezug auf die Abrede über die DMIF eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG selbst dann vor, wenn nicht auf die Gaba/Gebro-Rechtsprechung abgestellt wird, sondern die Erheblichkeitsprüfung anhand einer Gesamtbetrachtung im Sinne der WEKO-Praxis erfolgt, d.h. unter Berücksichtigung von qualitativen wie quantitativen Kriterien.

### B.5.3.3 Qualitative Kriterien

114. Bereits im KKDMIF I-Entscheid hat die WEKO festgehalten, dass die Preisabrede über die DMIF die qualitativen Voraussetzungen für eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung erfüllt, da sie die Preissetzungsspielräume der Acquirer und Issuer einschränkt und horizontale Preisabsprachen erfahrungsgemäss negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben.

115. In der jüngeren Praxis haben die Schweizer Wettbewerbsbehörden darauf hingewiesen, dass beim Vorliegen von Abreden, welche die Tatbestandsmerkmale von Art. 5 Abs. 3 KG erfüllen, das qualitative Element der Wettbewerbsbeeinträchtigung grundsätzlich als gravierend zu bewerten ist, auch wenn die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs umgestossen werden kann. In casu besteht eine Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, weshalb in Anlehnung an die bisherige Praxis eine aus kartellrechtlicher Sicht qualitativ schwerwiegende Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt.

### B.5.3.4 Quantitative Kriterien

116. Üblicherweise wird das quantitative Element der Erheblichkeit anhand derselben Konzepte wie die Beseitigungsvermutung nach Art. 5 Abs. 3 KG geprüft; d.h. anhand der vorhandenen aktuellen und potenziellen Konkurrenz sowie allenfalls der Stellung der Marktgegenseite. Die Analyse unterscheidet sich jedoch im Mass der Wettbewerbsbeeinträchtigung, welches erreicht sein muss, damit eine Abrede den Wettbewerb beseitigt, oder (nur) erheblich beeinträchtigt.

117. Horizontalen Wettbewerbsabreden kommt ein hohes Schädigungspotenzial für den Wettbewerb zu. Daher sind an die Kriterien des quantitativen Elements der Erheblichkeit nicht allzu hohe Anforderungen zu stellen. Diese minimalen Anforderungen werden im vorliegenden Fall deutlich übertroffen. Erstens wird die DMIF von sämtlichen Issuern und Acquirern angewendet und zwei-

tens wurde bereits aufgezeigt, dass jedenfalls auf dem Acquiringmarkt die DMIF auch quantitativ schwerwiegend ist, bildet sie doch mit rund 65% den wichtigsten Preisbestandteil der Händlerkommission. Dies allein genügt bereits um festzustellen, dass die DMIF auch in quantitativer Hinsicht von grossem Gewicht ist. Auf eine genauere Quantifizierung kann aber insbesondere auch aufgrund des Vorliegens einer einvernehmlichen Regelung verzichtet werden.

### B.5.3.5 Zwischenergebnis

118. Es liegt eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG vor. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob sich die Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt.

### B.5.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

#### B.5.4.1 Allgemeines

119. 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 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.

120. Diese Aufzählung der Rechtfertigungsgründe in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG ist abschliessend, wobei die aufgezählten Gründe grundsätzlich weit zu verstehen sind. Zur Rechtfertigung genügt es, dass einer von ihnen gegeben ist. 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.

#### B.5.4.2 Rechtfertigungsgründe für die DMIF

121. Im KKDMIF I-Entscheid hat die WEKO im Zusammenhang mit der Rechtfertigung aus Effizienzgründen die folgenden Fragen analysiert:

- Gibt es Rechtfertigungsgründe für das multilaterale Verhandeln der Interchange Fee im Rahmen eines Vierparteiensystems?
- Falls ja: Führt das multilaterale Verhandeln zu einer volkswirtschaftlich effizienten Lösung, d.h. zu einer Optimierung des Kreditkartensystems?

122. Nicht in Frage gestellt wurde hingegen die Existenz von Interchange Fees an sich. Aufgrund der Erfahrungen im Zusammenhang mit dem Debitkartensystem Maestro, welches keine Interchange Fees beinhaltet, sowie im Zusammenhang mit der jüngsten europäischen Entwicklung geht die WEKO jedoch nachfolgend auch auf diese Frage ein. Aufgrund des Abschlusses einer

einvernehmlichen Regelung kann die Diskussion allerdings abgekürzt und weniger ausführlich erfolgen.

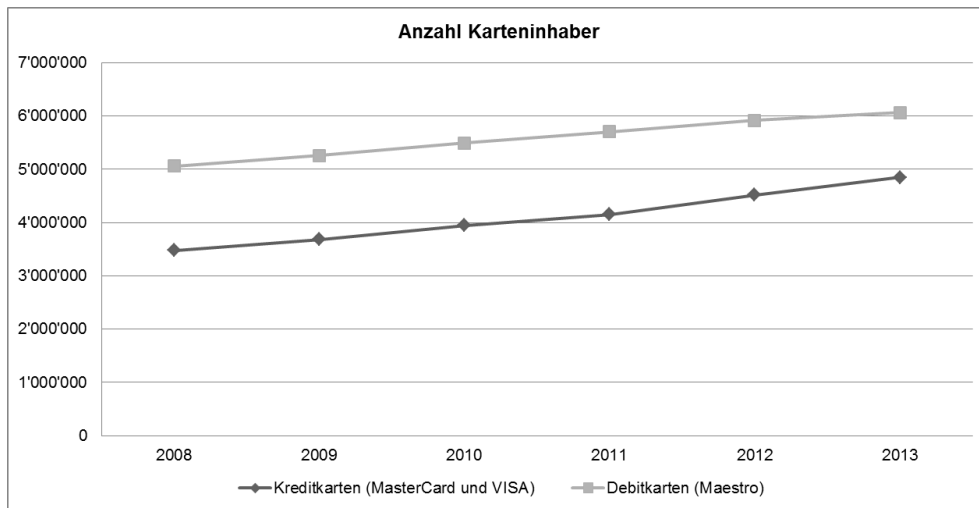
**a. Rechtfertigung der Existenz von Interchange Fees**

123. In der theoretischen ökonomischen Literatur findet sich kein Argument, welches ein generelles Verbot von Interchange Fees unterstützen würde. Im Gegenteil herrscht die Überzeugung vor, dass mittels Interchange Fees die in zweiseitigen Märkten vorherrschenden gegenseitigen indirekten Netzwerkexternalitäten internalisiert und damit elektronische Zahlungssysteme insgesamt optimiert werden können.

124. Auf der anderen Seite sind Interchange Fees in keinem ökonomischen Modell eine Voraussetzung für das Funktionieren von elektronischen Zahlungssystemen. Daher bilden die theoretischen Modelle keine hinreichende Grundlage zur Beantwortung der Frage, ob im konkreten Fall die Implementierung einer Interchange Fee – unabhängig davon wie sie festgelegt wird – aus gesamtwirtschaftlicher Sichtweise sinnvoll ist oder nicht, denn die Modelle enthalten keine allgemeine Aussage darüber, ob eine „optimale“ Interchange Fee im Vergleich zu einer Interchange Fee von Null zu erheblichen

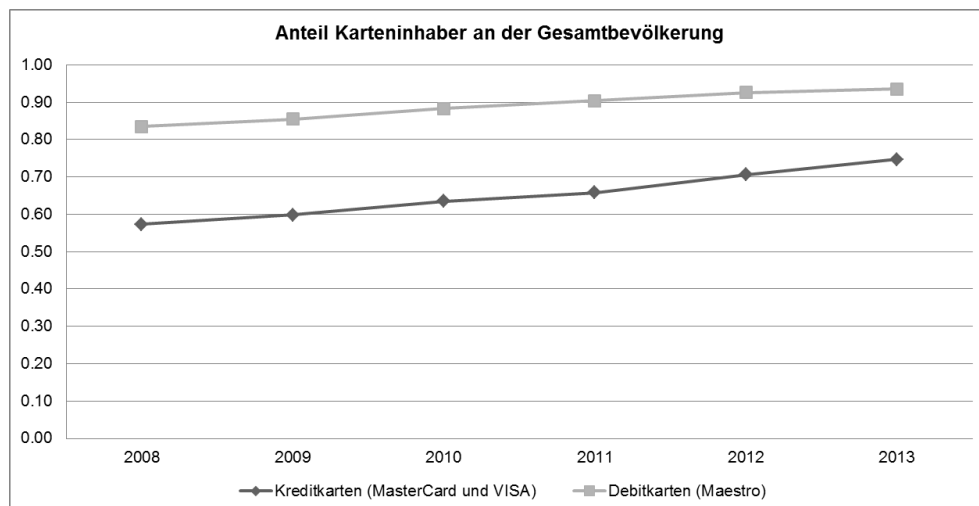
Wohlfahrtsgewinnen führt oder nicht. Darüber hinaus gilt es zu bedenken, dass die ökonomischen Modelle verschiedene in der Praxis relevante Effekte und Auswirkungen abstrahieren sowie vereinfachende Annahmen treffen und darum nie ein vollständiges Abbild der Realität wiedergeben können.

125. Die Sichtweise, wonach Interchange Fees für das Funktionieren von elektronischen Zahlungssystemen keine Notwendigkeit sind, bestätigt sich auch in der Praxis, indem in der Schweiz das Debitkartensystem Maestro (welches ebenfalls ein 4-Parteien-System ist) seit Jahren ohne Interchange Fee funktioniert. Ein Vergleich des Maestro-Debitkartensystems mit dem Kreditkartensystem von Visa und MasterCard zeigt, dass sich das Maestro-Debitkartensystem ohne Interchange Fee gemessen an der Kartenverbreitung, der Anzahl Transaktionen sowie am Transaktionsvolumen keineswegs schlechter entwickelt hat als das Kreditkartensystem von Visa und MasterCard mit Interchange Fee (vgl. die nachfolgenden Abbildungen Abbildung 5–Abbildung 8). Dies gilt unbeschadet des Umstandes, dass die Debitkarten von Maestro sowieso bereits weiter verbreitet sind und häufiger eingesetzt werden und daher eher ein „Sättigung“ zu erwarten wäre.



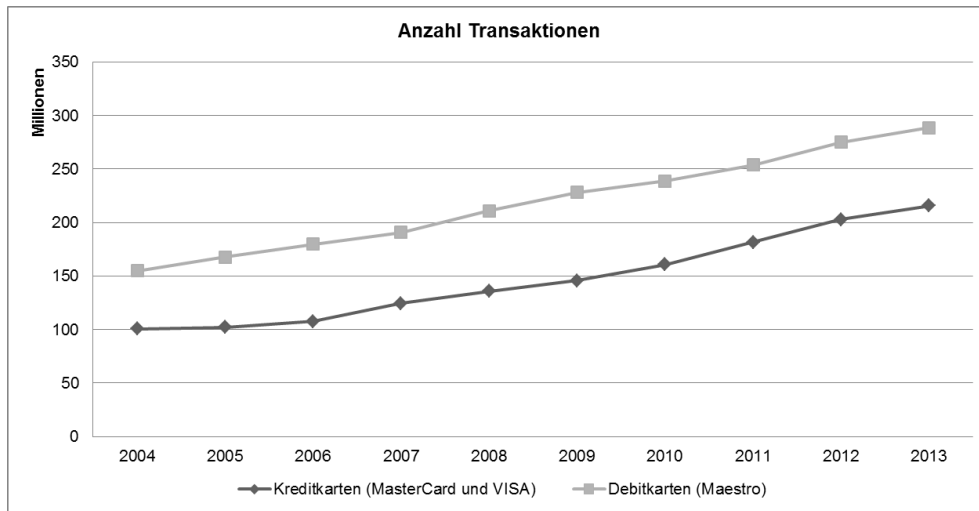
Quelle: Eigene Berechnungen

Abbildung 5



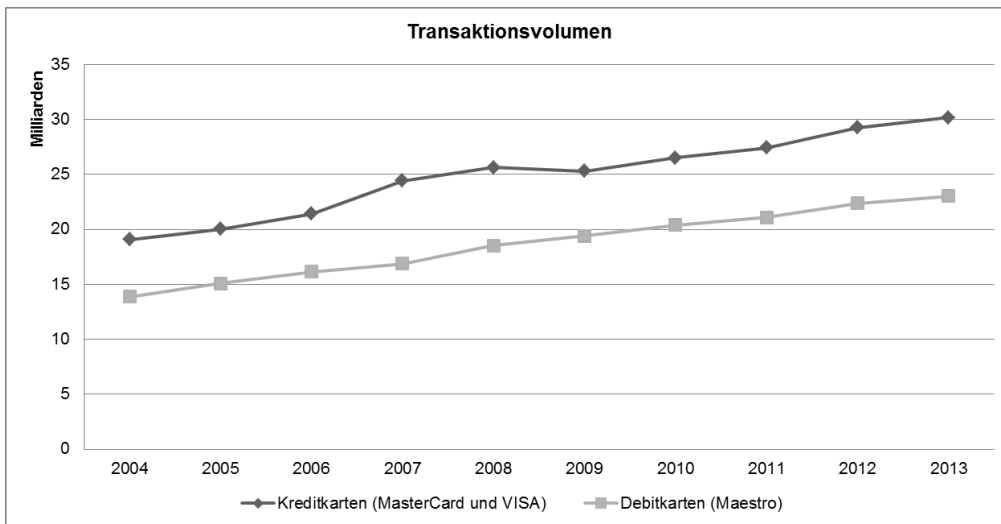
Quelle: Eigene Berechnungen

Abbildung 6



Quelle: Eigene Berechnungen

Abbildung 7

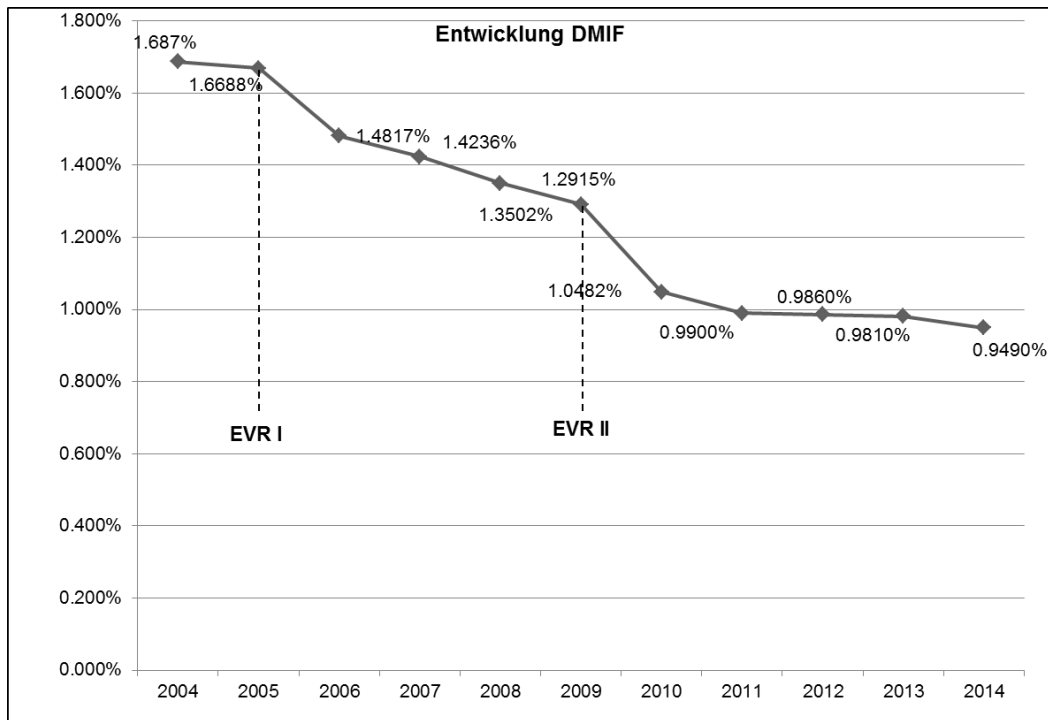


Quelle: Eigene Berechnungen

Abbildung 8

126. Darüber hinaus geht aus den obigen Abbildungen hervor, dass sich das Kreditkartensystem hinsichtlich Anzahl Karteninhaber, Anzahl Transaktionen und Transaktionsvolumen stets positiv weiterentwickelt hat, trotz der Senkungen der DMIF die sich aufgrund der EVR I

bzw. EVR II ergeben haben. So sind insbesondere bei den stärkeren Senkungen in den Jahren 2005 und 2009 (vgl. Abbildung 9) keine entsprechenden negativen Auswirkungen bei den obigen Marktdaten ersichtlich:



Quelle: Eigene Berechnungen

Abbildung 9

127. In diesem Zusammenhang stellt sich aus kartellrechtlicher Sicht die Frage, ob eine Optimierung des Systems – vorausgesetzt, dass die Interchange Fees das System tatsächlich optimieren sollten – ausreicht, um eine horizontale Preisabrede zu rechtfertigen, oder ob vielmehr erst dann ein Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 5 Abs. 2 KG vorliegt, wenn ein elektronisches Zahlungssystem ausschliesslich mit einer Interchange Fee funktionieren könnte (Notwendigkeit der Abrede) oder zumindest erst dann, wenn ein gewisses Mindestmass an Optimierungspotential ausgeschöpft würde. Dabei ist zu berücksichtigen, 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. Dass dies der Fall ist erscheint aufgrund des obigen Vergleichs mit dem Maestro-Debitkartensystem eher als unwahrscheinlich. Vor dem Hintergrund der einvernehmlichen Regelung kann diese Frage vorliegend jedoch offen bleiben.

128. Eine ähnliche Argumentation wird auch von anderen Wettbewerbsbehörden vorgebracht: In der Europäischen Union hat der Court of Justice of the European Union am 11. September 2014 den Entscheid der Europäischen Kommission vom 19. Dezember 2007 i.S. COMP/34.579 MasterCard, COMP/36.518 Euro Commerce und COMP/38.580 Commercial Cards gestützt. Darin hat die Europäische Kommission u.a. festgestellt, dass MasterCard keinen Beweis dafür erbringen konnte, ob und in welchem Ausmass die Interchange Fees für die geltend gemachten Effizienzwirkungen notwendig sind und ob sie die die negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb zu kompensieren vermögen.

129. Darüber hinaus hat die EU Kommission – analog zu den Schweizer Wettbewerbsbehörden im Zusammenhang mit dem Debitkartensystem Maestro – festgestellt, dass in Ländern, in welchen elektronische Zahlkartensysteme lange Zeit keine Interchange Fee kannten (z.B. Finnland, Dänemark, Niederlande und Luxemburg), Karten häufiger zu Bezahlungszwecken eingesetzt wurden (das elektronische Zahlkartensystem also besser funktioniert hat) als im europäischen Durchschnitt.

#### b. Rechtfertigung der multilateralen Verhandlung der DMIF

130. Wenn entgegen den obigen Bedenken weiterhin davon ausgegangen würde, dass eine DMIF grundsätzlich aus Effizienzgründen zulässig sei, so stellt sich die weitergehende Frage, ob die DMIF multilateral festgesetzt werden sollte.

131. Im KKDMIF I-Entscheid hat die WEKO festgehalten, dass die multilaterale Verhandlung der Domestic Interchange Fees gewisse Effizienzvorteile gegenüber bilateralen Verhandlungen zwischen Issuern und Acquirern aufweisen kann. So z.B. die Einsparung von Transaktionskosten, die Vermeidung eines Hold-up Problems oder die Reduktion von Markteintrittsschranken für ausländische Acquirer.

132. Sie hat weiter festgehalten, dass ein bilaterales System mit Default Rate einige der genannten Nachteile von bilateralen Verhandlungen (ohne Default Rate) abmildern würde. Gleichzeitig ist sie aber davon ausgegangen, dass in einem solchen System (mit Default Rate) lediglich die Default Rate zur Anwendung kommen würde, da weder die Acquirer einen Anreiz hätten einer höheren Interchange Fee (als der Default Rate) zuzustimmen noch die Issuer einen Anreiz hätten eine tiefere Interchange Fee (als die Default Rate) zu akzeptieren. Da die jeweiligen Default Rates von MasterCard bzw.



Visa festgelegt würden, könne nicht davon ausgegangen werden, dass diese den schweizerischen Marktverhältnissen entsprechen würde.

133. Trotz der erwähnten Nachteile hat die WEKO sowohl das rein bilaterale System als auch das bilaterale System mit Default Rate als mögliche Alternativen zum multilateralen System erachtet. Sie hat daher das Vorliegen von Effizienzgründen im kartellrechtlichen Sinn an die Frage geknüpft, ob die multilateral verhandelten Interchange Fees das Kreditkartensystem in der Schweiz insgesamt optimieren.

**aa. Keine Optimierung des Gesamtsystems durch multilaterale Verhandlung an sich**

134. Bereits im KKDMIF I-Entscheid hat die WEKO festgehalten, dass eine frei multilateral festgelegte Interchange Fee nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann, unabhängig davon, ob eine dienstleistungsorientierte, eine Joint Production oder eine netzwerkorientierte Sichtweise eingenommen wird. Insbesondere in Bezug auf die netzwerkorientierte Sichtweise, welche in der theoretischen ökonomischen Literatur vertreten wird und daher häufig als Grundlage für die Rechtfertigung von Interchange Fees herangezogen wird, konnte gezeigt werden, dass die in den Modellen prognostizierten Wirkungsweisen in der Realität nicht zu beobachten waren und dass frühere Erhöhungen der Interchange Fee nicht auf eine Verbesserung der Ausbalancierung der beiden Marktseiten zurückgeführt werden konnten.

135. In der Zwischenzeit sind neue Ansätze im ökonomischen Diskurs um Interchange Fees zum Schluss gekommen, dass die multilaterale Festsetzung von Interchange Fees Verzerrungen zuungunsten des Handels erzeugt: Während in der Literatur im Zeitraum des KKDMIF I-Entscheids die Meinung vorherrschte, dass die multilaterale Vereinbarung über die Interchange Fee unter bestimmten Umständen zu sozial optimalen Ergebnissen führen kann oder dass es dabei zumindest zu keinen systematischen Verzerrungen zugunsten oder zuungunsten von bestimmten Systemteilnehmern kommt, zeigt die neuere ökonomische Literatur, dass die multilaterale Festlegung der Interchange Fee sehr wohl zu systematischen Verzerrungen zuungunsten der Händler führt. Diese wissenschaftlichen Beiträge führen verschiedene Erkenntnisse (balancing, merchant internalization) in einem allgemeinen Modellrahmen zusammen oder tragen dem Umstand Rechnung, dass potenzielle Karteninhaber im Zusammenhang mit elektronischen Bezahlkarten zwei Entscheidungen treffen (membership and usage), was den Issuern die Anwendung von Zwei-Stufen-Tarifen erlaubt. Da diese Modelle die bisherigen verallgemeinern oder um wichtige Tatsachen erweitern, kann ihnen eine höhere Bedeutung beigegeben werden als den bisherigen Standardmodellen.

136. Hinweise darauf, dass auch die in der Schweiz aktuell gültige Interchange Fee – welche unter einer freien Festlegung wohl deutlich höher wäre – zu hoch sein könnte, ergeben sich ausserdem aus dem Umstand, dass es Händler in einer Branche gibt, welche Kreditkarten akzeptieren und solche die dies nicht tun. So akzeptieren z.B. Lidl-Schweiz und Aldi-Suisse in ihren Filialen neben Bargeld verschiedene elektronische

Zahlungsmittel (Maestro, VPay und Postcard), jedoch keine Kreditkarten. Als Grund dafür geben diese die allgemeine Kostensituation an, welche sich bei Kreditkarten (im Gegensatz zu Bargeld und Debitkarten) durch besonders hohe Gebühren auszeichnet. Voraussetzung für die Akzeptanz von Kreditkarten wäre eine deutliche Reduktion der Kreditkarten- bzw. Acquiring-Gebühren. Dieser Umstand findet in der theoretischen Literatur und damit in wohlfahrtstheoretischen Überlegungen keine Berücksichtigung. Es stellt sich daher die Frage, ob es optimal wäre, wenn die Interchange Fee gesenkt würde, so dass sämtliche Händler (der entsprechenden Branche) Kreditkarten akzeptieren. Davon könnten Konsumenten insofern profitieren, als dass sie – gemäss der Logik eines zweiseitigen Marktes – ihre Kreditkarten vermehrt und bei jedem Händler ihrer Wahl einsetzen könnten.

137. Da Senkungen der Interchange Fee zum grössten Teil an den Handel weitergegeben werden, führt eine Reduktion der Interchange Fee zu einer Senkung der Acquiring-Gebühren.

**bb. Keine Optimierung des Gesamtsystems durch kostenbasierten Ansatz**

138. Die WEKO hat im KKDMIF I-Entscheid die multilaterale Verhandlung über die Interchange Fee nur dann als mit dem Kartellgesetz vereinbar gehalten, wenn sie sich an den objektiven Netzwerkkosten orientiert. In diesem Entscheid hat sie sich auf die damals gültigen wissenschaftlichen Erkenntnisse und die internationale Praxis gestützt. In der Zwischenzeit haben sich sowohl die wissenschaftlichen Erkenntnisse als auch die internationale Praxis gewandelt. In der ökonomischen Literatur herrscht mittlerweile ein Konsens darüber, dass optimale Interchange Fees nicht in erster Linie von den Kostenstrukturen der Issuer abhängen, sondern von den Kosteneinsparungen („avoided costs“) des Handels: “None of the existing models that work out optimal interchange fees (either those maximizing welfare or consumer surplus) imply interchange fees based on issuers' costs will be optimal, or will indeed increase welfare relative to unregulated fees”.

139. Diese Einschätzung teilen auch sämtliche am Verfahren beteiligten Parteien. Es kann also festgehalten werden, dass sich der bisherige kostenbasierte Ansatz überholt hat und nicht davon ausgegangen werden kann, dass dieser zu einer Optimierung des Gesamtsystems beiträgt.

**cc. Zwischenergebnis**

140. Aus den obigen Erwägungen folgt, dass weder Rechtfertigungsgründe für das freie multilaterale Verhandeln von Interchange Fees bestehen noch für den gegenwertig angewandten kostenbasierten Ansatz.

**dd. Mögliche Optimierung des Gesamtsystems durch Tourist Test**

141. Die WEKO hat im KKDMIF I-Entscheid festgehalten, dass die multilaterale Vereinbarung der DMIF nicht per se mit dem Kartellgesetz unvereinbar ist. Sie hat die Effizienzvorteile einer multilateralen Verhandlung anerkannt, jedoch festgehalten, dass für die Festlegung ein

objektives Verfahren – nämlich das kostenbasierte Verfahren – notwendig ist.

142. Wie bereits unter Rz 138 f. erläutert, ist der kostenbasierte Ansatz wissenschaftlich nicht mehr abgestützt. Ein objektives Verfahren hätte sich jedoch an neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen zu orientieren.

143. Ein objektives Verfahren, an welchem sich die multilaterale Festlegung der DMIF orientieren könnte, ist der sogenannte Tourist Test (auch Merchant Indifference Test). Dieser wurde von ROCHET und TIROLE entwickelt und analysiert und hat somit ein wissenschaftliches Fundament. Darüber hinaus haben sich sowohl die EU-Kommission als auch MasterCard bei der Verpflichtungserklärung im April 2009 am Tourist Test orientiert (vgl. Rz 38). Die EU-Kommission hat ausserdem ab Dezember 2008 eine breit angelegte Studie in Angriff genommen, um den Tourist Test mit aktuellen empirischen Werten zu unterlegen (vgl. Rz 42).

144. Beim Tourist Test werden die Kostenersparnisse des Handels durch die Akzeptanz von elektronischen Bezahlkarten (im Vergleich zu Bargeld) bestimmt und daraus die optimale Interchange Fee abgeleitet. Diese ergibt sich typischerweise aus der Differenz der Mehrkosten des Handels aus dem Bargeldhandling (im Vergleich zur Akzeptanz von elektronischen Bezahlkarten) abzüglich der Kosten und Marge der Acquirer. Die resultierende Tourist Test Interchange Fee ist diejenige Interchange Fee, welche den Mehrwert der Konsumenten und des Handels maximiert. Die EU-Kommission ist in ihren bisherigen Bemühungen auf Werte von 0.07 % bzw. 0.15 % für eine Kreditkarten Interchange Fee gekommen, wobei es zu berücksichtigen gilt, dass diese Zahlen auf einer Auswertung für ausschliesslich grosse (und mutmasslich effiziente) Händler basieren. Daher hat die EU-Kommission auch festgehalten, dass es sich vorläufig nicht aufdrängt vom bereits umgesetzten Wert von 0.3 % abzuweichen.

145. In der Schweiz existiert eine Studie zum Schweizer Kreditkartenmarkt (Jäger-Studie, vgl. oben Rz 24), welche eine Adaptation des Tourist Tests – wie er in der EU durchgeführt wurde und wie er in der oben beschriebenen Literatur vorgestellt und diskutiert wird – vorschlägt und eine Interchange Fee auf Basis dieses sogenannten „erweiterten Tourist Tests“ berechnet. Basis für den erweiterten Tourist Test bildet ein Paper von ROCHET/WRIGHT, in welchem der Kreditfunktion der Kreditkarte und den daraus entstehenden Mehrnutzen und Kosten von Händlern explizit Rechnung getragen wird. Konzeptionell handelt es sich um einen ähnlichen Ansatz wie beim klassischen Tourist Test, wobei beim Ansatz von ROCHET/WRIGHT der Nutzen des Händlers nicht durch die Einsparung von Bargeldkosten, sondern durch die Einsparung von Kosten durch selbstständige Kreditvergabe (Händlerkredit) entsteht (nachfolgend wird daher vom „Kreditkarten Tourist Test“ oder von „Kreditkarten Interchange Fee“ gesprochen).

146. Im Gegensatz zu den in Fachzeitschriften publizierten Arbeiten von ROCHET/TIROLE, ROCHET/WRIGHT etc., liegt der Jäger-Studie kein eigenes theoretisches Modell zugrunde. Vielmehr werden darin die beiden oben erwähnten Ansätze (klassischer Tourist Test und Kreditkarten Tourist Test) miteinander kombiniert, wobei von

Bargeldersatz- und von Liquiditätersatztransaktionen gesprochen wird. Ob die in einem kombinierten Modell resultierende optimale (wohlfahrtsmaximierende) Interchange Fee tatsächlich der gewichteten Summe der jeweiligen Interchange Fees (aus dem klassischen Tourist Test und aus dem Kreditkarten Tourist Test) entsprechen würde, wie dies in der Studie vorausgesetzt wird, wird damit nicht in einem eigenständigen theoretischen Modell nachgewiesen, sondern lediglich angenommen.

147. Darüber hinaus setzt sich die Jäger-Studie wenig kritisch mit der Annahme im Papier von ROCHET/WRIGHT (vgl. Fn 120) auseinander, wonach Händler die zusätzlichen Kosten aus der Vergabe von Händlerkrediten nicht direkt auf Individuen, welche solche Kredite nachfragen, überwälzen (können). Würden oder könnten sie dies tun wäre es fraglich, inwiefern die entsprechenden Resultate Bestand hätten und inwiefern die Kosten aus der Vergabe von Händlerkrediten als „avoided costs“ in die Berechnung der Tourist Test Interchange Fee einfließen könnten.

148. Die Annahme, dass Händler preislich zwischen Barzahlungen und Kartenzahlungen nicht differenzieren, d.h. den Konsumenten unabhängig von der Art der Bezahlung einen einheitlichen Preis verrechnen, ist in der Literatur weit verbreitet und wird häufig damit gerechtfertigt, dass den Händlern entweder eine solche Preisdiskriminierung von den Kartensystemen untersagt ist („no-surcharge rule“), oder, selbst wenn sie erlaubt ist, dieses Phänomen in der Praxis nur sehr selten beobachtet werden kann. Als weitere Gründe für die Nichtdiskriminierung wird auch vorgebracht, dass eine solche für die Händler zu aufwändig oder mit zu hohen Kosten verbunden ist. Ob diese Argumente jedoch auch für die Vergabe von Händlerkrediten angebracht sind, ist äusserst fraglich: So kann es für die Vergabe von Händlerkrediten zunächst keine „no-surcharge rule“ geben, da die Kartensysteme wohl kaum eine rechtliche Grundlage für eine solche hätten. Darüber hinaus wäre es für einen Händler weniger aufwändig bei der Kreditvergabe (welche auch eine Prüfung des Kunden auf seine Kreditwürdigkeit sowie das Ausfüllen von Formularen etc. beinhaltet) einen Extrapreis (Zinssatz) für diese Zusatzleistung zu berechnen. Ein solcher würde wohl auch von den Konsumenten akzeptiert, da Zinszahlungen bei der Kreditvergabe üblich sind. Schliesslich kann davon ausgegangen werden, dass eine eigenständige Kreditvergabe für einen Händler mit hohen Kosten verbunden wäre, weshalb eine Kostenüberwälzung auf sämtliche Kunden für einen Händler unattraktiv sein könnte.

149. Abschliessend kann gesagt werden, dass die Idee des erweiterten Tourist Test in der ökonomischen Literatur keine weitere Beachtung gefunden hat. Die Wettbewerbsbehörden lehnen aus diesen Gründen die Anwendung des erweiterten Tourist Tests ab.

150. Berechnet man nun auf Basis der für die Schweiz massgebenden Zahlen aus der Jäger-Studie zum Kreditkartenmarkt (vgl. Fn 119) die klassische Tourist Test Interchange Fee (vernachlässigt also die Liquiditätskomponente), so resultiert ein Wert von 0.44 %. Dieser berechnet sich aus den für die Schweiz berechneten Mehrkosten einer Barzahlung pro Transaktionseinheit

von 0.94 % abzüglich der Kosten und Marge der Acquirer von 0.5 % pro Transaktionseinheit.

151. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass eine Optimierung des Gesamtsystems auf der Grundlage des Tourist Test unter Berücksichtigung der ökonomischen Literatur und internationalen Praxis möglich erscheint, so dass eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG in Frage kommt. Werden die Zahlen aus der Jäger-Studie zum Kreditkartenmarkt verwendet, so ergibt sich ein Wert für die DMIF von 0.44 %. Aufgrund des Vorliegens einer einvernehmlichen Regelung kann zur Vermeidung des grossen Aufwandes, welcher mit einer neuen „Studie zu den Kosten von Kartenzahlungen im Vergleich zu den Kosten von Barzahlungen für den Handel“ verbunden wäre, auf diesen Wert abgestellt werden.

#### **ee. Umsetzung der Erkenntnisse in der EVR III**

152. Es ist in Fortführung der bisherigen Praxis der WEKO davon auszugehen, dass die DMIF dann aus Effizienzgründen gerechtfertigt werden kann, wenn deren Festlegung an einen ökonomisch fundierten Benchmark gebunden wird. Dieser Benchmark bilden nun aber nicht mehr die Netzwerkkosten der Issuer, sondern die durch den Handel vermiedenen Kosten bei einer Kartenzahlung im Vergleich zu einer Barzahlung. Diese Lösung entspricht der heutigen ökonomischen Theorie und internationalen Praxis.

153. Die EVR III führt zwei Elemente der EVR I und EVR II unverändert fort. Es handelt sich dabei um (1) die Transparenz bezüglich der Interchange Fees, welche nun zeitgemäss im Internet zu publizieren sind, und (2) das Verbot des Austausches heikler Marktdaten in den Kreditkartengremien.

154. Ebenfalls wird der Ansatz weitergeführt, dass die durchschnittliche DMIF festgelegt wird, so dass für die Issuer und Acquirer weiterhin Raum bleibt, unterschiedliche Interchange Fees für unterschiedliche Branchen oder Transaktionskategorien festzulegen. Die Berechnung und Überwachung der Einhaltung wird wie bisher durch ein unabhängiges Prüfunternehmen vorgenommen, welches dem Sekretariat Bericht erstattet.

155. Geändert hat hingegen die Bestimmung des Wertes der durchschnittlichen DMIF. Dieser bestimmt sich nicht mehr jährlich aufgrund der Netzwerkkosten der Issuer, sondern beträgt gemäss den obigen Erwägungen (Rz 141 ff., insbesondere Rz 150) 0.44 %. Damit dennoch den Marktentwicklungen dynamisch Rechnung getragen werden kann, besteht die Möglichkeit, dass dieser Wert nach oben oder unten angepasst wird. Um den Aufwand für diese Anpassungen zu minimieren, wird auf die europäische Marktentwicklung abgestellt. Konkret bedeutet dies, dass Änderungen der europäischen Wertes für Kreditkarten von 0.3 % (welcher auf einem Tourist Test basiert) für die Schweiz in derselben absoluten Höhe zu übernehmen sind. Zur Schaffung von Rechtssicherheit wird dabei auf die kommende Regulierungslösung in der EU abgestellt.

156. Da die neue tiefe durchschnittliche DMIF auf dem Tourist Test basiert, welcher bekanntlich auch Merchant Indifference Test genannt wird, und dementsprechend bewirken sollte, dass der Händler indifferent bezüglich

der Annahme von Kreditkarten ist, entfällt der Grund für das in der EVR I und EVR II vorgesehene Verbot der NDR-Klausel. Diese wird daher mit der EVR III wieder zugelassen. Dies entspricht im Übrigen insofern der in der EU-Regulierung vorgesehenen Lösung, als für Kreditkarten mit regulierten Interchange Fees ein Surcharging unzulässig ist. Der VEZ macht geltend, dass die Abschaffung der NDR gewisse Branchen, bei denen Bargeldzahlungen schon volumenmässig nicht in Frage kommen würden (Uhren- und Schmuckverkauf, Reisebuchungen, Hotellerie), hohe Interchange Fees anfallen könnten, welche wegen der NDR-Klausel nicht überwältzt werden könnten. Diese Argumentation ist nicht stichhaltig. Gerade in denjenigen Branchen in welchen Barzahlungen kaum möglich sind (typischerweise im Online-Geschäft), spielt die NDR-Klausel insofern keine Rolle, als diese Händler ja gar nicht diskriminieren könnten. Die NDR-Klausel bedeutet auch nicht, dass die Kosten für die Zahlung mit Kreditkarte nicht überwältzt werden dürfen, sondern lediglich, dass diese nicht zu einem Aufschlag führen dürfen. Dem Handel steht es frei, die Kosten für die Zahlung mit Kreditkarten direkt in die Preise der angebotenen Produkte oder Dienstleistungen einzubeziehen. Die Erfahrungen seit dem Verbot der NDR-Klausel zeigen zudem, dass in den meisten Branchen keine Preisdifferenzierung je nach Zahlungsart stattfindet und ein Surcharging vor allem in denjenigen Branchen erfolgt, in denen dem Kunden gar nicht verschiedene Zahlungsmittel zur Verfügung stehen.

157. Schliesslich ist die EVR III sowohl durch die Wettbewerbsbehörden als auch durch die Parteien kündbar, erstmals auf den 31. Juli 2019. Dies erlaubt es beiden Seiten auf veränderte Marktbedingungen oder Erkenntnisse zu reagieren. Ohne Kündigung verlängert sich die Geltung der EVR III um weitere zwei Jahre, so dass grundsätzlich eine dauerhafte Lösung installiert wird, welche zudem nur einen geringen Monitoring-Aufwand verursacht und auch für die Parteien kostengünstiger ist als der Mechanismus gemäss EVR I und EVR II.

#### **B.5.5 Ergebnis**

158. Die DMIF stellt eine erhebliche Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG dar. Die WEKO geht aber unter Berücksichtigung der Marktentwicklung in der Schweiz, der aktuellen ökonomischen Literatur sowie der aktuellen internationalen Praxis davon aus, dass eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG dann vorliegt, wenn der Händler bezüglich der Annahme von Kreditkarten als Zahlungsmittel indifferent ist. Die Konkretisierung dieses Ansatzes ist mittels der EVR III erfolgt.

#### **B.6 Massnahmen**

159. 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 160 ff.) als auch monetäre Sanktionen (vgl. Rz 166 ff.).

##### **B.6.1 Einvernehmliche Regelung**

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

sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmten Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnis-mässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.

161. 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.

162. Im vorliegenden Fall hat das Sekretariat am 19. September 2014 mit allen Untersuchungsadressaten eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen (vgl. oben Rz 28 ff.).

163. Die mit den BonusCard.ch AG, Cembra Money Bank AG, Cornèr Banca, Credit Suisse AG, PostFinance AG, UBS AG, Viseca Card Services AG, Aduno SA, B+S Card Service GmbH, ConCardis GmbH und SIX Payment Services AG geschlossene einvernehmliche Regelung lautet wie folgt:

#### **Vorbemerkungen**

- a) *Die Mehrheit der Parteien und das Sekretariat haben bereits im März 2005 eine einvernehmliche Regelung unterzeichnet, welche am 5. Dezember 2005 durch die Wettbewerbskommission (WEKO) genehmigt wurde (EVR I). Die EVR I ist am 1. Februar 2010 ausgelaufen. Ab diesem Datum wurde sie durch eine zweite einvernehmliche Regelung (EVR II) abgelöst, die im Dezember 2009 zwischen der Mehrheit der Parteien und dem Sekretariat vereinbart und am 25. Januar 2010 in der Form vorsorglicher Massnahmen durch die WEKO genehmigt wurde. Die EVR II läuft mit dem Abschluss des vorliegenden Verfahrens aus. Die Wettbewerbskommission und das Sekretariat haben keine Veranlassung, das Verhalten der Parteien während der Dauer der EVR I und EVR II kartellrechtlich zu beanstanden.*
- b) *Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG (EVR III) erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Parteien und der Wettbewerbsbehörden, das Verfahren 22-0389 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vor-*

*behalt der Genehmigung durch die WEKO – zu einem definitiven und förmlichen Abschluss zu bringen.*

- c) *Zur Erreichung der Zielsetzung gemäss Bst. b) werden die Sachverhaltsermittlungen und die rechtliche Würdigung soweit wie möglich reduziert. Entsprechend kann die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung der WEKO gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung teilweise reduziert werden. Das Sekretariat beschränkt sich für den Nachweis der Wettbewerbsbeschränkung auf die Ausführungen zum Vorliegen einer Preisabrede. Inwieweit Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 5 Abs. 2 KG bestehen, kann im Rahmen der EVR offen gelassen werden.*
- d) *Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung werden (unter Vorbehalt der Genehmigung durch die WEKO) die Massnahmen zur Beseitigung aller Gegenstand der Untersuchung 22-0389 bildenden Wettbewerbsbeschränkungen – d.h. der multilateral vereinbarten, domestic Interchange Fees bei den Kreditkarten der Vier-Parteien-Systeme Visa und MasterCard – gegenüber den Parteien einvernehmlich und abschliessend geregelt.*
- e) *Sollte die einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt.*
- f) *Der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung stellt seitens der Parteien keine Anerkennung der Sachverhaltsdarstellung und rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden dar. Die Parteien halten fest, dass sich im Falle einer Genehmigung dieser EVR durch die WEKO bei Beachtung von Bst. c) und Bst. d) im Sinne von Bst. b) die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt.*
- g) *Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten anteilmässig zu Lasten der Parteien.*

#### **Vereinbarungen**

##### **I. Verfahren zur Festlegung der Domestic Multilateral Interchange Fees**

###### **a. Grundsatz**

a1. *Die Parteien und das Sekretariat einigen sich auf ein Verfahren zur Festsetzung der Domestic Multilateral Interchange Fees (DMIF) für die Kreditkarten Visa und MasterCard.*

a2. *Die Bestimmung der DMIF erfolgt in mehreren Schritten. Diese werden im Folgenden näher beschrieben.*

###### **b. Bestimmung der durchschnittlichen Domestic Multilateral Interchange Fee (dDMIF)**

b1. *Die maximale durchschnittliche Domestic Multilateral Interchange Fee (dDMIF) orientiert sich an den Bargeldkosten der Kartenakzeptanten. Im Rahmen*

der vorliegenden EVR III ist es nicht erforderlich, diese Kosten mittels einer eigenen aufwändigen Studie zu ermitteln. Die dDMIF, welche zum Zeitpunkt des Abschlusses dieser EVR III durch das Sekretariat als massgebend erachtet wird, beträgt 0.44 % (dDMIF = 0.44 %).

b2. Damit orientiert sich die vorliegende dDMIF methodologisch an der Lösung der EU-Kommission. In der EU ist vorgesehen, Obergrenzen für Interchange Fees im Rahmen einer Regulierung zu erlassen, die dann für die domestischen Interchange Fees in den Mitgliedstaaten der EU Gültigkeit haben sollen. Im Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Interbankenentgelte für kartengebundene Zahlungsvorgänge vom 24.7.2013, COM[2013] 550 final – 2013/0265 [COD] ist derzeit eine Obergrenze von 0.3 % vorgesehen.

b3. Zur Gewährleistung der dynamischen Anpassung der dDMIF an die Marktentwicklungen wird auf die Entwicklung in der EU abgestellt. Werden die Obergrenzen in der Regulierungslösung der EU ange-

passt, d.h. kommt es zu Anpassungen von den vorgesehenen 0.3 % nach unten oder nach oben, so sind diese Anpassungen im selben Umfang (absoluter Wert) für die dDMIF im Sinne von Ziff. b1 vorzunehmen.

**c. Berechnung der tatsächlichen durchschnittlichen Domestic Multilateral Interchange Fee (ActDMIF)**

c1. Die Parteien sind frei, branchen- sowie transaktionsspezifische DMIF festzulegen, solange die von den Issuern angewandte durchschnittliche Domestic Multilateral Interchange Fee (ActDMIF) den Wert der dDMIF nicht übertrifft.

c2. Um sicherzustellen, dass der Wert der dDMIF nicht überschritten wird, berechnet das Prüfungsunternehmen den Durchschnitt der tatsächlich angewandten Domestic Interchange Fee (ActDMIF) auf der Basis der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF und den dazugehörigen Transaktionsvolumina gemäss der folgenden Formel:

$$\text{ActDMIF} = \frac{\text{DMIF}_1 \times V_1 + \text{DMIF}_2 \times V_2 + \dots + \text{DMIF}_{k-1} \times V_{k-1} + \text{DMIF}_k \times V_k}{\sum_{i=1}^k V_i}$$

Wobei:

DMIF<sub>1</sub> bis DMIF<sub>k</sub>: Aktuelle Domestic Multilateral Interchange Fee für Branche bzw. Transaktionsart 1 bis k (in %)

V<sub>1</sub> bis V<sub>k</sub>: Transaktionsvolumen für Branche bzw. Transaktionsart 1 bis k (in CHF)

c3. Die Issuer stellen dem Prüfungsunternehmen jährlich bis spätestens am 1. April die aktuell angewandten spezifischen Domestic Multilateral Interchange Fees nach Branchen bzw. nach Transaktionsart (DMIF) mit den entsprechenden Transaktionsvolumen (in CHF) für Branchen bzw. Transaktionsart (V) zur Verfügung.

c4. Die Berechnung der ActDMIF erfolgt jährlich auf der Basis der Vorjahreszahlen. Wurde während des Vorjahres die DMIF gewisser Branchen bzw. Transaktionsarten geändert, so wird das gesamte vorjährige Transaktionsvolumen dieser Branchen bzw. Transaktionsarten zum geänderten Wert berücksichtigt.

**d. Anpassung der DMIF**

d1. Das unabhängige Prüfungsunternehmen teilt den Parteien sowie dem Sekretariat der Weko innerhalb eines Monats nach Erhalt der Daten der Issuer, aber spätestens auf den 1. Mai mittels eingeschriebenen Briefs mit, ob eine Differenz zwischen der ActDMIF und der dDMIF besteht. Das unabhängige Prüfungsunternehmen teilt dem Sekretariat und den Parteien auch die aggregierten branchen- bzw. transaktionsspezifischen Transaktionsvolumen des Vorjahres mit.

d2. Liegt die ActDMIF über der dDMIF, so beschliessen die Parteien innerhalb eines Monats nach Erhalt der Mitteilung durch das Prüfungsunternehmen eine Senkung der branchen- und transaktionsspezifischen Interchange-Sätze (DMIF) und notifizieren diese angepassten Interchange-Sätze den jeweiligen Kreditkarten-Systemen MasterCard und Visa mit dem Ziel der Implementierung innerhalb zweier Monate. Gleichzeitig mit der Notifikation teilen sie die angepassten Sätze auch den ihnen bekannten, auf dem Schweizer Markt tätigen Issuer und Acquirer mit, welche nicht an deren Festsetzung beteiligt sind. Die durchschnittliche Senkung der DMIF muss dabei mindestens so hoch ausfallen, dass die ActDMIF die dDMIF nicht übersteigt.

d3. Die Issuer verpflichten sich, die angepassten DMIF dem unabhängigen Prüfungsunternehmen mitzuteilen. Dieses bestätigt dem Sekretariat der Weko, dass Ziff. d2 eingehalten wird.

**e. Bestimmung und Aufgabe des Prüfungsunternehmens**

e1. Für die EVR III wird das bisherige unabhängige Prüfungsunternehmen PEQ GmbH, Allmendstrasse 4, 4455 Zuzgen, beibehalten. Das mit PEQ abgeschlossene Sachverständigenmandat wird fortgesetzt und umfasst die gemäss Abschnitt I vorgesehenen Aufgaben. Ein Ersatz des unabhängigen Prüfungsunternehmens kann vom Sekretariat oder der Mehrheit der Issuer nur aus sachlichen Gründen verlangt werden (z.B. Verletzungen der Sorgfalts- oder Geheimhaltungspflichten).

e2. Die Parteien verpflichten sich, sämtliche Kosten, welche dem Sekretariat aus dem genannten Sach-

verständigenmandat entstehen, vorbehaltlos zu übernehmen. Zu diesem Zweck wird das Sekretariat den Parteien die Abrechnung des unabhängigen Prüfungsunternehmens samt detailliertem Tätigkeitsbeschrieb in Kopie zur anteiligen Kostenübernahme zukommen lassen.

e3. Zur Erfüllung seiner Aufgabe ist das Prüfungsunternehmen berechtigt, zusätzliche Informationen bei den Parteien einzufordern.

#### f. Implementierung

f1. Die Senkung auf die dDMIF von 0.44 % erfolgt in zwei Schritten. In einem ersten Schritt per 1. August 2015 sind die branchen- und transaktionsspezifischen DMIF so zu senken, dass die ActDMIF den Wert von 0.7 % nicht übertrifft. Die zweite Senkung auf den Wert von 0.44 % hat dann per 1. August 2017 zu erfolgen.

f2. Die Parteien teilen dem unabhängigen Prüfungsunternehmen und dem Sekretariat die für die Vornahme dieser Senkungen notwendigen Anpassungen der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF bis spätestens am 1. April 2015 bzw. 1. April 2017 mit, so dass das Prüfungsunternehmen die sich daraus ergebende ActDMIF berechnen kann. Das Verfahren entspricht ansonsten dem üblichen Vorgehen gemäss den obigen Abschnitten c und d.

f3. Anpassungen der Obergrenzen in der EU werden wirksam für die Bestimmung der dDMIF (vgl. oben b2–b3) im folgenden Kalenderjahr.

f4. Die Parteien verpflichten sich zur Implementierung der EVR III, selbst wenn diese aufgrund allfälliger Beschwerden gegen den Genehmigungsentscheid der Weko von weiteren Verfahrensparteien nicht in formelle Rechtskraft erwachsen sollte. Umgekehrt wird das Sekretariat bei einer Festsetzung der DMIF gemäss der EVR III keine Sanktion gemäss Art. 49a KG beantragen, sollte sich im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens oder einer allfälligen Revision ergeben, dass die EVR III unzulässig war und die Interchange Fees anders festgesetzt oder hätten verboten werden müssen.

#### g. Adressaten

g1. Die Parteien verpflichten sich, das in EVR III festgelegte Verfahren zur Berechnung der DMIF in die "Domestic Rules and Regulations" von Visa und MasterCard aufzunehmen. Die Pflicht zur Einreichung der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF und der Transaktionsvolumen (V) gemäss Abschnitt c betrifft alle an der EVR III teilnehmenden Issuer.

#### II. Wiedezulassung des Verbots der Preisdifferenzierung

In den EVR I und II hatten sich die Acquirer SIX Multipay AG und Aduno SA verpflichtet, das Verbot der Preisdifferenzierung („Non Discrimination Rule“) nach Art des Zahlungsmittels (bzw. nach Kreditkartensystem) in den bestehenden und zukünftigen Händlerverträgen aufzuheben (EVR I) bzw. nicht wieder einzuführen (EVR II). Aufgrund der starken Senkung der DMIF, die mit der vorliegenden EVR III verbunden ist,

darf das Verbot der Preisdifferenzierung auf den 1. August 2015 wieder eingeführt werden.

#### III. Transparenz

Die Parteien sorgen dafür, dass die aktuellen branchen- und transaktionsspezifischen DMIF jederzeit im Internet öffentlich zugänglich sind. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn sie auf den Websites der Acquirer abrufbar sind.

#### IV. Verbot des Austausches von Daten in den Kartengremien

Die Parteien verpflichten sich, keine issuer- bzw. acquirer-spezifischen statistischen Marktdaten, wie z.B. Anzahl Karten oder Umsätze, auszutauschen. Lediglich der Austausch der jährlichen Kartenumsätze zur Bestimmung der Stimmverhältnisse in den Kartengremien gemäss den europäischen Rules and Regulations der Visa- und MasterCard Kreditkartensysteme ist erlaubt. Der Klarheit halber wird präzisiert, dass Datenaustausche, welche (i) aus operationellen und sicherheitsspezifischen Gründen erforderlich sind oder (ii) nach Massgabe der Scheme-Rules erfolgen müssen, nicht von dieser Verpflichtung erfasst sind. Auch die Übermittlung von Daten an Dritte für Marktstudien und zur Bildung aggregierter, periodischer Informationen (z.B. Cards HSG, SNB, Kostenbenchmarking) bleibt weiterhin zulässig.

#### V. Dauer

Die EVR III wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Die Parteien und die Wettbewerbskommission sind berechtigt, die EVR III unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten jeweils per 31. Juli zu kündigen, erstmals auf den 31. Juli 2019. Seitens der Parteien gilt die EVR III dann als gekündigt, wenn so viele Parteien kündigen, dass die nichtkündigenden Mitglieder eines der Kartengremien der Visa- und MasterCard Kreditkartensysteme die Mehrheit nicht mehr erreichen können, welche gemäss den jeweils anwendbaren Rules and Regulations der Kartensysteme für die Fassung von Beschlüssen gemäss Ziff. d2 erforderlich ist. Wird die EVR III nicht fristgemäss gekündigt, verlängert sie sich jeweils stillschweigend um eine Periode von weiteren zwei Jahren.

164. Die genannte einvernehmliche Regelung umschreibt die Verpflichtungen, welche die Parteien eingegangenen sind, um sich künftig kartellrechtskonform zu verhalten, hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Die 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.

165. 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 Dis-

positiv verzichtet werden kann. Visa beantragt, dass an dieser Stelle festgehalten werde, dass angemessene Verzögerungen des Implementierungsprozesses nicht als Verstoss zu qualifizieren und zu sanktionieren seien. Die in der EVR III vorgesehene Frist von 2 Monaten sei eher kurz bemessen und die Implementierung könne in der Praxis bis 6 Monate in Anspruch nehmen. Nach Auffassung der WEKO gilt es zu beachten, dass die Frist von 2 Monaten nicht nur bereits in der als Übergangslösung vorgesehenen EVR II vorgesehen war, sondern auch schon in der EVR I aus dem Jahr 2005. Dabei gilt es zu beachten, dass es aufgrund des kostenbasierten Ansatzes jährlich zu Anpassungen der Obergrenze gekommen ist, was bei der EVR III nicht mehr der Fall sein wird. Seit dem Abschluss der EVR I im Jahr 2005 ist demnach diese Frist vorgesehen, ohne dass es zu grösseren Problemen gekommen wäre oder dass die WEKO gar die Eröffnung eines Sanktionsverfahrens in Erwägung gezogen hätte. Eine implizite Ausdehnung der Implementierungsfrist auf 6 Monate ist daher nicht erforderlich. Es kann aber immerhin festgehalten werden, dass die Wettbewerbsbehörden nicht ohne Not und Rücksprache mit den Parteien Sanktionsverfahren eröffnen wird.

### B.6.2 Sanktionierung

166. 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.

167. Im Zusammenhang mit den DMIF wurde bereits im KKDMIF I-Entscheid auf die Frage der Sanktionierung eingegangen, da die DMIF als erhebliche Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG qualifiziert wurde. Allerdings entschied die WEKO, dass bei einer Einhaltung der EVR I die Abrede aus Effizienzgründen gerechtfertigt werden kann, jedenfalls bis zum Ablauf der EVR I und somit für eine Sanktionierung kein Raum mehr bleibe.

168. Die EVR I wurde – bewusst zur Vermeidung eines Sanktionsrisikos für die Issuer und Acquirer – durch die EVR II abgelöst. Wie bereits bei der EVR I basierte die im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen umgesetzte EVR II auf der Erwägung, dass die DMIF aus Effizienzgründen gerechtfertigt werden kann, solange die EVR II andauert. Dass durch die EVR II das Sanktionsrisiko ausgeschlossen werden kann, wurde zudem durch das Bundesverwaltungsgericht bestätigt.

169. Da sich die Issuer und Acquirer an die Vereinbarungen in der EVR I und der EVR II gehalten haben, besteht keine Grundlage für eine Sanktionierung. Durch die Genehmigung der EVR III entfällt zudem auch das künftige Sanktionsrisiko, sofern die Parteien nicht gegen diese verstossen (vgl. oben Rz 165) und solange die EVR III nicht gekündigt wird.

### C Kosten

170. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

171. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise unzulässigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde. Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatinnen zu bejahen.

172. 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 entsprechend 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 Praktikabilitätsabwägungen stehen dabei im Vordergrund. Auch vorliegend werden die Gebühren den Parteien zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV).

173. 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).

174. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 200.- bis CHF 290.-. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt [...] Stunden. Die Gebühr beträgt insgesamt CHF [...].

175. Die Issuern und Acquirern zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftbarkeit auferlegten Gebühren betragen je Unternehmen CHF [...].

### D Ergebnis

176. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

177. Die von den Issuern und Acquirern vereinbarte bzw. angewendete DMIF stellt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG über Preise dar (vgl. Rz 71 ff.). Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann durch hinreichenden Restwettbewerb widerlegt werden (vgl. Rz 67 ff.). Die DMIF beeinträchtigt den Wettbewerb aber erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. Rz 107 ff.). Die DMIF ist jedoch aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 Bst. a und b KG gerechtfertigt, wenn sie gemäss der EVR III festgelegt wird (vgl. Rz 119 ff.).

178. Die WEKO genehmigt im Sinne von Art. 29 Abs. 2 KG die von den Issuern und Acquireern mit dem Sekretariat der WEKO vereinbarte EVR III (vgl. Rz 163 ff. sowie Ziff. 1 des Dispositivs).

179. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Untersuchungsadressaten die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Rz 170 ff.).

## E Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO (Art. 30 Abs. 1 KG):

1. Die WEKO genehmigt die nachfolgende von BonusCard.ch AG, Cembra Money Bank AG, Cornèr Banca, Credit Suisse AG, PostFinance AG, UBS AG, Viseca Card Services AG, Aduno SA, B+S Card Service GmbH, ConCardis GmbH und SIX Payment Services AG mit dem Sekretariat der WEKO vereinbarte einvernehmliche Regelung vom xx. und yy. September 2014 mit folgendem Wortlaut (vgl. für den gesamten Text inklusive Vorbemerkungen Rz 163):

### Vereinbarungen

#### I. Verfahren zur Festlegung der Domestic Multilateral Interchange Fees

##### a. Grundsatz

a1. Die Parteien und das Sekretariat einigen sich auf ein Verfahren zur Festsetzung der Domestic Multilateral Interchange Fees (DMIF) für die Kreditkarten Visa und MasterCard.

a2. Die Bestimmung der DMIF erfolgt in mehreren Schritten. Diese werden im Folgenden näher beschrieben.

##### b. Bestimmung der durchschnittlichen Domestic Multilateral Interchange Fee (dDMIF)

b1. Die maximale durchschnittliche Domestic Multilateral Interchange Fee (dDMIF) orientiert sich an den Bargeldkosten der Kartenakzeptanten. Im Rahmen der vorliegenden EVR III ist es nicht erforderlich, die-

se Kosten mittels einer eigenen aufwändigen Studie zu ermitteln. Die dDMIF, welche zum Zeitpunkt des Abschlusses dieser EVR III durch das Sekretariat als massgebend erachtet wird, beträgt 0.44 % (dDMIF = 0.44 %).

b2. Damit orientiert sich die vorliegende dDMIF methodologisch an der Lösung der EU-Kommission. In der EU ist vorgesehen, Obergrenzen für Interchange Fees im Rahmen einer Regulierung zu erlassen, die dann für die domestic Interchange Fees in den Mitgliedstaaten der EU Gültigkeit haben sollen. Im Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Interbankenentgelte für kartengebundene Zahlungsvorgänge vom 24.7.2013, COM[2013] 550 final – 2013/0265 [COD] ist derzeit eine Obergrenze von 0.3 % vorgesehen.

b3. Zur Gewährleistung der dynamischen Anpassung der dDMIF an die Marktentwicklungen wird auf die Entwicklung in der EU abgestellt. Werden die Obergrenzen in der Regulierungslösung der EU angepasst, d.h. kommt es zu Anpassungen von den vorgesehenen 0.3 % nach unten oder nach oben, so sind diese Anpassungen im selben Umfang (absoluter Wert) für die dDMIF im Sinne von Ziff. b1 vorzunehmen.

##### c. Berechnung der tatsächlichen durchschnittlichen Domestic Multilateral Interchange Fee (ActDMIF)

c1. Die Parteien sind frei, branchen- sowie transaktionsspezifische DMIF festzulegen, solange die von den Issuern angewandte durchschnittliche Domestic Multilateral Interchange Fee (ActDMIF) den Wert der dDMIF nicht übertrifft.

c2. Um sicherzustellen, dass der Wert der dDMIF nicht überschritten wird, berechnet das Prüfungsunternehmen den Durchschnitt der tatsächlich angewandten Domestic Interchange Fee (ActDMIF) auf der Basis der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF und den dazugehörigen Transaktionsvolumina gemäss der folgenden Formel:

$$\text{ActDMIF} = \frac{\text{DMIF}_1 \times V_1 + \text{DMIF}_2 \times V_2 + \dots + \text{DMIF}_{k-1} \times V_{k-1} + \text{DMIF}_k \times V_k}{\sum_{i=1}^k V_i}$$

Wobei:

DMIF<sub>1</sub> bis DMIF<sub>k</sub>: Aktuelle Domestic Multilateral Interchange Fee für Branche bzw. Transaktionsart 1 bis k (in %)

V<sub>1</sub> bis V<sub>k</sub>: Transaktionsvolumen für Branche bzw. Transaktionsart 1 bis k (in CHF)

c3. Die Issuer stellen dem Prüfungsunternehmen jährlich bis spätestens am 1. April die aktuell angewandten spezifischen Domestic Multilateral Interchange Fees nach Branchen bzw. nach Transaktionsart (DMIF) mit den entsprechenden Transaktionsvolu-

men (in CHF) für Branchen bzw. Transaktionsart (V) zur Verfügung.

c4. Die Berechnung der ActDMIF erfolgt jährlich auf der Basis der Vorjahreszahlen. Wurde während des Vorjahres die DMIF gewisser Branchen bzw. Transaktionsarten geändert, so wird das gesamte vorjährige Transaktionsvolumen dieser Branchen bzw. Transaktionsarten zum geänderten Wert berücksichtigt.

##### d. Anpassung der DMIF

d1. Das unabhängige Prüfungsunternehmen teilt den Parteien sowie dem Sekretariat der Weko innerhalb



eines Monats nach Erhalt der Daten der Issuer, aber spätestens auf den 1. Mai mittels eingeschriebenen Briefs mit, ob eine Differenz zwischen der ActDMIF und der dDMIF besteht. Das unabhängige Prüfungsunternehmen teilt dem Sekretariat und den Parteien auch die aggregierten branchen- bzw. transaktions-spezifischen Transaktionsvolumen des Vorjahres mit.

d2. Liegt die ActDMIF über der dDMIF, so beschliessen die Parteien innerhalb eines Monats nach Erhalt der Mitteilung durch das Prüfungsunternehmen eine Senkung der branchen- und transaktionsspezifischen Interchange-Sätze (DMIF) und notifizieren diese angepassten Interchange-Sätze den jeweiligen Kreditkarten-Systemen MasterCard und Visa mit dem Ziel der Implementierung innerhalb zweier Monate. Gleichzeitig mit der Notifikation teilen sie die angepassten Sätze auch den ihnen bekannten, auf dem Schweizer Markt tätigen Issuer und Acquirer mit, welche nicht an deren Festsetzung beteiligt sind. Die durchschnittliche Senkung der DMIF muss dabei mindestens so hoch ausfallen, dass die ActDMIF die dDMIF nicht übersteigt.

d3. Die Issuer verpflichten sich, die angepassten DMIF dem unabhängigen Prüfungsunternehmen mitzuteilen. Dieses bestätigt dem Sekretariat der Weko, dass Ziff. d2 eingehalten wird.

#### **e. Bestimmung und Aufgabe des Prüfungsunternehmens**

e1. Für die EVR III wird das bisherige unabhängige Prüfungsunternehmen PEQ GmbH, Allmendstrasse 4, 4455 Zunzgen, beibehalten. Das mit PEQ abgeschlossene Sachverständigenmandat wird fortgesetzt und umfasst die gemäss Abschnitt I vorgesehenen Aufgaben. Ein Ersatz des unabhängigen Prüfungsunternehmens kann vom Sekretariat oder der Mehrheit der Issuer nur aus sachlichen Gründen verlangt werden (z.B. Verletzungen der Sorgfalts- oder Geheimhaltungspflichten).

e2. Die Parteien verpflichten sich, sämtliche Kosten, welche dem Sekretariat aus dem genannten Sachverständigenmandat entstehen, vorbehaltlos zu übernehmen. Zu diesem Zweck wird das Sekretariat den Parteien die Abrechnung des unabhängigen Prüfungsunternehmens samt detailliertem Tätigkeitsbeschrieb in Kopie zur anteiligen Kostenübernahme zukommen lassen.

e3. Zur Erfüllung seiner Aufgabe ist das Prüfungsunternehmen berechtigt, zusätzliche Informationen bei den Parteien einzufordern.

#### **f. Implementierung**

f1. Die Senkung auf die dDMIF von 0.44% erfolgt in zwei Schritten. In einem ersten Schritt per 1. August 2015 sind die branchen- und transaktionsspezifischen DMIF so zu senken, dass die ActDMIF den Wert von 0.7% nicht übertrifft. Die zweite Senkung auf den Wert von 0.44% hat dann per 1. August 2017 zu erfolgen.

f2. Die Parteien teilen dem unabhängigen Prüfungsunternehmen und dem Sekretariat die für die Vornahme dieser Senkungen notwendigen Anpassungen

der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF bis spätestens am 1. April 2015 bzw. 1. April 2017 mit, so dass das Prüfungsunternehmen die sich daraus ergebende ActDMIF berechnen kann. Das Verfahren entspricht ansonsten dem üblichen Vorgehen gemäss den obigen Abschnitten c und d.

f3. Anpassungen der Obergrenzen in der EU werden wirksam für die Bestimmung der dDMIF (vgl. oben b2–b3) im folgenden Kalenderjahr.

f4. Die Parteien verpflichten sich zur Implementierung der EVR III, selbst wenn diese aufgrund allfälliger Beschwerden gegen den Genehmigungsentscheid der Weko von weiteren Verfahrensparteien nicht in formelle Rechtskraft erwachsen sollte. Umgekehrt wird das Sekretariat bei einer Festsetzung der DMIF gemäss der EVR III keine Sanktion gemäss Art. 49a KG beantragen, sollte sich im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens oder einer allfälligen Revision ergeben, dass die EVR III unzulässig war und die Interchange Fees anders festgesetzt oder hätten verboten werden müssen.

#### **g. Adressaten**

g1. Die Parteien verpflichten sich, das in EVR III festgelegte Verfahren zur Berechnung der DMIF in die "Domestic Rules and Regulations" von Visa und MasterCard aufzunehmen. Die Pflicht zur Einreichung der branchen- und transaktionsspezifischen DMIF und der Transaktionsvolumen (V) gemäss Abschnitt c betrifft alle an der EVR III teilnehmenden Issuer.

#### **II. Wiedezulassung des Verbots der Preisdifferenzierung**

In den EVR I und II hatten sich die Acquirer SIX Multipay AG und Aduno SA verpflichtet, das Verbot der Preisdifferenzierung („Non Discrimination Rule“) nach Art des Zahlungsmittels (bzw. nach Kreditkartensystem) in den bestehenden und zukünftigen Händlerverträgen aufzuheben (EVR I) bzw. nicht wieder einzuführen (EVR II). Aufgrund der starken Senkung der DMIF, die mit der vorliegenden EVR III verbunden ist, darf das Verbot der Preisdifferenzierung auf den 1. August 2015 wieder eingeführt werden.

#### **III. Transparenz**

Die Parteien sorgen dafür, dass die aktuellen branchen- und transaktionsspezifischen DMIF jederzeit im Internet öffentlich zugänglich sind. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn sie auf den Websites der Acquirer abrufbar sind.

#### **IV. Verbot des Austausches von Daten in den Kartengremien**

Die Parteien verpflichten sich, keine issuer- bzw. acquirer-spezifischen statistischen Marktdaten, wie z.B. Anzahl Karten oder Umsätze, auszutauschen. Lediglich der Austausch der jährlichen Kartenumsätze zur Bestimmung der Stimmverhältnisse in den Kartengremien gemäss den europäischen Rules and Regulations der Visa- und MasterCard Kreditkartensysteme ist erlaubt. Der Klarheit halber wird präzisiert, dass Datenaustausche, welche (i) aus operationellen und sicherheitsspezifischen Gründen erforderlich sind

oder (ii) nach Massgabe der Scheme-Rules erfolgen müssen, nicht von dieser Verpflichtung erfasst sind. Auch die Übermittlung von Daten an Dritte für Marktstudien und zur Bildung aggregierter, periodischer Informationen (z.B. Cards HSG, SNB, Kostenbenchmarking) bleibt weiterhin zulässig.

#### V. Dauer

Die EVR III wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen. Die Parteien und die Wettbewerbskommission sind berechtigt, die EVR III unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten jeweils per 31. Juli zu kündigen, erstmals auf den 31. Juli 2019. Seitens der Parteien gilt die EVR III dann als gekündigt, wenn so viele Parteien kündigen, dass die nichtkündigenden Mitglieder eines der Kartengremien der Visa- und MasterCard Kreditkartensysteme die Mehrheit nicht mehr erreichen können, welche gemäss den jeweils anwendbaren Rules and Regulations der Kartensysteme für die Fassung von Beschlüssen gemäss Ziff. d2 erforderlich ist. Wird die EVR III nicht fristgemäss gekündigt, verlängert sie sich jeweils stillschweigend um eine Periode von weiteren zwei Jahren.

2. Im Übrigen werden die Verfahrenskosten von CHF [...] den in Dispositiv-Ziffer 1 genannten Unternehmen zu gleichen Teilen, d.h. je CHF [...], und unter solidarischer Haftung auferlegt.

3. Die Verfügung ist zu eröffnen:
- BonusCard.ch AG, Zürich
  - Cembra Money Bank AG, Zürich
  - Cornè Banca, Lugano, vertreten durch [...]
  - Credit Suisse AG, Zürich vertreten durch [...]
  - PostFinance AG, Bern vertreten durch [...]
  - UBS AG, Zürich vertreten durch [...]
  - Viseca Card Zürich vertreten durch [...]
  - Aduno SA, Bedano vertreten durch [...]
  - B+S Card Service GmbH, Frankfurt am Main, Deutschland
  - ConCardis GmbH, Eschborn, Deutschland
  - SIX Payment Services AG, Zürich vertreten durch [...]
4. Die Verfügung geht in Kopie an:
- MasterCard vertreten durch [...]
  - Visa Europe vertreten durch [...]
  - Verband Elektronischer Zahlungsverkehr (VEZ), Zürich

[Rechtsmittelbelehrung]

## B 2.2

**2. Tunnelreinigung**

*Rechtskräftige Verfügung vom 23. Februar 2015 in Sachen Untersuchung 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 [...]*

**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 KG<sup>1</sup> 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 Tochtergesell-

schaft der MRR Holding AG,<sup>2</sup> 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 AG<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup>

**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:

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

<sup>2</sup> Vgl. Act. n° 162, S.1.

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

<sup>4</sup> 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 Bernasconi SA bei der Identifikation und Akquisition von Aufträgen in der Deutschschweiz (siehe act. n° 11 S.2 und act. n° 30 S.2).

- 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 Hausdurchsuchungen<sup>5</sup> mittels amtlicher Publikation gemäss Art. 28 KG am 19. Februar 2013 im Schweizerischen Handelsamtsblatt<sup>6</sup> und im Bundesblatt<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup>

11. An den Hausdurchsuchungen wurden Papierdokumente gemäss den entsprechenden Durchsuchungs- und Beschlagnahmeprotokollen beschlagnahmt sowie elektronische Daten gespiegelt.<sup>10</sup> Ausserdem wurden parallel zu den Hausdurchsuchungen erste Einvernahmen mit den Parteien durchgeführt.<sup>11</sup>

### 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. SVKG<sup>12</sup> und erklärte ihre Bereitschaft zur Kooperation.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> 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 Sekretariats am 31. Januar 2014.<sup>15</sup>

13. Eine zweite Selbstanzeige von Pfister ging per Fax am 7. Februar 2013 beim Sekretariat ein.<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup>

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.<sup>18</sup> Diese Bestätigung durch ISS erfolgte am 19. September 2013.<sup>19</sup>

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.<sup>20</sup> Diese Bestätigung durch Pfister erfolgte am 17. September 2013.<sup>21</sup>

16. Am 18. September 2013 reichte auch besa eine Selbstanzeige ein.<sup>22</sup> Daran anschliessend wurde mit einem Vertreter der besa eine mündliche Ergänzung zur Selbstanzeige vorgenommen.<sup>23</sup> Eine erste schriftliche Ergänzung dazu folgte am 1. November 2013, gefolgt von einer weiteren schriftlichen Ergänzungen am 4. Dezember 2013.<sup>24</sup>

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

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

<sup>5</sup> Siehe dazu die nachfolgende Rz.

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

<sup>7</sup> BBl 2013 0354.

<sup>8</sup> Act. n° 7–9.

<sup>9</sup> Act. n° 1–2 und 5–9.

<sup>10</sup> Act. n° 5–9.

<sup>11</sup> Act. n° 3–4.

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

<sup>13</sup> Act. n° 10.

<sup>14</sup> Act. n° 11.

<sup>15</sup> Act. n° 17, 20, 30, 52 und 153.

<sup>16</sup> Act. n° 15.

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

<sup>18</sup> Act. n° 66.

<sup>19</sup> Act. n° 74.

<sup>20</sup> Act. n° 65.

<sup>21</sup> Act. n° 75.

<sup>22</sup> Act. n° 76.

<sup>23</sup> Act. n° 79.

<sup>24</sup> Act. n° 88 und 102.

<sup>25</sup> Act. n° 100.

<sup>26</sup> Act. n° 139.

<sup>27</sup> Act. n° 135.

<sup>28</sup> Act. n° 153.

### 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.<sup>29</sup> Die entsprechende Festplatte mit den gespiegelten Daten wurde Pfister im Juni 2013 zugestellt.<sup>30</sup>

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.<sup>31</sup>

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.<sup>32</sup> Insgesamt wurden 16 Amtsstellen befragt, deren Antworten zwischen Juli und August 2013 beim Sekretariat eingingen.<sup>33</sup>

22. Im August 2013 führte das Sekretariat mit [einem Vertreter der besa], eine Parteieinvernahme durch,<sup>34</sup> welche Mitte September 2013 fortgesetzt wurde.<sup>35</sup> Zusätzlich wurde besa im Dezember 2013 ein Fragebogen zugestellt,<sup>36</sup> dessen Beantwortung besa im Februar 2014 nachkam.<sup>37</sup>

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.<sup>38</sup> Diese konnte Anfang März 2014 abgeschlossen werden.<sup>39</sup> Daran anschliessend wurde im Dezember 2013 die Bereinigung von Amts- und Geschäftsgeheimnissen eingeleitet<sup>40</sup>, welche die diversen von den Amtsstellen einverlangten Dokumente sowie die Stellungnahmen der weiteren – nicht am Verfahren beteiligten Unternehmen – zu den Fragebögen betraf.<sup>41</sup>

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.<sup>42</sup>

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.<sup>43</sup> 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 Zeugeneinvernahme mit [...], Bau-, Umwelt- und Wirtschaftsdepartement des Kantons Luzern, Verkehr und Infrastruktur, durch.<sup>44</sup>

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

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

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

<sup>29</sup> Act. n° 47.

<sup>30</sup> Act. n° 51.

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

<sup>32</sup> Act. n° 48–49 und 59.

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

<sup>34</sup> Siehe act. n° 61 für das unterzeichnete Protokoll der Parteieinvernahme.

<sup>35</sup> Siehe act. n° 78 für das unterzeichnete Protokoll der Parteieinvernahme.

<sup>36</sup> Act. n° 119.

<sup>37</sup> Act. n° 152 und 158.

<sup>38</sup> Act. n° 90–95.

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

<sup>40</sup> Act. n° 96–97.

<sup>41</sup> 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.

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

<sup>43</sup> Act. n° 146–148.

<sup>44</sup> Act. n° 182, 197, 198 und 207.

<sup>45</sup> Act. n° 202–205.

<sup>46</sup> Act. n° 206, 208–211.

<sup>47</sup> Siehe zusammenfassend act. n° 187–190.

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

### 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,<sup>49</sup> 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.<sup>50</sup> 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 Verfahrensforgangs.

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.<sup>51</sup> 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.<sup>52</sup> 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.<sup>53</sup> Das Sekretariat stellte daraufhin am 31. März 2014 sämtlichen Parteien eine Zusammenstellung der bisherigen angefallenen Verfahrenskosten zu.<sup>54</sup>

34. Pfister reichte in der Folge am 17. Juni 2014 vorsorglich [...].<sup>55</sup>

### 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.<sup>56</sup> Zugleich liess das Sekretariat den Parteien ein aktualisiertes Aktenverzeichnis der Akten des Untersuchungsdossiers „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 Down-

load 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.<sup>57</sup>

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

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.<sup>61</sup>

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> Act. n° 163–165.

<sup>51</sup> Act. n° 178 und 180.

<sup>52</sup> 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).

<sup>53</sup> Act. n° 176.

<sup>54</sup> Act. n° 179–181.

<sup>55</sup> [...].

<sup>56</sup> Act. n° 211–213.

<sup>57</sup> Act. n° 218.

<sup>58</sup> Act. n° 220 und 222.

<sup>59</sup> Act. n° 223.

<sup>60</sup> Act. n° 217.

<sup>61</sup> 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 KG<sup>62</sup> i.V.m. Art. 19 VwVG<sup>63</sup> sowie sinngemäss Art. 40 BZP.<sup>64</sup> 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.<sup>65</sup> Die Wettbewerbsbehörden würdigen dementsprechend die Beweise nach freier Überzeugung und ziehen ebenso die Schlüsse daraus, ohne dabei an starre Beweisregeln gebunden zu sein.<sup>66</sup> Dies schliesst – selbstverständlich – die Möglichkeit der Beweiserbringung mittels Indizien ein<sup>67</sup>, 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;<sup>68</sup> der Grundsatz der freien Beweiswürdigung, insbesondere das Nichtbestehen von starren Beweisregeln, wird dadurch nicht in Frage gestellt oder gar durchbrochen.<sup>69</sup>

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 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.<sup>70</sup> Die anscheinend in eine andere Richtung gehende Rechtsprechung des Gerichts der Europäischen Union<sup>71</sup> 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.<sup>72</sup> Durchgesetzt hat sich dabei der inhaltsorientierte Ansatz, bei welchem eine Aussage anhand inhaltlicher Kriterien auf ihren Realitätsbezug überprüft wird,<sup>73</sup> und nicht ein verhaltenensorientierter Ansatz, bei welchem die Körpersprache,

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

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

<sup>64</sup> Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

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

<sup>66</sup> 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.

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

<sup>68</sup> 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 staatsanwaltschaftlicher Sicht, AJP 2012, 1046–1052, 1046, die festhält, der Personalbeweis sei „(...) bedauerlicherweise oft auch einer der unzuverlässigsten Beweise (...)“.

<sup>69</sup> 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).

<sup>70</sup> 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 vom 1.11.2011; 6B\_385/2010 vom 24.8.2010.

<sup>71</sup> 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 beweisfähig 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).

<sup>72</sup> 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.

<sup>73</sup> So BGE 129 I 49, 58 E. 5.

also nonverbale Verhaltensweisen, systematisch beobachtet und – hierin liegt die Schwierigkeit – gedeutet werden.<sup>74</sup> 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.<sup>75</sup> Bei der konkreten Aussageanalyse, also der Würdigung des Aussagetextes, sind das Vorhandensein resp. Fehlen von sogenannten „Realkennzeichen“<sup>76</sup> zu prüfen und in Relation zu den (Erfindungs- und Erzähl-)Kompetenzen des Aussagenden zu setzen.<sup>77</sup> 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.<sup>78</sup>

### B.1.2 Beweismass

45. Hinsichtlich des Beweismasses, welches im ordentlichen 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,<sup>80</sup> wobei hierfür eine absolute Gewissheit nicht erforderlich ist,<sup>81</sup> was weitestgehend mit dem sogenannten Regelbeweismass im Zivilrecht und dem im Strafrecht zur Anwendung gelangenden Beweismass<sup>82</sup> übereinstimmen dürfte. Die Verwirklichung der Tatsache braucht somit nicht mit Sicherheit festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel unerheblich erscheinen.<sup>83</sup>

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.<sup>84</sup> 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“.<sup>85</sup> Zudem erweist sich das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit namentlich „(...) im wettbewerbsrechtlichen Zusammenhang als besonders angezeigt, zumal ökonomische Erkenntnisse immer mit einer gewissen Unsicherheit behaftet sind“.<sup>86</sup> 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,<sup>87</sup> 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.<sup>88</sup>

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.<sup>89</sup> 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 Feststellungsoperation, schneller erreicht, da die Selbstanzeigenden Beweismittel vorlegen müssen, welche eine Feststellung eines Wettbewerbsverstosses ermöglichen.

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

<sup>75</sup> BGE 129 I 49 E. 5 S. 58; ferner Ludwig/Tavor/Baumer (Fn 72), 1423; MARTIN HUSSELS, Von Wahrheiten und Lügen – Eine Darstellung der Glaubhaftigkeitskriterien anhand der Rechtsprechung, forum-ponale 2012, 368–374, 369.

<sup>76</sup> 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.

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

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

<sup>79</sup> Anderes gilt für Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen.

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

<sup>81</sup> 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 nichts 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.

<sup>82</sup> 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.

<sup>83</sup> 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).

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

<sup>85</sup> 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*.

<sup>86</sup> 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.

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

<sup>88</sup> 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 nichts rechtskräftig).

<sup>89</sup> 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).



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.<sup>90</sup> Während die REKOWEF diese Frage offenliess,<sup>91</sup> verlangte das BVGer in einem sanktionsbedrohten Fall hinsichtlich des Beweises einer marktbeherrschenden Stellung ausdrücklich keinen Vollbeweis.<sup>92</sup> 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 wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit müssen aber überzeugend und nachvollziehbar erscheinen [...]“.<sup>93</sup>

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 Kartellrechtsstatbeständen 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.<sup>94</sup> 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(s) muss jedoch hohen Anforderungen genügen und die Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit muss überzeugend und nachvollziehbar erscheinen.<sup>95</sup>

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.<sup>96</sup> 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.<sup>97</sup> 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 möglich (z.B. hinsichtlich effektiver wechselseitiger Abstimmung), wobei bei solchen Sachverhaltselementen 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 [...]“.<sup>98</sup> Ein strikter Beweis kann hierfür – und damit auch insgesamt – aber nicht verlangt werden.<sup>99</sup>

<sup>90</sup> 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.

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

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

<sup>93</sup> 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.

<sup>94</sup> 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.).

<sup>95</sup> 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*.

<sup>96</sup> Siehe dazu bereits vorne Rz 41.

<sup>97</sup> 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.

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

<sup>99</sup> Vgl. auch Rz 47 bezüglich der gleichlautenden Rechtsprechung der REKOWEF, allerdings in einem noch nicht sanktionsbedrohten Fall.

- 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 Marktabgrenzung 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.<sup>100</sup>
- 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 Marktwirkungen<sup>101</sup> oder hypothetische Zustände (z.B. wie die Wettbewerbssituation auf dem fraglichen Markt ohne Abrede aussähe). Wie bei der Marktabgrenzung sind auch diesbezüglich unter anderem Erfahrungssätze (z.B. hinsichtlich der disziplinierenden Wirkung von Aussenwettbewerbern) 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.<sup>102</sup>

- g) In vorliegender Untersuchung ist bezüglich des dargestellten Sachverhalts resp. der Handlungen der Verfahrensparteien der rechtserhebliche Sachverhalt dergestalt erstellt, 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.<sup>103</sup>

### 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).<sup>104</sup>

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

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

<sup>101</sup> Siehe dazu bereits Fn 94.

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

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

<sup>104</sup> 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 Grundsatzes 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.

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.<sup>105</sup>

## 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.<sup>106</sup> Submissionen von privaten Aufträgen sind diesen gesetzlichen Vergabeverfahrensvorschriften demgegenüber nicht 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 vergebenden Auftrag erhalten und damit direkt von der fraglichen Abrede profitieren soll, erhält von den anderen an der Abrede beteiligten Tunnelreinigungsunternehmen einen sogenannten Schutz<sup>107</sup> (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.<sup>108</sup> Falls ein Unternehmen aufgrund der Abrede bewusst auf die Einreichung einer Offerte verzichtet, wird von Eingabeverzicht oder „bid suppression“ gesprochen.

58. *Arbeitsgemeinschaften (ARGE)*: 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. OR<sup>110</sup> handelt –, sind neben anderen offene und stille ARGE denkbar. Bei einer stillen ARGE übernimmt ein Unternehmen die Federführung und tritt als alleinige Ver-

tragspartei 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.<sup>111</sup>

59. *Subunternehmer*: Eine weitere Art der Zusammenarbeit bei grösseren Aufträgen besteht im Beizug 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 beigezogen, 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.<sup>112</sup> Oder aber eine Unternehmung zieht eine andere Unternehmung als Subunternehmer bei, um ein grösseres Tunnelreinigungsprojekt gemeinsam auszuführen.<sup>113</sup>

<sup>105</sup> 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.

<sup>106</sup> Siehe zu den diversen Verfahrensarten Art. 13 BöB und Art. 12 IVöB.

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

<sup>108</sup> 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.

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

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

<sup>111</sup> 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. <sup>112</sup> Act. n° 100 Rz 51 f. und act. n° 127.

<sup>113</sup> Act. n° 17 Rz 38 ff., act. n° 30 Rz 12 ff., act. n° 33 Rz 52 ff.

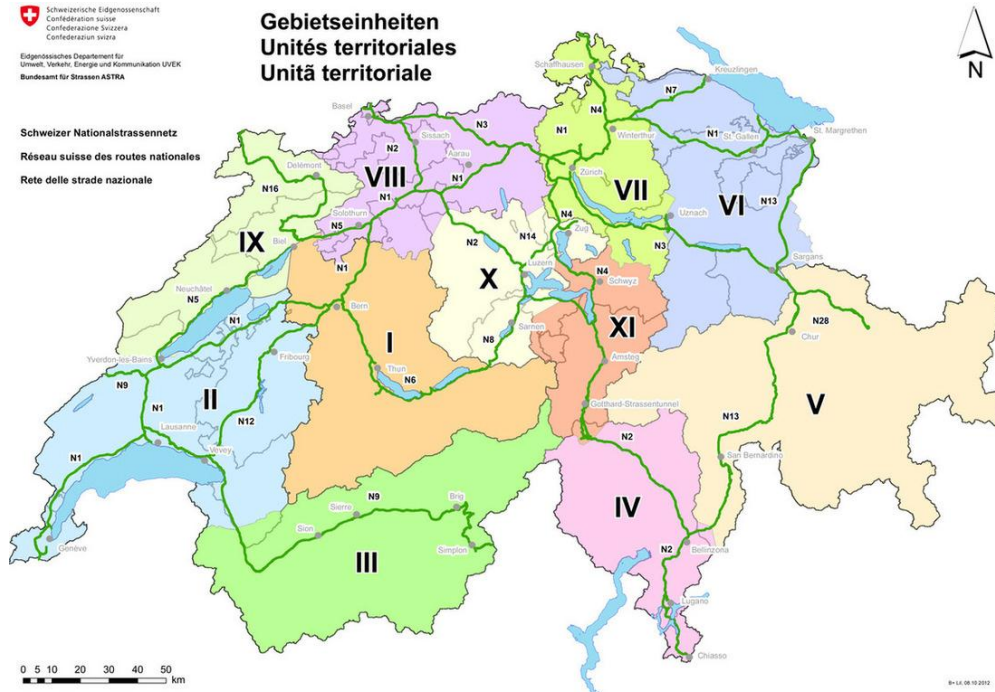
## B.3 Die Tunnelreinigung

### 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.<sup>114</sup> 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 Nationalstrassen<sup>115</sup>



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 Trägerschaften<sup>116</sup> 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.<sup>117</sup>

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.<sup>118</sup> 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.

<sup>114</sup> Nationalstrassenverordnung vom 7. November 2007 (NSV, SR 725.111).

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

<sup>116</sup> 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](http://www.nsnw.ch)> [letzte Kontrolle: 22.2.2015].

<sup>117</sup> 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.

<sup>118</sup> So die Kantone Basel, Basel Landschaft, Bern, Graubünden, Neuchâtel und Wallis, vgl. act. n° 58a, 62a, 104 und 133.

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	Tiefbauamt des Kt. Freiburg	Ja (freihändig, Einladung)
	Genf	Tiefbauamt des Kt. Genf	Ja (freihändig, Einladung, offen)
	Waadt	Tiefbauamt des Kt. Waadt	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	Tiefbauamt des Kt. Schaffhausen	Ja (freihändig, Einladung)
	Zürich, Schwyz	Baudirektion des Kt. Zürich	Ja (Einladung, offen)
VIII	Aargau, Basel Landschaft, Basel-stadt, Solothurn	NSNW AG	Ja (freihändig)
IX	Bern	Tiefbauamt des Kt. Bern	Nein
	Jura	Department für Umwelt und Ausrüstung des Kt. Jura	Nein
	Neuenburg	Departement für Wartung des Kt. Neuenburg	Nein
X	Luzern, Nidwalden, Obwalden, Zug	Bau-, Umwelt- und Wirtschaftsdepartement des Kt. Luzern, Abteilung Westliche Zentralschweizer Nationalstrassen (zentras)	Ja (freihändig, Einladung)
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 Grosse Raum 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.<sup>119</sup> 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.<sup>120</sup> Die Ausführungszeitpunkte der Tunnelreinigungen konzentrieren sich fast ausschliess-

lich 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.<sup>121</sup> 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.

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

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

<sup>121</sup> 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.

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.).<sup>122</sup> 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.<sup>123</sup> Auch ist die Reinigung des Gotthard-Tunnels zu nennen, welche seit Jahren vom Südportal her von der im Tessin ansässigen und italienischsprachigen ISS, vom Nordportal her von der in der Deutschschweiz ansässigen Pfister durchgeführt wird.<sup>124</sup>

### 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.<sup>125</sup>

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.<sup>126</sup>

68. Im Zeitraum 2008 bis 2012 haben insgesamt acht (sechs)<sup>127</sup> 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.<sup>128</sup>

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 Tunnelreinigungsprojekte konzentrieren. Bei allfälligen Kapazitätsengpässen kann sodann aber beispielsweise ein anderer Anbieter als Subunternehmer eingesetzt werden oder es können dessen Reinigungsfahrzeuge angemietet werden.<sup>129</sup>

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.<sup>130</sup> Beispielsweise führte ein [...] Unternehmen mit Sitz in der Deutschschweiz zwischen 2006 und 2011 regelmässig einen Teil der Tunnelreinigungen im Kanton Genf aus.<sup>131</sup>

<sup>122</sup> 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.

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

<sup>124</sup> 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).

<sup>125</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen unter Rz 3 ff.

<sup>126</sup> Siehe act. n° 52 Rz 10.

<sup>127</sup> Hier wurde berücksichtigt, dass im Kanton Jura die Tunnelreinigungen im Zusammenhang mit weiteren Arbeiten ausgeschrieben werden (vgl. Rz 66) 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.

<sup>128</sup> 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.

<sup>129</sup> Bspw. act. n° 88 Rz 2.

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

<sup>131</sup> Siehe Antwort auf Frage 5 in act. n° 118.



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.<sup>132</sup> 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.<sup>133</sup> 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.

73. [...] <sup>134</sup> 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.<sup>135</sup>

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.<sup>136</sup>

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] %
<b>Gesamt Parteien</b>	<b>[45–60] %</b>	<b>[60–75] %</b>	<b>[70–85] %</b>	<b>[70–85] %</b>	<b>[70–85] %</b>

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.

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

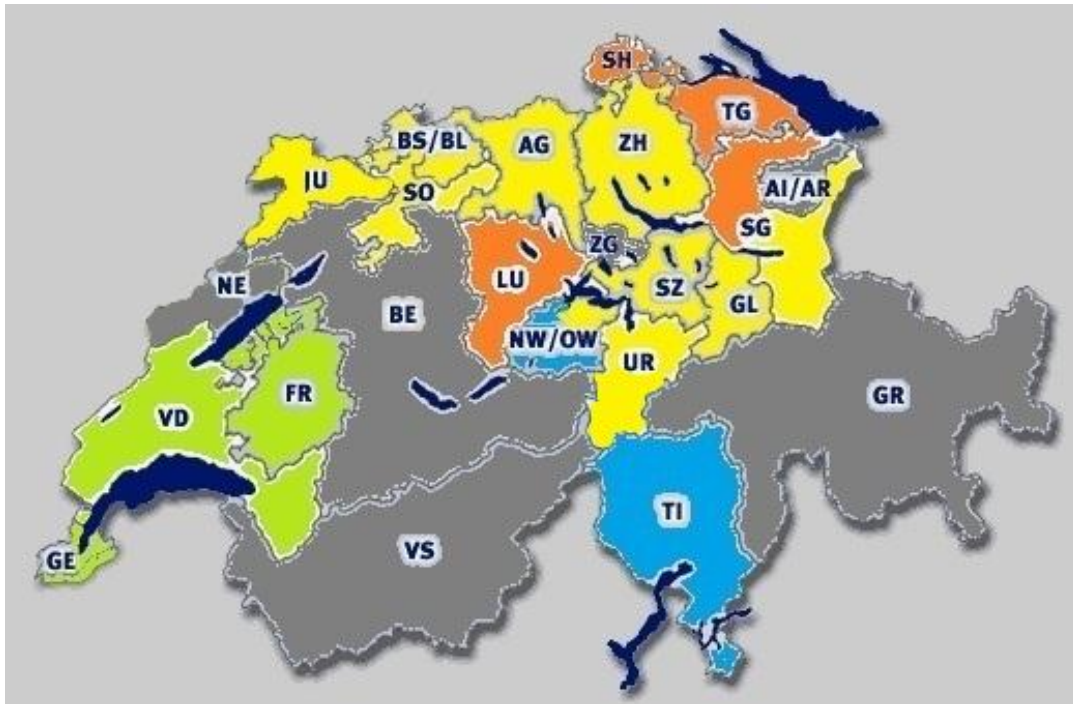
<sup>133</sup> Für die Stellungnahmen der Amtsstellen siehe act. n° 53a, 54a, 58a, 62a, 104, 108, 110, 118, 121, 123, 125, 127, 129, 131, 133 und 138.

<sup>134</sup> [...]

<sup>135</sup> Siehe act. n° 30 Rz 21.

<sup>136</sup> 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.<sup>137</sup> 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.<sup>138</sup>

#### 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.<sup>139</sup> 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 öffentlich ausgeschrieben.<sup>140</sup> 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.<sup>141</sup>

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

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

<sup>139</sup> 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.

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

<sup>141</sup> 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.



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“<sup>142</sup>). Diese sind als Marktmechanismen („Spiele“ im spieltheoretischen Sinn<sup>143</sup>) zu verstehen und bestimmen, mit welcher Auftragnehmerin (Anbieterin) die Auftraggeberin (öffentliche Hand) eine Transaktion zu einem bestimmten Preis eingeht.<sup>144</sup> 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.<sup>145</sup>

80. Ein einzelnes Vergabeverfahren hat Elemente eines sogenannten „one-shot games“<sup>146</sup>: 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 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.<sup>147</sup> Auch kann dasselbe Vergabeverfahren wiederholt werden, wenn es zuvor zum Abbruch der Submission kam.<sup>148</sup> 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).<sup>149</sup>

82. Das mehrfache und wiederholte Stattfinden von Submissionen kann kollusives Verhalten unter den Anbietenden erleichtern.<sup>150</sup> 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 Subunter-

nehmer 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.<sup>151</sup> Ferner ist den Anbietenden bei Zustellung der Offert-öffnungsprotokolle 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.<sup>152</sup>

83. Grundsätzlich hat jedoch keine der Anbietenden im Rahmen einer first-price sealed-bid auction ein Interesse

<sup>142</sup> 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.

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

<sup>144</sup> Vgl. R. PRESTON MCAFFEE/JOHN MCMILLAN, *Auctions and Bidding*, *Journal of Economic Literature* 25, 1987, 699–738.

<sup>145</sup> 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.

<sup>146</sup> 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.

<sup>147</sup> 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.).

<sup>148</sup> Vgl. Art. 29 ÖVB.

<sup>149</sup> 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.

<sup>150</sup> 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.

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

<sup>152</sup> 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).

daran, dass andere Anbietende vor Ablauf der Angebots eingabefrist 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.<sup>153</sup> Sollte sie jedoch am Auftragerhalt 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.<sup>154</sup>

#### 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.

#### 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.<sup>155</sup> Die frühesten aktenmässig belegten Kontakte dazu datieren vom Januar 2008.<sup>156</sup>

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.<sup>157</sup>

89. Die Sachbeweise belegen jedoch auch, dass *Kalkulationsdaten betreffend diverser Ausschreibungen für Tunnelreinigungen, (Eingabe-)Preise für Submissionen sowie Preiselemente, 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“.<sup>158</sup> 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*.<sup>159</sup>

<sup>153</sup> 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.

<sup>154</sup> 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.

<sup>155</sup> 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.

<sup>156</sup> Act. n° 33 Rz 44 f.

<sup>157</sup> 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.

<sup>158</sup> 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.

<sup>159</sup> 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 120 ff.

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:<sup>160</sup>

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 fest: „Revier Jakober<sup>161</sup>“, „Zugeständnissen in der restl. CH/Grundsatzfrage“ und „Preistaucher“.<sup>162</sup>

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.“<sup>163</sup> 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“.<sup>164</sup> Diese handschriftlichen Notizen gehen auf ein Telefonat vom 6. November 2012 mit Pfister zurück.<sup>165</sup>

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.“<sup>166</sup>

95. Als letztes Beispiel sei ein Notizbucheintrag von Pfister betreffend die Ausschreibung 2012 der Tunnelreinigungen des „Grossraums Zürich“ angegeben.<sup>167</sup> 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 kt. ZH  
 Internet - Bau blatt vom 25.10.11  
 Beratung über s!map.ch  
 Berater und ausgekollt  
 Abgegeben am 8.11.11  
 Kontakt (mit ISS + Besa /) Tel / Berater vorgabe 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 in der Gebietseinheit X, namentlich hinsichtlich der Tunnelreinigungen „Luzern“, „Nidwalden“ und „Obwalden“ be-

standen habe. Für die detaillierten Ausführungen hierzu siehe Rz 131 ff.

<sup>160</sup> Act. n° 8.64.

<sup>161</sup> Mit „Jakober“ ist die heutige ISS gemeint, vgl. Fn 3.

<sup>162</sup> Act. n° 8.16 sowie act. n° 33 Rz 51 und Beilage 40.

<sup>163</sup> Act. n° 6.1 sowie act. n° 30 Beilage C.

<sup>164</sup> Act. n° 6.1 sowie act. n° 30 Beilage C.

<sup>165</sup> Act. n° 30 S.10.

<sup>166</sup> Act. n° 30 Beilage B.

<sup>167</sup> Act. n° 8.60.

## a) Pfister

97. Pfister machte zudem ausführliche Erläuterungen zu einer Vielzahl weiterer Tunnelreinigungen, hinsichtlich derer eine Koordination zwischen den Verfahrensparteien bestand.<sup>168</sup> 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.<sup>169</sup> 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.<sup>170</sup> Konkret seien von dieser Koordination die Tunnelreinigungsaufträge 2008 bis 2013 der „Westumfahrung Zürich“<sup>171</sup> betroffen gewesen. Im Rahmen dieser Ausschreibungen hätten ISS und besa auf eine Offertstellung verzichtet bzw. Offerten eingegeben, welche Pfister den Zuschlag zuweisen sollten.<sup>172</sup> 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).<sup>173</sup> 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.<sup>174</sup>

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.<sup>175</sup> 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.<sup>176</sup> 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 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 Offertstellung 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.<sup>177</sup>

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.<sup>178</sup>

## b) ISS

101. Auch ISS machte in ihrer Selbstanzeige Ausführungen zu weiteren Submissionen von Tunnelreinigungen.<sup>179</sup> 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].<sup>180</sup> 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.<sup>181</sup> Später präzisierte ISS, dass die recht hohen Angebote von Pfister rückblickend

<sup>168</sup> Act. n° 19, 26, 27, 33, 38, 39, 100 und 145.

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

<sup>170</sup> Act. n° 19 Rz 33 f.

<sup>171</sup> 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.

<sup>172</sup> Act. n° 33 Rz 43 ff.

<sup>173</sup> 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 133 ff.

<sup>174</sup> Act. n° 38 Rz 27.

<sup>175</sup> Act. n° 33 Rz 51 und Beilage 40–41.

<sup>176</sup> Wie bereits in Rz 66 erläutert, reinigen Pfister und ISS den Gotthardt-Tunnel in einem Subunternehmerverhältnis.

<sup>177</sup> Act. n° 100 Rz 160 ff.

<sup>178</sup> Act. n° 100 Rz 172 ff.

<sup>179</sup> Act. n° 30 und 52.

<sup>180</sup> Act. n° 30 Rz 24 ff.

<sup>181</sup> Act. n° 30 Rz 33.

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.<sup>182</sup> 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 fehlenden Reinigungsfahrzeuge auf Kapazitäten von Pfister zurückgreifen müssen. Bezüglich dieser Ausschreibung führte ISS den Erhalt einer komplett ausgefüllten 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.<sup>183</sup> 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.<sup>184</sup>

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.<sup>185</sup>

107. Weiter nahm besa Stellung zu dem ihr vom Sekretariat vorgehaltenen komplett ausgefüllten Angebot für die Tunnelreinigungen 2012 des „Grossraums Zürich“<sup>186</sup>, 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.<sup>187</sup>

108. Betreffend die Tunnelreinigungen in der Region Zürich-Hinwil gab besa an, dass sie dort in den vergangenen drei Jahren den Zuschlag erhalten habe.<sup>188</sup> 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.<sup>189</sup>

<sup>182</sup> Act. n° 52 S.2.

<sup>183</sup> Zu alledem act. n° 30 Rz 38 ff.

<sup>184</sup> Zu alledem act. n° 30 Rz 39 ff.

<sup>185</sup> Act. n° 102 Rz 2 ff.

<sup>186</sup> Act. n° 9.1.

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

<sup>188</sup> Zu alledem act. n° 102 Rz 12 ff.

<sup>189</sup> Act. n° 102 Rz 12 ff.

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.<sup>190</sup> 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 auszusteichen. 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.<sup>191</sup> besa führte diesbezüglich aus, dass keine territorialen Absprachen zwischen ihr und Pfister sowie sonstigen Dritten bestanden haben.<sup>192</sup>

#### 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.

#### 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.<sup>193</sup> 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

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

<sup>191</sup> Act. n° 119, Fragen 4 und 5.

<sup>192</sup> Act. n° 158 (Antwort auf Frage 4 und 5).

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

## [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.

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	Offertsumme in CHF (inkl. MWST)	Datum Offerteingang	Bemerkungen
besa	[150'000–160'000]*	10.12.2012	Abbruch
Pfister	[160'000–170'000]	10.12.2012	*Additionsfehler, bereinigte Offertsumme CHF [140'000–150'000]
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	Offertsumme in CHF (inkl. MWST)	Datum Offerteingang	Bemerkungen
ISS	[160'000–170'000]	12.12.2012	Abbruch
besa	[180'000–190'000]	10.12.2012	*Rechenfehler, bereinigte Offertsumme CHF [180'000–190'000]
Pfister	[180'000–190'000]*	10.12.2012	

Offertöffnungsprotokoll, Verfügung Abbruch des Vergabeverfahrens

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

Offerenten	Offertsumme 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 2012<sup>194</sup> 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.<sup>195</sup>

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

walden enthielten.<sup>196</sup> 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“.<sup>197</sup> 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.<sup>198</sup> 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.<sup>199</sup> Das Konditionenblatt für das Projekt Nidwalden sei nachfolgend verkleinert wiedergegeben:<sup>200</sup>

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

Bestimmungen und Angebot Tunnelreinigung zentris 2010

---

Konditionen

---

		Angebot Unternehmer	Bereinigtes Angebot
Brutto:		Fr. [redacted]	Fr. ....
Abzüglich Rabatt	5 %	Fr. [redacted]	Fr. ....
Zwischentotal 1		Fr. [redacted]	Fr. ....
Abzüglich Skonto (80 Tg.)	2% / 1 %	Fr. [redacted]	Fr. [redacted]
Zwischentotal 2		Fr. [redacted]	Fr. [redacted]
Zuzüglich MwSt.	7.6 %	Fr. [redacted]	Fr. ....
Auftragswert netto		Fr. [redacted]	Fr. ....

<sup>194</sup> Act. n° 121.

<sup>195</sup> Act. n° 121.

<sup>196</sup> Act. n° 8.32 S. 84 ff.

<sup>197</sup> Act. n° 9.2. S.4.

<sup>198</sup> Act. n° 9.2 S.3.

<sup>199</sup> Act. n° 8.32 S.92–94 und S.101–103.

<sup>200</sup> Act. n° 8.32 S.94.



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.<sup>201</sup> In einer darauffolgenden E-Mail vom 24. Sep-

tember 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 Konditionsseiten 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.<sup>202</sup> 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:<sup>203</sup>

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.<sup>204</sup>

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.

<sup>201</sup> Act. n° 7.15 (ISS)

<sup>202</sup> Act. n° 7.16 (ISS) und act. n° 8.32 (Pfister).

<sup>203</sup> Act. n° 7.6 S.2.

<sup>204</sup> Act. n° 6.6.

### B.4.3.3 Vergleich der Offerten<sup>205</sup>

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 Anbieterin-

nen 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.

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

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

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.<sup>206</sup> 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 Laufmeter<sup>207</sup> 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).<sup>208</sup>

### 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.

#### a) Pfister

132. Pfister<sup>209</sup> 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 Zusammentreffen 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

<sup>205</sup> 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].

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

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

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

<sup>209</sup> 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.

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 habe rechnen können, dass sich die Ausschreibungsstelle im Rahmen der Offerteinreichung auf Diskussionen zur Kapazitätskoordination 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 entsprechend durchgeführt. Betreffend die Tunnelreini-

gungsarbeiten 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.<sup>210</sup> 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 berechnete 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] erhöht<sup>211</sup>, woraus ein höherer Offertpreis resultiert sei.

<sup>210</sup> Siehe hierzu auch den Kalendereintrag von ISS in act. n° 7.17.

<sup>211</sup> Diese Erhöhung bezieht sich auf die jeweiligen Einheitspreise.

## b) ISS

136. ISS<sup>212</sup> 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 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 aus<sup>213</sup>, 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.<sup>214</sup> Dieser habe die Koordination angeregt.<sup>215</sup> Weiter, dass „der Kuchen halt aufgeteilt worden sei“.<sup>216</sup> 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.<sup>217</sup> 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.

<sup>212</sup> Act. n° 11, act. n° 20 und act. n° 52 S.5.

<sup>213</sup> Act. n° 61 Rz 116 ff.

<sup>214</sup> Act. n° 61 Rz 121 ff.

<sup>215</sup> Act. n° 61 Rz 139 ff. Siehe hierzu auch act. n° 88 Rz 17 ff.

<sup>216</sup> Act. n° 61 Rz 230.

<sup>217</sup> Act. n° 79 Rz 18 ff.

### B.4.3.5 Beweiswürdigung

139. Es ist damit in beweiswürdiger 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.<sup>218</sup>

### 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 beweiswürdiger 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.

143. Wie in Rz 97 ff. dargelegt, gesteht Pfister eine weitere Koordination hinsichtlich der 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.).<sup>219</sup> 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.<sup>220</sup> 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.<sup>221</sup> 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.<sup>222</sup> 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

<sup>218</sup> Act. n° 198.

<sup>219</sup> Act. n° 61, 78, 79, 88, 119 und 158.

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

<sup>221</sup> Act. n° 123, Antworten auf Frage 4 und 5.

<sup>222</sup> Vgl. die Ausführungen in Rz 62 f., sowie act. n° 54a, 108, 125 und 129.

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.<sup>223</sup> Auch spricht nichts dagegen, dass sich die Verfahrensparteien 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 Ver-

fahrensparteien 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.<sup>224</sup>

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.<sup>225</sup>

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“ <sup>226</sup> (Tunnel Äuli, Flooz, Hof/Fratten, Kerenzerberg, Murgwald, Quarten, Raischibe, Rotwald, Walensee, Wihalden, Wattwil)	Pfister
	Tunnelreinigung „St. Gallen“ <sup>227</sup> (Tunnel Asp Holz, Buchberg, Fuchswies, Girsberg, Montlingen, Rinderweid, Rosenberg, Schoren, Stephanshorn)	besa
IV	Tunnelreinigung Tessin („Sopraceneri“ und „Sottoceneri“)	ISS

<sup>223</sup> Siehe bspw. act. 129.

<sup>224</sup> 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.

<sup>225</sup> Act. n° 54a, 108, 121, 123, 125 und 129.

<sup>226</sup> 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.

<sup>227</sup> Siehe hierzu analog Fn 226.

## 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)<sup>228</sup> 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<sup>bis</sup> 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 ab-gestimmte Verhaltensweise von Unternehmen vorliegt. Entscheidend ist hingegen, dass 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.<sup>229</sup>

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<sup>bis</sup> 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.<sup>230</sup> Das Verwaltungsverfahrensgesetz regelt die Partei- und Prozessfähigkeit nicht. Diese richten sich vielmehr nach dem Zivilrecht. Die Parteifähigkeit stellt die Fähigkeit dar, im 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.<sup>231</sup> Die Handlungsfähigkeit beurteilt sich nach Art. 17 f. ZGB.<sup>232</sup>

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

163. Auch wenn das Kartellgesetz nach Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG Unternehmen unabhängig von ihrer Rechtsform seinem Geltungsbereich unterstellt, ändert dies nichts daran, dass nur ein Subjekt mit Rechtspersönlichkeit Träger von Rechten und Pflichten und damit Verfügungsadressat sein kann. Dies hat zur Folge, dass in einem Kartellverfahren das Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes und der Adressat einer Verfügung auseinanderfallen können.<sup>234</sup>

164. Soweit vorliegend ein Konzern bzw. eine konzernähnliche „wirtschaftliche Gesamtheit“ verfahrensbeteiligt ist, ist zu berücksichtigen, dass diesen weder Rechts- noch Handlungsfähigkeit zukommt. Da diese Unternehmen somit mangels Partei- und Prozessfähigkeit nicht Verfügungsadressaten sein können, ist im Einzelfall zu

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

<sup>229</sup> Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

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

<sup>231</sup> Vgl. Urteil des BGer 2C\_303/2010 vom 24.10.2011, E. 2.3.

<sup>232</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Zivilgesetzbuch, ZGB; SR 210).

<sup>233</sup> Vgl. Urteil des BGer 9C\_918/2009 vom 24.12.2009, E. 4.3.1; FRITZ YGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, 1983, 148.

<sup>234</sup> Vgl. JENS LEHNE, BSK KG, Art. 2 KG N 21.

prüfen, an welche Rechtsträger beziehungsweise an welche juristisch selbständigen Konzerngesellschaften eine Verfügung zu eröffnen ist.<sup>235</sup> Wird etwa eine kartellrechtsrelevante Verhaltensweise durch eine abhängige Konzerngesellschaft (Tochtergesellschaft) ausgeübt, werden aber die der Verhaltensweise zugrunde liegenden strategischen Entscheide auf der Ebene der herrschenden Konzerngesellschaft (Muttergesellschaft), das heisst von der Konzernleitung gefällt, sind nach der Praxis der WEKO beide Gesellschaften als Verfügungsadressatinnen zu betrachten.<sup>236</sup> Die Praxis der WEKO behandelt dabei die Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin und die Tochtergesellschaft als formelle Verfügungsadressatin.<sup>237</sup> Entsprechendes muss auch bei den anderen, als ein einziges Unternehmen erfassten wirtschaftlichen Gesamtheiten gelten.

### C.2.2 Materielle Verfügungsadressatinnen ausserhalb von Konzernverhältnissen

165. Wenige Probleme bereitet die Bestimmung der jeweiligen materiellen Verfügungsadressatin, soweit kein Konzernverhältnis vorliegt. Darunter fällt in der vorliegenden Untersuchung lediglich besa. Entsprechend ist diese Gesellschaft materielle Verfügungsadressatin.

### C.2.3 Materielle Verfügungsadressatinnen bei Konzernverhältnissen

166. Schwieriger fällt die Bestimmung der materiellen Verfügungsadressatin demgegenüber, wenn ein Konzernverhältnis vorliegt und die wettbewerbsrechtlich zu würdigenden Handlungen von Konzerntochtergesellschaften vorgenommen wurden. Bei Vorliegen eines solchen Konzernsachverhalts hat die WEKO in der Vergangenheit (und zwar auch in der jüngeren) wiederholt Verfügungen ausschliesslich an Tochtergesellschaften gerichtet.<sup>238</sup> Beanstandet oder gar von Amtes wegen korrigiert wurde dieses Vorgehen von den Rechtsmittelinstanzen in diesen Fällen nicht, vielmehr stimmten sie ihm, zumindest implizit, zu.<sup>239</sup> 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.<sup>240</sup> Diese Vorgehensweise ist auch in der Rechtsprechung der Europäischen Union zu beobachten.<sup>241</sup>

### C.2.4 Konzerntochtergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen

167. Im vorliegenden Fall ist es gerechtfertigt, jedenfalls auch die jeweils konkret handelnde Konzerntochtergesellschaft zu erfassen.<sup>242</sup> Für diese Vorgehensweise spricht unter anderem, dass diese Untersuchung im Einklang mit der bisherigen Praxis im Bereich der Submissionsabreden gegen die Konzerntochtergesellschaften eröffnet wurde.<sup>243</sup> 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.

### C.2.5 Konzernmuttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen

168. Das BVGer hat in einem jüngeren kartellrechtlichen Urteil<sup>244</sup> festgehalten, es könne aufgrund der 100-prozentigen Angehörigkeit einer Tochtergesellschaft zur Muttergesellschaft sowie diverser personeller Verflechtungen zwischen diesen Gesellschaften davon ausgegangen werden, dass eine Tochtergesellschaft zwar rechtlich, nicht aber wirtschaftlich selbstständig auftrete.

<sup>235</sup> Vgl. VON BÜREN, Der Konzern, in: Schweizerisches Privatrecht, achter Band, sechster Teilband, von Büren/Girsberger/Kramer/Sutter-Somm/Tercier/Wiegand (Hrsg.), 2. Aufl., 2005, 485.

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

<sup>237</sup> Vgl. RPW 2007/2, 190, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufungsvermittlern; bestätigt im Urteil des BVGer*, RPW 2010/2, 336 f. E. 4.5, *Publigroupe SA et al./WEKO* bzw. im Urteil des Bundesgerichts 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, E. 3 (=RPW 2013/1, 118 f.; nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>238</sup> Siehe beispielsweise RPW 2010/4, 649 Rz 2 und 655 Rz 49, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*: Dass es sich bei den materiellen Verfügungsadressatinnen Pfizer AG, Eli Lilly (Suisse) SA und Bayer (Schweiz) AG um Tochtergesellschaften handelt, wird in Fn 2 der Verfügung ausdrücklich festgehalten. RPW 2010/4, 717 Rz 3 f. und 773 Dispositiv, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*: Die Roto Frank AG wird ebenso wie die Siegenia-Aubi AG als Tochtergesellschaft 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 Implenia (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.

<sup>239</sup> Exemplarisch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 377 f. E. 3, *Implenia (Ticino) SA/WEKO*, wo ohne nähere Prüfung eines allfälligen, an sich naheliegenden Konzernverhältnisses die Implenia (Ticino) SA als materielle Verfügungsadressatin betrachtet wurde. Urteil des BVGer, RPW 2010/2 262 E. 3.1 und 307 E. 10.7.5, *Swisscom Schweiz AG/WEKO* und Urteil des BGer 2C\_343/2010 vom 11.4.2011, E. 2.3 und 3.1: Die am Verfahren beteiligte Swisscom (Schweiz) AG ist bekanntlich eine Tochtergesellschaft der Swisscom AG. Zu diesem Konzernverhältnis und insbesondere zu den Folgen, die dieses für die Stellung der einzelnen Swisscom-Gruppengesellschaften als materielle Verfügungsadressatin/en zeitigt bzw. zeitigen könnte, äussern sich aber weder das BVGer noch das BGer.

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

<sup>241</sup> Urteil des EuGH vom 10.9.2009 C-97/08 P, *Kazoo Nobel et al./Kommission*, Sl.2009 I-8237, Rz 77; siehe dazu auch FRÉDÉRIQUE WENNER/BERTUS VAN BARLINGEN, European Court of Justice confirms Commission's approach on parental liability, in: Competition Policy Newsletter, 2010/1, 23 ff., 27: „In view of the Court's ruling, parent companies should now systematically expect to be held jointly and severally liable for the anticompetitive infringement committed by their wholly owned subsidiaries.“ Für weitere Beispiele siehe die Übersicht in ANNA-ANTONINA SKOCZYLA, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern, 2011, 70 ff.

<sup>242</sup> 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.

<sup>243</sup> Siehe Rz 8.

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



Folglich liege ein Konzern vor. Gestützt darauf erachtete es das BVGer als korrekt, die Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin zu betrachten und ihr die Sanktion aufzuerlegen. Gemäss dieser Ansicht des BVGer führt das Bestehen eines Konzernverhältnisses (verstanden im Sinne des Leitungsprinzips)<sup>245</sup> also eo ipso dazu, dass die Muttergesellschaft – ohne weitere Voraussetzungen erfüllen zu müssen – als „Repräsentantin“ der wirtschaftlichen Einheit Konzern und damit des Unternehmens im Sinne von Art. 2 KG zu verstehen und sie (und nur sie) als materielle Verfügungsadressatin zu betrachten ist. Eine diesbezügliche Änderung am Urteil des BVGer nahm das BGer nicht vor.<sup>246</sup>

169. Eine kumulative Erfassung sowohl der Konzerntochter- als auch der Konzernmuttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen erscheint in casu auch vor dem Hintergrund der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung angezeigt. Denn das BGer hält in seinem Entscheid „Publigruppe“ fest, dass es „(...) vorzuziehen gewesen [wäre], alle sechs Beschwerdeführer wären von Anfang an ins Verfahren einbezogen worden“. Diese Aussage spricht dafür, sowohl die Konzerntochter- als auch die -muttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen zu behandeln.

170. Gemäss dem Vorangegangenen, insbesondere dem jüngeren bundesverwaltungsgerichtlichen, vom BGer nicht beanstandeten Entscheid, kann also die Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin betrachtet und sanktioniert werden, sobald von einem Konzernverhältnis im Sinne des Leitungsprinzips auszugehen ist.<sup>247</sup>

171. Zusammenfassend stellen damit die Konzernmuttergesellschaften von ISS und Pfister namentlich die ISS Schweiz AG und die MRR Holding AG neben ihren Tochtergesellschaften materielle Verfügungsadressatinnen dar.<sup>248</sup>

172. Die unter den oben stehenden Gesichtspunkten angezeigte Untersuchungsausdehnung auf die vorgeannten Konzernmuttergesellschaften erfolgte am 15. April 2014.<sup>249</sup>

### C.3 Vorbehaltene Vorschriften

173. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich 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 beeinträch-

tigen 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,<sup>250</sup> wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden.<sup>251</sup> Entscheidend ist allein, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren. Die rechtliche oder tatsächliche Form des Zusammenwirkens und die Durchsetzungsmöglichkeit sind unerheblich.<sup>252</sup>

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 Zweitem sind Übereinkünfte von Gesellschaften zu verstehen, die zwar auf einem Konsens beruhen, rechtlich aber nicht durchsetzbar sein sollen;<sup>253</sup> 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

<sup>245</sup> Im Gegensatz zum Kontrollprinzip, bei welchem bereits bei Bestehen einer Beherrschungsmöglichkeit vom Vorliegen eines Konzerns ausgegangen wird, auch – und dies im Unterschied zum Leitungsprinzip – wenn diese Möglichkeit effektiv gar nicht ausgeübt wird.

<sup>246</sup> Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, E. 3 (nicht publizierte Erwägung in BGE 139 I 72), *Publigruppe SA et al./WEKO*.

<sup>247</sup> Zustimmend und m.w.H. JOST (Fn 242), Rz 725.

<sup>248</sup> 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*.

<sup>249</sup> Act. n° 187–189 und 190.

<sup>250</sup> 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.

<sup>251</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 250), Art. 4 Abs. 1 KG N 100.

<sup>252</sup> 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*.

<sup>253</sup> BSK-KG NYDEGGER/NADIG (Fn 250), Art. 4 Abs. 1 KG N 94, m.w.H.

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 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 Abrededpartnerinnen, nicht oder zumindest kaum mehr kontaktiert worden. Dies war vorliegend nicht der Fall. Die Parteien konnten somit damit rechnen, dass sich die Konkurrentinnen an die getroffenen Abmachungen halten würden.

181. Die in Rz 87 ff. aufgeführten Verhaltensweisen stellen somit Vereinbarungen i.S.v. Art. 4 Abs. 1 dar. Die Parteien sind auf der gleichen Marktstufe tätig, weshalb diese Vereinbarungen horizontaler Natur sind.

#### **C.4.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung**

182. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede „eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“.

183. Eine „Wettbewerbsbeschränkung“ liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.<sup>254</sup> Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis) beziehen.<sup>255</sup>

184. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext zeigt – alternativ voraus, nicht kumulativ.<sup>256</sup> Die Alternativität dieser beiden Tatbestandsmerkmale führt dazu, dass das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG eher rasch zu bejahen ist und sich insbesondere an dieser Stelle regelmässig eine Beurteilung der Wirkungen erübrigt, wenn bereits ein „Bezwecken“ zu bejahen ist.<sup>257</sup> Art. 5 KG wirkt jedoch nicht auf die Begriffsbestimmung von Art. 4 Abs. 1 KG zurück; ändert mithin an der dort statuierten Definition von Wettbewerbsabreden und insbesondere der hierbei vorgesehenen Alternativität dieser beiden Tatbestandsmerkmale nichts.

185. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligten „die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“.<sup>258</sup> Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten ist unerheblich.<sup>259</sup>

186. Das Tatbestandsmerkmal des Bewirkens ist erfüllt, sobald eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise den relevanten Markt tatsächlich beeinflusst, wobei die Wirkung noch nicht eingetreten sein muss, es genügt, wenn die Wettbewerbsbeschränkung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eintreten wird.

187. Die in Rz 216 ff. aufgelisteten Verhaltensweisen zielen klar darauf ab, die Offertpreise von Tunnelreinigungsprojekten zu koordinieren sowie Gebiete bzw. die jeweils darin ausgeschriebenen Tunnelreinigungsprojekte einander gegenseitig zuzuordnen. Es ist unstrittig, 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 ausgeschriebenen 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.

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

<sup>255</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 250), Art. 4 Abs. 1 KG N 63; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

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

<sup>257</sup> So auch: Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

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

<sup>259</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 250), Art. 4 Abs. 1 KG N 71. Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, *Gebro/WEKO*.

#### 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.<sup>260</sup>

192. Wie in Rz 142 ff. aufgeführt, haben die Verfahrensparteien über Jahre ihre Offerten, insbesondere die jeweiligen Eingabepreise bezüglich Submissionen für Tunnelreinigungen der Gebietseinheiten IV, VI, VII und X untereinander vereinbart, um die Auftragsvergabe zu steuern und somit Kunden und Gebiete aufgeteilt. Dazu wurden ganze Offerten gegenseitig übermittelt, Eingabepreise festgelegt oder gänzlich darauf verzichtet, an Auftragsvergaben teilzunehmen. Dabei handelt es sich um die beiden typischerweise, regelmässig auch in Kombination, anzutreffenden Abredegegenstände von sogenannten Submissionsabreden.<sup>261</sup> Solche Submissionsabreden sind gemäss Rechtsprechung<sup>262</sup> und Lehre<sup>263</sup> sowohl unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a als auch Bst. c KG zu subsumieren.

193. Grundsätzlich wäre es nun möglich, bezüglich jedes einzelnen Zuschlags bzw. jeder einzelnen Auftragsvergabe zu klären, ob diese jeweils für sich alleine Gegenstand einer unzulässigen Wettbewerbsabrede ist. Vorliegend wurde mit den Abreden jedoch ein einheitlicher und fortdauernder Zweck verfolgt, nämlich die Zu- und Aufteilung von 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.<sup>264</sup>

194. In der europäischen Praxis und Rechtsprechung werden regelmässig die innerhalb komplexer Organisationen zu dem gleichen Zweck getroffenen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen als „*einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlungen*“ qualifiziert.<sup>265</sup> Aber auch der schweizerischen Praxis ist es nicht fremd, mehrere Verhaltensweisen als Gesamtheit zu betrachten und als solche unter den Abrededebegriff von Art. 4 Abs. 1 KG zu subsumieren. So hat die WEKO etwa in den Untersuchungen „Markt für Schlachtschweine – Teil B“<sup>266</sup> sowie „Luftfracht“ deutlich gemacht, dass es der mit den Verhaltensweisen verfolgte einheitliche Zweck ist, welcher dazu führt, dass von einer Gesamtabrede ausge-

gangen werden kann. Von einer Gesamtabrede ist faktisch auch im Fall „Strassenbeläge Tessin“ ausgegangen worden, in dem das im Rahmen einer Konvention vereinbarte, über mehrere Jahre betriebene Rotationskartell der Unternehmen in seiner Gesamtheit beurteilt und nicht in zahlreiche Einzelabreden aufgesplittet wurde.<sup>267</sup> Diese Vorgehensweise wurde durch das Bundesverwaltungsgericht gutgeheissen, welches festhielt, es sei von einem „Dauer-Submissionskartell“ auszugehen.<sup>268</sup> Im Rahmen der Untersuchung „Abrede im Speditionsbereich“ hielt die WEKO zudem fest, dass bei einer Gesamtabrede, welche über längere Zeit andauert, im Laufe der Zeit nicht nur die Teilnehmer ändern können, sondern es auch sein kann, dass diese Teilnehmer unterschiedlich stark engagiert sind oder unterschiedliche Rollen einnehmen. Die divergierenden Interessen der Kartellmitglieder können weiter dazu führen, dass kein vollständiger Konsens über sämtliche Teilaspekte des

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

<sup>261</sup> 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.“

<sup>262</sup> Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 380 f. E. 7 und 8, *Implenla (Ticino) SA/WEKO*; RPW 2009/3, 209 Rz 87, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>263</sup> 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.

<sup>264</sup> Urteil des EuGH vom 8.7.1999 C-49/92 P *Kommission/ANIC Partecipazioni*, Slg. 1999 I-4125 (Polypropylen-Fall) Rz 81 f.; Urteil des EuGH vom 1.7.2004 C-204/00 P *Aalborg Portland/Kommission*, Slg. 2004 I-123, Rz 259 (Zement-Fall).

<sup>265</sup> 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, ABl. 1986 L 24/1, Rz 131, *Fernwärmetechnik-Kartell*; KOMM, ABl. 1994 L 239/14, Rz 32, PVC II; KOMM, ABl. 1986 L 230/1, Rz 81, *Polypropylene*. Vgl. Aus der Literatur: HERMANN-JOSEF BUNTE, in: *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht* (Bd. 2), Langen/Bunte (Hrsg.), 11. Aufl., Köln 2010, Art. 81 Rz 48; JONATHAN FAULL/ALI NIKPAY, *The EC Law of Competition*, 2. Aufl., Oxford 2007, Rz 8.494 ff.; RICHARD WHISH/DAVID BAILEY, *Competition Law*, 7. Aufl., Oxford 2012, 102 ff.; BELLAMY/CHILD, *European Community Law of Competition*, Roth/Rose (Hrsg.), 6. Aufl., Oxford 2008, Rz 2.052; JULIAN JOSHUA, *Single continuous infringement of article 81 EC: has the commission stretched the concept beyond the limits of logic?*, in: *European Competition Journal* 451 ff., frei erhältlich unter <[http://www.biicl.org/files/4360\\_single\\_continuous\\_infringement\\_of\\_article\\_81\\_ec\\_2\\_.pdf](http://www.biicl.org/files/4360_single_continuous_infringement_of_article_81_ec_2_.pdf)> [letzte Kontrolle: 22.2.2015], welcher auch auf das dem SCCI zu Grunde liegende amerikanische Konzept der „conspiracy“ eingeht.

<sup>266</sup> RPW 2004/3, 739 Rz 41, *Markt für Schlachtschweine – Teil B*.

<sup>267</sup> RPW 2008/1, 95 ff. Rz 81 ff., *Strassenbeläge Tessin*.

<sup>268</sup> Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 382 E. 9.1.1, *Strassenbeläge Tessin*.

Kartells zustande kommt. Die eine oder andere Partei kann etwa Vorbehalte zu bestimmten Gesichtspunkten der Abrede haben und dennoch am Gesamtunterfangen festhalten. Ausserdem kann es sein, dass die Kartellmitglieder die einzelnen Bestandteile der Abrede unterschiedlich konsequent umsetzen, es ist sogar denkbar, dass es zu internen Konflikten kommt und einzelne Mitglieder zeitweise die Umsetzung aussetzen, um andere Kartellmitglieder zu konkurrenzieren. Schliesslich ist es nicht aussergewöhnlich, dass die Abrede über die Zeit weiterentwickelt, gestärkt oder an neue Gegebenheiten angepasst wird. Keiner dieser Faktoren führt dazu, dass nicht von einer Gesamtabrede auszugehen wäre, sofern ein einheitlicher und fortdauernder Zweck bejaht werden kann. Ist dies der Fall, so können die an der Gesamtabrede teilnehmenden Unternehmen zur Verantwortung gezogen werden, auch wenn sie nachweislich nicht an allen Bestandteilen der Gesamtabrede unmittelbar mitgewirkt haben<sup>269</sup>.

195. Vor diesem Hintergrund bilden die vorliegenden Submissionsabreden eine Art Gesamtabrede, die nachfolgend als „Gesamtabrede“ bezeichnet, und unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG subsumiert wird. Es greift vorliegend die Vermutungsfolge und es ist die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu vermuten.

196. Im Folgenden gilt es zu untersuchen, ob sich diese Vermutungsfolge widerlegen lässt.

#### C.4.2.2 Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung

197. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede noch wirksamer – aktueller und potentieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte 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 Vermutung zu leisten. Dies, weil die dazu notwendigen Tatsachen unter Umständen die internen Unternehmensverhältnisse tangieren oder zumindest Sachkenntnisse über die Verhältnisse auf dem relevanten Markt erfordern.<sup>270</sup> Wird nicht nachgewiesen, dass trotz der Abrede 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.<sup>271</sup>

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, relevante 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 Aussen- sowie Innenwettbewerb wirksamen Wettbewerb herzustellen und damit die Vermutungsfolge zu widerlegen vermag. Gegebenenfalls ist bei Widerlegung der Vermutung anschliessend zu prüfen, ob der wirksame Wettbewerb erheblich beeinträchtigt ist.

#### C.4.2.2.1 Relevanter Markt

201. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen für die Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.<sup>272</sup> 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.<sup>273</sup> 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.<sup>274</sup> Entscheidend sind die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite sowie weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren und Dienstleistungen aus Nachfragersicht.<sup>275</sup> Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.<sup>276</sup>

<sup>269</sup> Vgl. RPW 2013/2, 154 f. Rz 75, *Abrede im Speditionsbereich*.

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

<sup>271</sup> Siehe in diesem Sinne auch das Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 381 f. E. 9, *Implemia (Ticino) SA/WEKO*.

<sup>272</sup> BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), *Publi-groupe SA et al./WEKO*.

<sup>273</sup> BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publi-groupe SA et al./WEKO*.

<sup>274</sup> BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publi-groupe SA et al./WEKO*; BGE 129 II 18 E. 7.3.1 (= RPW 2002/4, 743 E. 7.3.1), *Buchpreisbindung*.

<sup>275</sup> BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publi-groupe SA et al./WEKO*.

<sup>276</sup> BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publi-groupe 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,<sup>277</sup> welche für die Auftragsvergabe und -erteilung der von den Wettbewerbsabreden betroffenen Tunnelreinigungen verantwortlich sind und eben diese für ihre Tunnel nachfragen. Bei der Definition des sachlich relevanten Marktes ist daher im Folgenden zu analysieren, welche Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite substituierbar sind.

205. Wie bereits im Sachverhaltsteil ausgeführt (siehe Rz 66 f.), handelt es sich bei der Tunnelreinigung um eine spezifische Dienstleistung im Bereich Flächeninstandhaltung, bearbeitung, sowie -unterhalt. Ein Unternehmen, welches andere Reinigungsarten durchführt, wie bspw. Strassenreinigungen, kann nicht auch automatisch Tunnelreinigungen durchführen, da für die Tunnelreinigung spezielle Reinigungsfahrzeuge resp. Fahrzeugaufsätze benötigt werden. Die Anschaffungskosten für solch ein Tunnelreinigungsfahrzeug liegen – nach Angaben der Verfahrensparteien – bei ca. CHF 850'000 bis CHF 1,5 Mio. Dies dürfte zu einer Amortisationszeit der Investition von rund 6 bis 15 Jahren führen. Dies alles lässt auf eine geringe Umstellungsflexibilität hinsichtlich anderer, bislang nicht im Bereich der Tunnelreinigung tätigen Unternehmen schliessen, um in der Tunnelreinigungsbranche tätig zu werden. Tunnelreinigungen sind demnach nicht mit anderen Reinigungsdienstleistungen substituierbar.

206. Weiter ist vorliegend insbesondere zu berücksichtigen, dass es sich bei Tunnelreinigungen um Dienstleistungen handelt, die von öffentlichen Auftraggebern nachgefragt und dem öffentlichen Beschaffungswesen zugeordnet werden. So ist – ausser i.d.R. bei freihändigen Vergaben – bei einer Submission für Tunnelreinigungen ein Bietprozess involviert (vgl. Rz 78 ff). Verschiedene Anbieter reichen Angebote für einen Auftrag beim Auftraggeber ein, welcher dann entsprechend den Zuschlagskriterien einem Anbieter den Auftrag zuschlägt. Es muss also auch untersucht werden, welche Anbieter die von der Marktgegenseite nachgefragten Leistungen, hier die gewünschten Tunnelreinigungen, erbringen können und zudem für die Marktgegenseite substituierbar sind (Anbietersubstituierbarkeit).

207. In einer Submission wird die vom Auftraggeber gewünschte Leistung in der Regel für ein bestimmtes Endprodukt nachgefragt. Dabei werden Tunnelreinigungen in Form von „Projekten“ nachgefragt, welche oftmals nicht nur die Reinigung eines einzelnen Tunnels, sondern gleich von mehreren und damit verschiedenen Tunneln beinhalten (vgl. Rz 64). Die einzelnen Tunnelreinigungsprojekte unterscheiden sich entsprechend sowohl hinsichtlich ihrer Anzahl zu reinigender Tunnel und damit in ihrer Auftragsgrösse, als auch hinsichtlich der Beschaffenheit, Länge und Höhe der einzelnen Tunnel. Aus Anbietersicht bestehen entsprechend eine Viel-

zahl von Auftraggebern, welche parallel und sequentiell verschiedenen Tunnelreinigungsprojekte nachfragen.

208. Es lässt sich feststellen, dass sämtliche Anbieter von Tunnelreinigungen verschiedenste Tunnel reinigen können. Die Projektspezifikation sowie Komplexität ist allen Tunnelreinigungen ähnlich. Anbieter von Tunnelreinigungen nehmen an unterschiedlichen Submissionen und entsprechend solchen von unterschiedlicher Grösse teil.<sup>278</sup> Aufgrund der relativ standardisierten Dienstleistung können die Anbieter auch einfach und schnell zwischen verschiedenen Submissionen „wechseln“. Entsprechend kann nicht jede einzelne Submission 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 Subunternehmenschaften. Dies alles lässt auf eine hohe Anbietersubstituierbarkeit schliessen.

209. Vor diesem Hintergrund ist es angezeigt einen sachlich relevanten Markt für Tunnelreinigungen zu definieren.

#### b. Räumlich relevanter Markt

210. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b, VKU, der hier analog anzuwenden ist).<sup>279</sup>

211. Die Marktgegenseite fragt die Ausführung von Tunnelreinigungen nach, welche naturgemäss stationär bzw. an einen bestimmten Ort, nämlich den jeweiligen Tunnel, gebunden sind. Prinzipiell ist es dabei für die Marktgegenseite irrelevant, wo die Anbietenden herkommen. Tunnelreinigungen werden mit mobilen Fahrzeugen durchgeführt. Eine zunehmende Distanz zum Auftragsort, hier dem jeweiligen Tunnel, ist in der Regel mit einem erhöhten Kraftstoffverbrauch, Lohn für Wegstunden sowie allfälligen Kosten für die Anmietung von Unterstellmöglichkeiten der Fahrzeuge bei Aufträgen über mehrere Tage verbunden. Diese Transportkosten reichen jedoch nicht für einen nennenswerten Distanzschutz aus, welcher verhindern könnte, dass nicht lokal

<sup>277</sup> Vgl. die Ausführungen unter Rz 60 f.

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

<sup>279</sup> BGE 139 I 72, 92 E. 9.2.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.1), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

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

ansässige Unternehmen die entsprechenden Tunnelreinigungen in weiter entfernten Regionen ausführen könnten. So nehmen einzelne Unternehmen – insbesondere auch die Verfahrensparteien – schweizweit an Submissionen für Tunnelreinigungen teil und führen entsprechend ausserregional resp. -kantonal Tunnelreinigungen aus.<sup>280</sup> Die mit zunehmender Entfernung zum Auftragsort anfallenden Transportkosten führen daher nicht in einem solchen Mass zu steigenden Selbstkosten, dass es zu einer ernsthaften Senkung der Rentabilität eines Auftrags kommt. Demnach müssen Anbieter von Tunnelreinigungen nicht in der lokalen Umgebung eines Tunnels ansässig sein, um einen Tunnelreinigungsauftrag ausführen zu können, sondern könnten dies prinzipiell sogar mindestens schweizweit.

212. Dass aber nicht von einem supranationalen räumlichen Markt ausgegangen werden kann, zeigt sich darin, dass im betrachteten Zeitraum 2008 bis zum Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung nur eine einzige ausländische Anbieterin überhaupt Tunnelreinigungen in der Schweiz, [...], ausführte sowie einmal eine weitere ausländische Anbieterin an einer Submission im offenen Verfahren teilnahm, diese den Zuschlag aber nicht erhielt.<sup>281</sup> Bei diesen Submissionen handelt es sich jedoch zudem um solche, welche nicht von der vorliegend relevanten Marktgegenseite durchgeführt wurden. Von einem supranationalen Markt kann deshalb nicht ausgegangen werden.

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.<sup>282</sup> So wendete die Marktgegenseite der von der Abrede betroffenen Gebiete in der überwiegenden Anzahl ihrer Submissionen das freihändige oder Einladungsverfahren an und vergab diese fast ausschliesslich an die Verfahrensparteien resp. lud diese zur Offertstellung ein.<sup>283</sup> Diese angefragten Unternehmen sind allesamt in der regionalen Umgebung resp. innerhalb der betroffenen Gebietseinheiten ansässig (vgl. Rz 3 ff.). Beim einzigen offenen Verfahren, bei dem zwar keine Vorauswahl und damit Beschränkung der Anbieter im Voraus durch den Auftraggeber vorgenommen wurde, nahmen – jedenfalls im relevanten Zeitraum – auch nur die Verfahrensparteien teil.<sup>284</sup> Etwas anders verhält es sich in der Westschweiz.<sup>285</sup> Hier werden regelmässig neben den regional ansässigen Unternehmen auch Unternehmen mit Sitz in der Deutschschweiz und dem Tessin zur Offertstellung angefragt resp. eingeladen. Auch führte dort u.a. wiederholt eine ausländische französische Anbieterin bereits Tunnelreinigungen aus. Es kann aber auch hier festgestellt werden, dass in der überwiegenden Anzahl der Submissionen im Zeitraum 2006 bis 2013 jeweils nur regional ansässige resp. französischsprachige Anbieter den Zuschlag erhielten.

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 Marktstellung 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).

<sup>281</sup> Siehe act. n° 118.

<sup>282</sup> Vgl. die detaillierte Regelung in (Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen; SR 172.056.11), VöB (Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen; SR 172.056.11) sowie IVöB (Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen und die diesbezüglichen kantonalen Ausführungserlasse). Gemäss 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*.

<sup>283</sup> Antworten auf Frage 4 und 5 in act. n° 54a, 108, 121, 123, 125 und 129.

<sup>284</sup> Antworten auf Frage 4 und 5 in act. n° 123.

<sup>285</sup> Antworten auf Frage 4 und 5 in act. n° 110, 138, 118, 127 und 133 sowie Rz 212.

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 gesam-

ten 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.<sup>286</sup>

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“ <sup>287</sup> (Tunnel Äeuli, Flooz, Hof/Fratten, Kerenzerberg, Murgwald, Quarten, Raischibe, Rotwald, Walensee, Wihalden, Wattwil)	Pfister	[...]	[...]	[...]
VI	Tunnelreinigungen „St. Gallen“ <sup>288</sup> (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 <sup>289</sup>			[1,5–3] Mio.	[1,5–3] Mio.	[1,5–3] Mio.
Anteil am Auftragsvolumen in der Schweiz			[45–60] %	[45–60] %	[45–60] %

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 beeinträchtigt 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 Of-

<sup>286</sup> 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.

<sup>287</sup> 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.

<sup>288</sup> Siehe hierzu analog Fn 287.

<sup>289</sup> Siehe act. n° 54a, 108, 121, 123, 125 und 129.

fertstellung 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 Arbeitsstellen 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.<sup>290</sup> ISS unterbot nun jedoch besa knapp und bekam entsprechend den Auftrag zugeschlagen. In der darauf folgenden Submission erhielt besa dann wieder abredgemäß den Zuschlag. Es handelt sich daher um einen Einzelfall, bei welchem auch nur ein gewisser Innenwettbewerb zwischen zwei der drei Verfahrensparteien bestand. Bei sämtlichen übrigen betroffenen Submissionen kam es nicht vor, dass sich ein beteiligtes Unternehmen nicht an die Abrede gehalten hätte. Wirksamer Innenwettbewerb bestand demnach nicht.

227. Soweit den Rest- und Teilwettbewerb angehend, ist zunächst anzumerken, dass das Bundesgericht diesbezüglich (allerdings spezifisch in Bezug auf Dienstleistungsmärkte) festgehalten hat, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf einem Markt durch den Nachweis widerlegt werden kann, dass der Preis nicht der allein entscheidende Wettbewerbsparameter ist und aufgrund anderer Parameter ein wirksamer Rest- oder Teilwettbewerb fortbesteht.<sup>291</sup> Allerdings wiegt eine Beseitigung des Preiswettbewerbs aufgrund der regelmässig grossen Bedeutung des Wettbewerbsparameters „Preis“ schwer und die daran anknüpfende Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung wird nicht durch Wettbewerb bezüglich jedweder untergeordneter Parameter umgestossen.<sup>292</sup>

<sup>290</sup> Siehe die Ausführungen in Rz 98, Rz 102, Rz 109 und Rz 149 ff.

<sup>291</sup> 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).

<sup>292</sup> RPW 2009/3, 210 Rz 95 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.



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“. Hinzu kommt, dass mittels der Abreden über die Preise auch die Zuschlagserteilung durch die Beschaffungsstellen gesteuert werden sollte, was – wie sich zeigte – denn auch funktionierte. Wären nun für die Auftragsvergabe andere Parameter (ebenso) zentral gewesen wie der Preis, hätten folglich zur Erreichung dieses Ziels Abreden bloss über den Preis nicht ausgereicht, sondern es hätten stattdessen auch noch weitere Parameter abgesprochen werden müssen. Dies war aber nicht der Fall.

229. Sicherlich ist die Reputation eines Unternehmens, das eine auftragsgemässe Ausführung der nachgefragten Tunnelreinigungen gewährleistet, von Bedeutung. Hierin ist aus Sicht der WEKO aber eine Grundvoraussetzung für das dauerhafte Verbleiben im Markt und weniger ein in Bezug auf den einzelnen Auftrag spielender Wettbewerbsparameter zu sehen. Dieses Kriterium eignet sich denn auch nicht für Differenzierungen zwischen den Parteien, welche allesamt, zufolge fester Verankerung in der Tunnelreinigungsbranche, scheinbar aus Sicht der Nachfrager diese Anforderung erfüllen. So bleibt der Preis das entscheidende Kriterium bei der Auftragsvergabe.

230. Ferner sind die vergaberechtlichen Vorschriften auch diesbezüglich von Relevanz: Bei Beschaffungen der öffentlichen Hand, die in offenen Verfahren oder in Einladungsverfahren erfolgen, sind die Zuschlagskriterien inklusive deren Gewichtung oder Rangfolge spätestens in den Ausschreibungsunterlagen bekanntzugeben. Hierbei handelt es sich um die bei einem konkreten Tunnelreinigungsprojekt für die Zuschlagserteilung massgebenden Wettbewerbsparameter. Der Preis spielt dabei die überragende Rolle. Exemplarisch seien hierzu die Zuschlagskriterien der Gebietseinheit VII für die Tunnelreinigung im „Grossraum Zürich“ im Jahr 2009 und der Gebietseinheit X für die Tunnelreinigungen in Nidwalden, Obwalden und Luzern 2013–2015 zu nennen, bei welchen der Preis zwei Mal mit 100 % und ein Mal mit 70 % gewichtet wurde.<sup>293</sup> Sodann führt die Offenlegung der Zuschlagskriterien inklusive deren Gewichtung oder Rangfolge gegenüber den Anbietenden dazu, dass es den 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 Tunnelreinigungs-submissionen 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.

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.

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

### 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 maiore ad minus grundsätzlich auch deren qualitative Erheblichkeit zu bejahen, unabhängig von allfälligen quantitativen Kriterien.“<sup>294</sup>

„Da der Schweizer Gesetzgeber [...] statuiert, dass [Abreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG] den Wettbewerb vermutungsweise beseitigen, ist wie bereits ausgeführt a maiore ad minus auch bei einer Abrede wie der vorliegenden eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs gegeben, unabhängig von allfälligen Marktanteilen. Allerdings ist diese Abrede dadurch nicht per se verboten. Eine Rechtfertigung ist noch immer aus den in Art. 5 Abs. 2 KG genannten Gründen möglich. Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass selbst Wettbewerbsabreden, die auf den ersten Blick als erheblich beschränkend erscheinen, in Wirklichkeit die wirtschaftliche Effizienz erhöhen können.“<sup>295</sup>

238. Dies bedeutet, dass – wenn einer der Vermutungstatbestände gemäss Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG greift – automatisch, d.h. ohne weitere Prüfung von qualitativen und insbesondere quantitativen Elementen, die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG als gegeben gilt. Gemäss dieser Rechtsprechung des BVGer ist in solchen Fällen lediglich noch zu prüfen, ob die Wettbewerbsabrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann.

239. Das BVGer hat allerdings im Fall „Baubeschläge“ in den Urteilen vom 23. September 2014 i.S. *Paul Koch AG/WEKO* und *Sigenia-Aubi AG/WEKO* und ausgeführt, dass im schweizerischen Kartellrecht keine per se Erheblichkeit bestehe, weshalb die Auswirkungen von Absprachen auf dem Markt zu untersuchen seien.<sup>296</sup> Das BVGer begründet seine Auffassung jedoch mit keinem Wort und geht insbesondere nicht auf die eigene Rechtsprechung in Sachen Gaba und Gebro ein, weshalb das Verhältnis und die Tragweite der beiden Urteile unklar ist. Dies gilt umso mehr, als weder die Rechtsprechung

Gaba und Gebro noch diejenige in Sachen Baubeschläge rechtskräftig ist.

240. Wird im vorliegenden Fall auf die Rechtsprechung i.S. Gaba und Gebro abgestellt, hat dies zur Folge, dass in Bezug auf die Gesamtabrede (vgl. Rz 193 ff.) eine unzulässige erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG vorliegt, falls diese nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz sachlich gerechtfertigt werden kann. Da aber diese Rechtsprechung noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist, wird nachfolgend zusätzlich die Erheblichkeit gemäss der bisherigen Praxis der WEKO geprüft.

#### C.4.3.2 Erheblichkeit gemäss bisheriger Praxis

241. Vor dem Ergehen der erwähnten Rechtsprechung des BVGer beurteilte die WEKO die Frage nach der erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne des Kartellgesetzes anhand einer Gesamtbetrachtung des Einzelfalls, wobei praxisgemäss sowohl qualitative wie auch quantitative Aspekte berücksichtigt wurden.<sup>297</sup> Bezüglich des qualitativen Elements gilt es gemäss dieser bisherigen Praxis die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters – und zwar im konkret betroffenen Markt<sup>298</sup> – sowie das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter<sup>299</sup> zu beurteilen. Bezüglich des quantitativen Elements ist im Regelfall zu ermitteln, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird, m.a.W. welches „Gewicht“ die Abrede sowie die an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt haben (Anzahl, Marktanteile, Umsätze etc.).<sup>300</sup>

242. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, liegt vorliegend in Bezug auf die hier betrachtete Gesamtabrede eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG selbst dann vor, wenn die Erheblichkeitsprüfung anhand einer Gesamtbetrachtung im Sinne dieser Praxis erfolgt, d.h. unter Berücksichtigung von qualitativen wie quantitativen Kriterien. Die folgenden Ausführungen stellen auf die Erheblichkeitsprüfung anhand eines relevanten Marktes für Tunnelreinigungen in der Schweiz ab. Denn, wie oben gezeigt, ist der Wettbewerb bei einer engeren Marktabgrenzung, nämlich bezogen auf Tunnelreinigungen in den Gebietseinheiten IV, VI, VII und X, beseitigt.

<sup>294</sup> 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.

<sup>295</sup> 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.

<sup>296</sup> 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).

<sup>297</sup> 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.

<sup>298</sup> 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.

<sup>299</sup> In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241 Rz 19, *Klimarappen*, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils.

<sup>300</sup> BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 298), Art. 5 KG N 230.

### C.4.3.3 Qualitative Kriterien

243. Die vorliegende Untersuchung betrifft horizontale Preisabreden und Abreden über die Aufteilung von Gebieten und Geschäftspartnern (vgl. Rz 191 ff.).

244. Zunächst ist auf die gesetzgeberische Wertung bezüglich der wettbewerbsrechtlichen Bedeutung des Parameters Preis wie auch der Aufteilung von Geschäftspartnern hinzuweisen. Indem der Gesetzgeber bei horizontalen Abreden über diese beiden Punkte gar in Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG die Vermutung einer Wettbewerbsbeseitigung statuiert, drückt er das qualitative Gewicht aus, das er diesen beiden Punkten zumisst. Auch wenn die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt ist, bleibt der Gegenstand der Abrede, der überhaupt erst zum Greifen der Vermutung führte, qualitativ gravierender Natur.<sup>301</sup>

245. Dass insbesondere horizontale Preisabsprachen negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben, ist in der Lehre und Rechtsprechung unbestritten.<sup>302</sup> Im Einklang damit illustriert sowohl die Praxis der WEKO wie auch diejenige der Europäischen Kommission, dass im horizontalen Kontext der Wettbewerbsparameter Preis als besonders wichtig zu betrachten ist.<sup>303</sup> Schliesslich kann auf die vorangehenden Ausführungen zur Bedeutung des 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 mittelfristig – zu ineffizienten Branchenstrukturen.<sup>304</sup>

247. Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass die Abreden in qualitativer Hinsicht als ausgesprochen schwerwiegende Einschränkung zu qualifizieren sind.

### 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 umge-

setzten Abrede bereits mehrfach auf eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung.<sup>305</sup>

250. Für die Prüfung des quantitativen Elements sei aber vorliegend auf die Eigenschaften von Submissionsmärkten eingegangen. Bei einer Submission gilt allgemein der Grundsatz: „The winner takes it all“. Entsprechend erhält ein Unternehmen den gesamten Auftrag zugeschlagen; die anderen Mitbewerber gehen leer aus. Hinter der Durchführung von Submissionen steht die Idee, Wettbewerb zwischen den offerierenden Unternehmen zu erzeugen und so das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln. Im Gegensatz zu konventionellen Märkten können bei einer Submission die Anbieter einem Projekt konkret zugeordnet werden. Der Wettbewerb um einen konkreten Auftrag besteht nur zwischen den an der jeweiligen Submission beteiligten Anbietern. Sprechen sich nun einige oder gar alle Anbieter bezüglich dieses Auftrags ab, führt dies dazu, dass die schützenden Gesellschaften bewusst überhöhte Angebote einreichen. Auch die geschützte Gesellschaft rechnet – wohlwissend um den ihr gewährten Schutz – nicht derart „scharf“, wie sie es ohne Abrede tun würde. Oder anders gesagt reicht auch sie aufgrund der Abrede ein (aus Sicht der Beschaffungsstelle) schlechteres, sprich teureres, Angebot ein. Es lässt sich jedoch regelmässig nicht rekonstruieren, in welcher exakten Höhe die Abredepartner ohne Abrede Angebote eingereicht hätten, da es sich hierbei doch um hypothetische Vorkommnisse handelt.

251. Weitergehend handelt es sich vorliegend um einen Markt, bei dem wiederholt, parallel und sequentiell Submissionen für Tunnelreinigungen stattfinden. Aus Anbietersicht kann eine einzelne Submission nicht unabhängig von anderen Submissionen 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

<sup>301</sup> Siehe etwa RPW 2009/2, 151 Rz 69, *Sécateurs et cisailles*; RPW 2010/4 751 Rz 316, *Baubeschläge für Fenster und Türen*.

<sup>302</sup> Vgl. RPW 2010/4 751 Rz 315 m.w.H., *Baubeschläge für Fenster und Türen*.

<sup>303</sup> Vgl. zum Ganzen RPW 2010/4 751 Rz 315 m.w.H., *Baubeschläge für Fenster und Türen*.

<sup>304</sup> Statt anderer etwa DAVID PASEWALDT, Zehn Jahre Strafbarkeit wettbewerbsbeschränkender Absprachen bei Ausschreibungen gemäss § 298 StGB, ZIS Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2008, 84–91, 90.

<sup>305</sup> 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 fribourgeoise des écoles de circulation [AFEC]*.

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.

252. Zuletzt sei an dieser Stelle wiederholt, dass die Abredepartner, obwohl die Abrede nur einen Teil des nationalen Marktes für Tunnelreinigungen betraf, kaum mit Konkurrenz zu rechnen hatten (siehe Rz 220 ff.). Der Wettbewerb war bei den von den Abreden betroffenen Submissionen beseitigt. Aufgrund der aufgezeigten Auswirkungen von Submissionsabreden auf das gesamte Marktgeschehen, kann daher festgestellt werden, dass die vorliegend zu beurteilende Gesamtabrede in quantitativer Hinsicht den Aussenwettbewerb schwerwiegend beeinträchtigt hat.

#### b. Innenwettbewerb

253. Zum Innenwettbewerb kann auf die Ausführungen in Rz 225 ff. verwiesen werden. Wiederholt sei hier bloss, dass sich die Abredepartner konsequent an die Abreden gehalten haben. Der Innenwettbewerb zwischen den Abredepartnern war demnach geradezu inexistent. Die Gesamtabrede ist daher zusammenfassend in Anbetracht des Vorangehenden als quantitativ schwerwiegend zu qualifizieren.

#### C.4.3.5 Gesamtwürdigung

254. Bei den als Gesamtabrede subsumierten Abreden der Verfahrensparteien handelt es sich um den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Art. 1 KG. Die vorangehenden Ausführungen zeigen das qualitative und quantitative Gewicht der Wettbewerbsbeeinträchtigung durch die Gesamtabrede. Diese beiden Elemente werden in einer Gesamtwürdigung gemeinsam und im Verhältnis zueinander betrachtet. Horizontale Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden qualifizierte die WEKO bereits als besonders schwerwiegende Abredetypen, welche das qualitative Element der Erheblichkeit ohne weiteres erfüllen, weshalb sie an die Erfüllung des quantitativen Kriteriums der Erheblichkeit keine allzu hohen Anforderungen mehr stellte.<sup>306</sup> Da vorliegend die Beeinträchtigung sowohl in qualitativer wie auch in quantitativer Hinsicht als schwerwiegend zu betrachten ist, ist ohne weiteres auch die Beeinträchtigung des Wettbewerbs als erheblich einzustufen.

255. Es wäre auch möglich, Abreden über einzelne Submissionen als den Wettbewerb erheblich beeinträchtigend zu beurteilen (vgl. auch Rz 81 und Rz 251 f.), da sich auch Abreden über einzelne (selbst unter vielen) Submissionen für Beschaffende ausgesprochen schwerwiegend auswirken. Diese erhebliche Wirkung gilt unabhängig davon, ob die relevanten Märkte in Submissionsverfahren eng auf einzelne Beschaffungen begrenzt<sup>307</sup> oder wie im vorliegenden Verfahren<sup>308</sup> weiter definiert werden.

256. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob sich die Gesamtabrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt.

#### C.4.4 Keine Rechtfertigung aus Effizienzgründen

257. Wettbewerbsabreden sind gemäss Art. 5 Abs. 2 KG durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

- a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und
- b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

258. Diese Aufzählung der Rechtfertigungsgründe in Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG ist abschliessend, wobei die aufgezählten Gründe grundsätzlich weit zu verstehen sind.<sup>309</sup> Zur Rechtfertigung genügt es, dass einer von ihnen gegeben ist.<sup>310</sup> Die Berücksichtigung anderer, nicht-ökonomischer Gründe ist den Wettbewerbsbehörden verwehrt. Allfällige öffentliche Interessen, die für eine ausnahmsweise Zulassung einer an sich kartellrechtlich unzulässigen Abrede sprechen mögen, sind einzig vom Bundesrat zu beurteilen (Art. 8 KG). Die Prüfung der wirtschaftlichen Rechtfertigungsgründe erfolgt stets im Einzelfall.<sup>311</sup>

259. Erstens ist somit zu prüfen, ob für die vorliegenden Abreden einer der oben genannten gesetzlichen Effizienzgründe vorliegt.<sup>312</sup> Zweitens muss die entsprechende Abrede notwendig sein, um den Effizienzgrund zu verwirklichen. Drittens muss geprüft werden, ob keine Möglichkeit besteht, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

260. Anzuführen ist, dass nicht bereits Gründe der wirtschaftlichen Effizienz vorliegen, wenn ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus Sicht der beteiligten Unternehmen betriebswirtschaftlich effizient ist, vielmehr muss die Abrede gesamtwirtschaftlich oder aus Sicht der Marktgegenseite als effizient betrachtet werden können.<sup>313</sup>

261. Von den Parteien wurde verschiedentlich vorgetragen, dass die Koordinierungen der Tunnelreinigungsprojekte aufgrund von Kapazitätsüberlegungen gerechtfertigt sein könnten.<sup>314</sup> So sei die Koordination zwischen den Parteien über Gebiete und Preise aus dem Grunde erfolgt, da es den Parteien unter Berücksichtigung den ihren zur Verfügung stehenden Ressourcen (Personal,

<sup>306</sup> Vgl. RPW 2012/4, 828, Rz 103, *Vertrieb von Musik*.

<sup>307</sup> 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*.

<sup>308</sup> 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*.

<sup>309</sup> 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*.

<sup>310</sup> BGE 129 II 18, 45, E. 10.3 (= RPW 2002/4, 731, E 10.3), *Buchpreisbindung*.

<sup>311</sup> Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 793 ff. E. 13, *Gaba/WEKO*; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 835 f. E. 12, *Gebro/WEKO*.

<sup>312</sup> Zum Ganzen RPW 2012/2, 206 Rz 337 ff., *FtH Freiburg*.

<sup>313</sup> RPW 2012/2, 400 Rz 1059, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

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 Zuschanzen 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 erschweren, wie z.B. die Vermeidung einer für die Unternehmen ungünstigen Terminfestsetzung.

264. Eine allfällige Notwendigkeit der Abrede ist aus diesen Gründen ausgeschlossen. Zusammenfassend steht fest, dass somit keine Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG vorliegen.

#### C.4.5 Ergebnis

265. Zusammenfassend handelt es sich bei den von den Verfahrensparteien vorgenommenen Submissionsabreden und Gebietsaufteilungen, welche als Gesamtabrede qualifiziert werden, um unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Abs. 1 KG. Ob die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann, wird vorliegend offen gelassen. Die Gesamtabrede beeinträchtigt den Wettbewerb auf dem relevanten Markt erheblich und kann nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden.

#### C.5 Massnahmen

266. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. Rz 267 ff.) als auch monetäre Sanktionen (vgl. Rz 273 ff.). Vorliegend geht es um die Genehmigung von einvernehmlichen Regelungen, die jede Verfahrensadressatin jeweils mit dem Sekretariat abgeschlossen hat.

##### C.5.1 Einvernehmliche Regelung

267. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmten Tun

(Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.<sup>315</sup>

268. Anstelle der (einseitigen) Anordnung von Massnahmen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen kann die WEKO eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG genehmigen. Inhalt der einvernehmlichen Regelung ist gemäss Art. 29 Abs. 1 KG die Art und Weise der Beseitigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung. Ihr Ziel und Zweck besteht darin, das wettbewerbswidrige Verhalten für die Zukunft zu beseitigen und eine kartellrechtskonforme Alternative auszuarbeiten. Eine einvernehmliche Streitbeilegung für ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten ist ausgeschlossen, da über den Sanktionsanspruch des Staates nicht verhandelt werden kann. Das unzulässige Verhalten, welches bis zum Abschluss der einvernehmlichen Regelung praktiziert wird, unterliegt deshalb bis zum Zeitpunkt seiner Aufhebung der Androhung direkter Sanktionen, wobei die Dauer und der Zeitpunkt der Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beziehungsweise ein kooperatives Verhalten der Parteien bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen sind.<sup>316</sup>

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.*

<sup>314</sup> 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.

<sup>315</sup> BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 66), Art. 30 KG N 58 f.

<sup>316</sup> Vgl. RPW 2007/2, 190 Rz 315, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern (Publigroupe)* sowie Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 329 E. 7.4.2 und E. 7.4.5.3 *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*, Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, E. 6.2, 7.2 ff. (nicht publizierte Erwägungen in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

- 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, Preisleistungen 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 Arbeitsgemein-

schaft (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 – Sanktionsandrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.<sup>317</sup>

#### **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 der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.<sup>318</sup> Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.<sup>319</sup>

<sup>317</sup> 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*.

<sup>318</sup> 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.

<sup>319</sup> BBI 2002 2022, 2034.

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.<sup>320</sup>

### C.5.2.2 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

276. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt haben.

#### C.5.2.2.1 Unternehmen

277. Die unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, auf welche Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem „Unternehmen“ begangen werden. Für den Unternehmensbegriff wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> KG abgestellt.<sup>321</sup> 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.<sup>322</sup>

279. Zu präzisieren ist, dass eine unter Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG fallende Abrede unzulässig bleibt, auch wenn die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt wird, solange diese Abrede den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt ist. Art. 49a Abs. 1 KG sieht nun nicht vor, dass sich für eine Sanktionierbarkeit die Unzulässigkeit einer Abrede aus einem bestimmten Grad der Beeinträchtigung ergeben müsste. Anders gewendet besteht die Sanktionierbarkeit von unzulässigen, unter Art. 5 Abs. 3 und 4 KG fallenden Abreden unabhängig davon, ob durch sie der wirksame Wettbewerb beseitigt oder „nur“ erheblich beeinträchtigt wird. Die Entstehungsgeschichte dieser Norm bestätigt, dass dieser Gesetzeswortlaut effektiv auch dem vom Gesetzgeber Gewollten entspricht.<sup>323</sup> Die bisherige Praxis der WEKO sowie die Rechtsprechung des BVGer gehen denn auch von einer Sanktionierbarkeit solcher Abreden aus.<sup>324</sup>

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

#### C.5.2.3 Vorwerfbarkeit

281. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>325</sup>, welcher das BVGer gefolgt ist<sup>326</sup>, stellt Ver-

schulden 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.<sup>327</sup> Ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. Organisationsverschuldens liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn ein Unternehmen ein Verhalten an den Tag legt oder weiterführt, obwohl es sich bewusst ist oder sein müsste, dass das Verhalten möglicherweise kartellrechtswidrig sein könnte.<sup>328</sup>

283. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für die Unternehmen handelten und die kartellrechtswidrigen Submissionsabsprachen trafen, taten dies vorsätzlich. Sie schlossen wissentlich und willentlich mit Unternehmen derselben Marktstufe Vereinbarungen über die Preisfestsetzung sowie die Aufteilung von Kunden resp. Gebieten. Ob sich die Abredeteilnehmer bewusst waren, dass sich diese Abreden den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigend auswirkten, ist irrelevant,

<sup>320</sup> 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*.

<sup>321</sup> Statt vieler: JÜRGEN BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz (KG), 3. Aufl. 2011, Art. 49a KG N 6.

<sup>322</sup> 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.

<sup>323</sup> BBI 2002 2022, 2037; statt vieler BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 66), Art. 49a KG N 6 ff. m.w.H.

<sup>324</sup> 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*.

<sup>325</sup> 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*.

<sup>326</sup> 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*.

<sup>327</sup> RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., *SIX/DCC*.

<sup>328</sup> 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*.



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 wissentlich und willentlich – freilich aufgrund einer Parallelwertung in der Laiensphäre und nicht mit juristisch exakter Erfassung der gesetzlichen Begriffe bzw. Terminologie – wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkungen herbeiführen und nahmen dabei billigend in Kauf, dass diese zumindest erheblich sind. Sodann ist festzustellen, dass die handelnden natürlichen Personen für die jeweiligen Unternehmen zeichnungsberechtigt waren und jeweils dem mittleren oder oberen Kader, wenn nicht gar der Geschäftsleitung, 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.<sup>329</sup> Diese müssen sodann grundsätzlich alles Mögliche und Notwendige vorkehren, um sicherzustellen, dass von ihnen die Vorgaben des Kartellgesetzes eingehalten werden.

#### C.5.2.4 Bemessung

285. Rechtsfolge eines Verstosses i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt also die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

286. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss ausübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit<sup>330</sup> und der Gleichbehandlung begrenzt wird.<sup>331</sup> Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall, wobei die Geldbusse für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.<sup>332</sup>

##### C.5.2.4.1 Maximalsanktion

287. Wie vorstehend dargelegt, beträgt die Sanktion in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Wie sich unter anderem aus der Botschaft zum KG 2003 ergibt,<sup>333</sup> sind dabei die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre massgeblich.<sup>334</sup> Der Unternehmensumsatz i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusam-

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

288. Im vorliegendem Fall erübrigt sich eine Ermittlung der jeweiligen Unternehmensumsätze der Parteien aus folgendem Grund: Der Basisbetrag der Sanktion, den es anschliessend abhängig von der Dauer des Verstosses sowie der konkreten Umstände des Einzelfalls zu erhöhen oder zu senken gilt, beträgt maximal 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren erzielten Umsatzes der Unternehmen auf dem relevanten Markt (Art. 3 SVKG). Der für die Bestimmung der Maximalsanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wesentliche Umsatz, nämlich der gesamte Umsatz des Unternehmens in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz, beträgt bei allen Verfahrensparteien ein Vielfaches der Umsätze, welche sie mit Tunnelreinigungen in der Schweiz erzielen. Bei besa<sup>336</sup> beläuft sich der prozentuale Anteil des Bereichs Tunnelreinigungen am Gesamtumsatz nach eigenen Angaben auf maximal [...] %; bei Pfister<sup>337</sup> beläuft sich der Anteil auf rund [...] % am gesamten Jahresgewinn des Unternehmens. Bei ISS, mit einem Jahresumsatz von über CHF 500 Mio. dürfte dieser Anteil nur noch im verschwindend kleinen Prozentbereich liegen.<sup>338</sup> Die auszusprechenden Sanktionen belaufen sich daher nicht annähernd in der Höhe der Maximalsanktion, weshalb deren genaue Bestimmung überflüssig ist.

##### C.5.2.4.2 Konkrete Sanktionsberechnung

289. Nach Art. 49a Abs. 1 KG bemisst sich der konkrete Sanktionsbetrag innerhalb des Sanktionsrahmens anhand der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Angemessen zu berücksichtigen ist zudem auch der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn. Die SVKG geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in

<sup>329</sup> 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).

<sup>330</sup> Art. 2 Abs. 2 SVKG.

<sup>331</sup> 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*.

<sup>332</sup> RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>333</sup> Vgl. BBI 2002 2022, 2037.

<sup>334</sup> 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].

<sup>335</sup> Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

<sup>336</sup> Act. n° 3 Rz 45.

<sup>337</sup> Act. n° 4 Rz 20 und act. n° 200.

<sup>338</sup> 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].



einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann.

### (i) Basisbetrag

290. Der Basisbetrag beträgt gemäss SVKG je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren *auf den relevanten Märkten* in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG). Dem Zweck von Art. 3 SVKG entsprechend ist hierbei der Umsatz massgebend, der in den drei Geschäftsjahren erzielt wurde, die der Aufgabe des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorangehen.<sup>339</sup> Das Abstellen auf diese Zeitspanne der Zuwiderhandlung gegen das KG dient nicht zuletzt auch dazu, die erzielte Kartellrente möglichst abzuschöpfen.

- 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.<sup>340</sup>

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 Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.). Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoss zu qualifizieren ist.

294. Die an den in Frage stehenden Abreden beteiligten Unternehmen haben sich unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG verhalten. Im Folgenden gilt es demnach zu prüfen, als wie schwer dieser Verstoss gegen das Kartellgesetz zu qualifizieren ist; hierbei stehen objektive<sup>341</sup> Faktoren im Vordergrund.

295. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Allgemeine Aussagen zur Qualifizierung konkreter Abreden als schwer sind nur sehr beschränkt möglich, kommt es doch immer sehr stark auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an. Zweifellos stellen Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, – als sogenannte harte horizontale Kartelle – in aller Regel schwere Kartellrechtsverstösse dar. Unter anderem sind horizontale Abreden, welche den Preiswettbewerb ausschalten, wegen des grossen ihnen immanenten Gefährdungspotentials grundsätzlich im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h. zwischen 7 % und 10 %, einzuordnen. Tendenziell leichter zu gewichten sind den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden, wel-

che sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Darüber hinaus ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, welche gleichzeitig mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 KG erfüllen, schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen.<sup>342</sup>

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

<sup>339</sup> 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].

<sup>340</sup> 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.

<sup>341</sup> 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.

<sup>342</sup> Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 3.

Tab. 7: Basisbeträge je Verfahrenspartei

Partei	Massgeblicher Umsatz (exkl. MWST, in CHF)	Massgeblicher Prozentsatz	Basisbetrag (in CHF)
besa	[...]	10 %	[...]
ISS	[...]	10 %	[...]
Pfister	[...]	10 %	[...]

## (ii) Dauer des Verstosses

297. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 3).

298. Wie vorstehend aufgezeigt (Rz 87 ff.), erstreckte sich die vorliegend zu beurteilende Gesamtabrede von Januar 2008 bis zur Eröffnung der Untersuchung am 5. Februar 2013. Das Verhalten hat somit rund 5 Jahre andauert, weshalb sich eine Erhöhung des Basisbetrages 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.

302. Im vorliegenden Fall gibt es keinerlei Hinweise auf einen besonders hohen Gewinn.

### IV. Kooperatives Verhalten (einvernehmliche Regelung)

303. Der Wille und die Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung werden von den Wettbewerbsbehörden bei der Sanktionsbemessung als kooperatives Verhalten gewürdigt. Der Kooperation ist im Rahmen von Art. 2, 3 und 6 SVKG Rechnung zu tragen.

304. Das Sekretariat hat mit sämtlichen Untersuchungsadressaten eine gleichlautende einvernehmliche Regelung i.S.v. Art. 29 KG abgeschlossen (Rz 32 ff.), die mit

der vorliegenden Verfügung durch die WEKO genehmigt wird.

305. Bezüglich des Umfangs der Milderung ist festzuhalten, dass für den Willen und die Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung grundsätzlich eine Reduktion zwischen 5–40 % in Abhängigkeit von Zeitpunkt, Verfahrensstand und Intensität der Zusammenarbeit in Frage kommt.<sup>344</sup>

306. Vorliegend wurde die einvernehmliche Regelung vor dem Versand des Antrags an die Parteien abgeschlossen. Zu diesem Zeitpunkt waren wesentliche Ermittlungsmassnahmen (Hausdurchsuchungen und Auswertungen der beschlagnahmten Dokumente, Fragebogen an für die Vergabe von Tunnelreinigungen zuständigen Amtsstellen) bereits erfolgt. Auf weitere aufwändige Ermittlungsmassnahmen, wie weiterer Einvernahmen, Datenerhebungen und -auswertungen, konnte jedoch aufgrund des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung verzichtet werden. Da sämtliche Untersuchungsadressaten eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen haben, ist es zudem möglich, die Begründungsdichte und -tiefe des Antrags zu reduzieren. Dies hat den Aufwand des Sekretariats für die Antragsstellung erheblich vermindert. Auch kommt es zu einer Verminderung des Verfahrensaufwands der WEKO, da u.a. kein Aufwand für nachfolgende Rechtsmittelverfahren zu erwarten ist.

307. Unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen wird daher für sämtliche Parteien der Abschluss der einvernehmlichen Regelung mit einer Sanktionsminderung von 15 % honoriert.

### V. Weitere erschwerende/mildernde Umstände

308. In einem letzten Schritt sind schliesslich die übrigen erschwerenden und mildernden Umstände nach Art. 5 und Art. 6 SVKG zu berücksichtigen (vgl. Erläuterungen SVKG, S. 4 ff.).

309. Vorliegend sind keine weiteren erschwerenden oder mildernden Umstände ersichtlich.

<sup>343</sup> 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.

<sup>344</sup> Vgl. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Synthesebericht der KG-Evaluation gemäss Art. 59a KG, 2008, Rz 311; vgl. weiter BSK KGTAGMANN/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 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.

#### 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.<sup>345</sup>

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 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:

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

Tab. 8: Zusammenfassung der Sanktionsbeträge

Sanktionsbemessung		besa	ISS	Pfister
Umsatz auf dem relevanten Markt (exkl. MWST)		[...]	[...]	[...]
Obergrenze Basisbetrag	10 %	[...]	[...]	[...]
<b>Konkreter Basisbetrag</b>	<b>10 %</b>	[...]	[...]	[...]
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 %	--	--	[...]
<b>Sanktionsbetrag</b>		[...]	[...]	[...]

### C.5.2.7 Verhältnismässigkeit

320. Schliesslich muss eine Sanktion als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein.<sup>346</sup>

321. Zunächst sei darauf verwiesen, dass für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit nicht alleine auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der betroffenen Unternehmen in der Sparte „Tunnelreinigung“ abzustellen ist, sondern eine Beurteilung anhand der Rentabilität und des Erfolgs des „Gesamtunternehmens“ vorzunehmen ist. Wie schon in Rz 288 aufgezeigt, betragen die Umsätze aller Verfügungsadressatinnen nicht nur ein Vielfaches der möglichen Maximalsanktionen, sondern auch ein Vielfaches der vorliegenden Sanktionen zusammen mit den anfallenden Verfahrenskosten. Daher sind die festgestellten Sanktionsbeträge zusammen mit den Verfahrenskosten als tragbar bzw. zumutbar zu bezeichnen.

322. Einzugehen sei an dieser Stelle auf die von Pfister am 17. Juni 2014 vorgelegte ausführliche Dokumentation,<sup>347</sup> [...].

323. Im Rahmen ihrer Stellungnahme zum Antrag an die WEKO<sup>348</sup> bringt besa vor, dass sie die vorliegend verursachten Verfahrenskosten als unangemessenen und unverhältnismässig erachte. Allerdings bleibe ihr aktuell gar nichts anderes übrig, als den Antrag des Sekretariats und den entsprechenden Entscheid der WEKO zu akzeptieren.

324. ISS rügt in ihrer Stellungnahme vom 22. Januar 2015 zum Antrag an die WEKO<sup>349</sup>, dass das Sekretariat in der vorliegenden Untersuchung trotz kleinem Tunnel-

reinigungsmarkt einen unverhältnismässig hohen Aufwand betrieben und dadurch viel zu hohe Verfahrenskosten verursacht habe. Sein Vorgehen sei weder verhältnismässig noch sachgerecht gewesen. Es sei damit der Zweck der Feststellungskooperation unterlaufen worden, welcher darin bestehe, die Untersuchungsadressaten zur Aufarbeitung und Darlegung der Verstösse zu animieren und ihnen im Gegenzug einen finanziellen Vorteil zu offerieren.

325. Es ist festzuhalten, dass eine lückenlose und solide Sachverhaltsermittlung den Grundpfeiler wettbewerbsrechtlicher Untersuchungen bildet. Das Sekretariat kann sich dabei oftmals nicht ausschliesslich auf Bonusmeldungen und die in diesem Zusammenhang vorgelegten Beweismittel verlassen.<sup>350</sup> Auch in casu hätte ein ausschliessliches Abstützen auf die Eingaben der Selbstanzeigerinnen nicht ausgereicht. Eine vernachlässigte

<sup>346</sup> Siehe ausführlicher dazu RPW 2009/3, 218 Rz 150 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>347</sup> [...].

<sup>348</sup> Act. 220 Rz 1.

<sup>349</sup> Act. 222 S.3.

<sup>350</sup> 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).

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 Kartellgesetzes widersprechen. Zudem würde das Sekretariat dadurch seinen Aufgabenbereich vernachlässigen. Dies auch vor dem Hintergrund, dass harte horizontale Kartelle schwerwiegende Verstösse gegen das Kartellgesetz darstellen und die Bekämpfung von Submissionsabreden seit 2008 für die WEKO und ihr Sekretariat generell einen Schwerpunkt bildet und somit höchste Priorität genießt.<sup>351</sup>

327. Das Sekretariat verrechnet seine Aufwände bewusst und nur zu einem Teil als anrechenbare Verfahrenskosten. Es legte seine Aufwände und seine Verrechnungen offen. So hat es den Parteien etwa im Rahmen der Verhandlungsgespräche zum Abschluss einer EVR, wie bereits in Rz 33 dargelegt, eine Zusammenstellung der bis zum damaligen Zeitpunkt angefallenen Verfahrenskosten zugestellt. Daraus ging u.a. klar hervor, welchen Prozentsatz des effektiven Arbeitsaufwandes schliesslich an die Parteien weiterverrechnet wird. Dabei ist zu berücksichtigen, dass jede Untersuchung einen gewissen Grundstock an Verfahrenskosten aufweist, der unabhängig von konkreten Umständen erwächst. Zudem sind die als Ermittlungsinstrument zentralen Hausdurchsuchungen, gerade an mehreren Standorten, mit relativ hohen Kosten verbunden. In der vorliegenden Untersuchung schlagen diese mit mehr als einem Drittel der Verfahrenskosten zu Buche (siehe Rz 335). Bei Untersuchungen mit wenigen Parteien sind die einzeln auferlegten Verfahrenskosten im Übrigen höher als bei Fällen mit einer grösseren Anzahl Beteiligter.

328. Weder hat das Sekretariat in casu einen unverhältnismässig hohen Aufwand betrieben, noch sind die Verfahrenskosten als unangemessen zu betrachten. Die von besa und ISS aufgeworfenen Einwände haben somit keinen Bestand.

### **C.5.3 Weitere Anordnungen/Beschlagnahmte Dokumente und gespiegelte elektronische Daten**

329. Anlässlich der Hausdurchsuchungen wurden bei den durchsuchten Gesellschaften diverse Papierdokumente beschlagnahmt sowie elektronische Daten kopiert und gespiegelt. Die für die Untersuchung relevanten Papierdokumente wurden in Kopie, die elektronischen Daten in Form von elektronischen Berichten resp. Papierausdrucken in die amtlichen Akten übernommen.

Sämtlichen Papierdokumente wurden bereits nach Abschluss deren Sichtung den Verfahrensadressatinnen zurückgegeben. Mit Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung gegenüber allen Parteien kann ausgeschlossen werden, dass zu einem späteren Zeitpunkt auf die kopierten resp. gespiegelten elektronischen Daten zurückgegriffen werden muss. Folglich sind die gespiegelten oder kopierten elektronischen Daten nach Eintritt der Rechtskraft zu löschen.

### **D Kosten**

330. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG<sup>352</sup> 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 entsprechend gestaltet sich die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, gemäss welcher – in Ermangelung besonderer Umstände, die das Ergebnis als stossend erscheinen liessen – eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten vorgenommen wurde. Insbesondere Gleichheits-, aber auch Praktikabilitätserwägungen stehen dabei im Vordergrund.<sup>353</sup> Da die Verteilung der Verfahrenskosten nicht davon abhängen soll, ob eine Gesellschaft, die sich an einem Kartell beteiligt hat, in eine Konzernstruktur eingebunden ist oder nicht, ist in vorliegender Untersuchung bei der Pro-Kopf-Verlegung das Unternehmen i.S.v. Art. 2 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> 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 AllgGebV<sup>354</sup>).

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).

<sup>351</sup> RPW 2009/1, 2; RPW 2010/1, 1 f.; RPW 2013/1, 4 f.

<sup>352</sup> Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

<sup>353</sup> RPW 2009/3, 221 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>354</sup> Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

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

B 2.2	<b>3. Türprodukte</b>
-------	-----------------------

## Hinweis

Die Immer AG hat gegen die Verfügung Beschwerde beim Bundesverwaltungs-gericht eingelegt, aufgrund dessen ist die Verfügung in Bezug auf die Immer AG nicht rechtskräftig. Gegenüber den übrigen Parteien ist die Verfügung hingegen in Rechtskraft erwachsen.

*Verfügung vom 17. November 2014 in Sachen Untersuchung 22-0376 gemäss Art. 27 KG betreffend Türprodukte wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG gegen*

1. *Fritz Blaser & Cie. AG in Basel*
2. *Rudolf Geiser AG in Langenthal*
3. *Glutz AG in Solothurn vertreten durch [...]*
4. *Immer AG in Uetendorf vertreten durch [...]*
5. *Paul Koch AG in Wallisellen*
6. *Eugen Koch AG in St. Gallen*
7. *KWB Beschläge AG in Bern alle drei vertreten durch [...]*
8. *OPO Oeschger AG in Kloten vertreten durch [...]*
9. *SFS unimarket AG in Heerbrugg vertreten durch [...]*

**Inhaltsverzeichnis**

<b>A</b>	<b>Sachverhalt</b>	<b>248</b>
A.1	Gegenstand der Untersuchung: Preisab-sprachen im Bereich Türprodukte	248
A.2	Parteien	248
A.2.1	Herstellerin von Türbeschlägen	248
A.2.2	Händler von Türbeschlägen („Top-Six“-Händler)	248
A.3	Verfahrensgang	248
A.3.1	Die Untersuchung „22-0358 Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren“ als Auslöser der vorliegenden Untersuchung	248
A.3.2	Untersuchungseröffnung/weitere Selbst-anzeigen	249
A.3.3	Ermittlungshandlungen	249
A.3.4	Einvernehmliche Regelung	250
A.3.5	Bislang aufgeschobene Akteneinsicht	250
A.3.6	Sistierungsantrag	250
A.3.7	Versand des Antrags, Akteneinsicht und Stellungnahmen der Parteien	251
A.3.8	Übersendung des Antrags und der Stellung-nahmen sowie Mitteilung der Möglichkeit einer anderen rechtlichen Würdigung	251

A.3.9	Anhörung der Immer durch die WEKO und abschliessende Akteneinsicht	251
A.4	Wettbewerbsrechtlich relevanter Sachver-halt	251
A.4.1	Vorbemerkungen zu beweisrechtlichen Fragen, insbesondere zur Beweiswürdigung und zum Beweismass	251
A.4.1.1	Ad Beweiswürdigung	251
A.4.1.2	Ad Beweismass	253
A.4.1.3	Ad Beweisführungslast und objektive Beweislastverteilung	255
A.4.2	Marktstruktur	255
A.4.2.1	Betroffene Produkte (Begrifflichkeiten)	255
A.4.2.2	Vertriebsstruktur und wesentliche Markt-teilnehmer	256
A.4.2.2.1	Vertriebsstruktur	256
A.4.2.2.2	Hersteller	257
A.4.2.2.3	Händler	257
A.4.2.2.4	Türverarbeiter	259
A.4.2.3	Preissystem und -berechnung	259
A.4.2.3.1	Im Verhältnis Hersteller – Händler	259
A.4.2.3.2	Im Verhältnis Händler – Türverar-beiter	259
A.4.3	Die jährlichen „Top-Six“-Treffen	260
A.4.4	Üblicher Ablauf der „Top-Six“-Treffen	262
A.4.5	Gegenstand der Verhandlungen anlässlich der „Top-Six“-Treffen: Mindestmargen für Glutz-Produkte bei Grossmengen als Thema der „Diskussion Handel“	263
A.4.6	Die Beweismittel bezüglich Einigungen über Mindestmargen für Glutz-Produkte anlässlich der „Diskussion Handel“ an den „Top-Six“-Treffen	263
A.4.6.1	Vorbemerkung	263
A.4.6.2	Sachbeweise	263
A.4.6.2.1	Sachbeweise für den Zeitraum 2002–2004	263
A.4.6.2.2	Sachbeweise für den Zeitraum nach 2004	268
A.4.6.3	Ausführungen in den Selbstanzeigen	272



A.4.6.4	Ausführungen an den Parteieinvernahmen	273	B.4	Unzulässige Wettbewerbsabrede	298
A.4.6.5	Beteiligung und Rolle von Glutz an der „Diskussion Handel“	275	B.4.1	Wettbewerbsabrede	298
A.4.7	Beweisergebnis bezüglich Einigungen über Mindestmargen für Glutz-Produkte anlässlich der „Diskussion Handel“ an den „Top-Six“-Treffen	276	B.4.1.1	Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken	298
A.4.7.1	Bewiesen ist, dass die Händler von einer Verbindlichkeit der besprochenen Mindestmargen für Glutz-Produkte ausgingen	276	B.4.1.1.1	Vereinbarungen durch die „Top-Six“-Händler	298
A.4.7.2	Weitere bewiesene Sachumstände, die hinsichtlich der Verbindlichkeit der Mindestmargen für Glutz-Produkte von Bedeutung sind	278	B.4.1.1.2	Teilnahme an der Vereinbarung durch Immer	299
A.4.7.3	Das Verhalten von Immer	281	B.4.1.1.3	Keine Wettbewerbsabrede unter Beteiligung von Glutz	301
A.4.7.4	Das Verhalten von Glutz	282	B.4.1.2	Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung	301
A.4.8	Umsetzung der vereinbarten Mindestmargen für Glutz-Produkte	282	B.4.1.3	Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen	302
A.4.8.1	Die Beweismittel bezüglich Umsetzung der vereinbarten Mindestmargen	282	B.4.1.4	Fazit: Eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor	302
A.4.8.1.1	Vorbemerkung	282	B.4.2	Beseitigung wirksamen Wettbewerbs	302
A.4.8.1.2	Sachbeweise nebst den einverlangten Rechnungen	282	B.4.2.1	Eine Beseitigung wird vorliegend gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG vermutet	303
A.4.8.1.3	Ausführungen in den Selbstanzeigen	289	B.4.2.2	Die gesetzlich vermutete Wettbewerbsbeseitigung kann widerlegt werden	303
A.4.8.1.4	Ausführungen an den Parteieinvernahmen	290	B.4.2.2.1	Marktabgrenzung	303
A.4.8.1.5	Einverlangte Rechnungen und deren Auswertung	291	B.4.2.2.2	Aussenwettbewerb	306
A.4.8.2	Beweiswürdigung und -ergebnis bezüglich Umsetzung der vereinbarten Mindestmargen	293	B.4.2.2.3	Innenwettbewerb	307
<b>B</b>	<b>Erwägungen</b>	<b>294</b>	B.4.2.3	Zwischenergebnis	308
B.1	Geltungsbereich	294	B.4.3	Es liegt eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor	308
B.1.1	Persönlicher Geltungsbereich	294	B.4.3.1	Qualitative Kriterien	309
B.1.2	Sachlicher, örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich	294	B.4.3.2	Quantitative Kriterien	309
B.2	Materielle Verfügungsadressatinnen	294	B.4.3.3	Gesamtwürdigung	310
B.2.1	Allgemeines	294	B.4.3.4	Zwischenergebnis	312
B.2.2	Materielle Verfügungsadressatinnen ausserhalb von Konzernverhältnissen	295	B.4.4	Rechtfertigung aus Effizienzgründen	312
B.2.3	Materielle Verfügungsadressatinnen bei Konzernverhältnissen	295	B.4.4.1	Rechtfertigungsgründe	312
B.2.3.1	Konzerntochtergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen	295	B.4.4.2	Zwischenergebnis	312
B.2.3.2	Konzernmuttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen	296	B.4.5	Ergebnis	313
B.2.4	Schlussfolgerungen für die konkrete Untersuchung	297	B.5	Massnahmen	313
B.3	Vorbehaltene Vorschriften	298	B.5.1	Anordnung von Massnahmen	313
			B.5.2	Sanktionierung	313
			B.5.2.1	Allgemeines	313
			B.5.2.2	Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG	313
			B.5.2.2.1	Unternehmen	314
			B.5.2.2.2	Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG	314
			B.5.2.2.3	Vorwerfbarkeit	314
			B.5.2.2.4	Ergebnis	315
			B.5.2.3	Konkrete Sanktionsbemessung	315

B.5.2.3.1	Berücksichtigung von Art und Schwere des Verstosses	316
B.5.2.3.2	Dauer des Verstosses	317
B.5.2.3.3	Erschwerende und mildernde Umstände	317
B.5.2.4	Selbstanzeige – vollständiger/teilweiser Erlass der Sanktion	318
B.5.2.4.1	Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion	318
B.5.2.4.2	Subsumtion und Ergebnis	318
B.5.2.5	Verhältnismässigkeitsgrundsatz	319
B.5.2.6	Ergebnis	319
B.5.2.7	Maximalsanktion	320
B.5.3	Einvernehmliche Regelung	320
<b>C</b>	<b>Kosten</b>	<b>321</b>
<b>D</b>	<b>Ergebnis</b>	<b>322</b>
<b>E</b>	<b>Dispositiv</b>	<b>323</b>

## **A Sachverhalt**

### **A.1 Gegenstand der Untersuchung: Preisabsprachen im Bereich Türprodukte**

1. Eröffnet wurde das Verfahren „22-0376: Türprodukte“ wegen allfälliger unzulässiger Abreden über Preise, Rabatte und Preiskonditionen „im Bereich der Türelemente<sup>1</sup> (Türschlösser, Türdrücker, Türscharniere etc.)“.<sup>2</sup> Die Untersuchung konzentrierte sich dabei auf die Frage, ob die sechs grössten schweizerischen Händler von Türbeschlägen der Herstellerin Glutz AG (nachfolgend Glutz) bis 2007 an jährlichen Treffen unzulässige Preisabsprachen über diese Produkte bei sog. Grossmengen getroffen und auch umgesetzt haben.

2. Untersucht wurde ferner, inwiefern Glutz um dieses angebliche Verhalten der Händler wusste und gegebenenfalls, ob und in welchem Ausmass sie sich daran beteiligte resp. dieses förderte.

### **A.2 Parteien**

#### **A.2.1 Herstellerin von Türbeschlägen**

3. Glutz ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Solothurn. Sie ist auf dem Gebiet der Fabrikation von Türschlössern, -drückern sowie -scharnieren und weiteren Erzeugnissen der Metall- und Apparateindustrie tätig. Gemäss eigenen Angaben beträgt der Marktanteil von Glutz (wohl in den Jahren 2012/13) in der Schweiz im Bereich Türschlösser über 65 %.<sup>3</sup>

#### **A.2.2 Händler von Türbeschlägen („Top-Six“-Händler)**

4. Die Untersuchung wurde gegen die sechs grössten schweizerischen Händler von Türbeschlägen der Glutz eröffnet. Es sind dies im Einzelnen – in alphabetischer Reihenfolge der gewählten Kurzbezeichnung – die folgenden sechs Händler:

5. Die Fritz Blaser & Cie. AG (nachfolgend Blaser) mit Sitz in Basel bezweckt gemäss Handelsregister den Handel mit – unter anderem – Bau- und Möbelbeschlägen sowie den Betrieb einer Schlosserei.

6. Die Rudolf Geiser AG (nachfolgend Geiser) mit Sitz in Langenthal bezweckt gemäss Handelsregister den Betrieb einer Handelsunternehmung für – nebst anderem – Beschläge.

7. Die Immer AG (nachfolgend Immer) mit Sitz in Uetendorf bezweckt gemäss Handelsregister den Betrieb eines Verkaufsgeschäftes für – unter anderem – Beschläge an Handwerker und Industrie.

8. Die Paul Koch AG mit Sitz in Wallisellen bezweckt gemäss Handelsregistereintrag nebst anderem insbesondere auch den Handel mit Beschlägen. Diesen Zweck verfolgen auch die Eugen Koch AG mit Sitz in St. Gallen sowie die KWB Beschläge AG mit Sitz in Bern. Diese drei Gesellschaften sind Teil der „Koch-Gruppe“, gehören also wirtschaftlich zusammen; nachfolgend werden sie daher gemeinsam als Koch bezeichnet.

9. Die OPO Oeschger AG (nachfolgend OPO) mit Sitz in Kloten bezweckt gemäss Handelsregistereintrag nebst anderem insbesondere auch den Handel mit Beschlägen.

10. Die SFS unimarket AG (nachfolgend SFS) mit Sitz in Heerbrugg bezweckt gemäss Handelsregistereintrag nebst anderem insbesondere auch den Handel mit Beschlägen. Wie im Handelsregister ausdrücklich festgehalten wird, ist sie Teil der SFS Unternehmensgruppe und kann im Interesse der einzelnen Unternehmensgruppen-Gesellschaften tätig werden.

11. Blaser, Geiser, Koch (Paul Koch AG und Eugen Koch AG), OPO und SFS trafen sich jährlich an sogenannten „Top-Six“-Treffen und werden entsprechend nachfolgend als „Top-Six“-Händler bezeichnet. Immer nahm ein Mal an einem dieser Treffen teil und wird nachfolgend eigenständig behandelt.

### **A.3 Verfahrensgang**

#### **A.3.1 Die Untersuchung „22-0358 Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren“ als Auslöser der vorliegenden Untersuchung**

12. Die vorliegende Untersuchung hat ihren Ursprung in der Untersuchung „22-0358 Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren“<sup>4</sup>, welche im Juli 2007 eröffnet wurde. Das erwähnte Untersuchungsverfahren wurde mittels Hausdurchsuchungen (vgl. Art. 42 Abs. 2 KG) bei einem Grossteil der dortigen Untersuchungsadressaten eingeleitet.<sup>5</sup> Betroffen von diesen Hausdurchsuchungen waren unter anderem SFS<sup>6</sup> und Koch<sup>7</sup>, welche auch Parteien der vorliegenden Untersuchung sind.

<sup>1</sup> Recte: „Türbeschläge“. Vgl. zu den branchenspezifischen Begrifflichkeiten unten Rz 56 ff

<sup>2</sup> Vgl. act. n° 33.

<sup>3</sup> Siehe „Firmenportrait, für die Zukunft gebaut“, S. 9, abrufbar unter <<http://www.glutz.com/access-systems/downloads/prospekte/>>.

<sup>4</sup> RPW 2010/4 717 ff., *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

<sup>5</sup> RPW 2010/4 733 Rz 141, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

<sup>6</sup> Act. n° 1.

<sup>7</sup> Act. n° 2.

13. In der Folge reichte SFS im August 2007 eine Selbstanzeige ein und stellte gleichzeitig Informationen betreffend weiteren Wettbewerbsabreden in anderen Märkten in Aussicht („Bonus plus“, vgl. Art. 12 Abs. 3 der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen [KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5]). Einen Monat später reichte SFS die umfassende Selbstanzeige mit „Bonus plus“ inkl. Beweismitteln ein, welche die hier interessierenden Türbeschläge betrifft.<sup>8</sup> SFS ergänzte ihre Selbstanzeige sodann in weiteren Schreiben.

14. Aufgrund der von SFS im Rahmen ihrer Selbstanzeige „Bonus plus“ gegebenen Informationen und eingereichten Beweismittel lagen Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen i.S.v. Art. 5 KG im Bereich von Türbeschlägen (insbesondere Türschlössern, -drückern und -scharnieren) vor. Im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums teilte das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) SFS deshalb im Dezember 2007 mit, dass es die Voraussetzungen für einen vollständigen Sanktionserlass hinsichtlich allfälliger unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen im hier interessierenden Bereich von „Glutz-Produkten“ als gegeben erachtet (Mitteilung gemäss Art. 9 Abs. 3 SVKG).<sup>9</sup>

15. Die beschlagnahmten physischen und elektronischen Akten bzw. Daten von SFS wurden im Januar 2008 gesichtet. Mit Schreiben vom April 2008 erläuterte SFS alsdann die vom Sekretariat als „Bookmarks“ bezeichneten Dokumente.<sup>10</sup> Davon betrafen einige auch den Bereich Türbeschläge.

16. Koch sicherte anlässlich ihrer Protokollerklärung vom 2. Oktober 2008 volle Kooperation in der Untersuchung „22-0358 Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren“ zu.<sup>11</sup> Türbeschläge, gerade auch solche von Glutz, wurden von Koch anlässlich dieser Protokollerklärung allerdings nicht thematisiert.<sup>12</sup>

17. Im Oktober 2008 stellte das Sekretariat SFS ergänzende Fragen zur Selbstanzeige und zwar insbesondere bezüglich weiteren „Top-Six“-Treffen. SFS beantwortete diese Fragen im November 2008 und reichte in demselben Monat mit zwei weiteren Schreiben zusätzliche Beweismittel ein.<sup>13</sup>

### A.3.2 Untersuchungseröffnung/weitere Selbstanzeigen

18. Das Sekretariat eröffnete aufgrund der bestehenden Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 5 KG im Bereich Türbeschläge am 8. Dezember 2008 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums die vorliegende Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG. Es informierte die Parteien mit Schreiben vom selben Tag darüber, die Publikation im SHAB<sup>14</sup> gemäss Art. 28 KG erfolgte im Januar 2009.<sup>15</sup>

19. Am Tag nach der Untersuchungseröffnung reichte OPO eine Selbstanzeige ein und erklärte ihre volle Kooperationsbereitschaft in dieser Untersuchung.<sup>16</sup> Ihre Selbstanzeige ergänzte OPO zu späteren Zeitpunkten (insbesondere im April 2009, ferner auch im Februar 2011) noch und reichte Beweismittel ein.<sup>17</sup>

20. Ebenfalls am Tag nach der Untersuchungseröffnung bekräftigte Koch ihre bereits in der Untersuchung „22-0358 Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren“ zugesicherte Kooperation auch in dieser Untersuchung wahrnehmen zu wollen.<sup>18</sup> In der Folge machte Koch eine Präsentation über die von den beiden Untersuchungen betroffenen Märkte sowie die Marktstruktur.<sup>19</sup> Am 10. Juli 2009 schliesslich reichte Koch erstmals Beweismittel zu ihrer Selbstanzeige ein und machte inhaltliche Ausführungen zu den fraglichen Verhaltensweisen.<sup>20</sup>

### A.3.3 Ermittlungshandlungen

21. Die im Rahmen der Untersuchung „22-0358 Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren“ anlässlich der Hausdurchsuchung bei SFS und Koch beschlagnahmten Akten wurden mit deren Einverständnis in die vorliegende Untersuchung übernommen.<sup>21</sup> Während die Sichtung der Papierdokumente umgehend erfolgte, wurde die Sichtung der elektronischen Daten erst knapp zweieinhalb Jahre später im Mai 2011 vorgenommen. Beide Parteien waren bei der Sichtung der elektronischen Daten anwesend und nahmen im Anschluss auch Stellung zu den als „Bookmarks“ bezeichneten Dokumenten.<sup>22</sup>

22. Das Sekretariat befragte im Juni 2010 die Untersuchungsadressaten mittels Fragebogen<sup>23</sup>, auf welchen alle antworteten.<sup>24</sup> Glutz wurde im Januar 2012 ein zweites Mal mittels Fragebogen befragt, wobei aufgrund der Antworten noch Zusatzfragen gestellt wurden, die Glutz ebenfalls beantwortete.<sup>25</sup> Auch Koch wurde ein zweites Mal mittels Fragebogen befragt (Dezember 2012); diesem Anliegen kam Koch nach.<sup>26</sup>

23. Mittels Fragebogen vom Oktober 2011<sup>27</sup> befragte das Sekretariat mehrere Türverarbeiter aus der Schweiz. Insgesamt wurden 47 Unternehmen befragt, welche mehrheitlich in der Deutschschweiz, einzelne jedoch auch in der Westschweiz angesiedelt sind. Die Antworten gingen in der Zeit von Anfang Oktober bis Anfang Dezember 2011 ein.<sup>28</sup>

<sup>8</sup> Siehe auch RPW 2010/4 734 Rz 145, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

<sup>9</sup> Siehe zur Selbstanzeige von SFS und der diesbezüglichen Kommunikation act. n° 5–14.

<sup>10</sup> Act. n° 15.

<sup>11</sup> Siehe RPW 2010/4 734 Rz 146, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

<sup>12</sup> Act. n° 17.

<sup>13</sup> Zu alledem act. n° 18–21.

<sup>14</sup> Schweizerisches Handelsamtsblatt.

<sup>15</sup> Vgl. Act. n° 22, 23, 33 und 35.

<sup>16</sup> Act. n° 25.

<sup>17</sup> Act. n° 40 und 62.

<sup>18</sup> Act. n° 26.

<sup>19</sup> Act. n° 36.

<sup>20</sup> Act. n° 41.

<sup>21</sup> Act. n° 17, 26, 31 und 34.

<sup>22</sup> Siehe act. n° 63–76.

<sup>23</sup> Siehe Act. n° 44.

<sup>24</sup> Geiser (act. n° 47), Glutz (act. n° 48), Blaser (act. n° 50), SFS (act. n° 55), OPO (act. n° 56), Koch (act. n° 57) und Immer (act. n° 59).

<sup>25</sup> Act. n° 140–142 und 159.

<sup>26</sup> Vgl. act. n° 237, 238 und 246.

<sup>27</sup> Act. n° 77.

<sup>28</sup> Act. n° 87–137.

24. Das Sekretariat führte mit allen Parteien im Juli und August 2012 je eine Parteieinvernahme durch: Für SFS sagte [...] <sup>29</sup> aus, für Koch [...] <sup>30</sup>, für Glutz [...] <sup>31</sup>, für Blaser [...] <sup>32</sup>, für Immer [...] <sup>33</sup>, für Geiser [...] <sup>34</sup> und schliesslich für OPO [...] <sup>35</sup>.

25. Die sechs Türbeschlagshändler des Verfahrens forderte das Sekretariat im März 2012 zur Einreichung sämtlicher Rechnungen für bestimmte Glutz-Produkte ein, welche diese Händler an ihre Abnehmer in den Monaten Februar, Mai, August und November in den Jahren 2006 und 2007 versandt haben. Weiter verlangte das Sekretariat von ihnen, dass sie die entsprechenden Daten in eine vom Sekretariat vorbereitete Excel-Tabelle übertragen. Alle sechs Türbeschlagshändler kamen diesem umfangreichen, mehrere Tausend Rechnungen umfassenden Auskunftsbegehren nach. <sup>36</sup>

### A.3.4 Einvernehmliche Regelung

26. Schon früh im Verfahren äusserte zumindest eine Partei den Wunsch nach einer einvernehmlichen Regelung. Anlässlich der Parteieinvernahmen zeigte sich ein deutliches Interesse [...] am Abschluss einer einvernehmlichen Regelung. Infolgedessen begann im September 2012 [...] die Verhandlungen über eine einvernehmliche Regelung. <sup>37</sup>

27. Diese Verhandlungen wurden während der Auswertung der einverlangten Rechnungen (s. Rz 25) von Seiten des Sekretariats nicht weiter voran getrieben. Vielmehr wurde zunächst das Ergebnis dieser Auswertung abgewartet, um alsdann über das adäquate weitere Vorgehen entscheiden zu können.

28. Am 11. April 2014 gelangte das Sekretariat an [...] und nahm die Verhandlungen zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung wieder auf. <sup>38</sup> Das Sekretariat stellte [...] die einvernehmliche Regelung inklusive Vorbemerkungen und Vereinbarungen zur Unterzeichnung zu und legte gleichzeitig das zu diesem Zeitpunkt vorliegende Beweisergebnis vor. Weiter teilte das Sekretariat Glutz mit, dass das Verfahren ihr gegenüber einzustellen sei [...].

29. Die Verhandlungen mit den Händlern führten zu folgendem Ergebnis. Mit Blaser, Geiser, Koch, SFS und OPO konnte die einvernehmliche Regelung abgeschlossen werden (s. dazu Rz 460 ff.); <sup>39</sup> [...] <sup>40</sup>

### A.3.5 Bislang aufgeschobene Akteneinsicht

30. Glutz reichte im Dezember 2008 ein Akteneinsichtsgesuch ein. <sup>41</sup> Das Sekretariat lehnte dieses mit der Begründung ab, es gewähre vorläufig keine Akteneinsicht. Dabei handle es sich allerdings bloss um einen zeitlichen Aufschub. Es werde allen Parteien spätestens bei Zusendung des Antrags ein Aktenverzeichnis zukommen lassen und alsdann auch Akteneinsicht gewähren. Dieses Vorgehen dränge sich auf, da die Einsicht so zu einem Zeitpunkt erfolge, in dem alle relevanten Dokumente ausgewertet, übernommen und bereinigt worden seien. <sup>42</sup>

31. OPO beantragte im Dezember 2010 die Zustellung eines aktuellen Aktenverzeichnisses. <sup>43</sup> Das Sekretariat lehnte dies mit der Begründung ab, es werde allen Parteien bei Zusendung des Antrags ein Aktenverzeichnis zukommen lassen und alsdann auch Akteneinsicht ge-

währen. Zudem werde künftig ein elektronisches Aktenverzeichnis erstellt, in welchem die Aktenstücke direkt verlinkt seien. Dies erleichtere die Akteneinsichtnahme, sei aber zeitaufwändig zur Erstellung. <sup>44</sup>

32. Ferner erkundigte sich Koch im Juni 2012 telefonisch, ob eine Akteneinsicht möglich sei. Ihr wurde mitgeteilt, dass ein schriftliches Einsichtsgesuch vom Sekretariat zu behandeln wäre, dies Einsichtnahme jedoch voraussichtlich aufgeschoben würde. Dies einerseits, weil es der behördlichen Praxis entspreche, in Selbstanzeigeverfahren Akteneinsicht erst im Zeitpunkt des Versands des Antrags zu gewähren, andererseits, weil derzeit die Geschäftsgeheimnisbereinigung bei den übrigen Aktenstücken laufe, vor deren Abschluss keine Einsicht gewährt werden könne. <sup>45</sup> Im Nachgang zu dieser telefonischen Auskunft stellte Koch kein schriftliches Akteneinsichtsgesuch.

### A.3.6 Sistierungsantrag

33. Ende April 2014 stellte OPO einen Antrag auf Sistierung des Verfahrens. <sup>46</sup> OPO verwies auf den Umstand, dass das in casu bedeutsame Urteil des Bundesverwaltungsgerichts in Sachen GABA <sup>47</sup> bisher noch nicht rechtskräftig ist, weshalb eine Sistierung bis zu einer endgültigen Entscheidung des Bundesgerichts angezeigt sei. Das Sekretariat teilte der OPO mit, dass es dem Antrag nicht stattgeben wolle, insbesondere weil nicht sicher sei, ob, wie und wann das Bundesgericht über die für das vorliegende Verfahren auch massgebliche Frage, ob eine Absprache nach Art. 5 Abs. 4 KG per se quantitativ erheblich ist, entscheiden werde. <sup>48</sup> Gleichzeitig forderte das Sekretariat die OPO unter Fristsetzung dazu auf, ausdrücklich mitzuteilen, ob sie gleichwohl an ihrem Antrag festhalten wolle und eine Zwischenverfügung begehre. Andernfalls gehe das Sekretariat von einer Rücknahme des Sistierungsantrags aus. In der Folge hielt OPO nicht an ihrem Sistierungsantrag fest.

<sup>29</sup> Act. n° 181.

<sup>30</sup> Act. n° 182.

<sup>31</sup> Act. n° 191.

<sup>32</sup> Act. n° 193.

<sup>33</sup> Act. n° 194.

<sup>34</sup> Act. n° 195.

<sup>35</sup> Act. n° 197.

<sup>36</sup> Die diesbezügliche Korrespondenz findet sich in Act. n° 155–158, 160–175, 179 sowie 202.

<sup>37</sup> [...].

<sup>38</sup> [...].

<sup>39</sup> Act. n° 262, 266, 270, 272 und 274.

<sup>40</sup> [...].

<sup>41</sup> Act. n° 28.

<sup>42</sup> Act. n° 32.

<sup>43</sup> Act. n° 60.

<sup>44</sup> Act. n° 61.

<sup>45</sup> Siehe act. n° 180.

<sup>46</sup> Act. n° 260.

<sup>47</sup> Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 750 ff., *Gaba/WEKO*; vgl. auch unten Rz 382 ff.

<sup>48</sup> Act. n° 268.

### A.3.7 Versand des Antrags, Akteneinsicht und Stellungnahmen der Parteien

34. Mit Schreiben vom 24. Juli 2014 stellte das Sekretariat den Parteien seinen Antrag an die Kommission unter Aufforderung zur Stellungnahme innert Frist zu.<sup>49</sup> Zugleich gewährte das Sekretariat auf elektronischem Weg Einsicht in die Verfahrensakten, soweit diese keine von den Selbstanzeigern stammende Informationen enthielten.<sup>50</sup> Das Sekretariat informierte die Parteien darüber, dass Akten, welche von den Selbstanzeigern stammende Informationen enthielten, nur unter bestimmten Bedingungen in den Räumlichkeiten der Wettbewerbsbehörden eingesehen werden könnten. In solche Selbstanzeiger-Akten nahmen lediglich Immer und Koch Einsicht.<sup>51</sup>

35. Im Folgenden nahmen sowohl Glutz als auch Immer, Koch, OPO und SFS zum Antrag des Sekretariats schriftlich und fristgerecht Stellung.<sup>52</sup> Nachdem das Bundesverwaltungsgericht nach Ablauf der Stellungnahmefrist in Sachen Baubeschläge entschieden hatte<sup>53</sup>, reichten Koch, OPO und SFS mit Bezug auf dieses Urteil Ergänzungen ihrer Stellungnahmen ein.<sup>54</sup> Blaser und Geiser reichten keinerlei Stellungnahmen ein.

36. Im Einzelnen wird auf die in den Stellungnahmen vorgebrachten Punkte – soweit geboten – an entsprechender Stelle in der Verfügung näher eingegangen. Allerdings ist diesbezüglich bereits hier auf die ständige bundesgerichtliche Rechtsprechung hinzuweisen, wonach das rechtliche Gehör zwar verlangt, dass die Vorbringen der Parteien tatsächlich gehört, geprüft und bei der Entscheidungsfindung auch berücksichtigt werden. Daraus folgt aber nicht, dass in der Verfügung eine Auseinandersetzung mit allen Parteistandpunkten und eine ausdrückliche Widerlegung jedes einzelnen Vorbringens erforderlich wäre. Vielmehr kann sich die Verfügung gleichwohl – ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs – auf die wesentlichen Punkte beschränken.<sup>55</sup>

### A.3.8 Übersendung des Antrags und der Stellungnahmen sowie Mitteilung der Möglichkeit einer anderen rechtlichen Würdigung

37. Nach Ablauf der Stellungnahmefrist übersandte das Sekretariat seinen Antrag sowie die bis dahin eingegangenen Stellungnahmen der WEKO. Die später eingetroffenen Stellungnahmen stellte das Sekretariat der WEKO noch vor der Entscheiddebatte zu. Bezüglich der innert Frist eingegangenen Stellungnahmen wurde den Parteien ausserdem Akteneinsicht gewährt.<sup>56</sup>

38. Nach der Eintretensdebatte der WEKO wurde Immer darüber informiert, dass die WEKO abweichend vom Antrag des Sekretariats erwägt, das Verhalten der Immer als Vereinbarung (und nicht als abgestimmte Verhaltensweise) i.S.d. Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.<sup>57</sup> Immer wurde unter Fristsetzung die Möglichkeit gegeben, zu diesem Aspekt Stellung zu nehmen. Innerhalb der angesetzten Frist reichte Immer eine Stellungnahme ein.<sup>58</sup> Auf den Inhalt der Stellungnahme wird an entsprechender Stelle in der Verfügung näher eingegangen (s. dazu Rz 291 ff.).

### A.3.9 Anhörung der Immer durch die WEKO und abschliessende Akteneinsicht

39. Mit Schreiben vom 24. Juli 2014 forderte das Sekretariat die Parteien ausserdem dazu auf zu erklären, ob sie von der WEKO angehört werden wollen und/oder ob sie an einer allfälligen Anhörung einer anderen Verfahrenspartei teilnehmen möchten. Immer beantragte eine Anhörung.<sup>59</sup> Glutz, Koch und SFS teilten mit, dass sie an der Anhörung der Immer anwesend sein wollten.<sup>60</sup>

40. Immer wurde am 17. November 2014 durch die WEKO unter Anwesenheit von Glutz, Koch und SFS angehört. Bezüglich des Inhalts wird auf das Protokoll der Anhörung verwiesen.<sup>61</sup> Auf diesen Inhalt wird an den entsprechenden Stellen in der Verfügung näher eingegangen.

41. Den Parteien wurde Einsicht in die nach Ablauf der Stellungnahmefrist eingegangenen Stellungnahmen sowie in das Anhörungsprotokoll gewährt.<sup>62</sup>

## A.4 Wettbewerbsrechtlich relevanter Sachverhalt

### A.4.1 Vorbemerkungen zu beweisrechtlichen Fragen, insbesondere zur Beweiswürdigung und zum Beweismass

#### A.4.1.1 Ad Beweiswürdigung

42. Im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG<sup>63</sup> sowie sinngemäss Art. 40 BZP<sup>64</sup>). Ob die Wettbewerbsbehörden eine Tatsache für bewiesen halten, entscheiden sie frei von Beweisregeln aufgrund gewissenhafter Prüfung. 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.<sup>65</sup> Die Wettbewerbsbehörden würdigen dementsprechend die Beweise nach freier Überzeugung und ziehen ebenso die Schlüsse daraus, ohne dabei an starre Beweisregeln gebunden zu sein.<sup>66</sup> Dies schliesst –

<sup>49</sup> Act. n° 297–303.

<sup>50</sup> Act. n° 304–317.

<sup>51</sup> Act. n° 318 und 348.

<sup>52</sup> S. dazu act. n° 319 ff. und 323 f.

<sup>53</sup> S. dazu BVer B-8399/2010, B-8404/2010 und B-8430/2010 vom 23. September 2014, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

<sup>54</sup> Act. n° 343 und 346 f.

<sup>55</sup> BVer Urteil vom 31.1.2012, 4A\_532/2011, E. 3.1 m.w.H.

<sup>56</sup> Act. n° 327–333.

<sup>57</sup> Act. n° 339.

<sup>58</sup> Act. n° 344.

<sup>59</sup> Act. n° 324.

<sup>60</sup> Act. n° 320 und 341 f.

<sup>61</sup> Act. n° 349.

<sup>62</sup> Act. n° 353.

<sup>63</sup> Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

<sup>64</sup> Bundesgesetz vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

<sup>65</sup> So, wenn auch bezogen auf die freie Beweiswürdigung im Strafrecht, z.B. BGE 133 I 33, E. 2.1.

<sup>66</sup> 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.

selbstverständlich – die Möglichkeit der Beweiserbringung mittels Indizien ein<sup>67</sup>, wobei hervorzuheben ist, dass eine Beweisführung mittels Indizien nicht eine Beweisführung „minderen Grades“ ist, sondern das erforderliche Beweismass ebenso gut erfüllen kann. Grundsätzlich ist Sachbeweisen wie etwa Augenscheinobjekten 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;<sup>68</sup> der Grundsatz der freien Beweiswürdigung, insbesondere das Nichtbestehen von starren Beweisregeln, wird dadurch nicht in Frage gestellt oder gar durchbrochen.<sup>69</sup>

43. Mit dieser Aussage billigen die Wettbewerbsbehörden keineswegs bestimmten Beweismitteln von vornherein einen höheren Beweiswert zu. Es wäre vielmehr rechtswidrig, bestimmten Beweisstücken in absoluter Weise von vornherein eine höhere oder geringere Überzeugungskraft zuzuerkennen als anderen. Wie bereits die Relativierungen „grundsätzlich“, „üblicherweise“ und „eher“ sowie der Hinweis darauf, dass dadurch der Grundsatz der freien Beweiswürdigung nicht in Frage gestellt oder gar durchbrochen werden soll, zeigen, wird damit aber gerade keine starre Beweisregel aufgestellt. Vielmehr bringt dieser Satz einzig die aus der allgemeinen Lebenserfahrung gewonnene Erkenntnis zum Ausdruck, dass Sachbeweise besser gegen Verfälschungen (seien es gesteuerte oder ungesteuerte wie etwa Erinnerungslücken)<sup>70</sup> geschützt und daher insofern als grundsätzlich verlässlicher einzustufen sind. Diese Erkenntnis ändert freilich nichts daran, dass die Wettbewerbsbehörden in freier Beweiswürdigung die einzelnen Beweismittel in concreto zu würdigen haben, wie sie dies denn auch tun.

44. 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 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.<sup>71</sup> Die – so scheint es zumindest – anderslautende Rechtsprechung des Gerichts der Europäischen Union<sup>72</sup> lässt sich daher nicht ins schweizerische Recht übertragen.

45. Um Sachbeweise<sup>73</sup> handelt es sich in vorliegender Untersuchung insbesondere bei den von den Selbstanzeigerinnen eingereichten Unterlagen, namentlich E-Mails, Schreiben sowie Besprechungsnotizen. Sachbeweise sind ferner die aus den Hausdurchsuchungen von SFS und Koch stammenden Dokumente sowie die von den Parteien eingeforderten Rechnungen aus den Jahren 2006 und 2007.

46. 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.<sup>74</sup> Durchgesetzt hat sich dabei der inhaltsorientierte Ansatz, bei welchem eine Aussage anhand inhaltlicher Kriterien auf ihren Realitätsbezug überprüft wird,<sup>75</sup> und nicht ein verhaltensorientierter Ansatz, bei welchem die Körpersprache,

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

<sup>68</sup> So etwa KATHARINA GIOVANNONE, Rechtsfolgen fehlender Belehrung bei Einvernahmen, AJP 2012, 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: 23.07.2014), S. 6 der Onlinepublikation. In dem Sinne auch ANGELA WEIRICH, Rechtliche und praktische Schwierigkeiten bei der Erhebung und Verwertung von Personalbeweisen aus staatsanwaltschaftlicher Sicht, AJP 2012, 1046, die festhält, der Personalbeweis sei „(...) bedauerlicherweise oft auch einer der unzuverlässigsten Beweise (...)“.

<sup>69</sup> 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 E. 3.b).

<sup>70</sup> Dazu etwa, wenn auch bezogen auf Zeugenbeweise in Zivilprozessen, HELMUT RÜSSMANN, Praktische Probleme des Zeugenbeweises im Zivilprozess, KritV 1989, 361–375, abrufbar unter <ruessmann.jura.unib.de/rw20/people/ruessmann/ZeugPra/ZeugPra.htm> (letzte Kontrolle: 23.07.2014), S. 6 ff. der Onlinepublikation.

<sup>71</sup> 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.

<sup>72</sup> Vgl. etwa Urteil des EuG vom 14.5.1998 T-337/94 *Enso-Gutzeit/Kommission*, Slg. 1998 II-1571 Rz 91. 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 sodann Rz 70 des letztgenannten Urteils, in welcher das EuG die Zeugenaussage eines ehemaligen Mitarbeiters der Selbstanzeigerin beweisfällig noch als Teil der Erklärung der Selbstanzeigerin selbst qualifiziert. Diese Ansicht lässt sich ebenfalls nicht auf das schweizerische Recht übertragen – eine Zeugenaussage ist eben keine 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).

<sup>73</sup> Siehe dazu vorangehend Rz 42.

<sup>74</sup> 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.

<sup>75</sup> So BGE 129 I 49 E. 5 S. 58.

also nonverbale Verhaltensweisen, systematisch beobachtet und – hierin liegt die Schwierigkeit – gedeutet wird.<sup>76</sup> 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.<sup>77</sup> Bei der konkreten Aussageanalyse, also der Würdigung des Aussagetextes, sind das Vorhandensein resp. Fehlen von sogenannten „Realkennzeichen“<sup>78</sup> zu prüfen und in Relation zu den (Erfindungs- und Erzähl-)Kompetenzen des Aussagenden zu setzen.<sup>79</sup> 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.<sup>80</sup>

#### A.4.1.2 Ad Beweismass

47. Hinsichtlich des Beweismasses, welches im ordentlichen<sup>81</sup> Kartellverwaltungsverfahren erfüllt sein muss, kann Folgendes gesagt werden:

48. Grundsätzlich ist in Verwaltungsverfahren ein Beweis erbracht, wenn die Behörde von der Verwirklichung des rechtserheblichen Umstands überzeugt ist,<sup>82</sup> wobei hierfür eine absolute Gewissheit nicht erforderlich ist,<sup>83</sup> was weitestgehend mit dem sog. Regelbeweismass im Zivilrecht und dem im Strafrecht zur Anwendung gelangenden Beweismass<sup>84</sup> übereinstimmen dürfte.

49. 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.<sup>85</sup> Gemäss REKO/WEF ist das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit namentlich „(...) im wettbewerbsrechtlichen Zusammenhang als besonders angezeigt, zumal ökonomische Erkenntnisse immer mit einer gewissen Unsicherheit behaftet sind“.<sup>86</sup> So genügt gemäss REKO/WEF insbesondere für den Nachweis aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, strikter Beweis muss hierfür nicht erbracht werden.<sup>87</sup> Freilich begründet allein eine sachlich begründete Vermutung einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise aber noch keine überwiegende Wahrscheinlichkeit für deren Vorliegen.<sup>88</sup> Und auch das BVGer stellte treffend fest: „[D]ie Komplexität wirtschaftlicher Sachverhalte, insbesondere die vielfache und verschlungene Interdependenz wirtschaftlich relevanten Verhaltens, schliesst eine strikte Beweisführung regelmässig aus.“<sup>89</sup>

50. 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.<sup>90</sup> Während die REKO/WEF diese Frage offenliess,<sup>91</sup> verlangte das BVGer in einem sanktionsbedrohten Fall hinsichtlich des Beweises einer marktbeherrschenden Stellung ausdrücklich keinen Vollbeweis.<sup>92</sup> Ebenfalls in einem sanktionsbedrohten Fall 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 ist kaum je exakt möglich, sondern beruht 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 wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit müssen aber überzeugend und nachvollziehbar erscheinen [...]“.<sup>93</sup>

<sup>76</sup> LUDEWIG/TAVOR/BAUMER (Fn 74), 1421 f.

<sup>77</sup> BGE 129 I 49 E. 5 S. 58; ferner LUDEWIG/TAVOR/BAUMER (Fn 74), 1423; MARTIN HUSSELS, Von Wahrheiten und Lügen – Eine Darstellung der Glaubhaftigkeitskriterien anhand der Rechtsprechung, *forum-poenale* 2012, 368–374, 369.

<sup>78</sup> Für eine Übersicht über die Realkennzeichen siehe LUDEWIG/TAVOR/BAUMER (Fn 74), 1425; JAHN (Fn 68), 11 f. der Onlinepublikation; HUSSELS (Fn 77), 370 ff.

<sup>79</sup> LUDEWIG/TAVOR/BAUMER (Fn 74), 1427; JAHN (Fn 68), 13 der Onlinepublikation; ferner auch BGE 129 I 49 E. 5 S. 58.

<sup>80</sup> LUDEWIG/TAVOR/BAUMER (Fn 74), 1428.

<sup>81</sup> Anderes gilt für Verfahren auf Erlass vorsorglicher Massnahmen.

<sup>82</sup> Siehe etwa Urteil des BGer 2A.407/2002 vom 29.11.2002, E. 3 betreffend Gleichstellung.

<sup>83</sup> Vgl. etwa Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24.03.2003, E. 3.5 betreffend Steuerrecht; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen 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.

<sup>84</sup> Dass selbst im Strafrecht keine überzogenen, nämlich geradezu naturwissenschaftlichen Anforderungen an das erforderliche Beweismass gestellt werden, führt Urteil des BGer 6B\_748/2011 vom 31.5.2012 mit aller Deutlichkeit vor Augen.

<sup>85</sup> Statt anderer KRAUSKOPF/EMMENEGGER (Fn 83), in: *Kommentar VwVG*, Art. 12 VwVG N 216.

<sup>86</sup> 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.

<sup>87</sup> Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/1, 195 E. 8.1, *Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG/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.

<sup>88</sup> Entscheid der REKO/WEF, RPW 2005/1, 196 E. 9, *Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG/WEKO*. Siehe auch Folgeentscheid der WEKO RPW 2009/4, 343 Rz 33 ff., *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

<sup>89</sup> BVGE 2009/35, E. 7.4.

<sup>90</sup> 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.

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

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

<sup>93</sup> BGE 139 I 72, E. 8.3.2, vgl. auch E. 9.2.3.4 dieses Urteils, wonach dies spezifisch auch für die Marktabgrenzung gilt.

51. Die vorgenannte Ansicht des BGER und des BVGer überzeugt. 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.<sup>94</sup> 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.<sup>95</sup>

52. Welche kartellrechtsrelevanten Sachumstände im Einzelnen einem strikten Beweis zugänglich sind und welche nicht, ist hier nur insoweit zu klären, als dies auf generellabstraktem Niveau überhaupt möglich ist und es für vorliegende Verfügung von Relevanz ist. 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.<sup>96</sup> Zu unterscheiden ist ferner jeweils auch zwischen Tat- und Rechtsfrage. Die Regeln der Beweislast und der Beweiswürdigung, etwa die Unschuldsumutung, gelten einzig in tatsächlicher Hinsicht. Die Auslegung – insbesondere technischer resp. relativ unbestimmter – Rechtsbegriffe folgt demgegenüber den Regeln der Gesetzesinterpretation.<sup>97</sup> 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 strikt bewiesen werden; entsprechend muss hierfür auch ein strikter Beweis erbracht werden. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass gerade bei horizontalen harten Kartellen wie sie hier zur Diskussion stehen die Abredepartner darauf bedacht sind, möglichst keine Spuren – und damit Beweismittel – zu hinterlassen<sup>98</sup>, die Beweisführung wird daher regelmässig mittels Indizien und eher selten mittels direkten Beweisen erfolgen.
- b) Was unter abgestimmten Verhaltensweisen 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 möglich (z.B. hinsichtlich effektiver wechselseitiger Abstimmung), wobei bei solchen Sachverhaltselementen ökonomische Be-

trachtungen und Überlegungen (z.B. hinsichtlich ökonomischrationalem Motiv für eine Abstimmung) ergänzend hinzutreten. Hierfür muss „[E]ine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit [...] überzeugend und nachvollziehbar erscheinen [...]“.<sup>99</sup> Ein strikter Beweis kann hierfür – und damit auch insgesamt – aber nicht verlangt werden.<sup>100</sup> Weiter vertieft zu werden brauchen abgestimmte Verhaltensweisen hier aber nicht.

- 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 Marktabgrenzung 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.<sup>101</sup>
  - 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

<sup>94</sup> 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 E. 3.2 m.w.H.).

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

<sup>96</sup> Siehe dazu bereits vorne Rz 42.

<sup>97</sup> BGE 139 I 72, E. 8.3.1. 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.

<sup>98</sup> In ähnlichem Sinn etwa THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: *Basler Kommentar, Kartellgesetz*, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 N 97, gemäss welchen in solchen Fällen oftmals keine schriftlichen Übereinkünfte oder protokollierte Beschlüsse vorlägen.

<sup>99</sup> BGE 139 I 72, E. 8.3.2.

<sup>100</sup> Vgl. auch Rz 49 bezüglich der gleichlautenden Rechtsprechung der REKOWEF, allerdings in einem noch nicht sanktionsbedrohten Fall.

<sup>101</sup> BGE 139 I 72, E. 9.2.3.4.



Auswirkungen von Abreden. Einige der diesbezüglichen Lebenssachverhaltselemente 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 Marktwirkungen<sup>102</sup> oder hypothetische Zustände (z.B. wie die Wettbewerbssituation auf dem fraglichen Markt ohne Absprache aussähe). Wie bei der Marktabgrenzung sind auch diesbezüglich unter anderem Erfahrungssätze (z.B. hinsichtlich der disziplinierenden Wirkung von Aussenwettbewerbern) 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 Sachverhaltselemente, 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 Sachverhaltselemente können teilweise strikt bewiesen werden, andere sind einem strikten Beweis hingegen nicht zugänglich.<sup>103</sup>

53. 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 Abreden ist demgegenüber eine strikte Beweisführung nicht möglich und kann daher auch nicht verlangt werden. Insbesondere ein strikter Beweis der (hypothetischen) Preise, wie sie ohne Abreden gehandhabt worden wären, erscheint kaum möglich. Hinsichtlich der wettbewerbsbeeinträchtigenden resp. -beseitigenden Wirkung der Abreden muss daher – der Rechtsprechung des BGer folgend – genügen, wenn eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit überzeugend und nachvollziehbar erscheinen.

#### **A.4.1.3 Ad Beweisführungslast und objektive Beweislastverteilung**

54. 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).<sup>104</sup>

55. 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. Art. 5 Abs. 3 KG tragen die Wettbewerbsbehörden die objekti-

ve Beweislast. Diese bilden die Vermutungsbasis für die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung, wobei hinsichtlich der Vermutungsfolge, namentlich der Wettbewerbsbeseitigung, die Abredepartner 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 Abredepartner die objektive Beweislast für das Vorhandensein von Rechtfertigungsgründen.<sup>105</sup>

### **A.4.2 Marktstruktur**

#### **A.4.2.1 Betroffene Produkte (Begrifflichkeiten)**

56. Vorab gilt es, soweit vorliegend interessierend, einige Begrifflichkeiten im Bereich der Türprodukte zu definieren, wie sie nachfolgend verwendet werden. In der Branche werden verschiedene generelle Kategorien unterschieden, die sich insbesondere im Herstellungsprozess auf verschiedene Stufen beziehen, wobei die verwendete Begrifflichkeit keine einheitliche ist:

57. Das Fertigprodukt, welches im allgemeinen Sprachgebrauch unter der Bezeichnung „Tür“ verstanden wird, wird als „Türelement“ bezeichnet. Ein Türelement besteht unter anderem aus dem Türrahmen (Türzarge), dem Türblatt sowie den (Standard)Türbeschlägen und dem Zubehör für Türen.<sup>106</sup> Bei diesen einzelnen vorgeannten Bestandteilen, aus welchen sich ein Türelement (also eine „Türe“ im allgemeinen Sprachgebrauch) zusammensetzt, handelt es sich demnach um Halbfertigprodukte.

58. Die Untersuchung beschränkt sich auf die Feststellung der Wettbewerbsverhältnisse im Bereich Türbeschläge oder – genauer – im Bereich der Grund-, Standard- oder Kernbeschläge. Als Standardtürbeschläge werden diejenigen Produkte bezeichnet, welche notwendig sind, um eine „Türe“ überhaupt funktionsfähig zu machen, namentlich die Öffnung und Schliessung zu erlauben. Es sind dies folgende drei Bestandteile:

- Türschloss
- Türdrücker
- Türscharniere (oder Türbänder)

<sup>102</sup> Siehe dazu bereits Fn 94.

<sup>103</sup> Dahingehend auch etwa Botschaft vom 22.2.2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, BBl 2012 3905, 3942.

<sup>104</sup> 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 Grundsatzes des nemo tenetur se ipse accusare geht, braucht in vorliegender Untersuchung mangels Relevanz nicht geklärt zu werden; siehe dazu aber BVGE 2011/32, 627 ff. E. 5.7.

<sup>105</sup> 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.

<sup>106</sup> Vgl. hierzu und zum Folgenden die Antworten auf die Fragen 1 und 2 zum Fragebogen vom Juni 2010.

59. Neben diesen Standardbeschlägen, die für die Funktionsweise elementar sind, gibt es noch weitere Türbestandteile, die zusätzliche Funktionen bieten, aber nicht essentiell sind, beispielsweise Türspione. Diese weiteren Bestandteile werden häufig als Zubehör für Türen bezeichnet, zuweilen aber ebenfalls unter den Begriff der Türbeschläge subsumiert. Nachfolgend sind mit dem Begriff „Türbeschläge“ einzig die drei Kategorien der Standardtürbeschläge (Türschloss, -drücker und -scharniere) gemeint; einzig diese bilden Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

#### A.4.2.2 Vertriebsstruktur und wesentliche Marktteilnehmer

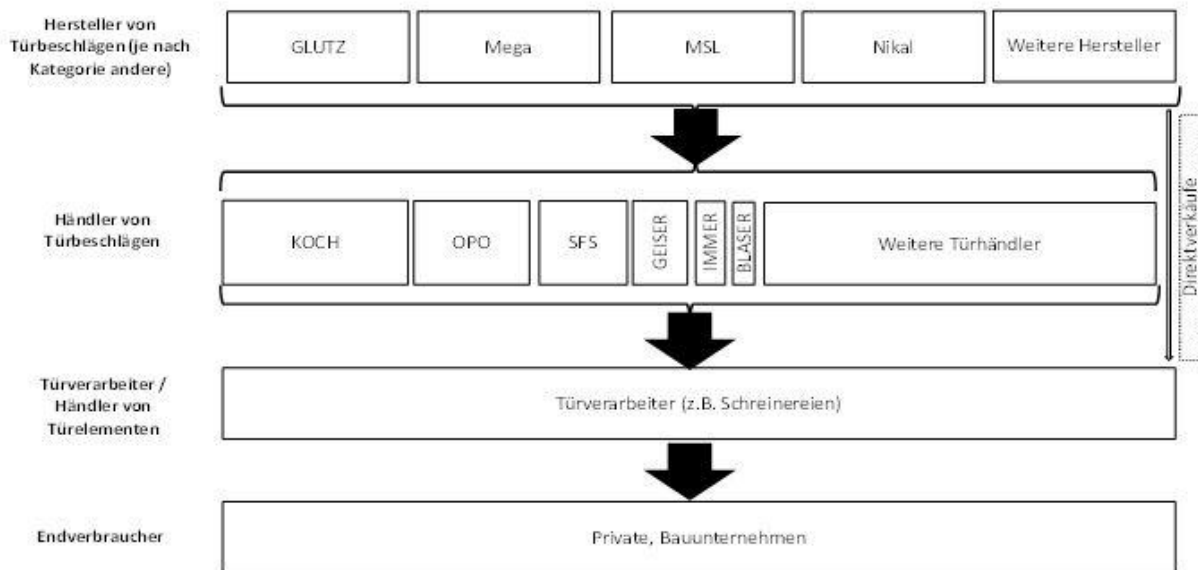
##### A.4.2.2.1 Vertriebsstruktur

60. Der Vertrieb von Türbeschlägen stellt sich in der Schweiz üblicherweise wie folgt dar: Hersteller von Türbeschlägen bedienen damit die Händler von Türbeschlägen, welche diese wiederum an Türverarbeiter weiterverkaufen. Vor allem bei Grosskunden auf Stufe Türverarbeiter erfolgen teilweise auch Direktverkäufe

von den Herstellern an diese ausgewählten Türverarbeiter, also ohne „Umweg“ über die Händler von Türbeschlägen oder unter blosser Einschaltung dieser als „Dienstleistungserbringer“, z.B. hinsichtlich der Rechnungsstellung.<sup>107</sup> Die Türverarbeiter selber erstellen – zusammen mit den weiteren Halbfertigprodukten<sup>108</sup>, die sie meist selber herstellen – die Fertigprodukte Türelemente, welche sie an Endkonsumenten, insbesondere Bauunternehmen und Private, veräussern. Weder die Hersteller von Türbeschlägen noch die Händler von Türbeschlägen sind gleichzeitig auch in Herstellung oder Vertrieb von Türelementen, also dem Fertigprodukt, tätig; ebensowenig sind sie in Herstellung oder Vertrieb von Türzargen oder Türblättern aktiv. Zubehör von Türen bieten die Händler von Türbeschlägen demgegenüber regelmässig auch an – in vorliegendem Zusammenhang interessiert dies jedoch nicht weiter.

61. Die folgende Abbildung gibt einen schematischen Überblick über die Vertriebsstruktur von Türbeschlägen auf dem Schweizer Markt:

Abb. 1: Übersicht der Vertriebsstruktur von Türbeschlägen in der Schweiz



62. Da der untersuchungsrelevante Zeitraum etliche Jahre zurückliegt und es keine verlässlichen Statistiken im Bereich Türbeschläge gibt, ist eine Bestimmung des Marktvolumens und der Marktanteile mit erheblichen Unsicherheiten und Ungenauigkeiten behaftet. Hinzu kommt, dass das Sekretariat die Händler von Türbeschlägen um Angabe ihres gesamthaften Umsatzes im Bereich Türbeschläge in den Jahren 2006 und 2007 anfragte, jedoch keine Aufschlüsselung des Umsatzes nach den drei Kategorien Türschlösser, -drücker und -scharniere erfragte, was nunmehr eine feinere Aufgliederung verunmöglicht. Mehr als eine grobe Schätzung, welche zumindest eine gewisse Orientierung erlaubt, ist daher nicht möglich.

<sup>107</sup> Siehe exemplarisch etwa act. n° 246, ferner die Antwort auf Frage 8 in act. n° 141.

<sup>108</sup> Siehe hiervor Rz 57.

63. Ein Artikel in einer Fachzeitschrift aus dem Oktober 2008 gibt das jährliche Marktvolumen für Türelemente mit 780'000 an.<sup>109</sup> In einer vergleichbaren Höhe liegt die eineinhalb Jahre früher gemachte Einschätzung von AFG Arbonia-Forster Holding AG anlässlich einer Präsentation im Februar 2007, wonach sie von einem jährlichen Marktvolumen von 700'000 Türelementen ausgeht.<sup>110</sup> Da jedes Türelement die Standardtürbeschläge Türschloss, -drücker und -scharniere erfordert, ist dieselbe Stückzahl auch hierfür einzusetzen. Hinzuzurechnen sind noch die Reparaturen und Renovationen von verbauten Türen, bei welchen einzig Türbeschläge ersetzt werden, nicht aber das gesamte Türelement. Eine Partei schätzt diesen Anteil auf ca. 15 %, was nicht unplausibel erscheint. Gestützt darauf ist von einem ungefähren Gesamtvolumen in der Grössenordnung von ca. 900'000 Stück je Kategorie von Türbeschlägen auszugehen.

64. Aus den Angaben von Glutz bezüglich ihres geschätzten Marktanteils sowie ihres Umsatzes in den drei Kategorien von Türbeschlägen<sup>111</sup> lässt sich grob das ungefähre Marktvolumen dieser drei Kategorien von Türbeschlägen auf Stufe Hersteller schätzen. [...].

#### A.4.2.2.2 Hersteller

65. Glutz stellt alle drei Kategorien (Türschlösser, -drücker und -scharniere) von Türbeschlägen her. Im Bereich der Türschlösser hat sie (wohl in den Jahren 2012/2013) gemäss ihren eigenen Angaben<sup>112</sup> einen Marktanteil von 65 % und kann daher als führende Herstellerin in diesem Bereich bezeichnet werden. In den Jahren 2006 und 2007 soll dieser Marktanteil gemäss Angaben von Glutz [bei 55–65 % gelegen haben].<sup>113</sup> [...] sind die Marktanteile von Glutz bei den beiden anderen Kategorien von Türbeschlägen: Bei Türdrückern beläuft sich der Marktanteil von Glutz in den Jahren 2006 und 2007 gemäss eigenen Angaben auf [10–20] %, bei Türscharnieren [0.1–10] %.<sup>114</sup> OPO führt aus, Glutz dürfte im Bereich Türschlösser einen substantiellen Marktanteil haben, während dieser bei Türdrückern bei 10–20 % und bei Türscharnieren im [...] einstelligen Bereich liegen dürfte.<sup>115</sup> [...].

66. In Ihrer Stellungnahme zum Antrag führt OPO nun jedoch aus, dass die tatsächlichen Marktanteile von Glutz geringer als die in Rz 65 genannten Marktanteile sein müssten. Dies begründet OPO mit dem Hinweis auf die in Rz 63 aufgeführte jährliche Gesamtstückzahl.<sup>116</sup>

67. Abgesehen davon, dass dies ihren ursprünglichen Angaben widerspricht, ist diese Argumentation weder schlüssig noch überzeugend. Zum einen gibt OPO nicht die für die Errechnung des Anteils an der Gesamtstückzahl notwendige Anzahl der von Glutz jährlich verkauften Türschlössern, -drückern und -scharnieren an. Zum anderen basieren die oben genannten Marktanteile auf den jeweils von Glutz erzielten Umsätzen und wurden nicht auf Grundlage von Stückzahlen errechnet. Mit einem Hinweis auf Stückzahlen können die hier errechneten Marktanteile demnach nicht widerlegt werden. Die in Rz 65 genannten Glutz-Marktanteile sind daher dieser Verfügung zugrunde zu legen.

68. Die Umsätze von Glutz in den Jahren 2006 und 2007 beliefen sich auf folgende Beträge:

- Türdrücker: CHF [10–17 Mio.]
- Türschlösser: CHF [5–11 Mio.]
- Türscharniere: CHF [0.1–3 Mio.]<sup>117</sup>

Der gemittelte Marktanteil von Glutz über den gesamten Bereich von Türbeschlägen beläuft sich aufgrund des [...] auf [...] %.

69. Je nach betroffener Kategorie von Türbeschlägen sind es andere Hersteller, die neben Glutz auf dem Markt auftreten. Nach Einschätzung von Glutz [...] dieser weiteren Hersteller ebenfalls in allen drei Kategorien tätig, so namentlich Eco Schulte ([...] %) und Dorma ([...] %), beide aus Deutschland. Bei Türdrückern sind – mit von Glutz für die Jahre 2006 und 2007 geschätzten Marktanteilen – insbesondere die Hersteller MSL ([...] %), STS ([...] %) und GU BKS ([...] %) präsent, bei Türschlössern Nikal ([...] %), Mega ([...] %) und Hoppe ([...] %), bei Türscharnieren eine Vielzahl von Herstellern.<sup>118</sup>

70. Nach Einschätzung von Glutz ist der Anteil von durch Türverarbeiter parallelimportierten Türbeschlägen je nach Kategorie unterschiedlich. Bei Türdrückern schätzt Glutz das Volumen in den Jahren 2006 und 2007 auf [0.01–5] %. Bei Türschlössern schätzt Glutz dieses Volumen demgegenüber auf [20–30] %. Dabei ist jedoch zu beachten, dass es hierbei um parallelimportierte Türelemente geht, bei welchen die Türschlösser bereits eingebaut sind. Bei den hierbei verarbeiteten Türschlössern handelt es sich um solche aus schweizerischer Produktion, welche zuvor für die Verarbeitung ins Ausland exportiert wurden und nun – in verarbeiteter Form im Fertigprodukt – wieder reimportiert werden.<sup>119</sup> Dass ein Parallelimport von separaten Türschlössern erfolgen würde (also nicht im Rahmen eines Parallelimports des Fertigprodukts Türelement), macht Glutz demgegenüber nicht geltend.<sup>120</sup>

#### A.4.2.2.3 Händler

71. Die sechs grössten Händler von Glutz-Produkten im Bereich Türbeschläge in der Schweiz sind die Verfahrensparteien, namentlich Koch, OPO, SFS, Geiser, Immer und Blaser. Die Einschätzungen der einzelnen Händler darüber, welchen Marktanteil sie und ihre wichtigsten Konkurrenten im Bereich Türbeschläge oder gar in den drei einzelnen Kategorien davon haben und infolgedessen auch, über welchen Marktanteil sie zusammen verfügen, gehen allerdings auseinander. Dies erstaunt

<sup>109</sup> Beilage 2 zu act. n° 56.

<sup>110</sup> Act. n° 224.

<sup>111</sup> Siehe dazu Rz 65 f.

<sup>112</sup> Vgl. Rz 3.

<sup>113</sup> Siehe act. n° 141, Antwort auf Frage 1.

<sup>114</sup> Siehe act. n° 141, Antwort auf Frage 1.

<sup>115</sup> Siehe act. n° 224 Rz 5.

<sup>116</sup> Act. n° 347, Rz 9 f.

<sup>117</sup> Act. n° 141.

<sup>118</sup> Siehe act. n° 141, Antwort auf Frage 3.

<sup>119</sup> So die Präzisierungen in act. n° 159, Antwort auf Frage 7.

<sup>120</sup> Siehe act. n° 141, Antwort auf Frage 7.

nicht, da keine Angaben zum umsatzmässigen Marktvolumen dieser drei Kategorien von Türbeschlägen auf Stufe Händler bestehen und den Händlern im Übrigen die Umsatzzahlen ihrer Konkurrenten auch nicht bekannt sind. Die Parteien gaben unterschiedliche gemeinsame Marktanteile im Bereich Türbeschläge an. Diese Einschätzungen liegen für die Jahre 2006 bis 2009 [weit auseinander und innerhalb einer Bandbreite von 30–80 %].<sup>121</sup>

72. Feststellen lässt sich immerhin der ungefähre Umsatz, den diese sechs Händler 2006 und 2007 mit Türbeschlägen insgesamt (also nicht unterteilt in die drei Kategorien) erzielt haben. Dieser Umsatz auf Stufe Händler umfasst den Verkaufserlös für Türbeschläge aller möglichen Hersteller, nicht nur solcher von Glutz. Diese Umsatzangaben geben einen Eindruck der Grösse der Händler zueinander. Im Einzelnen erzielten die sechs Händler folgende Umsätze:<sup>122</sup>

- Blaser: CHF [...] (2006) resp. CHF [...] (2007)
- Geiser: CHF [...] (2006) resp. CHF [...] (2007)
- Immer: CHF [...] (2006) resp. CHF [...] (2007)
- Koch: CHF [...] (2006) resp. CHF [...] (2007)
- OPO: CHF [...] (2006) resp. CHF [...] (2007)
- SFS: CHF [...] (2006) resp. CHF [...] (2007)

In Prozent ausgedrückt, gerundet und im Durchschnitt beider Jahre ergibt dies folgendes Bild bezüglich der Grössenverhältnisse der sechs Händler untereinander:

- Blaser: ca. [...] %
- Geiser: ca. [...] %
- Immer: ca. [...] %
- Koch: ca. [...] %
- OPO: ca. [...] %
- SFS: ca. [...] %

73. Nach Berechnungen des Sekretariats anhand der Marktanteils- und Umsatzangaben der Händler dürfte sich der Marktanteil der sechs Verfahrensparteien im Bereich Türbeschläge in den Jahren 2006 bis 2009 insgesamt auf ca. [50–80] % belaufen.

74. In Bezug ausschliesslich auf Glutz-Produkte lässt sich feststellen, welchen Umsatz Glutz 2006 und 2007 mit diesen Händlern – auf Stufe Hersteller – erzielte. Diese Angabe, welche freilich den Umsatz mit Produkten anderer Hersteller gerade nicht erfasst, bezieht sich auf den gesamten Bereich Türbeschläge und ist nicht aufgeteilt in die drei einzelnen Kategorien:

- Blaser: CHF [...] (2006) resp. CHF [...] (2007)
- Geiser: CHF [...] (2006) resp. CHF [...] (2007)
- Immer: CHF [...] (2006) resp. CHF [...] (2007)
- Koch: CHF [...] (2006) resp. CHF [...] (2007)
- OPO: CHF [...] (2006) resp. CHF [...] (2007)
- SFS: CHF [...] (2006) resp. CHF [...] (2007)

- Übrige Händler: CHF [...] (2006) resp. CHF [...] (2007)<sup>123</sup>

In Prozent ausgedrückt, gerundet und im Durchschnitt beider Jahre ergibt dies folgendes Bild:

- Blaser: ca. [0.1–10] %
- Geiser: ca. [10–20] %
- Immer: ca. [0.1–10] %
- Koch: ca. [35–50] %
- OPO: ca. [20–30] %
- SFS: ca. [0.1–10] %
- Übrige Händler: ca. [10–20] %

75. Basierend auf diesen Umsatzangaben dürfte der Marktanteil dieser sechs Händler bezüglich Türbeschlags-Produkten von Glutz für die Jahre 2006 und 2007 bei [75–90] % liegen.

76. Neben diesen sechs grössten Händlern gibt es noch zahlreiche kleinere Unternehmen, welche ebenfalls mit Türbeschlägen handeln. Diese sind meist regional verankert und tätig, infolgedessen je nach betroffener Region andere Unternehmen als weitere Konkurrenten auftreten.<sup>124</sup>

77. OPO macht in ihrer Stellungnahme zum Antrag geltend, dass bei der Berechnung der Marktanteile der Händler beim Verkauf von Glutz-Produkten nicht berücksichtigt werde, dass Glutz ca. 30 % der von ihr jährlich abgesetzten „Standardbeschläge“ direkt an Türverarbeiter liefere und dies zu einer Senkung der Marktanteile auf Stufe Händler führe.<sup>125</sup>

78. Zuzugestehen ist OPO, dass ein Anteil an im Direktvertrieb verkaufter Glutz-Produkte – vorausgesetzt man würde annehmen, dass Glutz als Direktvertreiber auf dem Händlermarkt tätig ist – dazu geeignet wäre, den Marktanteil der Händler zu schmälern. OPO bringt jedoch keinerlei Beweismittel vor, die diesen Sachverhalt belegen könnten, dass Glutz ca. 30 % der von ihr jährlich abgesetzten „Standardbeschläge“ direkt an Türverarbeiter liefere. [...] <sup>126</sup>. Der oben in Rz 75 genannte ungefähre Marktanteil der Händler ist daher nicht zu korrigieren.

<sup>121</sup> Siehe act. n° 47, 50, 55–57 und 59. Koch gab in ihrer Selbstanzeige an, dass die Verfahrensparteien im Bereich Türbeschläge zusammen einen Marktanteil von ca. 80 % erzielen (vgl. act. n° 41, Punkt 4.d.), allerdings widerspricht dies ihrer Angabe im Fragebogen, wo sie den gemeinsamen Marktanteil der Verfahrensparteien [weitaus niedriger] schätzt.

<sup>122</sup> Act. n° 47, 50, 55–57 und 59.

<sup>123</sup> Act. n° 141.

<sup>124</sup> Beispielhaft genannt seien etwa MTS, Metallbaubeschläge AG, Urdorf; Fehr Braunwalder AG, St. Gallen; Peterhans Handwerkercenter AG, Würenlos; OWI Sargans AG, Sargans; Joggi AG, Murten.

<sup>125</sup> Act. n° 321, Rz 6.

<sup>126</sup> [...].

#### A.4.2.2.4 Türverarbeiter

79. Auf Stufe Türverarbeiter sind unterschiedlich ausgerichtete Unternehmen auszumachen. So gibt es Unternehmen, die sich auf die Erstellung von Türelementen spezialisiert haben und ausschliesslich solche herstellen. Andere Türverarbeiter sind breiter aufgestellt und stellen zudem weitere Produkte, namentlich insbesondere Fenster, her. Bei wiederum weiteren Türverarbeitern handelt es sich um Schreinereien, die generell im Bereich Holzbearbeitung tätig sind und unter anderem auch Türelemente herstellen. Die Unternehmensgrösse ist ebenfalls unterschiedlich und reicht von kleineren bis zu recht grossen Unternehmen.

80. Um das Beschaffungsverhalten sowie die Präferenzen der Türverarbeiter kennen zu lernen, wurde eine Auswahl von ihnen mittels Fragebogen befragt.<sup>127</sup> Hervorzuheben sind an dieser Stelle folgende Erkenntnisse, die aus den Antworten der Türverarbeiter gewonnen werden konnten:

81. Danach befragt, welche Kriterien für sie bei der Wahl des Händlers, bei welchem sie Türbeschläge beziehen, ausschlaggebend seien, stuft der überwiegende Teil der befragten Türverarbeiter den Preis auf Rang 1 – also als wichtigstes Kriterium – ein. Auf Rang 2 folgte häufig das Logistiksystem oder aber der Service/die Betreuung. Weitere, individuellere Kriterien (z.B. Sortimentsbreite oder Innovationen) führten nur wenige Türverarbeiter auf, stuften diese weiteren Kriterien – so sie denn solche nannten – in ihrer Wichtigkeit jedoch gleichzeitig regelmässig hoch ein (auf Rang 1 oder 2 in der Regel).<sup>128</sup>

82. Ferner wurden die Türverarbeiter befragt, ob sie Türbeschläge aus dem Ausland bezögen, also Türbeschläge importieren würden.<sup>129</sup> Der weitaus überwiegende Anteil der befragten Türverarbeiter gab an, dies nicht zu tun. Die hierfür genannten Gründe sind mannigfaltig: mehrmals angeführt wurde etwa, dass der Aufwand hierfür zu gross sei, dass die Lieferfrist zu lang wäre, dass die Schweizer Normen/Standards beachtet werden müssten, dass man bewusst nur in der Schweiz beziehe oder dass man kein Lieferantennetz im Ausland habe. Die Anzahl von Türverarbeitern, welche angaben, Türbeschläge auch aus dem Ausland zu beziehen, ist vergleichsweise eher gering. Von diesen importierenden Türverarbeitern wiederum tun dies die allermeisten bloss in einem sehr bescheidenen Umfang; die importierten Türbeschläge machen bei ihnen meist weniger als 10 % der von ihnen insgesamt bezogenen Türbeschläge aus. Nur ganz wenige der befragten Türverarbeiter bezogen in einigemmassen gewichtigem Umfang (20 % oder mehr) Türbeschläge aus dem Ausland. Von diesen Türverarbeitern wiederum haben mehrere ihren Sitz in unmittelbarer Grenznähe, weshalb es sich für diese Türverarbeiter dabei um eine Beschaffung in ihrer (wenn auch grenzüberschreitenden) Region handelt.

#### A.4.2.3 Preissystem und -berechnung

##### A.4.2.3.1 Im Verhältnis Hersteller – Händler

83. Glutz gab im relevanten Zeitraum jährlich eine Bruttopreisliste für ihre Produkte heraus. Den Händlern gewährte Glutz verschiedene Rabatte auf diesen Bruttopreisen gemäss Preisliste. Im Detail ist den verschiedenen Händlern nicht bekannt, welche Rabatte die übrigen

Händler erhalten.<sup>130</sup> Koch, OPO, SFS, Geiser, Immer und Blaser wussten allerdings voneinander, dass sie allesamt zumindest [...] Rabatte in [...] Höhe erhielten: Zum einen [...] %.<sup>131</sup> Als Basis für die Berechnung des [...] diente dabei der [...] Betrag.<sup>132</sup> M.a.W. machten diese [...] Rabatte zusammen bezogen auf die Bruttopreise einen Abzug von total [...] % aus (und nicht einen solchen von insgesamt [...] %, wie dies der Fall wäre, wenn [...] Rabatten die Bruttopreise die Basis wären). Diese Rabatte galten sicherlich seit 2005,<sup>133</sup> während 2002 und 2003 noch andere Rabatte galten.<sup>134</sup> Wann genau der Wechsel der Rabatthöhe erfolgte, lässt sich nicht mehr feststellen. Genauer abgeklärt zu werden braucht dies jedoch nicht, da die von den Händlern einverlangten Rechnungen (vgl. dazu Rz 25) allesamt aus einem Zeitraum stammen, in welchem mit Sicherheit bereits die neue Rabattstruktur galt.

84. Bekannt ist Koch, OPO, SFS, Geiser, Immer und Blaser ferner, dass sie ebenfalls allesamt [...] von Glutz erhalten. Die Höhe [...] der anderen Händler ist ihnen dabei jedoch nicht bekannt.

##### A.4.2.3.2 Im Verhältnis Händler – Türverarbeiter

85. Die Händler von Türbeschlägen wenden gegenüber ihren Abnehmern, den Türverarbeitern, grundsätzlich sogenannte Staffelpreise an. Das heisst, je nach bezogener Menge eines Artikels gewähren sie einen unterschiedlich hohen Rabatt resp. setzen einen unterschiedlich hohen Nettopreis fest: Je grösser die bezogene Menge, desto grösser auch der Rabatt (resp. tiefer der Nettopreis) gegenüber dem Preis für ein Einzelstück. Hierfür bilden die Händler üblicherweise mehrere Mengenkategorien oder -abstufungen, für welche jeweils dieselben Rabatte (resp. Nettopreise) gelten, beispielsweise Kategorie 1 1–5 Stück, Kategorie 2 6–10 Stück, Kategorie 3 11–19 Stück, Kategorie 4 20–49 Stück, etc.<sup>135</sup> Evident ist, dass je grösser der den Türverarbeitern gewährte Rabatt ist resp. je tiefer der diesen verrechnete Nettopreis ist, desto geringer fällt auch die Marge aus, welche dem Türbeschlagshändler verbleibt.

86. [...] Preisverhandlungen im konkreten Einzelfall.<sup>136</sup>

<sup>127</sup> Siehe dazu Rz 23.

<sup>128</sup> Siehe zu alledem die Antworten auf die Frage 4 des Fragebogens an die Türverarbeiter.

<sup>129</sup> Siehe dazu und zum Folgenden die Frage 7 des Fragebogens an die Türverarbeiter resp. die diesbezüglichen Antworten.

<sup>130</sup> Siehe zu den im Einzelnen gewährten Rabatten und Sonderkonditionen von Glutz act. n° 159.

<sup>131</sup> Siehe nur etwa act. n° 194, ad Frage 14.

<sup>132</sup> Vgl. die Rechnungen im Anhang zu act. n° 141.

<sup>133</sup> Vgl. nur etwa Beilage 11 von act. n° 75.

<sup>134</sup> Vgl. Rz 110 sowie Beilage 66 von act. n° 8.

<sup>135</sup> Siehe zu alledem die Ausführungen anlässlich der Parteieinvernahmen zu Frage 7 (bei Koch Frage 9), act. n° 181, 182, 193–195 und 197, ferner act. n° 246.

<sup>136</sup> Siehe zu alledem die Ausführungen anlässlich der Parteieinvernahmen zu Frage 7 (bei Koch Frage 9), act. n° 181, 182, 193–195 und 197, ferner act. n° 246.

87. Bei ihrer eigenen Kalkulation, namentlich zur Festlegung der Bruttopreise und Rabattstufen resp. der Nettopreise, gehen die Händler von Türbeschlägen regelmässig von ihren Einstandspreisen als Basis aus. Auf diese Einstandspreise addieren sie einen Zuschlag, wenden also einen Multiplikator auf ihren Einstandspreis an. Dies ergibt den von ihnen verlangten Bruttopreis, auf welchem sie alsdann die hiervor erwähnten Staffelpreise gewähren.<sup>137</sup> Die Differenz zwischen Nettoverkaufspreis und eigenem Einstandspreis entspricht der Marge der Händler. Teilweise wenden die Händler gegenüber den Türverarbeitern auch die Bruttopreispfehlungen von Glutz an (nicht einen gestützt auf den eigenen Einstandspreis errechneten Bruttopreis) und gewähren auf diesen die Staffelpreise. Als interne Vergleichsrechnung – insbesondere zur Bestimmung der zu gewährenden Staffelpreishöhe – erfolgt aber auch diesfalls eine Berechnung nach der Methode Einstandspreis plus Zuschlag, da sich so die eigene Marge bestimmen lässt.<sup>138</sup> Soweit die Händler Angaben hierzu machten, führten sie aus, dass sie die [...] bei der Berechnung ihrer eigenen Preise und Margenzuschläge gegenüber den Türverarbeitern nicht berücksichtigen würden.<sup>139</sup>

88. Um ihre Fixkosten und variablen Kosten decken zu können – und wenn möglich noch einen Gewinn zu erzielen – sind die Türbeschlagshändler auf eine entsprechende Marge zwischen ihrem eigenen Einstandspreis und den von ihnen erzielten Nettoverkaufspreisen angewiesen. Glutz äusserte in einem Schreiben von 2003 die Ansicht, dass die Händler zur „lang-fristigen Unternehmenssicherung“ auf eine Durchschnittsmarge von „> [20–30] %“ angewiesen sind.<sup>140</sup> Anlässlich der Parteieinvernahme von Glutz nannte die befragte Person gestützt auf ihre früheren Erfahrungen im Grosshandel eine Bruttomarge von [20–30] % als angebracht.<sup>141</sup> Auch die für Koch befragte Person gab anlässlich der Parteieinvernahme bekannt, man müsse eine Bruttomarge von [20–30] % haben, damit alles gedeckt sei.<sup>142</sup>

#### A.4.3 Die jährlichen „Top-Six“-Treffen

89. Gemäss übereinstimmender Angaben lud Glutz ab 2000 die sechs für sie wichtigsten Händler – es waren dies zu Beginn Paul Koch AG, Eugen Koch AG, OPO, SFS, Geiser und Blaser – ein- bis zweimal pro Jahr zu einem Treffen ein. Die Koch-Gruppe war also an diesen Treffen doppelt vertreten, nämlich durch die beiden Gesellschaften Paul Koch AG und Eugen Koch AG. Im Jahr 2007 erhielt Immer erstmals ebenfalls eine Einladung und nahm infolgedessen auch am Treffen im Sommer des Jahres 2007 teil; von da an waren sieben Händler anwesend. Das jeweils erste Treffen im Jahr fand meist zwischen April und Juni statt und richtete sich an die obersten Geschäftsleitungsmitglieder der Händler. Das zweite Treffen, anlässlich welchem die Fachspezialisten – namentlich die Produktmanager – zusammen kamen, erfolgte im Herbst/Winter. Diese „Zweiteilung“ der jährlichen Treffen – eines für die oberste Geschäftsleitung, eines für die Fachspezialisten – wurde im Jahr 2003 eingeführt,<sup>143</sup> bis dahin war die oberste Geschäftsleitung jeweils bei allen Treffen anwesend.

90. Die Treffen der Fachspezialisten interessieren hier nicht weiter, da an diesen Anlässen keine kartellrechtlich relevanten Themen besprochen wurden; entsprechend

beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen auf die Treffen der Geschäftsführungsmitglieder.<sup>144</sup> Wird nachfolgend von „Top-Six“-Treffen gesprochen, sind damit nur diese Treffen der Geschäftsführungsmitglieder gemeint, welche von den Händlern zuweilen auch als „GL Partner Meetings“ oder „Top Partner Meetings“ bezeichnet wurden.

91. Die „Top-Six“-Treffen fanden jeweils an unterschiedlichen Orten statt; meistens bei Glutz, teilweise aber auch bei einem Händler oder an einem anderen Ort. Hinsichtlich der meisten Treffen liegen Sachbeweise vor, aus welchen zweifelsfrei hervorgeht, wann und wo diese stattfanden und welche Händler daran teilnahmen. Bei vier Treffen belegen die Sachbeweise aufgrund ihrer Natur (z.B. ein Programm des Treffens ohne Verteilerliste) allerdings bloss die Teilnahme einiger Händler (etwa durch namentliche Nennung als Ansprechpartner für die Traktanden), nicht aber aller sechs Händler.<sup>145</sup> Doch auch bei diesen Treffen ist aus beweismässiger Hinsicht davon auszugehen, dass alle sechs Händler anwesend waren. Zunächst entspricht dies der Zusammensetzung der Treffen in den vorangegangenen sowie den nachfolgenden Jahren. Sodann nahmen seitens der einzelnen Gesellschaften meist jeweils mehrere (zwei oder gar drei) natürliche Personen an den „Top-Six“-Treffen teil.<sup>146</sup> Dies hatte zur Folge, dass selbst wenn eine natürliche Person an der Teilnahme an einem Treffen hätte verhindert sein sollen, immer noch eine oder gar zwei andere natürliche Personen derselben Gesellschaft daran teilnahmen und daher die entsprechende Gesellschaft, dieser Händler, am Treffen präsent war. Zudem ergibt sich das auch aus dem Zweck der „Top-Six“-Treffen, dienten diese doch gerade dazu, die sechs Händler zusammen zu führen. Schliesslich ist zu beachten, dass keiner der Händler anlässlich der Parteieinvernahmen vorbrachte, teilweise nicht an die Treffen gegangen zu sein oder gar nicht erst dazu eingeladen gewesen zu sein. Infolgedessen ist selbst bei diesen drei Treffen als beweismässig erstellt zu erachten, dass alle sechs Händler daran teilgenommen haben. Im Einzelnen lassen sich gestützt auf die Sachbeweise die folgenden Treffen beweisen:

<sup>137</sup> Teilweise wird bei der internen Berechnung auch der Einstandspreis mit einem Zuschlag versehen und alsdann werden auf diesem Preis weitere Staffelpreise gemacht (je geringer die Menge, desto höher dieser Staffelpreis). Im Ergebnis läuft diese Berechnungsweise (Staffelpreise auf die interne Berechnung und infolgedessen Staffelpreise anstatt einheitliche Bruttopreise mit Staffelpreisen) auf dasselbe hinaus.

<sup>138</sup> Siehe zu alledem die Ausführungen anlässlich der Parteieinvernahmen zu Frage 7 (bei Koch Frage 9), act. n° 181, 182, 193–195 und 197.

<sup>139</sup> Siehe die Ausführungen anlässlich der Parteieinvernahmen zu Frage 7 act. n° 193 und 195.

<sup>140</sup> Beilage 49 zu act. n° 8.

<sup>141</sup> Act. n° 191.

<sup>142</sup> Act. n° 182, ad Frage 15.

<sup>143</sup> Siehe act. n° 8, Beilage 46, Ziffer 7 der E-Mail an die Teilnehmer mit der Zusammenfassung der besprochenen Punkte.

<sup>144</sup> Zum gesamten Absatz vgl. als Belegstellen etwa act. n° 8 Rz 68–70; act. n° 25 Rz 6 und 9; act. n° 41 S. 4; ferner auch die Protokolle der Parteieinvernahmen.

<sup>145</sup> Exemplarisch erwähnt sei hierfür act. n° 41, Beilage 5.

<sup>146</sup> Siehe die Namensnennungen der für die einzelnen Händler teilnehmenden natürlichen Personen in den Parteieinvernahmen act. n° 181, 182, 193–195, 197 (Antworten auf die Frage 10 bzw. 11 resp. 13).

Datum	bei/Ort	Anwesende Händler
Wahrscheinlich 7. Dezember 2000	Wahrscheinlich bei Koch	Koch (2x) <sup>147</sup> Teilnahme von Blaser, Geiser, OPO und SFS aufgrund von Indizien bewiesen
9. Mai 2001	Glutz	Blaser, Geiser, Koch (2x), OPO, SFS <sup>148</sup>
5. Dezember 2001	Geiser	SFS, Koch (2x), Geiser <sup>149</sup> Teilnahme von Blaser und OPO aufgrund Indizien bewiesen
23. Mai 2002	Studen (Biel)	Blaser, Geiser, Koch (2x), OPO, SFS <sup>150</sup>
5. Dezember 2002	SFS	Blaser, Geiser, Koch (2x), OPO, SFS <sup>151</sup>
21. Mai 2003	Wahrscheinlich bei Koch	SFS <sup>152</sup> Teilnahme von Blaser, Geiser, Koch (2x), OPO aufgrund Indizien bewiesen
28. April 2004	Albisguetli	Koch (2x), OPO <sup>153</sup> Teilnahme von Blaser, Geiser und SFS auf- grund Indizien bewiesen
27. April 2005	Glutz	Blaser, Geiser, Koch (2x), OPO, SFS <sup>154</sup>
8. Juni 2006	Eugen Koch AG	Blaser, Geiser, Koch (2x), OPO, SFS <sup>155</sup>
12. Juni 2007	OPO	Blaser, Geiser, Immer, Koch (2x), OPO, SFS <sup>156</sup>

92. Aus den Sachbeweisen ergibt sich häufig, welche natürlichen Personen an den jeweiligen „Top-Six“-Treffen für ihre Gesellschaften teilgenommen haben.<sup>157</sup> Welche natürlichen Personen üblicherweise dabei waren, haben auch die Parteien anlässlich der Parteieinvernahmen ausgeführt.<sup>158</sup> Die meisten Namen wurden dabei gleich mehrfach genannt; diese mehrfach aufgezählten, regelmässig anwesenden natürlichen Personen sind im Einzelnen:

- Blaser: [...].
- Geiser: [...].
- Immer (erstmalig 2007 eingeladen): [...].
- Koch: [...].
- OPO: [...].
- SFS: [...].

93. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass es bei einer allfälligen Sanktionierung gemäss Art. 49a KG um eine solche von juristischen Personen geht. Eine Zurechenbarkeit an eine bestimmte natürliche Person verlangt das KG gerade nicht, sondern vielmehr eine solche an ein Unternehmen bzw. an dessen Organe.<sup>159</sup> Welche Gesellschaften an den „Top-Six“-Treffen jeweils anwesend waren, steht – wie zuvor ausgeführt – eindeutig fest; das Verhalten der für sie jeweils handelnden natürlichen Personen kann ohne Weiteres diesen Gesellschaften zugerechnet werden. Welche natürlichen Personen für sie bei den einzelnen Treffen anwesend waren, ist für die kartellrechtliche Beurteilung letztlich nicht weiter relevant – es geht eben gerade nicht um

<sup>147</sup> Belegstellen für dieses Treffen: Act. n° 41, Beilage 3 (interne E-Mail Koch Traktandenliste für Treffen). Sowohl das Datum als auch der Ort des Treffens ergibt sich allerdings nicht aus diesem Sachbeweis. Diese Angaben beruhen auf den Ausführungen von SFS (siehe dazu auch die nachfolgenden Rz im Text).

<sup>148</sup> Belegstellen für dieses Treffen: Act. n° 8, Beilage 44 und 61 (Schreiben Traktandenliste für Besprechung „Handel“, Protokoll der besprochenen Punkte).

<sup>149</sup> Belegstellen für dieses Treffen: Act. n° 8, Beilage 50 (Fax Traktandenliste für Besprechung „Handel“).

<sup>150</sup> Belegstellen für dieses Treffen: Act. n° 8, Beilage 51 (Traktandenliste für das gesamte Treffen), act. n° 41, Beilage 4 (E-Mail an Teilnehmer Zusammenfassung der besprochenen Punkte sowie Handnotizen der Besprechung „Handel“).

<sup>151</sup> Belegstellen für dieses Treffen: Act. n° 8, Beilage 45, 46 und 47 (interne E-Mail SFS Traktandenliste für Besprechung „Handel“, E-Mail an Teilnehmer Zusammenfassung der besprochenen Punkte, Aufstellung Konditionen-Mix der Händler).

<sup>152</sup> Belegstellen für dieses Treffen: Act. n° 8, Beilage 49 (Schreiben Glutz betreffend Mindestmarge, in welchem das Treffen vom 21. Mai 2003 erwähnt wird).

<sup>153</sup> Belegstellen für dieses Treffen: Act. n° 41, Beilage 5 (Programm des Treffens).

<sup>154</sup> Belegstellen für dieses Treffen: Act. n° 8, Beilage 43 und 52 (Programm des Treffens und Protokoll der Besprechung „Handel“).

<sup>155</sup> Belegstellen für dieses Treffen: Act. n° 8, Beilage 41 und 42 (Präsentation von Glutz sowie Programm des Treffens und E-Mail an Teilnehmer betr. Zeitplanänderung), act. n° 40, Beilage B1 (E-Mail an Teilnehmer betr. Datum des Treffens), act. n° 41, Beilage 6 (E-Mail an Teilnehmer betr. Teilnehmerliste).

<sup>156</sup> Belegstellen für dieses Treffen: Act. n° 8, Beilage 48, 53, 54 und 59 (E-Mail an Teilnehmer Traktandenliste für Besprechung „Handel“, Handnotizen der Besprechung „Handel“, Zusammenfassung der besprochenen Punkte, Notizen Vorbereitung Stellungnahme zu den einzelnen Traktanden der Besprechung „Handel“), vgl. ferner act. n° 41, Beilage 7 und 8 (E-Mail an Teilnehmer Traktandenliste für Besprechung „Handel“, Programm des Treffens und Teilnehmerliste).

<sup>157</sup> Siehe hinsichtlich der einschlägigen Aktenstücke die Fundstellennachweise in den Fn 147-156.

<sup>158</sup> Die Fundstellennachweise finden sich in Fn 146. Einschlägig ist ferner act. n° 191.

<sup>159</sup> Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, E. 3.2 (nicht abgedruckte Erwägung in BGE 139 I 72).

eine Zurechenbarkeit an eine bestimmte natürliche Person – und braucht infolgedessen auch nicht für jedes einzelne Treffen im Detail eruiert zu werden.

#### A.4.4 Üblicher Ablauf der „Top-Six“-Treffen

94. Eingeführt wurden die „Top-Six“-Treffen von Glutz. Es war sie, die ihre sechs wichtigsten Händler zu diesen Treffen einlud, und zwar auch in den Fällen, in welchen das Treffen alsdann bei einem der Händler stattfand. Die Treffen liefen, jedenfalls seit dem Treffen vom Dezember 2001, immer gleich ab: Zuerst wurden die Teilnehmer begrüsst. Als dann besprachen sich die Händler – ohne Beteiligung von Glutz<sup>160</sup> – während rund einer Stunde untereinander, was als „Diskussion Handel“ oder „Besprechung Handel“ bezeichnet wurde. Nach einer Kaffeepause folgte die „Diskussion Glutz – Handel“, selbstverständlich nunmehr mit Beteiligung von Glutz. Hierbei machte Glutz regelmässig eine Präsentation von sich, stellte die Entwicklung bei ihr dar und präsentierte ihre strategische Ausrichtung.<sup>161</sup> Am Ende dieser „Diskussion Glutz – Handel“ hatten die Händler Gelegenheit, Anregungen an Glutz heranzutragen. Es folgte meist ein hier nicht weiter interessierendes gemeinsames Rahmenprogramm.<sup>162</sup>

95. Sowohl Blaser als auch Geiser führten anlässlich ihrer Parteieinvernahmen aus, die Unterteilung in „Diskussion Handel“ und „Diskussion Glutz – Handel“ habe nicht von Anfang an bestanden.<sup>163</sup> Glutz führte aus, irgendwann hätte sich der Handel entschieden, eine vorgängige Besprechung unter sich durchzuführen, was sie geschätzt habe. Wann dies gewesen sei, wisse sie nicht mehr genau.<sup>164</sup> An anderer Stelle anlässlich der Parteieinvernahme hielt Glutz fest, in der Folge zum Treffen vom 21. Mai 2003 sei diese Unterteilung vorgenommen worden.<sup>165</sup> Die Traktandenliste „Handel“ für das Treffen vom 9. Mai 2001 legt nun aber nahe, dass bereits an diesem zweiten Treffen eine solche Unterteilung praktiziert wurde.<sup>166</sup> Aus den Sachbeweisen ergibt sich aber jedenfalls eindeutig, dass diese Unterteilung spätestens am Treffen vom 5. Dezember 2001 vorgenommen wurde.<sup>167</sup> Und auch für das folgende „Top-Six“-Treffen vom Mai 2002 steht aufgrund der Sachbeweise fest, dass eine solche Unterteilung stattfand.<sup>168</sup> Somit kann es höchstens sein, dass am ersten Treffen (Dezember 2000) noch keine Unterteilung vorgenommen wurde. Dies braucht jedoch mangels Relevanz für die vorliegende Untersuchung nicht weiter abgeklärt zu werden, denn fest steht jedenfalls, dass die Unterteilung seit 2001 Usus war.

96. Koch hält in ihrer Selbstanzeige – im Übrigen als einzige Händlerin – fest, die „Diskussion Handel“ habe nicht immer stattgefunden. Oftmals hätten sich die Treffen ausschliesslich auf die Produktinformation von Glutz beschränkt. Und weiter führt Koch in ihrer Selbstanzeige aus, da sich die Händler selten hätten einigen können, sei auf das Traktandum „Handel“ oftmals verzichtet worden. Die Veranstaltung habe sich mehrere Male auf die Produktinformation von Glutz beschränkt.<sup>169</sup> Diese Ausführungen von Koch bezüglich dem Stattfinden resp. dem Nichtstattfinden der „Diskussion Handel“ stehen jedoch in direktem Widerspruch zu den Sachbeweisen. Bei allen der in Rz 91 aufgeführten „Top-Six“-Treffen (mit Ausnahme des ersten Treffens vom Dezember

2000) zeigen schon nur die vorliegenden Traktandenlisten, dass die „Diskussion Handel“ sehr wohl traktandiert war. Auch brachten die einzelnen Händler vorgängig diverse Traktanden für die „Diskussion Handel“ ein, wie den entsprechenden Sachbeweisen zu entnehmen ist. Schliesslich existieren zu mehreren dieser „Diskussionen Handel“ sogar Protokolle, welche im Nachhinein dazu verfasst und teilweise auch unter den Händlern versandt wurden.<sup>170</sup> Diese Beweislage ist umso beachtlicher, als dass eine andere Selbstanzeigerin, OPO, ausführt, gemäss ihrer Erinnerung seien für die „Top-Six“-Treffen weder eigentliche Traktandenlisten erstellt und verteilt worden noch seien Protokolle angefertigt worden.<sup>171</sup> Diese Angabe von OPO in ihrer Selbstanzeige erweist sich damit als unzutreffend. Beweismässig ist nach dem Gesagten erstellt, dass die „Diskussion Handel“ bei allen der in Rz 91 aufgeführten „Top-Six“-Treffen stattfand; einzig bezüglich des ersten Treffens vom Dezember 2000 lässt sich dies nicht mehr mit Sicherheit feststellen.

97. Die Traktanden für die „Diskussion Handel“ wurden von den Händlern selbst festgelegt. Glutz gab zu diesem Zweck gestützt auf die ihr von den Händlern übermittelten Informationen auf den Einladungen resp. dem Programm jeweils an, welcher Händler bei einem konkreten Treffen für die Traktandenliste zuständig ist, nannte die Frist für die Einreichung von Traktanden bei diesem und gab die E-Mail-Adresse an, an welche allfällige Traktanden zu senden sind. Die Traktanden für die „Diskussion Glutz – Handel“ legte demgegenüber Glutz fest, weshalb diese Traktanden auch bereits auf dem von Glutz erstellten Programm aufgeführt waren.<sup>172</sup>

<sup>160</sup> So die übereinstimmende Aussage von Glutz und aller Händler mit Ausnahme von Geiser (siehe act. n° 195, ad Frage 20). Gegen eine Teilnahme von Glutz an der „Diskussion Handel“ sprechen auch mehrere Sachbeweise, etwa die Programme, auf welchen beim Punkt „Diskussion Handel“ häufig in Klammer beigefügt steht „(ohne Glutz)“ (etwa act. n° 41, Beilage 5). Dies soll nicht heissen, dass die Aussage von Geiser unzutreffend wäre. Denn es ist gut vorstellbar, dass sich die Aussage von Geiser auf eine Zeit bezieht, in welcher noch keine Unterteilung in „Diskussion Handel“ und „Diskussion Glutz – Handel“ stattfand (siehe dazu die nachfolgende Rz) und infolgedessen Glutz während dem ganzen Treffen anwesend war.

<sup>161</sup> Siehe beispielhaft die Powerpoint-Präsentation anlässlich des Treffens vom Juni 2006 (act. n° 8, Beilage 41).

<sup>162</sup> Vgl. die übereinstimmenden Aussagen der Parteien anlässlich der Parteieinvernahmen act. n° 181, 182, 191, 193–195, 197. Exemplarisch auch etwa das Programm des Treffens vom April 2004 (act. n° 41, Beilage 5).

<sup>163</sup> Vgl. act. n° 193, ad Frage 9, sowie act. n° 195, ad Frage 10.

<sup>164</sup> Act. n° 191, ad Frage 14.

<sup>165</sup> Act. n° 191, ad Frage 12.

<sup>166</sup> Vgl. act. n° 8, Beilage 44.

<sup>167</sup> Act. n° 8, Beilage 50.

<sup>168</sup> Act. n° 8, Beilage 51.

<sup>169</sup> Act. n° 41, S. 7 und 9.

<sup>170</sup> Für Belegstellen hinsichtlich der einzelnen Treffen siehe Fn 147–156.

<sup>171</sup> Act. n° 40, Rz 9.

<sup>172</sup> Siehe exemplarisch das Programm des Treffens vom April 2004 (act. n° 41, Beilage 5) und dasjenige des Treffens vom Juni 2006 (act. n° 8, Beilage 41).



98. In vorliegendem Kontext interessiert einzig die „Diskussion Handel“, da anlässlich der „Diskussion Glutz – Handel“ sowie während des Rahmenprogramms nach Wissen der Wettbewerbsbehörden keine kartellrechtlich relevanten Dinge besprochen wurden, jedenfalls keine dahingehenden Beweise vorliegen.

#### **A.4.5 Gegenstand der Verhandlungen anlässlich der „Top-Six“-Treffen: Mindestmargen für Glutz-Produkte bei Grossmengen als Thema der „Diskussion Handel“**

99. Anlässlich der „Diskussion Handel“ haben die Händler jeweils mehrere Punkte miteinander besprochen, die für sie gerade aktuell waren. Dabei ging es etwa um das Feedback des Handels an Glutz, das Vertreten einer gemeinsamen Position gegenüber Glutz bezüglich bestimmter Fragen wie beispielsweise Preiserhöhungen während dem Jahr oder um die Handhabung gesetzlicher Rahmenbedingungen wie das Chemikaliengesetz. Wie sich aus den entsprechenden Traktandenlisten ergibt, war der Grossteil der „Diskussion Handel“ allerdings Fragen gewidmet, wie die Händler gegenüber ihren Nachfragern auftreten wollen. Thema waren vor allem aber auch die Verkaufspreise diverser Markenprodukte; namentlich ging es um Mindestverkaufspreise oder Mindestaufschläge für bestimmte Produkte, in erster Linie die Glutz-Produkte, bei sog. „Grossmengen“.<sup>173</sup>

100. Weitere Diskussionen bei den „Top-Six“-Treffen betrafen zum einen allgemeine Konditionen wie etwa die Akzeptanz von WIR, die Überwälzung von Versandgebühren und die Bestimmung deren Höhe, die Handhabung von Retouren sowie den anzuwendenden Euro-Umrechnungskurs. Dabei ging es zum einen darum, sich darüber auszutauschen, wie die Praxis der einzelnen Händler bei diesen Konditionen aussieht, zum anderen aber auch darum, ob und inwiefern die Handhabung zu vereinheitlichen ist resp. ob und inwiefern sich die Händler diesbezüglich aneinander anpassen sollen. Die vorliegende Untersuchung konzentriert sich auf das Thema der Mindestverkaufspreise resp. Mindestmargen bezüglich Glutz-Produkte; entsprechend wurden denn auch einzig in diese Richtung Ermittlungshandlungen getroffen.

101. Die in der vorliegenden Untersuchung näher interessierenden Gespräche über Mindestmargen für Glutz-Produkte fanden anlässlich der „Diskussion Handel“ bei den „Top-Six“-Treffen statt. Auf Ebene des Sachverhalts geht es nachfolgend darum, festzustellen, was diesbezüglich in beweismässiger Hinsicht als erstellt, mithin als rechtsgenügend bewiesen, zu erachten ist und was nicht. Hierfür werden zunächst die diesbezüglichen Beweismittel dargestellt, alsdann werden diese gewürdigt und schliesslich wird der beweismässig rechtsgenügend erstellte Sachverhalt zusammengefasst. Wie dieser Sachverhalt rechtlich zu würdigen ist, wird im Rahmen der diesbezüglichen Erwägungen (siehe dazu Teil B.) ausgeführt.

#### **A.4.6 Die Beweismittel bezüglich Einigungen über Mindestmargen für Glutz-Produkte anlässlich der „Diskussion Handel“ an den „Top-Six“-Treffen**

##### **A.4.6.1 Vorbemerkung**

102. Die Sanktionsbestimmung von Art. 49a KG wurde anlässlich der Kartellgesetzrevision von 2003 eingeführt und ist seit 1. April 2004 in Kraft. Aufgrund des Rückwirkungsverbots ist eine Sanktionierung für Verhaltensweisen, welche vor dem 1. April 2004 verwirklicht und nach diesem Zeitpunkt nicht mehr aufrechterhalten wurden, nicht angängig. Auf Ebene der Sachverhaltsfeststellung heisst dies allerdings keineswegs, dass frühere Verhaltensweisen und Beweismittel dazu unberücksichtigt zu bleiben hätten.<sup>174</sup> Vielmehr ist eine Verwertung auch solcher Beweismittel uneingeschränkt zulässig; sie können ohne Weiteres als Beweise oder zumindest Indizien taugen für spätere Verhaltensweisen, welche in den sanktionsrechtlich relevanten Zeitraum fallen. So können sie etwa ohne Weiteres die über Jahre gewachsene „Grundwettbewerbsstimmung“ in einer bestimmten Branche, die bestehenden Kontakte und die „Gesprächskultur“ unter den Marktteilnehmern aufzeigen. Mit anderen Worten schliesst das Rückwirkungsverbot einzig die Sanktionierung für vor dem 1. April 2004 verwirklichte und nach diesem Zeitpunkt auch nicht mehr aufrecht erhaltene Verhaltensweisen aus, nicht aber die Berücksichtigung solcher Verhaltensweisen bei der Beweiswürdigung für Verhaltensweisen im sanktionsrechtlich relevanten Zeitraum.

##### **A.4.6.2 Sachbeweise**

###### **A.4.6.2.1 Sachbeweise für den Zeitraum 2002–2004**

103. Nach den einzelnen „Top-Six“-Treffen ab 2002 aufgeschlüsselt, liegen folgende Sachbeweise hinsichtlich Mindestmargendiskussionen vor. Treffen, hinsichtlich welcher keine einschlägigen Beweismittel vorliegen, werden nachfolgend nicht aufgeführt:

###### „Top-Six“-Treffen vom 23. Mai 2002

104. Für die „Diskussion Handel“ bei diesem „Top-Six“-Treffen waren mehrere Punkte traktandiert, wobei hier insbesondere ein Punkt interessiert.<sup>175</sup> Dieser lautet wie folgt:

„- Kalkulationsgrundlage/Mindestaufschlag“

105. Neben dem Traktandum „Kalkulationsgrundlage/Mindestaufschlag“ findet sich die handschriftliche Notiz „Glutz /. [...] /. [...] % + Bonus“. Auf der Traktandenliste, allerdings nicht direkt neben einem bestimmten Punkt, findet sich sodann die handschriftliche Notiz „Mindestmargen“.

<sup>173</sup> Zu alledem siehe als Belegstellen insbesondere die Traktandenlisten für die „Diskussion Handel“ bei mehreren „Top-Six“-Treffen, etwa act. n° 8, Beilagen 44, 45, 48, 50 und 51.

<sup>174</sup> In diese Richtung gehend aber Koch, vgl. act. n° 76, S. 2.

<sup>175</sup> Siehe act. n° 8, Beilage 51.

106. Im Nachgang zu diesem „Top-Six“-Treffen verfasste Koch ein Kurzprotokoll der Besprechung und versandte diese an die übrigen teilnehmenden Händler.<sup>176</sup> Diese E-Mail fasst – mit den Worten von Koch – „die Resultate“

zu den Gesprächspunkten zusammen. Zum Punkt „Kalkulationsgrundlage/Mindestaufschlag“ hält sie Folgendes fest:

Abb. 3: Auszug „Kalkulationsgrundlage/Mindestaufschlag“ E-Mail von Koch an die übrigen teilnehmenden Händler vom 30. Mai 2002:

### **Kalkulationsgrundlage/Mindestaufschlag**

**Für die Glutz-Produkte sollte eine Mindestkalkulation gemäss Anhang 1 versuchsweise umgesetzt werden. Bitte prüfen sie ihre Hauskalkulation ob sie dem Vorschlag entsprechen können, in einem weiteren Schritt soll diese Preisgestaltung anlässlich der SBC-Besprechung im Juni diesen Mitgliedern ebenfalls empfohlen werden. Eine mögliche Umsetzung wäre bei einverständniss aller zum 01.07.02 möglich. Die Selbstanzeige bei unterbietung soll im Formular Anlage 2 eintragen werden.**

107. Zur Selbstanzeige hält die E-Mail ferner fest (Auszug „Code Selbstanzeigeliste“ E-Mail von Koch an die übrigen teilnehmenden Händler vom 30. Mai 2002):

Abb. 4: Auszug „Code Selbstanzeigeliste“ E-Mail von Koch an die übrigen teilnehmenden Händler vom 30. Mai 2002:

### **Code Selbstanzeigeliste**

**Code A = Mitbewerber (1=FBB/2=RGL/3=EKS/4=PKW/5=SFS/6=SBC/7=NBK/8=weitere**

**Code B = a = Preis angenommen / b = Auftrag an Mitbewerb**

**In der ersten Zeile ist ein Muster eingefügt (rot)**

**Auf eine erfolgreiche Umsetzung!**

108. Das Beispiel für eine Selbstanzeige schliesslich sieht wie folgt aus:

Abb. 5: Beispiel Selbstanzeige:

<b>Produkt</b>	<b>Offertpreis</b>	<b>Zuschlagpreis</b>	<b>Code A</b>	<b>Code B</b>
	76.50	69.50	7	b

In den handschriftlichen Notizen von Koch zu diesem Treffen steht schliesslich neben dem Stichwort „Kalk“ „Selbstanzeige bei Unterschreitung Mindest VP“.

109. Im Zusammenhang mit diesem Treffen reichte Koch eine tabellarische Aufstellung von diversen Glutz-Produkten ein, bezüglich welcher jeweils [...] Rabatte aufgeführt sind. Dies sind unter anderem ein [...]. Unter dieser Aufstellung findet sich alsdann der Satz „Mindestaufschlag auf diese Kalkulation =+5 %“.

<sup>176</sup> Act. n° 41, Beilage. 4.

Abb. 6: Top-Six Verkaufspreisgrundlagen:

**TOP-SIX  
Verkaufspreisgrundlagen**

Produkt	
<b>Mindestaufschlag auf diese Kalkulation "= +5%</b>	

110. In ihrer Selbstanzeige reichte Koch dieses Dokument zusammen mit ihrer E-Mail vom 30. Mai 2002 ein. Sie schrieb dazu, es seien „gemeinsame Rahmenbedingungen in Form von Kalkulationsgrundlagen“ erstellt worden. Basierend darauf sei versucht worden, ein Mindestaufschlag umzusetzen.<sup>177</sup> Anders als dann aber die Darstellung von Koch im Rahmen ihrer Stellungnahme zu den Bookmarks. Dort führte sie aus, bei dieser Aufstellung handle es sich um ein internes Dokument von Koch. [...].<sup>178</sup> Diese nachträglichen Ausführungen von Koch vermögen jedoch nicht zu überzeugen. Vielmehr ist beweismässig als erstellt zu erachten, dass es sich bei dieser tabellarischen Aufstellung um den in der E-Mail erwähnten Anhang 1 handelt. Dies ergibt sich zum einen aus den Ausführungen von Koch in ihrer Selbstanzeige sowie der Tatsache, dass sie im Rahmen ihrer Selbstanzeige zuerst diese Aufstellung einreichte gefolgt vom Beispiel für die Selbstanzeige, welche dem in der E-Mail erwähnten Anhang 2 entspricht, was den Schluss zulässt, dass es sich hierbei eben um Anhang 1 zu dieser E-Mail handelt. Zum anderen – und dies fällt mehr ins Gewicht – wird dies aus der Datierung dieser Excel-Aufstellung in der linken unteren Ecke deutlich, welche mit „30.05.2002“ angegeben ist. Dies stimmt mit dem Datum überein, an welchem die E-Mail versandt wurde. Dies spricht eindeutig gegen eine vorgängige Erstellung dieser tabellarischen Übersicht als Besprechungsgrund-

lage für das – sieben Tage früher stattgefunden – Treffen vom 23. Mai 2002.

111. Diese Sachbeweise belegen, dass anlässlich dieses Treffens über Mindestaufschläge für Glutz-Produkte gesprochen wurde. Vorgesehen wurde unter anderem, dass eine Selbstanzeige bei Unterschreitung des vorgesehenen Mindestverkaufspreises auszufüllen gewesen wäre, aus welcher ersichtlich würde, wer den Mindestverkaufspreis nicht eingehalten hat und ob dies zur Auftragsvergabe an diesen Händler führte.

112. Der Protokolltext in der E-Mail ist bezüglich der Mindestverkaufspreise eher zurückhaltend formuliert. Aus dem Gesamttext der E-Mail ergibt sich allerdings, dass sich diese Zurückhaltung – wenn überhaupt<sup>179</sup> – auf die konkret vorgeschlagene Mindestkalkulation bzw. deren Höhe bezieht, nicht aber auf die grundsätzliche

<sup>177</sup> Vgl. act. n° 41, S. 8.

<sup>178</sup> Vgl. act. n° 76, S. 2.

<sup>179</sup> Es zeigt sich an anderen Orten nämlich ebenfalls, dass Koch ausgesprochen bedacht darauf war, eine zurückhaltende Sprache zu verwenden, auch wenn der eigentliche Inhalt der Nachricht in der Tat keineswegs zurückhaltend war (vgl. für ein Beispiel dazu Rz 214).

Einigkeit, eine gemeinsame Mindestkalkulation zur Anwendung zu bringen. Dass Einigkeit über die Anwendung einer gemeinsamen Mindestkalkulation am „Top-Six“-Treffen erzielt wurde, ergibt sich nämlich e contrario hieraus, wäre doch andernfalls die Festlegung der konkreten Höhe dieser Mindestkalkulation obsolet. Auch das Schlusswort „auf eine erfolgreiche Umsetzung!“ belegt mit aller Deutlichkeit, dass Einigkeit in der Sache bestand und dass es nunmehr einzig noch um die Umsetzung der festgelegten Mindestmargen ging.

„Top-Six“-Treffen vom 5. Dezember 2002

113. Für die „Diskussion Handel“ bei diesem „Top-Six“-Treffen waren mehrere Punkte traktandiert.<sup>180</sup> Die hier interessierenden Punkte sind nachfolgend aufgeführt:

„1. offene Punkte aus Besprechung vom 23.5.02

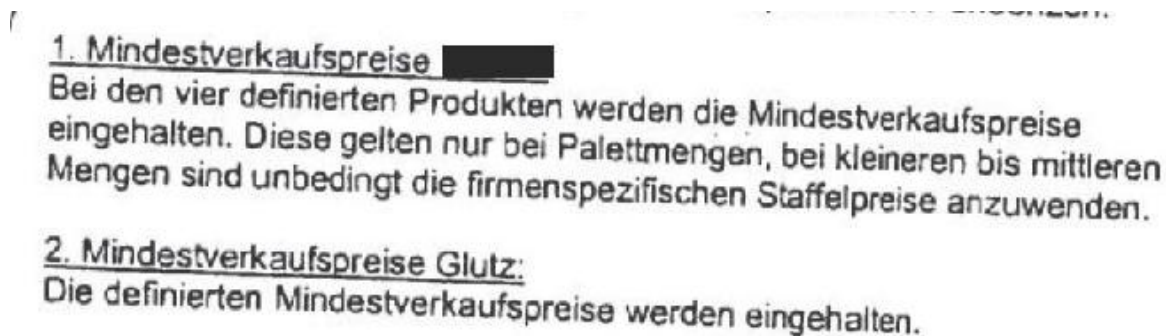
1.1.Kalkulationsgrundlage Glutz und [...]

[...]

1.4. Code-Selbstanzeige“

114. Im Nachgang zu diesem „Top-Six“-Treffen verfasste SFS ein Kurzprotokoll der Besprechung und versandte diese an die übrigen teilnehmenden Händler.<sup>181</sup> Diese E-Mail fasst – mit den Worten von SFS – „die besprochenen Pendenzen“ zusammen. Sie hält, soweit hier interessierend, Folgendes fest:

Abb. 7: Auszug E-Mail von SFS an die übrigen teilnehmenden Händler vom 9. Dezember 2002:



115. Diese E-Mail enthält gleich zu zwei Punkten eine Aussage: einerseits zur Einigung über anzuwendende Mindestverkaufspreise, insbesondere auch hinsichtlich deren Höhe, andererseits zur Umsetzung dieser Einigung.

„Top-Six“-Treffen vom 21. Mai 2003

116. Im Hinblick auf dieses Treffen sandte Glutz ein Schreiben an die Händler, in welchem sie die Mindestmargen thematisiert.<sup>182</sup>

<sup>180</sup> Siehe act. n° 8, Beilage 45.

<sup>181</sup> Act. n° 8, Beilage. 46.

<sup>182</sup> Act. n° 8, Beilage 49.

Abb. 8: Schreiben vom 1. Mai 2003 von Glutz an die Händler:

**Mindestmarge nach kaufmännischen Gesichtspunkten**

Geschätzter

Der Margen Zerfall beim Handel auf Glutz Produkten im Schweizer Markt hat in einigen Fällen ein sowohl für den Handel wie auch für Glutz AG bedrohliches Niveau erreicht. In einem Fall wurden, vom Architekten ausgeschriebene Glutz-Produkte, durch einen grossen Händler zu Marge 0 % angeboten. Anschliessend wurde durch einen anderen Grosshändler zu praktisch Marge 0 % geliefert, was wir als unlauteren Wettbewerb qualifizieren.

Dieser Umstand verstösst klar gegen die Grundsätze einer kaufmännischen Betriebsführung. Wir sind der Überzeugung, dass zur langfristigen Unternehmenssicherung im Handel eine Durchschnittsmarge [REDACTED] erforderlich ist. Diese darf auch bei extremsten Wettbewerbsbedingungen nicht unter [REDACTED] vor Bonus fallen.

Obwohl wir uns wiederholt über diesen kaufmännischen Grundsatz gemeinsam mit dem Handel auseinandergesetzt haben und alle Beteiligten die gleiche Auffassung teilten, wurde dieses Ziel nicht eingehalten.

Aus diesem Grunde wird künftig bei Unterschreitung der Mindestmarge von [REDACTED] vor Bonus, jeder einzelne Verstoss zu einer [REDACTED] an den Handel führen. Diese Regelung werden wir am 21. Mai 2003 besprechen, den Prozentabzug bekannt geben und zum Zeichen Deines Einverständnisses von Dir unterzeichnen lassen.

Die obige Massnahme steht im Zeichen eines fairen Wettbewerbes und wird auch zu einer Verbesserung der Ertragslage durch Glutz Produkte in Deinem Hause führen.

Herzliche Grüsse

117. Diesem Schreiben beigelegt war der Entwurf einer Vereinbarung über eine Mindestmarge, welche zwischen Glutz und den einzelnen Händlern abgeschlossen werden sollte.<sup>183</sup> Dieser Entwurf ist nachfolgend dargestellt:

Abb. 9: Entwurf Vereinbarung Mindestmarge Glutz mit Händlern, datiert auf den 21. Mai 2003:

Geschätzter

Um einen fairen Wettbewerb zu gewährleisten und zur langfristigen Unternehmenssicherung im Handel ist eine Durchschnittsmarge von > [REDACTED] erforderlich. Diese darf auch bei extremsten Wettbewerbsbedingungen nicht unter [REDACTED] vor Bonus fallen.

Bei einer Unterschreitung der Mindestmarge von [REDACTED] vor Bonus, werden wir künftig auf jeden einzelnen Verstoss mit einer [REDACTED] an den Handel um 1 % reagieren. (Beispiel: [REDACTED])

Diese Massnahme soll einen fairen Wettbewerb garantieren und zur Verbesserung der Ertragslage aller Beteiligten beitragen.

<sup>183</sup> Act. n° 8, Beilage 49.

118. Weitere Beweismittel zu diesem Treffen wie etwa Traktanden oder Protokolle liegen nicht vor.

#### A.4.6.2.2 Sachbeweise für den Zeitraum nach 2004

##### „Top-Six“-Treffen vom 27. April 2005

119. Zu diesem „Top-Six“-Treffen liegt ein Kurzprotokoll von Geiser vor, welches SFS einreichte.<sup>184</sup> Aus der Tat-

sache, dass SFS dieses von Geiser erstellte Protokoll einreichte, lässt sich schliessen, dass dieses alle teilnehmenden Händler erhalten haben. Hierfür spricht im Übrigen auch, dass das Protokoll mit den Worten „Freundliche Grüsse“ und dem Namen des Verfassers schliesst.

Abb. 10: Protokoll Besprechung „Diskussion Handel“ am „Top-Six“-Treffen vom 27. April 2005:

### Protokoll Besprechung Handel Top-Six Meeting vom 27.04.2005

#### Traktanden :

#### Mindestverkaufspreise Glutz:

Alle Top-Six-Mitglieder bestätigen, dass sie ab sofort den Mindestfaktor von 1.08 wieder durchsetzen werden. Das Ziel ist, bei der nächsten Preiserhöhung von Glutz eine Margenverbesserung zu realisieren. Glutz orientiert die Top-Six-Mitglieder bei der nächsten Preisrunde frühzeitig damit die Mindestmarge vorab definiert werden kann. Glutz wird die vorgesehene Margenverbesserung bei der Kommunikation der Preiserhöhung an die Verarbeiter berücksichtigen.

120. Dieses Protokoll enthält gleich zu mehreren Punkten eine Aussage: zunächst wird deutlich, dass hinsichtlich des anzuwendenden Mindestfaktors bereits zu einem früheren Zeitpunkt zwischen den Händlern eine Mindestmarge vereinbart wurde. Sodann wird ersichtlich, dass diese mittels eines Mindestfaktors von 1.08 festgelegt werden sollte. Zur Umsetzung ergibt sich daraus zweierlei, nämlich einerseits, dass in der Vergangenheit jedenfalls keine konsequente Umsetzung erfolgte, andererseits aber auch, dass der Wille zur Umsetzung bei allen Händlern erklärtermassen noch vorhanden ist.

##### „Top-Six“-Treffen vom 8. Juni 2006

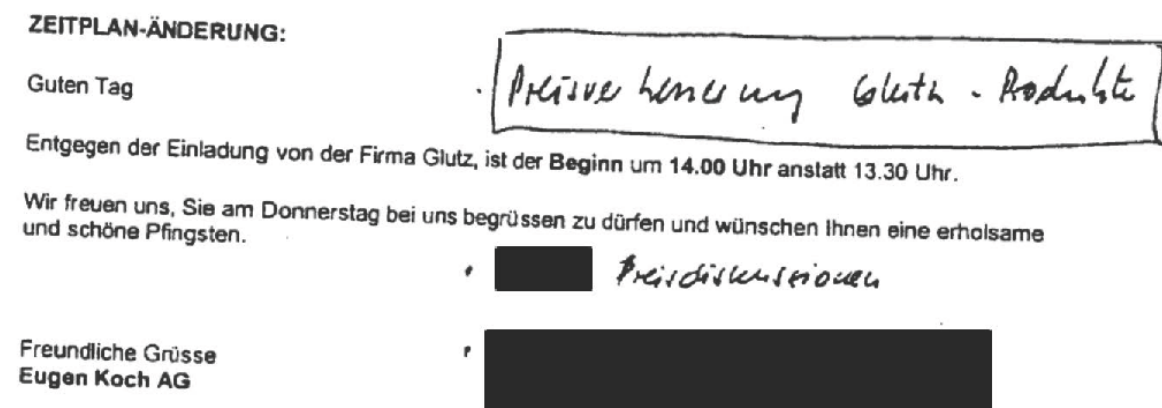
121. Hinsichtlich dieses Treffens sind folgende zwei Sachbeweise einschlägig. Es handelt sich dabei zum einen um eine E-Mail betreffend Zeitplan-Änderung, auf welcher SFS einige handschriftliche Notizen anbrachte.<sup>185</sup> Es ist nicht erstellt, zu welchem Zeitpunkt sie diese Notizen machte, deren Inhalt spricht allerdings dafür,

dass es sich dabei um Handnotizen anlässlich der „Diskussion Handel“ handelt.

<sup>184</sup> Act. n° 8, Beilage 52.

<sup>185</sup> Siehe act. n° 8, Beilage 42.

Abb. 11: Auszug Handnotizen von SFS auf E-Mail von Koch an die übrigen teilnehmenden Händler betr. Zeitplan-Änderung vom 2. Juni 2006:



122. Zum anderen handelt es sich um die Vorbereitungsnotizen für eine SFS-interne Gruppenleitersitzung vom 12. Juni 2006.<sup>186</sup> Darin wird festgehalten, dass das „Top-Six“-Treffen stattgefunden habe und SFS an diesem wegen ihrer [...], die sie ihren Kunden gewähre, kritisiert worden sei. In ihren Erläuterungen zu diesem Beweismittel hielt SFS fest, sie habe den Rabatt gleichwohl weiterhin gewährt.

123. Diese Sachbeweise belegen, dass auch anlässlich dieses Treffens die Preise von Glutz-Produkten Thema

waren und dass es dabei insbesondere um eine „Preisverbesserung“ ging. Ferner zeigen diese Handnotizen, dass von SFS vorgenommene Preisreduktionen bzw. gewährte Rabatte kritisiert wurden.

124. In einer internen Notiz hielt SFS die „Mindestverkaufspreise“ mit „Stand: 1.5.2007“ fest, also zu einem Zeitpunkt nach dem Treffen vom Juni 2006, aber noch vor dem Treffen vom Juni 2007.<sup>187</sup> Soweit Glutz-Produkte betreffend sei diese interne Notiz nachfolgend auszugsweise wiedergegeben:

Abb. 12: Auszug interne Notiz von SFS betr. „Mindestverkaufspreise“ „Stand: 1.5.2007“:

Glutz: [redacted] % auf Glutz BVP

Koch, OPO, Geiser, Blaser, SFS

125. Aus dieser internen Notiz ist zu entnehmen, dass die Mindestverkaufspreise vor dem Treffen vom Juni 2007 bei „[...] % auf Glutz BVP [=Bruttoverkaufspreis gemäss Liste von Glutz]“ lagen und diesbezüglich Koch, OPO, Geiser, Blaser und SFS involviert waren.

„Top-Six“-Treffen vom 12. Juni 2007

126. Als Vorbereitung für dieses Treffen hält SFS in einer internen Aufstellung fest, dass für Glutz-Produkte die Regel gelte: „Tiefstpreis: Brutto Glutz [...] % +10 % (gleich Brutto Glutz [...] %)“.<sup>188</sup>

127. Für die „Diskussion Handel“ bei diesem „Top-Six“-Treffen waren mehrere Punkte traktandiert.<sup>189</sup> In Klammern steht dabei jeweils, wer das jeweilige Traktandum einbrachte:

<sup>186</sup> Act. n° 75, Beilage 8.

<sup>187</sup> Act. n° 8, Beilage 65.

<sup>188</sup> Act. n° 15, Beilage 31.

<sup>189</sup> Siehe act. n° 8, Beilage 48.



Abb. 13: Auszug E-Mail von OPO an die übrigen teilnehmenden Händler (erstmalig auch Im-mer) vom 8. Juni 2007:

Angefügt finden Sie die mir gemeldeten Traktanden für die Diskussion Handel, welche am 12. Juni 2007 von 14.00 - 15.15 Uhr, anlässlich vom Glutz Top-Partner Meeting stattfindet. In Klammer ( ) ist der Händler aufgeführt von welchem der Anstoss für das entsprechende Traktandum gekommen ist.

**1. Preise Markenprodukte (OPO/Koch)**

Glutz



**2. Preiserhöhungen Lieferanten (OPO/Koch)**

Forderung seitens Handel an Lieferanten von max. einer Preiserhöhung pro Jahr, welche in einer fixen Periode durchgeführt wird.

**3. Handhabung Preiserhöhungen (OPO/Koch)**

Umsetzung der Lieferanten-Preiserhöhungen vom Handel auf das Datum des Preisaufschlages.

**4. Handhabung EURO-Kurs (Koch)**

Welcher Euro-Kurs wird wann angewandt in der Kalkulation.

128. Aufschlussreich zu diesem Treffen sind ferner die Notizen von SFS, welche sie sich vorgängig dazu im Hinblick auf die Diskussion machte.<sup>190</sup> Zum Traktandum „1. Preise Markenprodukte“ hielt SFS für sich fest:

„festgestellt, dass Marken mit Preisabsprachen die tiefsten Margen haben. festgestellt, dass viele Ausnahmeregelungen aus vergangenen Zeiten, oder aus welchen Gründen auch immer, bestehen. stelle auch fest, dass wir gewisse Vereinbarungen nicht einhalten und dass wir auch auf dem Markt teilweise auf Angebote stossen, welche nicht den Vereinbarungen entsprechen. [...] Mit der dezentralen Struktur und teilweise fehlenden Controlling-Instrumenten können wir, oder besser gesagt, kann ich nicht mein Wort zu Vereinbarungen geben. Es ist momentan einfach nicht möglich, diese 100%-ig einzuhalten.“

Aus diesem Grund ziehen wir uns momentan von diesen Vereinbarungen zurück.“

129. Im Vorfeld dieses Treffens, nämlich am Vormittag des 12. Juni 2007, schrieb Koch OPO noch eine E-Mail bezüglich des Treffens.<sup>191</sup> Darin hält Koch gegenüber OPO fest:

„Hier noch Feinabstimmung unserer Traktanden: Glutz Mindestkalkulation neu +11 - +12“

[...].

130. Handschriftlich notiert auf dieser von Koch eingereichten E-Mail ist hinter der Zeile „Glutz Mindestkalkulation neu +11 - +12“ die Zahl „10“.

Abb. 14: Auszug aus dem Ausdruck der E-Mail von Koch an OPO vom 12. Juni 2007:

**Hier noch Feinabstimmung unserer Traktanden:**

- **Glutz Mindestkalkulation neu +11 - +12** 10

131. [...].

132. Zu diesem Treffen weiter vorhanden sind die handschriftlichen Notizen von SFS dazu.<sup>192</sup> Diese erstellte SFS anlässlich des Treffens, und zwar auf einem Schreibblock mit dem Logo von OPO, bei welcher dieses Treffen stattfand.

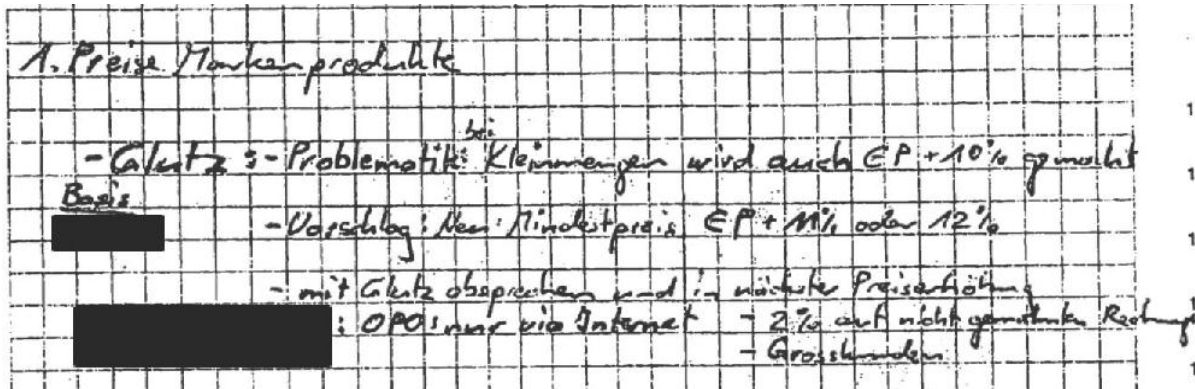
<sup>190</sup> Act. n° 8, Beilage 59.

<sup>191</sup> Act. n° 41, Beilage 10.

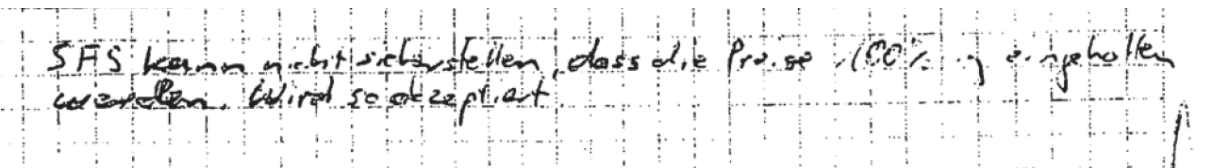
<sup>192</sup> Act. n° 8, Beilage 53.



Abb. 15: Zwei Auszüge Handnotizen von SFS vom 12. Juni 2007:



sowie



133. Die Handnotizen halten auch die Besprechungen zu den fünf weiteren unter diesem Traktandum genannten Marken fest. Aufgeführt sind die Prozentzahlen, welche den Min-destaufschlägen resp. Maximalrabatten entsprechen, die hinsichtlich dieser Produkte besprochen wurden. Die von SFS notierten Zahlen stimmen dabei exakt mit den handschriftlich notierten Zahlen von

Koch überein, die diese auf ihrer in Rz 131 aufgeführten E-Mail an OPO festhielt.

134. Zu diesem Treffen liegt schliesslich zudem ein Protokoll vor, welches SFS am Folgetag (13. Juni 2007) für den internen Gebrauch erstellt und das die Gesprächsergebnisse festhält.<sup>193</sup>

Abb. 16: Zwei Auszüge internes Protokoll von SFS vom 13. Juni 2007 zum Treffen vom Vortag:

## Top-Partner Meeting

### 1. Markenprodukte

#### • Glutz

Basis [redacted]

Mindestfaktor bei grossen Mengen 1,1 oder Rabatt auf Bruttopreis [redacted]

sowie

#### Fazit

Alle anwesenden Beschlägehändler sind an diesen Gesprächen stark interessiert. Ich selber finde diesen Austausch wichtig und richtig. Wenn es uns allen gelingt die Marge von Glutz um 1% zu erhöhen, gewinnt Koch [redacted] Fr. Opo [redacted] Fr. und am wichtigsten, SFS unimarket gewinnt [redacted] Fr. DB.

<sup>193</sup> Act. n° 8, Beilage 54.

#### A.4.6.3 Ausführungen in den Selbstanzeigen

135. **SFS** führte in ihrer Selbstanzeige aus, ursprünglich habe Glutz mit den Händlern individuelle Absprachen über Mindestmargen für ihre Produkte treffen wollen. Diese Vereinbarungen seien jedoch nie unterzeichnet und umgesetzt worden. Stattdessen seien die Händler unter sich übereingekommen, für Grosskunden/Offertanfragen kostendeckende Preise anzubieten. Solche Absprachen hätten punktuell bereits früher bestanden. Am „Top-Six“-Treffen vom Mai 2002 hätten die Händler einen Mindestverkaufspreis für Glutz-Produkte festgelegt. Wie hoch dieser gewesen sei, lasse sich den Unterlagen nicht mehr schlüssig entnehmen, SFS gehe aber davon aus, dass es um einen Mindestfaktor von 1.06 gegangen sei. Die Händler hätten den Mindestverkaufspreis in Form eines Multiplikators (Mindestfaktors) des Einstandspreises festgelegt. Da der Einstandspreis nicht für alle Händler derselbe gewesen sei, habe man sich diesbezüglich auf folgende Berechnung geeinigt: Bruttoverkaufspreise von Glutz (also die jährliche Glutz-Preisliste) abzüglich dem [...] %, abzüglich des [...] %. Dies ergebe den massgeblichen Einstandspreis, auf welchen der Multiplikator (der Mindestfaktor) anzuwenden sei.

136. Am Treffen vom April 2005 hätten die Händler als Mindestfaktor 1.08 vereinbart. SFS gehe davon aus, dass dieser Mindestfaktor am Treffen von 2006 auf 1.1 erhöht worden sei, die Unterlagen liessen jedoch keinen eindeutigen Schluss zu.

137. Am Treffen vom Juni 2007 hätten sich die Händler darauf geeinigt, den Mindestfaktor von 1.1 für Glutz-Offertgeschäfte (grosse Mengen) weiterhin anzuwenden. Diskutiert worden sei an diesem Treffen, den Mindestfaktor für Glutz-Offertgeschäfte um 1 % auf 1.11 zu erhöhen; eine solche Preiserhöhung sei jedoch nicht beschlossen worden.<sup>194</sup>

138. Diese Mindestverkaufspreise seien von den Händlern grundsätzlich nur bei Grossaufträgen/Offertgeschäften verwendet worden, so SFS in ihrer Selbstanzeige weiter. Bei Werklieferungen und bei Kleinmengen ab Lager seien diese Preise hingegen nicht zur Anwendung gelangt. Trotz dieser Absprachen seien die „Top-Six“-Händler auch bei Grossaufträgen/Offertgeschäften miteinander im Wettbewerb gestanden. Sie hätten versucht, sich über den Preis und andere Wettbewerbsparameter zu differenzieren und hätten weitergehende Rabatte gewährt. Immer öfter seien die Händler daher auch bei Grossaufträgen/Offertgeschäften von diesen Mindestverkaufspreisen abgewichen. SFS habe die Glutz-Produkte oft unter den vereinbarten Mindestverkaufspreisen angeboten und auch die übrigen Händler hätten sich in zahlreichen Fällen nicht daran gehalten. Deshalb habe sich SFS am Treffen vom Juni 2007 auch von diesen Absprachen zurückziehen wollen. Die übrigen beteiligten Händler seien demgegenüber dafür gewesen, diese Absprachen weiterzuführen. Sie hätten akzeptiert, dass es SFS nicht möglich sei, diese Mindestverkaufspreise intern durchzusetzen und dass sich SFS daher nicht vollständig daran halten können. Die Mindestverkaufspreise sollten weiterhin als Richtgrössen fortbestehen.<sup>195</sup>

139. **OPO** führte in ihrer Selbstanzeige aus, ab ca. 2000 seien bei der „Diskussion Handel“ auch Preisthemen diskutiert worden. Dabei sei vorgeschlagen worden, für Glutz-Produkte eine Mindestmarge zu beachten. Diese sollte nach Erinnerung von OPO zu Beginn (ca. 2000) 8 % und zuletzt (ca. 2007) 10 % betragen. Die Mindestmargen/Maximalrabatte seien nach Kenntnisstand von OPO nicht schriftlich fixiert worden, weshalb eine Rekonstruktion heute schwierig sei. Für die Nichteinhaltung seien keine Sanktionen vorgesehen worden und ebenso wenig sei die Einhaltung kontrolliert worden. Ob die Konkurrenten die Mindestmargen eingehalten hätten, könne OPO nicht beurteilen. OPO habe die diskutierten Mindestmargen/Maximalrabatte für sich nicht als verbindlich betrachtet und in der Praxis häufig tiefere Preise offeriert.<sup>196</sup>

140. In ihrer Ergänzung zur Selbstanzeige ergänzte OPO, teilweise seien Themen, die anlässlich des nächsten „Top-Six“-Treffens besprochen werden sollten, vorgängig zwischen einzelnen Händlern telefonisch oder per E-Mail vorbesprochen worden, über Aufzeichnungen dazu verfüge OPO jedoch nicht mehr. OPO habe die diskutierten Mindestmargen weder als verbindlich betrachtet noch sich daran gehalten. Beispiele würden zeigen, dass OPO diese Mindestmarge nicht als verbindlich betrachtet und massiv unterschritten habe. Gleichwohl habe OPO nicht bei allen Ausschreibungen immer den Zuschlag erhalten. Häufig sei der Auftrag mit Verweis auf bessere Preise eines anderen „Top-Six“-Händlers an diesen vergeben worden, was zeige, dass sich auch die übrigen beteiligten Händler nicht an diese Mindestmarge gemäss „Top-Six“-Treffen gehalten hätten. Am Treffen im Jahr 2006 sei eine Erhöhung der Mindestmarge von 8 % auf 10 % „beschlossen“ worden. Doch auch diese Erhöhung sei von OPO nicht umgesetzt worden, wie ein Beispiel zeige.<sup>197</sup>

141. **Koch** führte in ihrer Selbstanzeige aus, unter dem Traktandum „Handel“ sei unter den Konkurrenten über Preisgestaltung, Rabatte und Preisaufläge bezüglich Glutz-Produkten gesprochen worden. Ziel sei gewesen, eine gewisse Abstimmung in der Preispolitik der einzelnen Händler zu erzielen. Vereinzelt habe es auch ausserhalb dieser „Top-Six“-Treffen Kontakte zwischen einzelnen Konkurrenten gegeben. Unter dem Traktandum „Handel“ sei unter anderem über die Preisgestaltung gesprochen worden. Absicht der Händler sei gewesen, im unruhigen Marktumfeld eine „Marktberuhigung“ zu erzielen und einen ruinösen Wettbewerb zu vermeiden. Es hätten jedoch weder bindende Verkaufspreisvereinbarungen bestanden noch Sanktionsfolgen bei Nichteinhaltung. Eine Marktberuhigung habe nicht erreicht werden können. Eher das Gegenteil sei der Fall gewesen, da sich praktisch niemand an die Vorgaben gehalten habe. Der Informationsaustausch habe dazu geführt, dass sich die Händler bei der nächsten sich bietenden Gelegenheit unterboten hätten.<sup>198</sup>

<sup>194</sup> Act. n° 8, Rz 72–81.

<sup>195</sup> Act. n° 8, Rz 85–89.

<sup>196</sup> Act. n° 25, Rz 10, 18–20.

<sup>197</sup> Act. n° 40, Rz 9, 10, 14 und 15.

<sup>198</sup> Act. n° 41, S. 2 und 7.

142. Weiter führte Koch in ihrer Selbstanzeige aus, die Händler seien sich selten einig gewesen und Konsens konnte – wenn überhaupt – bloss in einigen Punkten erzielt werden. 2002 habe man gemeinsame Rahmenbedingungen in Form von Kalkulationsgrundlagen erstellt. Gleichzeitig sei versucht worden, ein Mindestaufschlag von 5 % auf dem Einstandspreis umzusetzen. Zur Kontrolle sollten Selbstanzeigelisten erstellt werden. Der Versuch sei jedoch gescheitert. Da es sich um reine Empfehlungen ohne Sanktionsfolgen gehandelt habe, seien sie von den Händlern weder umgesetzt noch eingehalten worden. Die gewonnenen Preis- und Rabattinformationen seien vielmehr eingesetzt worden, um die anderen Händler zu unterbieten. Ein Beispiel diskutierter Traktanden zeige, dass die Händler nicht nur versucht hätten, vernünftigeren preisliche Rahmenbedingungen (hier für Markenprodukte) zu definieren, sondern auch weitere Punkte besprochen hätten. Die für die „Diskussion Handel“ zur Verfügung stehende Zeit sei knapp bemessen gewesen. Die Gespräche hätten aus diesem Grund primär informativen Charakter gehabt und konkrete Beschlüsse hätten selten resultiert.<sup>199</sup>

143. Schliesslich machte Koch in ihrer Selbstanzeige auch Ausführungen zu Vorbesprechungen zu den „Top-Six“-Treffen zwischen ihr und OPO. Die beiden grössten Händler, Koch und OPO, hätten gelegentlich vor solchen Treffen Informationen ausgetauscht, um eine gemeinsame Position vertreten zu können. Hintergrund dafür sei gewesen, dass sich die Händler an den „Top-Six“-Treffen selten einig gewesen seien, was für alle Beteiligten ein Problem dargestellt habe. Das Gespräch „Handel“ habe nur dann zu einem Ergebnis geführt, wenn die beiden grössten Händler eine ähnliche Position vertreten hätten.<sup>200</sup>

#### A.4.6.4 Ausführungen an den Parteieinvernahmen

144. **SFS** führte anlässlich der Parteieinvernahme aus, Grund für die „Diskussion Handel“ sei gewesen, dass es bei Glutz-Produkten sehr tiefe Margen gegeben habe und es deshalb das Ziel gewesen sei, bessere Margen durch bessere Verkaufspreise zu erzielen. Auf die Frage, ob SFS bestätigen könne, dass die Bruttoverkaufspreise von Glutz abzüglich des [...] % als Berechnungsbasis der Mindestpreisabsprache gedient habe, antwortete SFS, dies sei die ursprüngliche Idee gewesen, da die Händler festgestellt hätten, dass sie unterschiedliche Einstandspreise gehabt hätten. Sie hätten sich aber nicht gegenseitig kontrolliert und SFS hätte sich auch nicht an die Abreden gehalten. Es habe aber immer wieder ein Echo von anderen Händlern, insbesondere von Koch, gegeben, wenn sie sich nicht daran gehalten hätten.

145. Auf die Frage, ob SFS bestätigen könne, dass spätestens ab April 2005 ein Mindestfaktor von 1.08 vereinbart worden sei, antwortete SFS zustimmend. Sie wisse aber nicht mehr genau, wann der Mindestfaktor von 1.1 vereinbart worden sei. Die Meinung sei gewesen, dass wenn man sich getroffen habe, dass man sich auch an die Abreden halte. Die Idee sei gewesen, die Abrede sofort nach dem Treffen umzusetzen.<sup>201</sup>

146. **Koch** führte anlässlich der Parteieinvernahme aus, neben Verbandssachen sei auch Thema der „Diskussion Handel“ gewesen, wie man sich im Markt bekämpft ha-

be, vor allem in Hinblick auf die Preise. Sie hätten einander „wüescht“ gesagt bezüglich des Preisverhaltens am Markt. In der Regel hätten Kunden mehrere Lieferanten, welche sie gegeneinander ausspielten, um das Preisspiel am Leben zu erhalten.

147. Auf Vorhalt einer E-Mail von Koch an OPO vom 12. Juni 2007 im Vorfeld des „Top-Six“-Treffens desselben Tages<sup>202</sup> mit der Passage „Hier noch Feinabstimmung unserer Traktanden: - Glutz Mindestkalkulation neu +11 - +12 [...]“ führte Koch aus, 2006/2007 hätten sie einen grossen Verdrängungskampf erlebt. Kaufmännisch müsse man eine Bruttomarge von [20–30] % haben, damit alles gedeckt sei. Man sollte irgendwie versuchen, Mindestkalkulationen festzusetzen. 10 % wären schon bescheiden, aber sie müssten irgendwie eine Untergrenze finden. Koch habe für die interne Kalkulation 10 % Aufschlag verwendet. OPO und sie seien die Grössten, deshalb hätten sie mit den anderen darüber reden können, in welche Richtung sie gingen. Das hätten sie dann auch an diesem Treffen so versucht. Bei dem Treffen sei dann festgehalten worden, dass der Preiskampf sie alle in den Ruin treiben könne und dass man deswegen etwas tun müsse. 10 % sei nur von Koch aufgeschrieben, nicht aber mit den anderen Händlern vereinbart worden. Die Diskussion bei diesen Treffen sei um die Prozentpunkte auf die jeweils eigene Kalkulation gegangen. Es sei über 2–3 Punkte mehr geredet worden. Sie hätten nicht genau gewusst, was die anderen machen würden. Sie hätten für sich entschieden, dass sie als [...] haben müssten. Zum Schluss der Parteieinvernahme hielt Koch fest, sie hätten in den Jahren 2005 bis 2007 über Mindestaufschläge geredet, aber es habe „null und nix gefruchtet“.<sup>203</sup>

148. **OPO** führte anlässlich des Parteieinvernahme aus, sie wisse nicht mehr genau in welchem Jahr, aber dann hätten die Händler auch begonnen, an den „Top-Six“-Treffen über Glutz-Produkte zu reden.<sup>204</sup> Man habe festgestellt, dass man mit Glutz-Produkten kein Geld verdienen könne. Sie als Händler hätten ihre Probleme Glutz vorgestellt. Glutz habe gemeint, das sei ihr Problem und habe auf das Treffen unter den Händlern verwiesen, wo sie die Probleme untereinander diskutieren könnten. Die Diskussionen im Rahmen der Händler seien sehr schwierig gewesen. Dabei sei es auch um die Preise von Glutz-Produkten und die Schwierigkeiten mit diesen Produkten auf dem Markt gegangen. Man habe über Mindestaufschläge geredet, insbesondere sei über die zu tiefen Preise gejammert worden. Auf die Frage, ob ihr Faktoren von 1.08 und 1.1 bekannt seien, antwortete OPO, ja, die seien ihr bekannt. Sie hätten darüber geredet, dass ein Faktor von 1.08 gut wäre. Aber sie hätten gewusst, da würde sich sowieso keiner daran halten, da jeder seinen eigenen Preis selbständig festlegen würde und sie individuell bei wichtigen Offerten einen Tagespreis festlegen würde. Aber generell hätten

<sup>199</sup> Act. n° 41, S. 8-10.

<sup>200</sup> Act. n° 41, S. 10 und 11.

<sup>201</sup> Act. n° 181.

<sup>202</sup> Vgl. act. n° 41, Beilage 10.

<sup>203</sup> Act. n° 182.

<sup>204</sup> Act. n° 197.

sie über solche Faktoren geredet. Ihres Wissens sei keine Einigung über die genaue Um-setzung solcher Mindestfaktoren erzielt worden. Auf die Frage, wann der Mindestfaktor 1.08 vereinbart worden sei, schaute OPO in ihrer Selbstanzeige nach und antwortete, am Meeting 2006 sei eine Erhöhung von 8 % auf 10 % diskutiert worden. Im Jahr 2000 wahrscheinlich eine Diskussion über die Festlegung des Faktors 8 %. Ob es die Idee gewesen sei, die Aufschläge sofort umzusetzen, beantwortete OPO damit, sie könne dazu keine Aussage machen. Für sie seien diese Faktoren nie massgeblich und verbindlich gewesen. Es habe keinen Stichtag für die Umsetzung gegeben. Aber wenn sie es heute interpretieren würde, hätte ein Mindestfaktor sofort umgesetzt werden sollen. Auf die Frage hinsichtlich der Berechnungsbasis des Mindestaufschlags (Bruttopreisliste Glutz abzüglich [...] %) führte OPO aus, der Einkaufspreis von Glutz setze sich so zusammen und dies sei auch die Kalkulationsbasis für die Staffelpreise. Sie sei davon ausgegangen, dass die Einkaufspreise ähnlich oder gleich seien. Sie hätten bei solchen Treffen nie über die genaue Preisdefinierung gesprochen. Die Zeit hätte ob der Vielfalt der Produkte auch nicht gereicht dafür. Auf die Frage, wann Immer das erste Mal an den Treffen teilgenommen hätte, antwortete OPO, dies sei im Jahr 2007 gewesen. Ein denkbarer Grund für die Einladung von Immer sei in dem Umstand zu sehen, dass Immer Marktanteile gewonnen habe. Auch habe Koch als Gastgeber eine Einladung vorgeschlagen. Zum Schluss der Parteieinvernahme hielt OPO fest, sie habe mehrfach versucht aufzuzeigen, dass sie am Markt den Preis gemacht habe, der nötig gewesen sei. Auch wenn sie teilweise Angebote [...] gemacht habe, habe sie teilweise keine Aufträge bekommen. Das zeige, dass sich auch andere Händler nicht an irgendwelche Absprachen gehalten hätten. Es sei darüber geredet worden, aber es sei nie irgendetwas umgesetzt worden. Die Frage ihres Rechtsvertreters, ob die Mindestmarge im Preissystem von OPO abgebildet worden wäre, verneinte OPO. Die Möglichkeit, eine solche Mindestmarge im System zu hinterlegen, wäre gegeben, dies sei aber nie umgesetzt worden. Auf die Frage, ob es ein Überwachungssystem gegeben habe, wenn ein Händler unter der Mindestmarge verkauft habe, antwortete OPO mit, es habe kein solches System gegeben. Dies sei schon rein technisch bei rund 250'000 Verkaufsaufträgen pro Jahr allein bei OPO nicht möglich. Bei Treffen habe vielleicht schon einmal einer gejamert, dass jemand wieder zu einem zu tiefen Preis verkauft habe. Das sei aber kein systematisches Vorgehen gewesen. Auf die Frage, ob es irgendwelche Sanktionen oder Nachteile gegeben habe, wenn man sich nicht an die vermeintlichen Absprachen gehalten habe, antwortete OPO mit, nein, keinerlei Sanktionen. Es habe vielleicht vereinzelt mal ein Telefongespräch gegeben, aber sonst nichts.

149. **Blaser** führte anlässlich der Parteieinvernahme zum Ablauf der „Top-Six“-Treffen aus, sie hätten dort auch Probleme besprochen, wie zum Beispiel Marketingaktionen, welche man nicht machen dürfe, wie etwa unter dem Einkaufspreis verkaufen. Auf die Frage, ob an diesen Treffen auch Mindestfaktoren für den Weiterverkauf von Glutz-Produkten besprochen bzw. vereinbart worden seien, führte Blaser aus, am Anfang habe es einen Impuls von Glutz gegeben, dass ihre Produkte auf

dem Markt für Ramschpreise verkauft würden. Glutz habe dann gemeint, wenn sie als Händler nicht in der Lage seien, eine bestimmte Marge zu realisieren, sie einen Abzug vom Bonus bekommen würden. Durchgesetzt worden sei dies jedoch nie. Der Markt sei sehr dicht und die Einkaufspreise seien wahrscheinlich auch sehr unterschiedlich. In einem solchen Umfeld eine Vereinbarung unter den Händlern zu treffen, wäre schon sehr schwierig. Aber den Versuch habe es gegeben und die Initiatorin dazu sei Glutz gewesen. Während den „Top-Six“-Treffen habe es keine Abrede über Wiederverkaufspreise gegeben. Es sei darüber geredet worden, aber sicher nicht vereinbart. Es mache auch keinen Sinn, einmal im Jahr eine Stunde dazu zu verwenden, über Preise zu reden. Zum Schluss der Parteieinvernahme hielt Blaser fest, die Untersuchung habe 2008 angefangen. Und schon damals habe er gedacht, dass es für die WEKO eine auf den ersten Blick klare Sache sei. Aber sie müsse nochmals betonen, dass wenn man die minimale Diskussionszeit von 3 Stunden in drei Jahren anschau, dann sei sie nicht der Auffassung, dass da etwas in dieser Art falsch gelaufen sei.<sup>205</sup>

150. **Geiser** führte anlässlich der Parteieinvernahme aus, Auslöser für die „Diskussion Handel“ sei gewesen, dass die Produkte auf dem Markt sehr stark umkämpft seien.<sup>206</sup> Die kleineren Händler hätten vermutet, dass die grösseren Händler bessere Konditionen bekämen als sie. Glutz habe aber bestätigt, dass alle Händler die gleichen Konditionen hätten. Glutz meinte dann, sie müssten dies untereinander anschauen. Sie denke, dass auch andere Händler Glutz um bessere Konditionen angefragt hätten, damit man leben könne. Glutz habe gemeint, dass sie einen gewissen Faktor benutzen sollten, um die Marge zu erreichen. Umgesetzt worden sei dies aber nie. Bei den Treffen unter den Händlern habe es keine Traktandenliste gegeben, dort sei es immer um die gleiche Sache gegangen. Zum Teil habe es heftige Diskussionen gegeben. Es sei hierbei über die Preise und Mindestfaktoren diskutiert worden, solche Abreden seien aber nie umgesetzt worden. Man habe halt nie gewusst, was die anderen Händler im Anschluss an diese Treffen machen würden. Die Verkaufspreise seien ein Thema gewesen. Wobei es zum Teil auch heftige Diskussionen gegeben habe, wenn ein Händler bei einem Grossprojekt einen sehr tiefen Preis gesetzt habe.

151. Auf die Frage, ob an diesen Treffen Mindestfaktoren für den Weiterverkauf von Glutz-Produkten besprochen resp. vereinbart worden seien, antwortete Geiser mit, ja, das sei richtig. Ob ihr die Faktoren 1.08 und 1.1 bekannt seien, beantwortete Geiser damit, es habe verschiedene Faktoren gegeben. Ganz am Anfang sei von Glutz 1.12 in den Raum gestellt worden. Die beiden genannten Faktoren seien ihr jetzt nicht speziell bekannt. Es sei aber über mehrere Faktoren gesprochen worden, wobei auch die beiden erwähnten Faktoren genannt worden sein könnten. Die Fragen, wann die Mindestfaktoren von 1.08 resp. 1.1 vereinbart worden

<sup>205</sup> Act. n° 193.

<sup>206</sup> Act. n° 195.

seien, beantwortete Geiser damit, sie wisse es nicht mehr. Es sei schon die Idee gewesen, die Faktoren sofort umzusetzen. Der Konkurrenzkampf sei schon sehr gross, von daher sei es schon die Idee gewesen, die Mindestfaktoren auch umzusetzen. Über einen konkreten Zeitpunkt sei nie gesprochen worden. Zum Schluss der Parteieinvernahme hielt Geiser fest, sie glaube, die Umsetzung dieser Mindestfaktoren habe wirklich keiner machen wollen. Grundsätzlich habe es zwar Absprachen gegeben, aber diese seien wie gesagt nie umgesetzt worden. Ihr sei auch nie bewusst gewesen, was solche Absprachen für Konsequenzen haben könnten.

152. **Immer** führte anlässlich der Parteieinvernahme aus, sie sei 2007 erstmals an einem „Top-Six“-Treffen dabei gewesen.<sup>207</sup> Immer sei erst mit dem Erreichen eines gewissen Marktanteils und Grösse kontaktiert und eingeladen worden. Bei der „Diskussion Handel“ habe sie sich vorstellen und die anderen Händler kennen lernen können. Sie hätten dann auch über den Preiskampf auf dem Markt gesprochen und darüber, dass die Preise von Glutz-Produkten extrem niedrig seien. Die Frage, ob die Verkaufspreise an diesem Treffen ein Thema gewesen seien, bejahte Immer. Es sei zunächst um den Preisdruck in der Branche gegangen. Die Türindustrie habe extrem Druck gemacht. Es seien Mindestfaktoren wie 1.08 und 1.1 als Aufschlag gefallen, welche wünschenswert wären. Die Initiative sei von den grossen Händlern ausgegangen, von welchen sie wüsste, dass diese die Preise auf dem Markt drückten. Sie habe diese Faktoren jedoch nicht angewendet. Aber sie hätte eine Preiskontrolle gemacht und [...]. Sie habe aber gewusst, dass es da eine Gruppe bei diesen Treffen gebe, die darüber spreche. Eine Abrede über Mindestfaktoren sei nie vereinbart worden. Zum Schluss der Parteieinvernahme hielt Immer fest, beim Treffen 2007 sei unter anderem über die Preise am Markt gesprochen worden. [...] Und sie sei der Meinung, dass kein Vergehen ihrerseits stattgefunden habe.

#### A.4.6.5 Beteiligung und Rolle von Glutz an der „Diskussion Handel“

153. Bezüglich der Beteiligung von Glutz an der „Diskussion Handel“ führte **SFS** aus, Glutz habe gewusst, dass sich die Händler anlässlich der „Top-Six“-Treffen vorgängig treffen würden. Zur diesbezüglichen Traktandenliste habe Glutz jedoch nichts beigetragen und sie hätte auch nicht gewusst, welche Themen dort traktandiert worden seien. Glutz habe vermutlich 2003 einen Vorschlag unterbreitet, dass man eine Mindestmargenregelung unterzeichnen solle. Nach ihrem Wissensstand habe Glutz aber nichts von den (in der Frage des Befragenden ausdrücklich genannten) Mindestfaktoren von 1.08 oder 1.1 gewusst.<sup>208</sup>

154. Bezüglich der Beteiligung von Glutz an der „Diskussion Handel“ führte **Koch** aus, Glutz habe die Händler jeweils zum „Top-Six“-Treffen begrüsst, sich dann aber für die „Diskussion Handel“ wieder verabschiedet. Auf die Frage, welche Rolle Glutz bei den Gesprächen der Händler und insbesondere der Diskussionen über Mindestaufschläge gehabt habe, antwortete Koch, sie hätten Glutz mit ihrem Problem konfrontiert und dann untereinander festgestellt, dass auch die anderen Händler mit Glutz geredet hätten, dabei aber nichts herausge-

kommen sei. Glutz habe nur gesagt, sie müssten dies untereinander regeln. Mit Glutz seien aber keine direkten Gespräche über Mindestaufschläge geführt worden und Glutz seien die Details der Gespräche der Händler auch nicht bekannt gewesen.<sup>209</sup>

155. Auf die Frage, welche Rolle Glutz bei den beiden Gesprächen über die Mindestfaktoren 1.08 und 1.1 gehabt habe, antwortete OPO, Glutz habe an den Vorgesprächen (also an der „Diskussion Handel“) nicht teilgenommen. Sie glaube aber, dass Glutz möglicherweise Kenntnis von ihren Gesprächen über Aufschläge/Mindestfaktoren gehabt habe.<sup>210</sup>

156. Auf die Frage, welche Rolle Glutz bei den beiden Gesprächen über die Mindestfaktoren 1.08 und 1.1 gehabt habe, antwortete Geiser, Glutz habe schon ein Interesse gehabt, dass die Händler eine gute Marge erzielen würden. Glutz habe die Händler aber nicht dazu gezwungen, sondern vielmehr an ihre Vernunft appelliert. Glutz habe Kenntnis von den Themen an den Treffen der Händler gehabt und sei teilweise auch mit dabei gewesen.<sup>211</sup>

157. Bezüglich der Beteiligung von Glutz an der „Diskussion Handel“ führte Immer aus, sie wisse nicht, ob Glutz von Mindestfaktoren wusste. Bei der „Diskussion Handel“ sei Glutz aber definitiv nicht anwesend gewesen.<sup>212</sup>

158. Glutz antwortete anlässlich der Parteieinvernahme auf die Frage, ob es im Jahr 2003 Bemühungen gegeben habe, eine Vereinbarung mit den Händler über eine Mindestmarge von 5 % abzuschliessen verbunden mit einer [...] bei jedem Verstoss gegen diese Vereinbarung, damit, sie habe im Jahr 2003 sicher von Seiten der Händler davon Kenntnis bekommen. Und 5 % seien auch genannt worden von den Händlern. Generell könne es schon sein, dass sie es gutgeheissen hätten. Aber es habe keine Sanktion in Form einer [...] gegeben, falls die Händler diese 5 %-Mindestmarge nicht eingehalten hätten. Das [...] sei weiterhin bestehen geblieben und es seien keine solchen Bemühungen seitens Glutz unternommen worden. Auf Vorhalt eines entsprechenden Schreibens von Glutz an die Händler vom 1. Mai 2003<sup>213</sup> hielt Glutz fest, an diesen Entwurf einer Vereinbarung habe sie sich jetzt nicht mehr erinnert. Sie wisse nicht, dass dies irgendjemand unterzeichnet habe. In der Folge seien die „Top-Six“-Treffen unterteilt worden in eine

<sup>207</sup> Act. n° 194.

<sup>208</sup> Act. n° 181.

<sup>209</sup> Act. n° 182.

<sup>210</sup> Act. n° 197.

<sup>211</sup> Act. n° 195.

<sup>212</sup> Act. n° 194.

<sup>213</sup> Siehe act. n° 8, Beilage 49.

Diskussion Handel unter sich und in die Präsentation seitens Glutz. Sie habe diese Strategie offen gelegt, nicht aber an möglichen Absprachen teilgenommen. Auf die Frage, ob sie Kenntnis über die Vereinbarung von Mindestfaktoren für den Weiterverkauf von Glutz-Produkten durch die „Top-Six“-Händler habe, antwortete Glutz, ein Feedback sei gewesen, dass sie sich auf dem Markt bekämpften. Ihre Antwort sei gewesen, dass sie darauf keinen Einfluss nehmen könnten. Sie habe mal gehört, dass sich die Händler über eine Mindestmarge von 8 % unterhalten hätten. Ein anderer Faktor sei ihr nicht bekannt. Ob es eine Abrede gewesen sei, wisse sie nicht. Über den Faktor von 8 % hätten sie nachträglich Kenntnis erhalten.<sup>214</sup>

#### **A.4.7 Beweisergebnis bezüglich Einigungen über Mindestmargen für Glutz-Produkte anlässlich der „Diskussion Handel“ an den „Top-Six“-Treffen**

159. Durch diverse Sachbeweise erstellt und nicht bestritten ist, dass die Händler anlässlich der „Top-Six“-Treffen Gespräche über Mindestmargen auf Glutz-Produkten führten und dass dabei auch konkrete Mindestmargen genannt wurden (s.o. Rz 102 ff.).

160. Sachverhältnismässig strittig ist jedoch, ob die „Top-Six“-Händler die gemeinsamen Mindestmargen auf Glutz-Produkten als verbindlich angesehen haben, oder ob bei den Gesprächen bloss „Margenempfehlungen“ abgegeben wurden. Strittig ist ferner, inwieweit Immer und Glutz dabei involviert waren. Diese umstrittenen Punkte werden nachfolgend im Einzelnen behandelt.

##### **A.4.7.1 Bewiesen ist, dass die Händler von einer Verbindlichkeit der besprochenen Mindestmargen für Glutz-Produkte ausgingen**

161. Vorab klarzustellen ist hier, dass es zwei unterschiedliche Themen sind, ob a) die Parteien von der Verbindlichkeit der besprochenen Mindestmargen ausgingen und alsdann ob b) und wenn ja, in welchem Umfang die vereinbarten Mindestmargen auch umgesetzt wurden. An dieser Stelle geht es einzig um das erste Thema, namentlich darum, ob die Händler die anzuwendenden Mindestmargen (gleichbedeutend: Mindestaufschläge sowie Mindestfaktoren) als verbindlich ansahen.

162. Vor allem SFS und auch Geiser geben an, es sei zu Absprachen über Mindestmargen gekommen, was impliziert, dass sie von einer Verbindlichkeit der Mindestmargen ausgingen. Die Ausführungen von OPO gehen in dieselbe Richtung, sind allerdings etwas zurückhaltender. Koch, Blaser und Immer machen hingegen geltend, es sei zu keinen Absprachen gekommen, sondern es seien „bloss“ Empfehlungen oder wünschenswerte Mindestrabatte genannt worden; eine Absprache, also eine eigentliche Einigung darüber sei jedoch nicht erzielt worden. Bei den Ausführungen von Immer ist allerdings zu berücksichtigen, dass Immer nur an einem einzigen Treffen mit dabei war.

163. Beweismässig wesentlich aussagekräftiger als die Parteivorbringen sind vorliegend die einschlägigen Sachbeweise. Denn diese sind zum einen – wie bereits einleitend ausgeführt<sup>215</sup> – vor Verfälschungen wie etwa Erinnerungslücken (gerade bei Sachverhalten, die mehrere Jahre zurückliegen) oder vor der Subjektivität von

Eindrücken gefeit. Zum anderen wurden sie zeitnah zu den relevanten Treffen erstellt, waren für die einzelnen Händler intern resp. für alle Händler gemeinsam bestimmt (wurden also nicht spezifisch für die vorliegende Untersuchung geschaffen) und bieten daher den genauesten Aufschluss über den effektiven Inhalt dieser Treffen.

164. In beweismässiger Hinsicht zeichnen die hiervor im Einzelnen aufgeführten Sachbeweise,<sup>216</sup> auf deren Wiedergabe an dieser Stelle verzichtet wird, ein eindeutiges Bild. Sie zeigen, dass die Händler nicht nur über Mindestmargen für Glutz-Produkte gesprochen haben und insofern Informationen austauschten, sondern dass auch die anzuwendenden gemeinsamen Mindestmargen von den „Top-Six“-Händler als verbindlich angesehen wurden. Dies belegen nur schon etwa diverse Protokollstellen zu solchen Treffen, welche festhalten, dass die definierten Mindestmargen eingehalten werden, oder gemäss welchen alle Händler bestätigen, den Mindestfaktor wieder durchzusetzen. Solche Protokollstellen machen nur dann Sinn, wenn die „Top-Six“-Händler vorgängig auch davon ausgingen, dass sie sich prinzipiell an die besprochenen Mindestmargen zu halten haben. Denn andernfalls gäbe es nichts, was es einzuhalten oder durchzusetzen gälte.

165. Dies ist ein Beweisergebnis, dass denn auch durch weitere Sachbeweise zusätzlich bekräftigt wird.<sup>217</sup> Insbesondere der Umstand, dass einzelne „Top-Six“-Händler bei jeweils anderen „Top-Six“-Händlern die Nichteinhaltung der besprochenen Mindestmargen moniert haben,<sup>218</sup> zeigt deutlich, dass die besprochenen Mindestmargen eigentlich eingehalten werden sollten. Im Übrigen zeigen die Sachbeweise, wie zwischen den „Top-Six“-Händlern anlässlich der „Top-Six“-Treffen eine „Absprachekultur“ bestand: So verständigten sie sich nicht nur über Mindestmargen für Glutz-Produkte, sondern auch für mehrere andere Markenprodukte und in den Anfängen der „Top-Six“-Treffen wurde dies gar unter dem Titel „Preisabsprachen“ traktandiert.

166. Die einer solchen Beweiswürdigung entgegenstehenden Aussagen von Koch und Immer sind hingegen nicht glaubhaft. In Anbetracht der Eindeutigkeit der Sachbeweise erscheinen die Aussagen von Koch und Blaser beschönigend und in dieser Form – wie die Beweiswürdigung zeigt – unzutreffend. Anders als bei Blaser und Immer, welche keine Selbstanzeigen einreichten und Immer zudem nur an einem einzigen Treffen teilnahm, besteht bei Koch kein Verständnis. Es kommt hinzu, dass sich die Ausführungen von Koch sogar in sich selbst als unstimmt erweisen, etwa wenn Koch angibt, mit den Gesprächen über die Preisgestaltung sei eine „Marktberuhigung“ angestrebt, jedoch eher das Gegenteil erreicht worden, da sich die Händler dank der gewonnenen Informationen gezielt unterboten hätten.

<sup>214</sup> Act. n° 191.

<sup>215</sup> Rz 42 ff.

<sup>216</sup> Siehe Rz 103 ff. Einschlägig sind ferner auch die unter Rz 211 ff. aufgeführten Sachbeweise, die dieses Beweisergebnis weiter stützen.

<sup>217</sup> Siehe etwa Rz 210 ff.

<sup>218</sup> S. diverse Beanstandungen seitens Koch an die Adresse von SFS wegen Nichteinhaltung der Einigungen durch SFS (vgl. dazu Rz 210 ff.).

Wäre dem in der Tat so gewesen, wäre völlig unverständlich, weshalb die Händler dann trotzdem an den jährlichen „Top-Six“-Treffen wiederholt dasselbe Thema traktandiert haben, zuletzt im Jahr 2007 auf Antrag von Koch (gemeinsam mit OPO) selbst, wenn dies doch den Wettbewerb – entgegen ihren Intentionen – eher intensiviert als „beruhigt“ haben soll. Es ist daher von der Verbindlichkeit der Vereinbarung der Mindestmargen auszugehen.

167. Koch und auch OPO bestreiten in ihren Stellungnahmen zum Antrag die Verbindlichkeit der Abreden. Koch<sup>219</sup> führt aus, die Verbindlichkeit sei deshalb zu verneinen, weil aus den vorliegenden Beweismitteln hervorgehe, dass sich keine der Parteien an die „Abrede“ gehalten habe. Auch lägen keine Anhaltspunkte dafür vor, wonach die Vereinbarung zu einer Verhaltensänderung geführt habe, denn aus der Auswertung der Rechnungen habe sich kein Trend einer Margenumsetzung ergeben (siehe dazu unten Rz 236 ff.). Offensichtlich habe sich also niemand durch die Abrede gebunden gefühlt. OPO<sup>220</sup> erhebt in ihrer Stellungnahme vergleichbare Einwände. So hätten sämtliche an den Diskussionen beteiligten Händler wiederholt ausgesagt, dass sie die Mindestmargen als nicht verbindlich ansähen. Darüber hinaus stehe durch die Rechnungsanalyse fest, dass die Händler die diskutierten Mindestmargen regelmässig und massiv unterschritten hätten.

168. Wie bereits dargelegt, laufen die Behauptungen von Koch und OPO zur fehlenden Verbindlichkeit den in dieser Verfügung dargelegten Sachbeweisen zuwider (s.o. Rz 165 ff.). Daneben sei an dieser Stelle auf die mit einer E-Mail dokumentierten Drohung von Koch gegenüber SFS hinzuweisen, wonach Koch auch den „freien Markt“ spielen lassen könne, wenn SFS künftig zu häufig die Mindestmargen unterschreite (siehe Rz 213). Hieraus ergibt sich, dass der „freie Markt“ zwischen Koch und SFS nicht gespielt hat. Wenn aber der „freie Markt“ im März 2005 nicht gespielt hat, dann kann dies nur daran liegen, dass die Abrede über die Mindestmargen für Koch verbindlich gewesen ist und sich die Drohung auf eine „Kündigung“ der Abrede bezog.

169. Das Bestreiten der Verbindlichkeit der Abrede mittels Hinweis auf eine angeblich fehlende Umsetzung der Mindestfaktoren geht darüber hinaus fehl, da sie von einer falschen Prämisse ausgeht. So scheint der Argumentation von Koch und OPO die Annahme zugrunde zu liegen, dass eine Abrede alleine deshalb unverbindlich sein muss, weil sie nicht umgesetzt wurde. Eine solche Annahme würde jeglicher Lebenserfahrung widersprechen, denn Vereinbarungen müssen im Alltags- und Geschäftsleben häufig gerade wegen einer fehlenden oder fehlerhaften Umsetzung auf dem Rechtsweg eingeklagt werden. Könnte sich der Beklagte einer Klage stets durch den Hinweis auf eine fehlende oder fehlerhafte Umsetzung entziehen, so wären Verträge, welche nicht oder fehlerhaft umgesetzt werden, niemals durchsetzbar und damit wertlos. Die allfällige mangelhafte Umsetzung alleine kann mithin nicht dazu führen, dass Erklärungen zwischen Unternehmen als nicht verbindlich angesehen werden können.

170. Abgesehen davon sind die von Koch und OPO vorgebrachten Umstände ohnehin nicht zutreffend. An-

ders als Koch behauptet, ergibt sich weder aus dem Antrag des Sekretariats noch aus den vorliegenden Beweismitteln – welche so auch bereits im Antrag des Sekretariats enthalten waren – keineswegs, dass sich keine der Parteien an die Abrede gehalten hat. Schon in seinem Antrag wies das Sekretariat zu Recht darauf hin, dass es Beweise für Umsetzungen der vereinbarten Mindestmargen gibt.<sup>221</sup>

171. Dem ist zuzustimmen. Wie noch gezeigt wird, haben die Parteien im Jahr 2002 selbst festgehalten, dass die Mindestfaktoren eingehalten und damit auch umgesetzt wurden (s. Rz 204). Erneut ist zudem auf die bereits erwähnte E-Mail von Koch an SFS hinzuweisen, aus der hervorgeht, dass im März 2005 der „freie Markt“ gerade nicht gespielt hat (s.o. Rz 169). Dies kann nur bedeuten, dass die Abrede verbindlich war und von Koch auch umgesetzt worden war. Des Weiteren ist der dokumentierte Beschluss der „Top-Six“-Händler aus dem Jahr 2005 zu nennen, wonach auch im Jahr 2005 die Mindestfaktoren „wieder“ durchgesetzt werden sollten (siehe Rz 207). Dies zeigt, dass die Händler den Mindestfaktor auch schon vorher durchgesetzt hatten. Darüber hinaus haben die Mindestmargen Eingang in interne Preiskalkulationstabellen gefunden (s.u. Rz 218 ff.). Hinzuweisen ist zudem darauf, dass OPO in ihrer Selbstanzeige lediglich ausführt hat, die Margen seien „häufig tiefer“ als die vereinbarten Mindestmargen gewesen (siehe Rz 228). Im Umkehrschluss ergibt sich hieraus, dass es auch Fälle gegeben hat, in denen die Mindestmarge nicht unterschritten wurde. Wie noch ausgeführt wird, sind den Wettbewerbsbehörden zudem nur einzelne Fälle bekannt, in denen die fehlende Umsetzung gerügt wird (s. dazu unten Rz 210 ff.). Wird davon ausgegangen, dass das Unterlassen der Umsetzung der Abrede im Einzelfall durch die Parteien gerügt wurde, so zeigt auch das Fehlen von weiteren Rügen, dass es Fälle gegeben haben muss, in denen die vereinbarte Mindestmarge umgesetzt worden ist.

172. Den Stellungnahmen von Koch und OPO scheint zudem ein falsches Verständnis der Rechnungsanalyse zugrunde zu liegen. Die erwähnte Rechnungsanalyse des Sekretariats hat keinesfalls ergeben, dass die Margen der Händler in allen Fällen unter den vereinbarten Margen lagen. Wie noch ausgeführt wird (siehe Rz 236 ff.), konnte mit der Rechnungsanalyse lediglich kein signifikanter *Margensprung* im Nachgang zum „Top-Six“-Treffen im Sommer 2006, bei dem eine Erhöhung des Mindestfaktors von 1.08 auf 1.10 beschlossen wurde, festgestellt werden. Die Analyse hat jedoch gezeigt, dass die durchschnittliche Marge aller Händler im Zeitraum zwischen Februar 2006 und November 2007 für

<sup>219</sup> Siehe dazu act. n° 319.

<sup>220</sup> Siehe dazu act. n° 321.

<sup>221</sup> Siehe Rz 185 ff. sowie Rz 235 des Antrags des Sekretariats, act. n° 297–303.



Mengen von 20 bis 49 Stück [Zahl über 12] % und für Mengen von 50 bis 99 Stück zwischen [Zahl über 8] % [betrug] (siehe Rz 245). Geht man mit OPO davon aus, dass eine Grossmenge ab 30 Stück vorliegt<sup>222</sup>, so folgt aus diesen Zahlen, dass die tatsächlichen Margen der Händler beim Verkauf von Grossmengen in einer erheblichen Anzahl von Fällen (siehe dazu auch Rz 243) über den vereinbarten Mindestmargen für Grossmengen gelegen haben. Zumindest eine teilweise Umsetzung liegt also vor.

173. In Würdigung der vorliegenden Beweismittel und insbesondere gestützt auf die Sachbeweise ist damit in beweiswürdiger Hinsicht im Einzelnen folgender kartellrechtsrelevanter Sachverhalt hinsichtlich der Verständigung über Mindestmargen für Glutz-Produkte durch die „Top-Six“-Händler erstellt:

- Anlässlich des Treffens vom Mai 2002 einigten sich die „Top-Six“-Händler über einen Mindestaufschlag von 5 % auf bestimmte Glutz-Produkte. Ferner kamen sie überein, eine Liste mit Selbstanzeigen für den Fall der Unterschreitung dieser Mindestmargen zu führen.
- Anlässlich des Treffens vom Dezember 2002 hielten die „Top-Six“-Händler fest, dass die am Treffen vom Mai 2002 vereinbarten Mindestaufschläge auf bestimmten Glutz-Produkten eingehalten werden.
- Im Hinblick auf das Treffen vom Mai 2003 hielt Glutz fest, aus ihrer Sicht dürfe aufgrund der Grundsätze einer kaufmännischen Betriebsführung eine Mindestmarge von 5 % [...] nie unterschritten werden. Weiter hielt Glutz fest, dass hierüber gemeinsam schon wiederholt diskutiert worden sei und alle Beteiligten die gleiche Auffassung verträten, sei dieses Ziel nicht erreicht worden. Glutz beabsichtigte, mit individuellen Vereinbarungen zwischen ihr und den Händlern die Einhaltung eines Mindestaufschlags von 5 % vertraglich abzusichern unter Androhung einer [...] bei Verletzung dieser Pflicht. Diese vertikalen Vereinbarungen zwischen Glutz und den Händlern wurden jedoch nie abgeschlossen.
- Anlässlich des Treffens vom April 2005 kamen die „Top-Six“-Händler überein, auf Glutz-Produkten den Mindestfaktor von 1.08 wieder anzuwenden. Bewiesen ist damit auch, dass sich die Händler zu einem früheren Zeitpunkt auf eine Erhöhung des anzuwendenden Mindestfaktors für Glutz-Produkte von 1.05 auf 1.08 einigten. Nicht beweisen lässt sich allerdings, wann genau die Händler diese Erhöhung des Mindestaufschlags von 5 % auf 8 % beschlossen haben; es dürfte dies entweder am Treffen vom Mai 2003 oder an demjenigen vom April 2004 gewesen sein.
- Anlässlich des Treffens vom Juni 2007 wurde eine Erhöhung des Mindestaufschlags auf Glutz-Produkten von 10 % auf 11 % oder 12 % diskutiert, am Ende einigten sich die „Top-Six“-Händler jedoch auf eine Beibehaltung des Mindestaufschlags von 10 %. Bewiesen ist damit auch, dass die „Top-Six“-Händler zu einem früheren Zeitpunkt

eine Erhöhung des anzuwendenden Mindestaufschlags auf Glutz-Produkten von 8 % auf 10 % als verbindlich erachteten. Gemäss Angaben von SFS und OPO war dies am Treffen vom Juni 2006 der Fall gewesen. Diese Angaben erweisen sich aus folgenden Gründen als zutreffend: Die Händler sprachen sich immer nur anlässlich der „Top-Six“-Treffen über Mindestaufschläge auf Glutz-Produkten aus und trafen die diesbezüglichen Vereinbarungen ebenfalls immer nur an diesen Treffen. Am Treffen im April 2005 galt erwiebsnermassen noch ein Mindestaufschlag von 8 %. Vor dem „Top-Six“-Treffen im Juni 2007 fand einzig das „Top-Six“-Treffen im Juni 2006 statt, weshalb der Beschluss über die Erhöhung von 8 % auf 10 % anlässlich dieses „Top-Six“-Treffens im Juni 2006 gefasst worden sein muss.

#### **A.4.7.2 Weitere bewiesene Sachumstände, die hinsichtlich der Verbindlichkeit der Mindestmargen für Glutz-Produkte von Bedeutung sind**

174. Nachdem in beweiswürdiger Hinsicht erstellt ist, dass bei den „Top-Six“-Treffen die genannten Mindestmargen für Glutz-Produkte von den „Top-Six“-Händlern als verbindliche Festlegungen angesehen wurden, sind diesbezüglich auf Ebene des Sachverhalts noch weitere Punkte von Bedeutung. Nachfolgend werden diese relevanten Sachverhaltselemente im Einzelnen behandelt:

##### Massgebliche Berechnungsbasis des Mindestaufschlags

175. Nach dem Gesagten ist bewiesen, dass die „Top-Six“-Händler die Mindestmargen als verbindlich ansahen. Damit haben sie diese eine Komponente für die Berechnung der (Mindest-)Nettoverkaufspreise fixiert. Eine solche Einigung über Mindestaufschläge führt unter der Voraussetzung, dass eine einheitliche Basis besteht, auf welche die Mindestaufschläge zu schlagen sind, automatisch auch zu einheitlichen gemeinsamen Mindestnettoverkaufspreisen. Einheitlich ist diese Basis entweder, wenn alle Händler dieselben Einkaufspreise bei Glutz haben, oder aber, wenn sie eine gemeinsame Berechnungsbasis, also einen für die Berechnung massgeblichen einheitlichen Einkaufspreis unter sich definieren.

176. Wie an anderer Stelle bereits festgestellt,<sup>223</sup> war allen „Top-Six“-Händlern bekannt, dass sie allesamt jeweils [...] von Glutz erhielten, insgesamt ausmachend einen Rabatt von [...] % auf den Bruttopreisen von Glutz (dieses Rabattsystem galt mit Sicherheit zumindest seit 2005). Die Händler wussten allerdings nicht, ob die anderen Händler darüber hinausgehend noch weitere Rabatte erhielten und ebenso wenig war ihnen die Höhe [...] der anderen Händler bekannt. Mit anderen Worten war den Händlern nicht bekannt, ob sie (ungeachtet der [...]) alle dieselben Einkaufspreise bei Glutz hatten oder nicht.

<sup>222</sup> Act. n° 319, Rz 6.

<sup>223</sup> Siehe Rz 83.



177. Vor diesem Hintergrund kamen die Händler überein, dass massgebliche Berechnungsbasis, auf welche die Mindestaufschläge von 8 % resp. 10 % zu schlagen sind, der Bruttopreis von Glutz abzüglich der [...] Rabatte, welche sie (wie sie alle wussten) alle erhielten, sein soll. Massgebliche Berechnungsbasis war demnach der Bruttopreis von Glutz abzüglich [...] – ohne Berücksichtigung allfälliger weiterer Rabatte und insbesondere ohne Berücksichtigung [...]. Dass hierüber Einigkeit bestand, ergibt sich aus den diesbezüglich überzeugenden Ausführungen von SFS<sup>224</sup>, aus diversen Sachbeweisen<sup>225</sup> sowie aus den Ausführungen an den Parteieinvernahmen.<sup>226</sup> Kommt hinzu, dass die Vereinbarung einer gemeinsamen Berechnungsbasis auch aus ökonomischer Sicht sinnvoll ist, führt dies doch – wie zuvor bereits ausgeführt – gerade dazu, dass über die Fixierung einer gemeinsamen Mindestmarge zugleich ein einheitlicher gemeinsamer Mindestnettoverkaufspreis erreicht wird.

178. In der Zeit, in welcher der Mindestfaktor 1.1 galt, hielt SFS an mehreren Stellen fest, es gelte dieser Mindestfaktor oder ein maximaler Rabatt von [...] % auf den Bruttopreisen von Glutz.<sup>227</sup> Hierin liegt nicht etwa eine Abweichung zu der hiervor behandelten massgeblichen Berechnungsbasis, sondern diese wird dadurch vielmehr sogar noch bestätigt. Denn dies ist bloss ein anderer Weg, um zu demselben Ergebnis zu kommen, wie das Rechenbeispiel in der Fussnote zeigt.<sup>228</sup> Hintergrund für die (SFS interne) Nennung dieses zweiten Rechnungsweges dürfte sein, dass SFS intern sowohl auf die eine

(Einkaufspreise mal Mindestfaktor), wie auf die andere Weise (Bruttoverkaufspreise Glutz abzüglich Rabatt) rechnete.<sup>229</sup>

#### Die vereinbarten Mindestaufschläge betreffen Grossmengen/Offertgeschäfte

179. SFS bringt in ihrer Selbstanzeige vor, die Einigungen über die Mindestaufschläge seien von den Händlern nur bei Grossmengen/Offertgeschäften zur Anwendung gebracht worden, nicht aber bei Werkslieferungen oder Kleinmengen ab Lager.<sup>230</sup> In ihrer Ergänzung zur Selbstanzeige hält SFS erneut fest, dass die Mindestverkaufspreise für Grossmengen/Offertgeschäfte vereinbart worden seien und Werkslieferungen und Kleinmengen davon nicht betroffen gewesen seien.<sup>231</sup> Die übrigen Händler äussern sich zu dieser Thematik nicht. Nur, aber immerhin, eine Aussage von Geiser anlässlich der Parteieinvernahme geht in dieselbe Richtung, indem Geiser vorbringt, es hätte zum Teil heftige Diskussionen gegeben, wenn ein Händler bei einem Grossprojekt einen sehr tiefen Preis gesetzt habe.<sup>232</sup>

180. Mehrere Sachbeweise belegen, dass die vereinbarten Mindestmargen nur für Grossmengen/Offertgeschäfte gegolten haben resp. nur bei diesen zur Anwendung gelangten. Eindrücklich ergibt sich dies aus der folgenden internen Anweisung von SFS bezüglich der „Mindestverkaufspreise Beschlüsse“ vom Juni 2003.<sup>233</sup> Noch vor der Aufstellung der festgelegten Mindestverkaufspreise mit einem Mindestaufschlag von damals [...] % hält diese Anweisung Folgendes fest:

Abb. 17: Auszug interne Aufstellung von SFS betreffend Mindestverkaufspreise Beschlüsse vom Juni 2003:

## **Mindestverkaufspreise Beschlüsse**

**Diese Mindestverkaufspreise sind bei Kampfkalkulationen einzuhalten.**

**Für das normale Tagesgeschäft sind die eingesteuerten Preise gültig !**

**6.6.2003** XXXXXXXXXX

181. Sehr ähnlich ist auch der Gehalt eines Beweismittels aus dem Jahre 2005, welches an anderer Stelle abgebildet ist und worauf verwiesen wird.<sup>234</sup> In dieser unternehmensinternen E-Mail wird festgehalten, die Mindestmarge solle nur in Ausnahmefällen zur Anwendung gelangen, im Normalfall gälten die im SAP hinterlegten Konditionen oder ein allfälliger kundenspezifisch ausgehandelter Preis. Ferner hält etwa SFS in ihrer Handnotiz zum Treffen vom Juni 2007 unter dem Stichwort „Problematik“ fest, dass bei Kleinmengen teilweise auch Einstandspreis + 10 % gemacht werde.<sup>235</sup> Dies spricht dafür, dass dort gar nicht erst dieser Mindestaufschlag hätte angewendet werden sollen. Und in ihrem internen Protokoll zu diesem Treffen hält SFS fest, dass der Mindestfaktor von 1.1 für „grosse Mengen“ gilt.<sup>236</sup>

182. Dass die Mindestaufschläge nur bei Grossmengen/Offertgeschäften zur Anwendung gelangten resp. nur dort massgeblich waren, bestätigt sich durch eine

<sup>224</sup> Siehe Rz 136 und 145.

<sup>225</sup> Siehe Rz 133 und 135 hiervor sowie act. n° 75, Beilage 11.

<sup>226</sup> Siehe act. n° 181, 182, 194, 195 und 197.

<sup>227</sup> Vgl. Rz 125, 127 sowie 135.

<sup>228</sup> Rechenbeispiel: Bruttoverkaufspreis von Glutz sei CHF 100.-. Berechnungsweg 1: CHF 100.- abzüglich Rabatt von [...] % ergibt CHF [...]. Mindestfaktor 1.1 angewandt hierauf ergibt CHF [...]. Berechnungsweg 2: CHF 100.- abzüglich [...] ergibt CHF [...]. Die Differenz beläuft sich auf CHF [...] oder in Prozent ausgedrückt [...] %, was in vorliegendem Zusammenhang ohne Weiteres vernachlässigbar ist, da Preisverhandlungen mit potentiellen Käufern bei den hier interessierenden Stückzahlen nicht über derartig minime Rappenbeträge geführt werden.

<sup>229</sup> Siehe act. n° 181 ad Frage 8.

<sup>230</sup> Siehe Rz 136 f.

<sup>231</sup> Siehe act. n° 15, Rz 19 und 22.

<sup>232</sup> Rz 151.

<sup>233</sup> Act. n° 8, Beilage 66.

<sup>234</sup> Siehe Rz 222.

<sup>235</sup> Rz 133.

<sup>236</sup> Rz 135.

grundsätzliche Überlegung. Wie an anderer Stelle festgehalten, geben Koch und Glutz die erforderliche Marge, um in dieser Branche auf Stufe Handel längerfristig überleben zu können, mit [20–30] % an.<sup>237</sup> Selbst wenn eine etwas geringere Marge bereits ausreichend sein sollte,<sup>238</sup> z.B. [...] %, so zeigt sich doch, dass dieser Wert mit den gemeinsamen Mindestaufschlägen von 8 % resp. 10 % deutlich nicht erreicht wird; auch wenn bei diesen Mindestaufschlägen die [...]. Anders gewendet heisst dies, dass die Händler bei Anwendung der Mindestmarge bei all ihren Verkäufen ihre Kosten nicht gedeckt hätten und Verluste erzielen würden. Dies aber konnte nicht das Ziel der Festlegung von verbindlichen Mindestmargen gewesen sein.

183. Es zeigt sich denn auch, dass die Margen der Händler bei kleinen Bestellmengen [...] höher sind als 8 % oder 10 %.<sup>239</sup> Diese Feststellung stimmt im Übrigen

mit ihrem Preissystem mit mengenbasierten Staffelpunkten überein.<sup>240</sup> Auch aus wettbewerblicher Sicht leuchtet dies ohne Weiteres ein. Nur Kunden, die grössere Mengen bestellen, verfügen über eine Verhandlungsposition und -macht, die es ihnen erlaubt, den Preis der Händler (und damit auch deren Marge) zu drücken, während bei Kunden, die bloss kleine Mengen benötigen, dies nicht der Fall ist. Nebst der fehlenden Verhandlungsmacht dürfte es bei Kunden, die kleine Mengen bestellen, häufig auch am Willen fehlen, für diese Bestellungen längere Verhandlungen zu führen.

184. Besonders eindrücklich belegt dies die im Juni 2007 von SFS erstellte, interne Übersicht über die bei ihr geltenden Rabatte.<sup>241</sup> Diese Übersicht fertigte SFS im Hinblick auf das später in diesem Monat stattfindende „Top-Six“-Treffen. Soweit hier interessierend, sei sie nachfolgend abgebildet.

Abb. 18: Auszug interne Aufstellung von SFS betreffend Kalkulation vom Juni 2007:

Lieferant	Regel	Kalkulation SFSu 1 Stk.	Staffelrabatte bei SFSu	Maximalrabatt (erlaubt für AD)	
Glutz	Tiefpreis	Brutto Glutz	+10% (	Brutto Glutz - %)	Brutto Glutz + %

185. Diese Aufstellung führt vor Augen, wie die Kalkulation unternehmensintern erfolgte und insbesondere die Staffelpunkte und die Maximalrabatte festgelegt wurden. Diese Grundkalkulation für 1 Stück führte dazu, dass sich hier die Marge bezogen auf einen Einkaufspreis von Glutz Brutto abzüglich [...] auf gut [...] % belief. Diese Marge schrumpfte entsprechend bei den gewährten Staffelpunkten und belief sich dort auf rund [...] % bei Stufe 1, rund [...] % bei Stufe 2 und schliesslich knapp [...] % bei Stufe 3. Die Marge beim Maximalrabatt, den Aussendienstmitarbeitende gewähren durften, belief sich auf etwas über [...] %. In all diesen Fällen – also bei Anwendung der üblichen Konditionen resp. Staffelpunkte – konnte daher der gemeinsame Mindestaufschlag von 10 % noch gar nicht zum Tragen kommen, wurden doch die Preise intern ohnehin höher angesetzt.

186. Diese Ausgangslage war bei allen Händlern vergleichbar, weshalb für sie klar war, dass die vereinbarten Mindestaufschläge einzig für Grossmengen/Offertgeschäfte gegolten haben resp. nur bei diesen zur Anwendung gelangten. Die Preisfestsetzung resp. die anzuwendenden Margen für kleinere Mengen konnten (und wollten) die Händler demnach nicht regeln; für die Preisgestaltung in diesem Bereich konnten die Mindestaufschläge nach dem Gesagten von vornherein nicht massgeblich und kausal gewesen sein (selbst wenn sie auch hierfür – mangels ausdrücklichen Ausschlusses – formell gegolten haben sollten).

187. Die Schwierigkeit besteht nun allerdings darin, dass nicht genau bestimmt werden kann, wann eine solche Grossmenge/Offertgeschäft vorliegt und daher die vereinbarten Mindestmargen überhaupt zum Tragen kommen konnten. Darüber haben sich die Händler nicht unterhalten, jedenfalls lägen keine dahingehenden Beweismittel vor. Auffällig ist diesbezüglich aber, dass die konkret dokumentierten und beanstandeten Fälle der

Nichteinhaltung der Mindestaufschläge<sup>242</sup> Bestellmengen im dreistelligen Bereich betrafen, namentlich solche von 1) 60 Mehrpunktverschlüssen und 300 Einsteckschlössern, 2) 300 Hebeschiebegriffen sowie 3) 170 Einsteckschlössern und 170 Türdrückern. Auch die hiervon wiedergegebene Übersicht über die Rabatte von SFS zeigt, dass damit weniger das normale Tagesgeschäft gemeint sein konnte, lagen doch die bei Gewährung der gewöhnlichen Staffelpunkte erzielten Margen deutlich über den gemeinsamen Mindestaufschlägen. Es stellt sich aber gleichwohl die Frage, ob es sich schon bei Bestellungen ab 20 Stück um Grossmengen/Offertgeschäfte handelt oder handeln kann oder ob dies erst bei solchen ab 50 oder gar ab 100 Stück der Fall ist. Ob es im Einzelfall zu einem Offertgeschäft kam, dürfte letztlich stark auch vom Verhandlungswillen und der Verhandlungsstärke der potentiellen Kunden im Einzelfall abhängen, die nicht unbedingt übereinstimmen muss mit der Grösse der bestellten Menge. Insofern bleibt der Inhalt der Einigungen resp. deren Anwendungsbereich also unscharf bzw. etwas ungewiss.

<sup>237</sup> Siehe Rz 88.

<sup>238</sup> Damit soll keineswegs gesagt werden, dass dem in der Tat so ist. Vielmehr soll damit nur verdeutlicht werden, dass der nachfolgend geäusserte Gedanke selbst dann noch zutreffend ist, wenn die Einschätzung von Glutz und Koch etwas zu hoch gegriffen sein sollte.

<sup>239</sup> Siehe dazu nachfolgend Rz 245.

<sup>240</sup> Vgl. dazu Rz 85.

<sup>241</sup> Act. n° 15, Beilage 31.

<sup>242</sup> Für die diesbezüglichen Beweismittel siehe Rz 210 ff.

### Überwachung und Kontrolle der Einhaltung der vereinbarten Mindestaufschläge

188. Dazu, ob die Einhaltung der gemeinsamen Mindestaufschläge überwacht und kontrolliert wurden, machten OPO und SFS Angaben.<sup>243</sup> Beide Händler bringen übereinstimmend vor, dass keine systematische Überwachung und Kontrolle bestand und insbesondere kein eigentliches gegenseitiges Kontrollsystem etabliert wurde. Beide Händler halten aber gleichzeitig fest, dass es teilweise zu Rückmeldungen anderer Händler gekommen ist im Falle der Nichteinhaltung.

189. Die Sachbeweise stützen diese Angaben. Im Jahr 2002 wurde von den Händlern zwar die Einführung einer Selbstanzeigenliste besprochen. Damit hätten Unterschreitungen der Mindestaufschläge systematisch erfasst und gemeldet werden sollen. Es liegen jedoch keine Beweise vor, die auf eine Umsetzung dieses Plans hindeuten würden. Später wurde diese Idee denn auch nicht mehr aufgegriffen. Infolgedessen ist als erstellt zu erachten, dass eine systematische Kontrolle und Überwachung der Einhaltung der Mindestaufschläge nicht existierte.

190. Die Sachbeweise zeigen jedoch,<sup>244</sup> dass bei konkreten Fällen durchaus eine Kontrolle durch die anderen Händler stattfand, welche alsdann auch die Nichteinhaltung der Mindestaufschläge rügten. Erstellt ist damit, dass eine Überwachung und Kontrolle nicht gänzlich unterblieb, sondern nur nicht systematisch erfolgte. Die Händler mussten daher sehr wohl damit rechnen, dass eine Nichteinhaltung der Mindestaufschläge von den anderen Händlern bemerkt und auch beanstandet wurde.

### Vorgesehene Sanktionen bei Nichteinhaltung der Mindestaufschläge

191. Soweit sich die Händler überhaupt zu allfälligen Sanktionen für den Fall der Nichteinhaltung der vereinbarten Mindestaufschläge äusserten, gaben sie übereinstimmend an, dass keine Sanktionsmöglichkeiten vorgesehen waren. Gerade Koch und OPO wiesen mehrmals darauf hin, dass im Falle der Nichteinhaltung keine Sanktionen drohten.<sup>245</sup> OPO ergänzte diesbezüglich, dass es vielleicht einmal ein Telefon gegeben hätte, wenn man den Mindestaufschlag unterschritten hätte, mehr aber auch nicht.

192. Die Sachbeweise bestätigen das Fehlen von (ernsthaften) Sanktionen bei Nichteinhaltung der Mindestaufschläge. Der einzige Vorstoss für eine effektive Sanktionsmöglichkeit, die eingeführt werden sollte, kam von Glutz in ihrem Vorschlag zu einer vertikalen Mindestmargenvereinbarung.<sup>246</sup> Sie sah eine erhebliche [...] vor. In die Tat umgesetzt wurde allerdings weder diese vertikale Mindestmargenvereinbarung noch deren Sanktionierung im Falle der Nichteinhaltung. Die einzige „Sanktion“, mit der die Händler im Falle der Nichteinhaltung der Mindestaufschläge rechnen mussten, waren Telefonate oder E-Mails anderer Händler, woraufhin sich der „fehlbare“ Händler erklären und rechtfertigen musste.<sup>247</sup> Monetäre Sanktionen oder Retorsionsmassnahmen waren hingegen nicht vorgesehen und wurden erst recht nicht praktiziert.

### **A.4.7.3 Das Verhalten von Immer**

193. Aus den Beweismitteln ergibt sich, dass Immer nur an einem „Top-Six“-Treffen, nämlich an jenem im Juni 2007, teilgenommen hat.<sup>248</sup> Weder aus den unterschiedlichen Parteivorbringen noch aus den Sachbeweisen lässt sich allerdings *direkt* folgern, dass auch Immer die Mindestmargen für sich als verbindlich angesehen hat und deshalb grundsätzlich zur Umsetzung des jeweils gültigen Mindestfaktors bereit war.

194. Beweismässig erstellt ist allerdings, dass Immer – nach eigener Aussage – beim Treffen im Juni 2007 wahrnahm, dass die anwesenden Händler dort über Preise und Mindestfaktoren, welche auf den Einstandspreis anzuwenden sind, gesprochen haben.<sup>249</sup> Dies hat Immer auch anlässlich der Anhörung vor der WEKO erneut bestätigt. An dieser Anhörung bestätigte Immer ausserdem, dass sie sich der Vereinbarung der Mindestfaktoren zwischen den „Top-Six“-Händlern nicht widersetze, sondern sich passiv verhielt.<sup>250</sup> Dass Immer dabei seine eigenen Weiterverkaufspreise offen gelegt, eine eigene Zielgrösse genannt oder sich sonst an der Diskussion beteiligt hat, kann dagegen nicht festgestellt werden.<sup>251</sup>

195. Geiser mutmasste, dass Immer bereits im Vorfeld darum wusste, über was beim Treffen im Juni 2007 gesprochen werden würde.<sup>252</sup> Immer selbst gibt an, dass sie schon vor dem Treffen gewusst habe, dass es „bei den Treffen“ eine Gruppe gebe, die über Mindestfaktoren bezüglich Glutz-Produkten spreche.<sup>253</sup> An der Anhörung vor der WEKO führte die Immer aus, sie habe aufgrund ihrer Marktbeobachtung die Vermutung gehabt, dass es eine Gruppe im Markt gebe, die sich über Mindestfaktoren austausche. Sie habe aber nicht vermutet, dass dieser Austausch bei dem Treffen passiere.<sup>254</sup> Daraus kann nicht gefolgert werden, dass Immer das Treffen im Juni 2007 besuchte, um sich an der Vereinbarung über Mindestmargen zu beteiligen. Immer führt vielmehr an, der Hauptgrund der Teilnahme an dem Treffen sei gewesen, sich über das Logistiksystem der OPO zu informieren.<sup>255</sup> Dieser Einwand spricht nach Überzeugung der WEKO jedoch nicht dafür, dass Immer nicht im Vorfeld darum wusste, dass bei dem Treffen über Preise gesprochen wird. Dass Immer vorher gewusst haben muss, dass beim Treffen über Preise gesprochen werden wird, geht auch deutlich aus der Einladungs-E-Mail von OPO an die „Top-Six“-Händler sowie an Immer hervor. Diese sieht als Traktanden ausschliesslich die Besprechung von Preisen oder preisrelevanten Informationen vor (siehe Rz 128).

<sup>243</sup> Dazu und zum Folgenden Rz 140 und 149 (OPO) und Rz 145 (SFS).

<sup>244</sup> Siehe dazu nachfolgend Rz 210 ff. und Rz 222.

<sup>245</sup> Siehe Rz 140 und 149 (OPO) resp. Rz 142 f. (Koch).

<sup>246</sup> Siehe dazu Rz 118.

<sup>247</sup> Siehe dazu auch Rz 210 ff. und Rz 222.

<sup>248</sup> Act. n° 8, 15, 25, 40, 41, 197, 181, 182, 193, 194, 195.

<sup>249</sup> Act. n° 194.

<sup>250</sup> Act. n° 349.

<sup>251</sup> Siehe auch act. n° 349.

<sup>252</sup> Act. n° 195.

<sup>253</sup> Act. n° 194.

<sup>254</sup> Act. n° 349.

<sup>255</sup> Act. n° 349.

196. Es ist weiter beweismässig erstellt, dass Immer die bei dem Treffen wahrgenommenen Informationen über die vereinbarten Mindestmargen für sich verwendet hat. Immer führte anlässlich der Parteieinvernahme aus, sie habe mit Hilfe der beim Treffen gewonnenen Erkenntnisse eine Kontrolle der eigenen Verkaufspreise für Glutz-Produkte gemacht [...].<sup>256</sup> Aus diesen Passagen kann gefolgert werden, dass die beim Treffen im Juni 2007 erlangten Informationen für Immer so bedeutsam waren, dass Immer sie in das eigene Unternehmen „importierte“, um sie dort im Hinblick auf die eigene Stellung im Wettbewerb zu analysieren.

#### A.4.7.4 Das Verhalten von Glutz

197. Fest steht, dass Glutz nicht selbst eine Vereinbarung mit den Händlern über Mindestmargen getroffen hat. In sachverhaltlicher Hinsicht ist jedoch zu eruieren, inwiefern Glutz die Händler bei der Vereinbarung der Mindestmargen für Glutz-Produkte unterstützte.

198. Unstreitig ist, dass mehrere, wenn nicht gar alle Händler mit Glutz das Gespräch gesucht haben, um mit ihr über die Margensituation beim Verkauf von Glutz-Produkten zu diskutieren, welche aus Sicht der Händler unbefriedigend war. M.a.W. versuchten die Händler, Glutz dazu zu bewegen, ihre Marge zu vergrössern. Unstreitig ist auch, dass Glutz den Händlern mitteilte, dies nicht ändern zu können und dass sie dies untereinander lösen müssten. Unstreitig ist schliesslich, dass Glutz die jährlichen „Top-Six“-Treffen veranstaltete, dabei gezielt Raum für die vorgängige „Diskussion Handel“ vorsah und zudem den jeweils zuständigen Händler inkl. E-Mail für die Einreichung der Traktanden für die „Diskussion Handel“ in ihrem Programm aufnahm. Beweismässig erstellt ist allerdings auch, dass Glutz an der „Diskussion Handel“ nicht teilnahm. Mit Ausnahme von Geiser machen dies alle Parteien geltend und es ergibt sich dies auch aus den Sachbeweisen. Denn auf den Programmen der Treffen ist jeweils ausdrücklich festgehalten, dass diese „Diskussion Handel“ ohne Glutz stattfinden sollte. Dies soll nicht heissen, dass die Aussage von Geiser unzutreffend wäre, da sie sich ganz auf die Anfänge der „Top-Six“-Treffen beziehen könnte, anlässlich welcher noch keine Unterteilung in „Diskussion Handel“ und „Diskussion Glutz – Handel“ erfolgte, ergo Glutz damals auch dabei war. Diese anfänglichen Treffen interessieren an dieser Stelle jedoch nicht weiter.

199. Fest steht aufgrund der Beweismittel, insbesondere der Sachbeweise ferner, dass Glutz 2003 sehr wohl einen Vorstoss in Richtung vertraglicher Festlegung einer einzuhaltenden Mindestmarge unternahm. Dem-

nach wollte Glutz einen Mindestaufschlag von 5 % auf dem Einkaufspreis (ohne Berücksichtigung der [...]) und für den Fall der Unterschreitung dieses Mindestverkaufspreises als Sanktion eine [...] vereinbaren. Zum Abschluss und zur Unterzeichnung dieser Vereinbarung kam es allerdings nie und eine [...] wegen Nichteinhaltung von Mindestmargen wurde seitens Glutz zu keiner Zeit vorgenommen.

200. Bewiesen ist damit lediglich, dass Glutz den Händlern durch die Organisation der „Top-Six“-Treffen und insbesondere der separaten „Diskussion Handel“ die Plattform bot, an welcher die Händler – wie hiervor beschrieben – verbindliche Mindestmargen für Glutz-Produkte festlegten. Nicht erstellt ist jedoch, dass Glutz wusste oder zumindest damit rechnete, dass die Händler an der „Diskussion Handel“ gar verbindliche Mindestmargen trafen.

#### A.4.8 Umsetzung der vereinbarten Mindestmargen für Glutz-Produkte

##### A.4.8.1 Die Beweismittel bezüglich Umsetzung der vereinbarten Mindestmargen

###### A.4.8.1.1 Vorbemerkung

201. Die verbindliche Festlegung von Mindestmargen ist das eine, die Umsetzung in die Tat das andere. Wie zuvor ausgeführt, ist zwar bewiesen, dass die Händler Mindestmargen festgelegt haben, welche sie für sich jeweils als grundsätzlich verbindlich angesehen haben. Auf sachverhaltlicher Ebene bleibt jedoch zu prüfen, inwiefern die Mindestmargen von den Händlern umgesetzt wurden resp. wie sie sich auswirkten.

###### A.4.8.1.2 Sachbeweise nebst den einverlangten Rechnungen

###### Sachbeweise in direktem Zusammenhang mit den „Top-Six“-Treffen

202. Die Sachbeweise, welche in direktem Zusammenhang mit den „Top-Six“-Treffen stehen, wurden bereits bei den Ausführungen zum Treffen von Einigungen dargestellt. Teilweise ist diesen Sachbeweisen aber auch etwas über die hier interessierende Umsetzung der vereinbarten Mindestmargen zu entnehmen. Mit Blick darauf sind diese Beweismittel nachfolgend wiederzugeben:

203. Das Kurzprotokoll zum Treffen vom Dezember 2002 hält zur Umsetzung der vereinbarten Mindestmargen kurz und bündig Folgendes fest:

Abb. 19: Auszug E-Mail von SFS an die übrigen teilnehmenden Händler vom 9. Dezember 2002:

**2. Mindestverkaufspreise Glutz:**  
Die definierten Mindestverkaufspreise werden eingehalten.

<sup>256</sup> Act. n° 194.

204. Direkt neben diesem Punkt findet sich die nachfolgend abgebildete handschriftliche Notiz auf dem Kurzprotokoll, welches auch an anderen Stellen weitere

handschriftliche Notizen enthält. Es lässt sich allerdings nicht mehr feststellen, in welchem Zusammenhang und zu welchem Zeitpunkt diese Notiz angebracht wurde:

Abb. 20: Handnotiz auf E-Mail von SFS an die übrigen teilnehmenden Händler vom 9. Dezember 2002:

Preiskriterien  
hat sich  
verändert

205. Auch aus dem Vorschlag von Glutz für eine vertikale Mindestmargenvereinbarung im Hinblick auf das Treffen vom Mai 2003 lassen sich Erkenntnisse hinsichtlich

der Umsetzung der vereinbarten Mindestmargen gewinnen:

Abb. 21: Auszug aus dem Entwurf der Vereinbarung einer Mindestmarge von Glutz mit den Händlern, datiert auf den 21. Mai 2003:

Der Margen Zerfall beim Handel auf Glutz Produkten im Schweizer Markt hat in einigen Fällen ein sowohl für den Handel wie auch für Glutz AG bedrohliches Niveau erreicht. In einem Fall wurden, vom Architekten ausgeschriebene Glutz-Produkte, durch einen grossen Händler zu Marge 0 % angeboten. Anschliessend wurde durch einen anderen Grosshändler zu praktisch Marge 0 % geliefert, was wir als unlauteren Wettbewerb qualifizieren.

sowie

Dieser Umstand verstösst klar gegen die Grundsätze einer kaufmännischen Betriebsführung. Wir sind der Überzeugung, dass zur langfristigen Unternehmenssicherung im Handel eine Durchschnittsmarge von > [REDACTED] % erforderlich ist. Diese darf auch bei extremsten Wettbewerbsbedingungen nicht unter [REDACTED] vor Bonus fallen.

Obwohl wir uns wiederholt über diesen kaufmännischen Grundsatz gemeinsam mit dem Handel auseinandergesetzt haben und alle Beteiligten die gleiche Auffassung teilten, wurde dieses Ziel nicht eingehalten.

206. Dem Protokoll vom Treffen vom April 2005 ist hinsichtlich der Umsetzung der vereinbarten Mindestmargen ebenfalls etwas zu entnehmen:

Abb. 22: Auszug Protokoll Besprechung „Diskussion Handel“ am „Top-Six“-Treffen vom 27. April 2005:

Mindestverkaufspreise Glutz: Alle Top-Six-Mitglieder bestätigen, dass sie ab sofort den Mindestfaktor von 1.08 wieder durchsetzen werden.

207. Und auch bezüglich des Treffens vom Juni 2007 liegen Sachbeweise vor, die Aufschluss über die Umsetzung der vereinbarten Mindestmargen geben. Es sind dies namentlich die Notizen von SFS, welche sie sich vorgängig im Hinblick auf die Diskussion machte.<sup>257</sup> Zum Traktandum „1. Preise Markenprodukte“ hielt SFS für sich fest:

„[...] stelle auch fest, dass wir gewisse Vereinbarungen nicht einhalten und dass wir auch auf dem Markt teilweise auf Angebote stossen, welche nicht den Vereinbarungen entsprechen. [...] Es ist momentan

<sup>257</sup> Act. n° 8, Beilage 59.



einfach nicht möglich, diese [Vereinbarungen] 100%-ig einzuhalten. Aus diesem Grund ziehen wir uns momentan von diesen Vereinbarungen zurück.“


208. Interessant ist in diesem Zusammenhang auch die Reaktion der übrigen Händler auf die Mitteilung von SFS, dass sie sich von den Vereinbarungen zurückziehen wolle, weil sie eine 100%-ige Einhaltung dieser nicht sicherstellen könne. Die übrigen Händler waren gleichwohl dafür, dass SFS bei den Vereinbarungen weiterhin mitmacht, und akzeptierten, dass SFS diese nicht immer einhalten können.

#### Sachbeweise bezüglich Beanstandungen von konkreten Unterschreitungen der Mindestaufschläge

209. Neben den hiervor aufgeführten, in Zusammenhang mit den „Top-Six“-Treffen stehenden Sachbeweisen liegen auch solche vor, die sich unmittelbar auf die Nichteinhaltung der Mindestaufschläge in konkreten Fällen beziehen. Diese seien hiernach dargestellt:

210. Die nachfolgende E-Mail<sup>258</sup> beleuchtet einen Fall der Unterschreitung des Mindestaufschlags durch SFS und auch durch Koch. Im Übrigen illustriert diese E-Mail sehr eindrücklich, wie der Preiswettbewerb bei Offertgeschäften abläuft. Zunächst wird ein Preis gesetzt und alsdann wird telefonisch oder auf anderen Wegen über diesen Preis verhandelt, wobei vom potentiellen Käufer als Argument häufig die tieferen Konkurrenzofferten genannt werden. Dies führt dazu, dass die Händler ihren Preis nach und nach senken, wodurch auch ihre Marge schrumpft. In diesem Fall führte die Nichteinhaltung der Mindestaufschläge durch SFS dazu, dass Koch entsprechend nachziehen musste. In casu haben die von SFS vorgenommenen Preissenkungen letztlich nicht wie von ihr erhofft dazu geführt, dass sie den Auftrag erhielt – die Kundin blieb bei Koch als ihrer „Hoflieferantin“ –, jedoch haben sie zur Folge gehabt, dass Koch zu einem tieferen Preis als gehofft liefern musste. Ziel der festgelegten Mindestmargen ist es, genau diese „Abwärtsspirale“, also diesen Preiswettbewerb zu verhindern bzw. diesem eine Untergrenze zu setzen.

Abb. 23: Interne E-Mail von SFS vom April 2003:

 17.04.03 12:09  
An: /SFS@SFS  
Kopie: SFS@SFS  
Thema: Tiefpreisangebot gegen Koch AG

Hallo [REDACTED]

Heute hat sich ein "größerer Fall" zwischen SFS unimarket und Koch St.Gallen ergeben. Da am Dienstag nach Ostern das Jahresgespräch stattfindet und das Thema von Koch aus ev. auf den Tisch kommt, möchte ich Dich wie folgt informieren:

Die [REDACTED] hat eine Anfrage an div. Beschläghändler gestartet:

- ca. 60 Mehrpunktverschlüsse Glutz [REDACTED]
- ca. 300 Einsteckschlösser Glutz [REDACTED]

SFS unimarket, [REDACTED] hat mit relativ "scharfen" Preisen offeriert: [REDACTED] zu Fr. [REDACTED] zu Fr. [REDACTED]

Nach mehrerer telefonischen Preisrunden, bei welchen der Kunde mehrmals auf günstigere Konkurrenzofferten hingewiesen hat, stand das letzte Angebot von [REDACTED] wie folgt:

[REDACTED]

Diese Preise sind unter den vereinbarten Mindestverkaufspreisen, wurden jedoch aufgrund der Aussagen des Kunden bewusst gemacht.

Heute wurde ich von Glutz, [REDACTED] informiert, dass der Auftrag zu Fr. [REDACTED] an Koch vergeben wurde. Koch, [REDACTED] ist sehr ungehalten, dass er unter den vereinbarten Mindestverkaufspreisen liefern muss.

Aus der Sicht von Koch sieht die Sache wenig schmeichelhaft für SFS unimarket aus:

- Koch hat früher diese Produkte geliefert
- Koch ist "Hoflieferant" an [REDACTED]
- SFS unimarket hat nichts anderes als den Preis hinuntergedrückt.

Bei Fragen stehe ich Dir gerne zur Verfügung.

<sup>258</sup> Act. n° 8, Beilage 57.

211. Die nachfolgende E-Mail<sup>259</sup> betrifft ebenfalls einen Fall der Unterschreitung des Mindestaufschlags durch SFS. Sie zeigt wie die zuvor wiedergegebene E-Mail eindrücklich, wie solche Preisverhandlungen ablaufen.

Aufgrund der Adressatin der E-Mail, Koch, sowie deren Inhalts steht fest, dass auch hier die Unterschreitung des Mindestaufschlags durch SFS zum Nachteil von Koch erfolgte resp. sich Koch am Verhalten von SFS störte.

Abb. 24: E-Mail von SFS an Koch vom Dezember 2004:

21.12.2004 18:24

An: [REDACTED]@koch.ch  
Kopie: [REDACTED] /SFS@SFS  
Thema: Hebeschiebegriff an [REDACTED]

Lieber [REDACTED]

Anlässlich des heutigen Gespräches haben wir uns über strategische Themen des CH-Beschlägehandels unterhalten.

Ich empfand den Gedankenaustausch bereichernd. Am Beispiel [REDACTED] Preise ist ersichtlich, dass es durchaus Sinn machen kann, die Ziele gemeinsam zu verfolgen.

Dass wir in anderen Fällen in einer klaren Mitbewerber-Situation stehen, zeigt sich an dem von dir aufgezeigten Beispiel "Hebeschiebegriff an [REDACTED]". Wie vereinbart, informiere ich dich wie folgt:

- SFS unimarket hat eine Anfrage
- Bei den [REDACTED] haben wir von einer Offerte abgesehen, da wir der Meinung waren, hier sind Glutz-Griffe erhalten, sicherlich keine Chance zu haben.
- Bei den 300 Stk. Hebeschiebegriffen Glutz [REDACTED] haben wir zuerst eine normal kalkulierte Offerte abgegeben.
- In mehreren Preisnachlässen haben wir uns zuerst zu Fr. [REDACTED], dann zu Fr. [REDACTED] "drücken" lassen.
- Aufgrund der konkreten Kundenaussage "ich habe ein Mitbewerber-Angebot von Fr. [REDACTED] auf dem Tisch" hat sich unser Mitarbeiter entschlossen, ein letztes Angebot zu Fr. [REDACTED] abzugeben.
- Heute hat der Kunde 340 Stk. zu Fr. [REDACTED] bei SFS unimarket bestellt.

Fazit:

1. Wir haben uns nicht an die vereinbarten Mindestverkaufspreise gehalten.
2. Dieser Auftrag bewegt sich zwischen "Geld wechseln" und "Geld bringen".
3. [REDACTED]

Ich kann dir versichern, dass dieser Fall uns intern noch beschäftigen wird. Insbesondere müssen wir sicherstellen, dass die kaufmännischen Grundsätze eingehalten werden.

Mit dieser Antwort möchte ich zum Ausdruck bringen, dass SFS unimarket stark bemüht ist, einmal getroffene Vereinbarungen (welche ein Geschäft nach kaufmännischen Grundsätzen erlaubt) auch einzuhalten.

Gerne stehen dir [REDACTED] oder ich für weitere Auskünfte zur Verfügung.

Bitte lasse dieses Schreiben auch [REDACTED] zukommen.

Mit freundlichen Grüßen


212. Ebenso nennt die nachstehende E-Mail von Koch an SFS vom März 2005 einen spezifischen Fall der Unterschreitung des Mindestaufschlags durch SFS.<sup>260</sup> Die E-Mail hält weiter fest, dass Koch „solche und ähnliche Preisgebote“ in den letzten Monaten häufig erlebe.

<sup>259</sup> Act. n° 8, Beilage 58.

<sup>260</sup> Act. n° 11, Beilage 2.

Abb. 25: E-Mail von Koch an SFS vom März 2005:

— Weitergeleitet von: SFS am: 02.03.2005 17:31 —

 [Redacted]@koch.ch>  
02.03.2005 11:04

An: @sfsunimarket.biz  
Kopie: [Redacted]@glutz.com  
Thema: Glutz Preise

Guten Tag:

Der alltägliche Preiskampf beschäftigt uns alle, vordefinitivweise sollten grobe entgleisungen gegenseitig gemeldet werden und es sollten folgen folgende Info oder Beispiel:

Kunde [Redacted] - Objekt [Redacted]

170 Stück [Redacted] - Preis [Redacted] !!

dazu

170 Paar Drucker [Redacted] - Preis [Redacted] !!

oder

90 Stück [Redacted] - Preis [Redacted] !!

Solche und ähnliche Preisgebote erleben wir in den letzten Monaten häufig, interessanterweise vornehmlich aus Zug oder Münchenstein. Ist dies jetzt ein neuer Wind ?? Anpassen könnte man sich ja aber dann wirds eng.

Bitte kurz um Deine Stellungnahme ob sich SFS wieder an die empfehlungen halten möchte oder ob der "freie Markt" spielen soll.

Freundliche Grüsse

PAUL KOCH AG

213. Und auch die nachfolgende E-Mail von Koch an SFS<sup>261</sup> nennt einen spezifischen Fall der Unterschreitung des Mindestaufschlags durch SFS, wohl wiederum zum Nachteil von Koch. Nebst diesem einen spezifischen Fall gibt Koch an, „zahlreich“ seien die Fälle, in welchen SFS nachweislich die Mindestaufschläge unterboten habe.

<sup>261</sup> Act. n° 8, Beilage 56.



Abb. 26: E-Mail von Koch an SFS vom April 2007:



Lieber

Nachstehenden Punkt möchten wir morgen mit euch diskutieren und eine entsprechende klare Antwort eurerseits erhalten.

Es bestehen Absichtserklärungen wie im ordentlichen Tagesgeschäft zB. Glutz die Kalkulation angewendet wird. Zahlreich sind die Fälle wo wir nachweislich Unterbietungen seitens SFS feststellen mussten.

Wir sind der Meinung, das wir Grundsätzlich vereinbaren sollen ob zukünftig überhaupt noch über Richtwerte gesprochen wird oder ob wir sagen „wir sind im Wettbewerb“ und somit ist die Kalkulation frei. Als Basis zu dieser Überlegung betrachtet eure Kalkulation Offerte [redacted]

Vom Grundsatz her würden wir die aktuelle Lösung bevorzugen, können und wollen aber nicht hinnehmen am Markt zunehmend unglaubwürdig zu erscheinen. Zudem müsste seitens SFS wirklich einmal aufgezeigt werden wie euer Controlling zukünftig solches unterbinden würde.

Freundliche Grüsse

PAULKOCH AG

214. Die vorangehenden E-Mails sind beweismässig gleich hinsichtlich mehrerer Punkte von Aussagekraft. Sie bekräftigen – einmal mehr – das Beweisergebnis unter A.4.7.1, nämlich dass die Händler Mindestaufschläge vereinbart haben. So ist an mehreren Stellen von den „vereinbarten Mindestverkaufspreisen“ und den „getroffenen Vereinbarungen“ die Rede, die nicht eingehalten wurden. Auch dass die Meinung bestand, dass die Mindestmargen einzuhalten sind, zeigt sich mit aller Deutlichkeit an diesen E-Mails. Die von Koch gewählten Worte – sie sprach von „Empfehlungen“, „Absichtserklärungen“ und „Richtwerten“, was reichlich unverbindlich klingt –, vermögen dies nicht zu verdecken. Denn gleichzeitig beanstandete Koch die Nichteinhaltung eben dieser Mindestmargen, was beweist, dass sie gerade von deren Verbindlichkeit ausging. Dies ergibt sich im Übrigen auch aus den von Koch angedrohten „Alternativen“, nämlich „[...] ob sich SFS wieder an die Empfehlungen halten möchte oder ob der ‚freie Markt‘ spielen soll“ resp. dass man sagen würde, „wir sind im Wettbewerb“ und somit ist die Kalkulation frei“. Die Mahnung von Koch an SFS, sie müsse wirklich einmal aufzeigen, wie ihr Controlling solche Nichteinhaltungen künftig unterbinden werde, rundet dieses Bild schliesslich ab und es ist evident, dass Koch die vereinbarten Mindestaufschläge als verbindlich erachtet. Belegt ist damit ferner, dass in konkreten Fällen eine Kontrolle und Überwachung der Einhaltung der vereinbarten Mindestmargen

durch einzelne Händler, und zwar namentlich durch Koch, erfolgte und die Nichteinhaltung denn auch gerügt wurde. Hinsichtlich der Umsetzung der Mindestmargen schliesslich beweisen diese E-Mails, dass in diesen konkreten Fällen gerade keine Umsetzung seitens SFS – und in der Folge notgedrungenermassen wohl auch seitens Koch – erfolgte.

#### Weitere Sachbeweise bezüglich konkreten Unterschreitungen der Mindestaufschläge

215. OPO reichte im Rahmen ihrer Selbstanzeige insgesamt 42 Rechnungen von ihr an Kunden sowie Rechnungen von Glutz an sie ein, die belegen, dass OPO in diesen Fällen die Mindestaufschläge nicht eingehalten hat.<sup>262</sup>

216. Damit ist anhand dieser Rechnungen beweismässig erstellt, dass OPO in diesen konkreten Fällen die Mindestaufschläge unterschritt und damit die vereinbarten Mindestmargen in diesen Fällen nicht einhielt.

#### Unternehmensinterne Sachbeweise von SFS mit Relevanz hinsichtlich der Umsetzung

217. Schliesslich liegen mehrere Sachbeweise vor, die unternehmensinterner Natur sind und die Unternehmung SFS betreffen. Gerade aufgrund dieser internen Natur

<sup>262</sup> Vgl. act. n° 40 und 62.

zeigen diese Sachbeweise eindrücklich, wie innerhalb der Unternehmen mit den vereinbarten Mindestmargen umgegangen wurde. Dass nur bezüglich SFS solche unternehmensinterne Unterlagen vorhanden sind, erklärt sich aus zwei Gründen: Zum einen ist dies auf die umfassende und einwandfreie Kooperation von SFS im Rahmen ihrer Selbstanzeige zurückzuführen, in deren Rahmen SFS zahlreiche Beweismittel einreichte. Zum anderen hängt dies damit zusammen, dass nur bei Koch

und SFS, nicht aber bei den anderen Händlern, eine Hausdurchsuchung stattfand. Diese Sachbeweise seien nachfolgend kurz dargelegt.

218. Zunächst ist die bereits in Rz 181 erwähnte interne Anweisung von SFS bezüglich der „Mindestverkaufspreise Beschlüsse“ vom Juni 2003 zu nennen.<sup>263</sup> Diese führt für einzelne Glutz-Produkte einzuhaltenden Mindestaufschläge auf.

Abb. 27: Auszug interne Aufstellung von SFS betreffend Mindestverkaufspreise Beschlüsse vom Juni 2003:

Glutz	
Produkte	
[REDACTED]	
<b>Mindestaufschlag auf diese Kalkulation</b>	<b>8 % Glutz Beschlüsse</b>

219. [Betrifft die Einhaltung des Mindestaufschlags durch SFS].

220. Alsdann ist eine interne Kalkulationsgrundlage von SFS aus dem Jahre 2005 von Interesse.<sup>264</sup> Diese listet bezüglich mehrerer Glutz-Produkte in den Jahren 2004 und 2005 erfolgte Lieferungen von SFS an Kunden von ihr auf und führt die jeweils bezogene Stückmenge sowie den verrechneten Preis auf. Bezüglich dreier Glutz-Produkte wird sogar noch der anlässlich der „Diskussion Handel“ vereinbarte Mindestverkaufspreis als Vergleichsgrösse ausgerechnet. Diese Kalkulationsgrundlagen und vor allem die aufgelisteten Geschäfte in den Jahren 2004 und 2005 sollen hier nicht im Detail offen gelegt werden. Sie belegen jedoch, dass SFS die vereinbarten Mindestaufschläge von damals 8 % in zahlreichen Fällen – und vor allem fast ausnahmslos, wenn das Bestellvolumen mehr als 20 Stück war – nicht eingehalten hat.

221. Schliesslich ist eine SFS-interne E-Mail vom Mai 2005 einschlägig.<sup>265</sup> Diese führt als Betreff „Preisgefüge Glutz-Produkte“ auf.

<sup>263</sup> Act. n° 8, Beilage 66.

<sup>264</sup> Act. n° 75, Beilage 11.

<sup>265</sup> Act. n° 75, Beilage 12.

Abb. 28: Interne E-Mail von SFS betreffend „Preisgefüge Glutz-Produkte“ vom Mai 2005:

Liebe Kollegen  
 Seit geraumer Zeit gilt eine Interne Regelung, zu welchen Mindestverkaufspreisen die Glutz-Produkte durch SFS unimarket verkauft werden:  
**Bruttopreis Glutz (Preisliste 2005) [REDACTED] %.**  
 Sie gilt grundsätzlich bei allen Produkten/Aufträgen, Ausnahme bilden klar geregelte Jahresabschlüsse und Industriekunden, dies betrifft aber fast ausschließlich SystemService.  
 Diese Regelung dient dazu, eine Mindestmarge und damit eine Mindestrendite zu erzielen. Sie soll nur in Ausnahmefällen zur Anwendung kommen, im Normalfall gelten die im SAP abgebildeten Konditionen oder von euch verantwortete kundenspezifische Preise.  
 In vielen Fällen ist es euch gelungen, durch die Einhaltung dieser Regelung das gewünschte Ziel zu erreichen.  
 Leider gibt es immer wieder Fälle, bei denen Aufträge unter diesen Preisen realisiert werden. Tatsache ist, dass ich von anderen Marktteilnehmern pro Woche 1-2 "Fälle" dokumentiert bekomme, bei denen SFS unimarket unter der Regelung verkauft hat. Es ist äusserst bemügend, diesen Fällen intern nachzugehen und schlussendlich dem Mitbewerber irgend eine Antwort geben zu müssen, welche irgendwo zwischen Wahrheit und Halbwahrheit ist.  
 Ich fordere euch auf, im Interesse der SFS unimarket diese Regelung in eurem Verantwortungsbereich **zu kommunizieren und bereits in der Offertphase zu kontrollieren.**  
 Ebenso fordere ich euch auf, Angebote von Mitbewerbern, welche diese Regelung unterschreiten, an mich zu melden (bis heute habe ich noch keine erhalten).  
 Diese Regelung wird von der [REDACTED] unterstützt.  
 Bei Fragen stehe ich euch gerne zur Verfügung  
 Mit freundlichen Grüßen

222. Dem besseren Verständnis halber sei hier zunächst darauf hinzuweisen, dass im Zeitpunkt des Versands dieser E-Mail ein gemeinsamer Mindestaufschlag von 8 % gegolten hat. Der von SFS aufgeführte maximale Rabatt von [...] % auf den Bruttopreisen von Glutz stimmt im Ergebnis mit dem Mindestaufschlag auf der gemeinsamen Berechnungsbasis überein.<sup>266</sup> Zur Erläuterung und für ein Rechenbeispiel sei auf die diesbezüglichen Ausführungen unter Rz 179 verwiesen.

223. Diese unternehmensinterne E-Mail belegt gleich mehrere Punkte. Zunächst zeigt sie, dass in der Tat interne Verhaltensanweisungen erlassen wurden, die die Umsetzung der gemeinsamen Mindestaufschläge sicherstellen sollten. Bezüglich effektiver Umsetzung zeigt diese E-Mail ein ambivalentes Bild. Zum einen hält sie fest, dass in vielen Fällen eine Umsetzung erfolgte, zum anderen führt sie aber auch aus, dass es immer wieder Fälle gibt, wo dies nicht der Fall ist und beziffert diese mit 1–2 Fällen pro Woche. Was das Verhalten der Konkurrenz und die Umsetzung der Mindestaufschläge durch diese betrifft, hält die E-Mail fest, dass SFS intern bislang keine Fälle der Unterschreitung der Mindestaufschläge durch Konkurrenten gemeldet wurden. Dies deutet auf eine grössere Einhaltung der gemeinsamen Mindestaufschläge durch die übrigen Händler hin.

#### Zwischenfazit

224. Die hiervor wiedergegebenen Beweismittel zeichnen hinsichtlich der Umsetzung und Einhaltung der vereinbarten Mindestaufschläge ein zwiespältiges Bild. In einer Protokollstelle aus dem Jahr 2002 – und damit zwar vor der sanktionsrechtlich relevanten Zeit – stellen die Händler fest, dass die Mindestaufschläge eingehal-

ten werden. Für die spätere Zeit steht aufgrund der Beweismittel fest, dass an regelmässigen Treffen Mindestaufschläge vereinbart wurden und diese zu unternehmensinternen Verhaltensanweisungen führten, die ihre Umsetzung herbeiführen sollten. Feststellen lässt sich jedoch auch, dass die Mindestaufschläge jedenfalls nicht konsequent und ausnahmslos umgesetzt wurden.

#### **A.4.8.1.3 Ausführungen in den Selbstanzeigen**

225. SFS führte in ihrer Selbstanzeige aus, dass die Händler trotz dieser Absprachen auch bei Grossaufträgen/Offertgeschäften miteinander im Wettbewerb gestanden seien. Sie hätten gegenüber den Kunden versucht, sich über den Preis und andere Wettbewerbsparameter zu differenzieren und hätten weitergehende Rabatte gewährt. Immer öfter seien die Händler daher auch bei Grossaufträgen/Offertgeschäften von diesen Mindestverkaufspreisen abgewichen. SFS habe die Glutz-Produkte oft unter den vereinbarten Mindestverkaufspreisen angeboten und auch die übrigen Händler hätten sich in zahlreichen Fällen nicht daran gehalten. Deshalb habe sich SFS am Treffen vom Juni 2007 auch von diesen Absprachen zurückziehen wollen. Die übrigen beteiligten Händler seien demgegenüber dafür gewesen, diese Absprachen weiterzuführen. Sie hätten akzeptiert, dass es SFS nicht möglich sei, diese Mindestverkaufspreise intern durchzusetzen und dass sich

<sup>266</sup> Ganz genau betrachtet ergibt sich eine Differenz von etwa ¼ Prozent. In diesem Umfang ist der Preis, der bei Anwendung des maximalen Rabatts von [...] % herauskommt, höher als bei einer Berechnung über den Mindestaufschlag von 8 %. Der gemeinsame Mindestaufschlag wird also bei Anwendung des maximalen Rabatts von [...] % nicht nur eingehalten, sondern sogar minim überschritten.

SFS daher nicht vollständig daran haben halten können.<sup>267</sup> Die Mindestverkaufspreise hätten weiterhin als Richtgrössen für die beteiligten Händler bestehen sollen. In ihrer Ergänzung zur Selbstanzeige hielt SFS nochmals fest, die Mindestverkaufspreise seien nicht umfassend und auch nicht flächendeckend von den Händlern umgesetzt worden. SFS und auch die übrigen beteiligten Händler hätten sich im Endeffekt in zahlreichen Fällen nicht an die Mindestverkaufspreise für Grossaufträge/Offertgeschäfte gehalten.<sup>268</sup>

226. Aufschlussreich sind in diesem Zusammenhang auch die Antworten von SFS auf spezifische Fragen des Sekretariats, welche in Ergänzung zur Selbstanzeige von SFS erfolgten.<sup>269</sup> Auf die Frage, wie seitens SFS ihr verändertes Verhalten gegenüber den Geschäftspartnern kommuniziert worden sei, antwortete SFS, SFS habe die Preise bzw. Rabatte in Bezug auf diejenigen Produkte geändert, bei welchen sie die Preisvereinbarungen zumindest teilweise eingehalten habe. Eine weitere Kommunikation sei nicht erfolgt. Mit ihren Wettbewerbern habe SFS nicht über ihre Verhaltensänderung gesprochen. [...].

227. **OPO** führte in ihrer Selbstanzeige aus, OPO habe die diskutierten Mindestmargen/Maximalrabatte für sich nicht als verbindlich betrachtet und in der Praxis häufig tiefere Preise offeriert.<sup>270</sup> In ihrer Ergänzung zur Selbstanzeige ergänzte OPO, sie habe die diskutierten Mindestmargen weder als verbindlich betrachtet noch sich daran gehalten. Beispiele würden zeigen, dass OPO diese Mindestmarge nicht als verbindlich betrachtet und massiv unterschritten habe. Gleichwohl habe OPO nicht bei allen Ausschreibungen immer den Zuschlag erhalten. Häufig sei der Auftrag mit Verweis auf bessere Preise eines anderen „Top-Six“-Händlers an diesen vergeben worden, was zeige, dass sich auch die übrigen beteiligten Händler nicht an diese Mindestmarge gemäss „Top-Six“-Treffen gehalten hätten. Auch die am Treffen 2006 vereinbarte Erhöhung sei von OPO nicht umgesetzt worden, wie ein Beispiel zeige.<sup>271</sup> In einer weiteren Ergänzung zur Selbstanzeige führte OPO erneut aus, die eingereichten Beispiele würden zeigen, dass OPO die Mindestaufschläge als nicht massgeblich und erst recht nicht als verbindlich erachtet, sondern diese massiv unterschritten habe. Trotzdem habe OPO keineswegs immer den Zuschlag erhalten. Häufig sei der Auftrag an andere „Top-Six“-Händler mit Hinweis auf deren bessere Preise vergeben worden, was darauf hindeute, dass sich diese ebenfalls nicht an die Mindestaufschläge gehalten hätten.<sup>272</sup>

228. **Koch** führte in ihrer Selbstanzeige aus, praktisch niemand habe sich an die Vorgaben gehalten. Der Informationsaustausch habe vielmehr dazu geführt, dass sich die Händler bei der nächsten sich bietenden Gelegenheit unterboten hätten. Weiter hielt Koch fest, da es sich um reine Empfehlungen ohne Sanktionsfolgen gehandelt habe, seien sie von den Händlern weder umgesetzt noch eingehalten worden. Die gewonnenen Preis- und Rabattinformationen seien vielmehr eingesetzt worden, um die anderen Händler zu unterbieten.<sup>273</sup>

#### A.4.8.1.4 Ausführungen an den Parteieinvernahmen

229. **SFS** führte anlässlich der Parteieinvernahme aus, die Händler hätten sich nicht gegenseitig kontrolliert und SFS hätte sich auch nicht an die Abreden gehalten. Es habe aber immer wieder ein Echo von anderen Händlern, insbesondere von Koch, gegeben, wenn sie sich nicht daran gehalten hätten.

230. **Koch** führte anlässlich der Parteieinvernahme aus, anlässlich der „Diskussion Handel“ hätten sie einander „wüescht“ gesagt bezüglich des Preisverhaltens am Markt. Zum Schluss der Parteieinvernahme hielt Koch fest, sie hätten in den Jahren 2005 bis 2007 über Mindestaufschläge geredet, aber es habe null und nix gefruchtet.<sup>275</sup>

231. **Blaser** äusserte sich anlässlich der Parteieinvernahme nicht zur Umsetzung der vereinbarten Mindestaufschläge, was sich wohl dadurch erklärt, dass Blaser bereits die verbindliche Festlegung von Mindestmargen – wie gesehen allerdings zu Unrecht – bestreitet.

232. **Immer** führte anlässlich der Parteieinvernahme aus, sie sei 2007 erstmals an einem „Top-Six“-Treffen dabei gewesen. Sie habe die dort diskutierten Faktoren jedoch nicht angewendet. Aber sie hätte eine Preiskontrolle gemacht [...] Zum Schluss der Parteieinvernahme hielt Immer fest, [...]. Und sie sei der Meinung, dass kein Vergehen ihrerseits stattgefunden habe.<sup>276</sup>

233. **Geiser** führte anlässlich der Parteieinvernahme aus, die an der „Diskussion Handel“ getroffenen Abreden seien nie umgesetzt worden. Man habe halt nie gewusst, was die anderen Händler im Anschluss an diese Treffen machen würden. Es habe zum Teil auch heftige Diskussionen gegeben, wenn ein Händler bei einem Grossprojekt einen sehr tiefen Preis gesetzt habe. Der Konkurrenzkampf sei schon sehr gross, von daher sei es schon die Idee gewesen, die Mindestfaktoren auch umzusetzen. Zum Schluss der Parteieinvernahme hielt Geiser fest, sie glaube, die Umsetzung dieser Mindestfaktoren habe wirklich keiner machen wollen. Grundsätzlich habe es zwar Absprachen gegeben, aber diese seien wie gesagt nie umgesetzt worden.<sup>277</sup>

<sup>267</sup> Act. n° 8, Rz 86–89.

<sup>268</sup> Act. n° 15, Rz 22.

<sup>269</sup> Siehe act. n° 19, Antworten auf die Fragen 3 und 4.

<sup>270</sup> Act. n° 25, Rz 20.

<sup>271</sup> Act. n° 40, Rz 10 ff.

<sup>272</sup> Act. n° 62, S. 2.

<sup>273</sup> Act. n° 41, S. 7 f.

<sup>274</sup> Act. n° 181.

<sup>275</sup> Act. n° 182.

<sup>276</sup> Act. n° 194.

<sup>277</sup> Act. n° 195.

234. **OPO** führte anlässlich der Parteieinvernahme aus, sie hätten anlässlich der „Diskussion Handel“ darüber geredet, dass ein Faktor von 1.08 gut wäre. Aber sie hätten gewusst, da würde sich sowieso keiner daran halten, da jeder seinen eigenen Preis selbstständig festlegen würde und sie individuell bei wichtigen Offerten einen Tagespreis festlegen würde. Weiter hielt OPO fest, für sie seien diese Faktoren nie massgeblich und verbindlich gewesen. Zum Schluss der Parteieinvernahme hielt OPO fest, sie habe mehrfach versucht aufzuzeigen, dass sie am Markt den Preis gemacht habe, der nötig gewesen sei. Auch wenn sie teilweise Angebote [...] gemacht habe, habe sie teilweise keine Aufträge bekommen. Das zeige, dass sich auch andere Händler nicht an irgendwelche Absprachen gehalten hätten. Es sei darüber geredet worden, aber es sei nie irgendetwas umgesetzt worden. Die Frage ihres Rechtsvertreters, ob die Mindestmarge im Preissystem von OPO abgebildet worden wäre, verneinte OPO. Die Möglichkeit, eine solche Mindestmarge im System zu hinterlegen, wäre gegeben, dies sei aber nie umgesetzt worden.<sup>278</sup>

#### **A.4.8.1.5 Einverlangte Rechnungen und deren Auswertung**

235. Vor dem Hintergrund des zuvor dargestellten Zwischenfazit in Rz 225 erfolgte auch die Einforderung einer Vielzahl von Rechnungen bei den Händlern durch das Sekretariat. Diese Rechnungen betreffen eine Auswahl spezifischer, typischer und damit umsatzstarker Glutz-Produkte. Es handelt sich dabei um die diesbezüglichen Rechnungen, welche die Händler an ihre Abnehmer in den Monaten Februar, Mai, August und November in den Jahren 2006 und 2007 versandt haben. Der so erstellte Datensatz umfasst demnach eine Auswahl an Rechnungen für Glutz-Produkte für bestimmte Monate (Stichprobe). Die Auswahl der Monate erfolgte mit Blick darauf allfällige saisonale Schwankungen ersicht-

lich zu machen. Wie die Auswertung der Rechnungen ergeben hat, bestehen solche Schwankungen nicht, jedenfalls nicht in signifikantem Ausmass. Die Zeitperiode 2006 und 2007 wurde so gewählt, da – wie in Rz 174 festgehalten – beim „Top-Six“-Treffen im Juni 2006 eine Erhöhung des Mindestaufschlags von 8 % auf 10 % beschlossen wurde. Wurden die vereinbarten Mindestmargen und damit auch diese Erhöhung umgesetzt, so müsste sich dies auch in den Rechnungen entsprechend widerspiegeln, wobei sich insbesondere gerade diese vereinbarte Erhöhung und damit eine Auswirkung auf die erzielten Margen nachweisen lassen müsste. Mit anderen Worten ist bei einer (zumindest teilweisen) Umsetzung der Mindestmargen davon auszugehen, dass im Zeitpunkt der Erhöhung der Mindestmarge ein entsprechender „Sprung“ bei den Rechnungsbeträgen resp. genauer bei den Margen feststellbar ist, dass also die Margen vor- und nachher unterschiedlich hoch sein müssten. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die von Immer ausgestellten Rechnungen bis und inklusive Mai 2007 zu Vergleichszwecken herangezogen werden können. Denn Immer nahm erstmals am „Top-Six“-Treffen im Juni 2007 teil, ihre Preisgestaltung vor diesem Zeitpunkt erfolgte demnach losgelöst von den Einigungen über Mindestaufschläge.

#### Auswertung der Rechnungen

236. Insgesamt untersuchte das Sekretariat 12'946 Rechnungen derselben Glutz-Produkte (Türschlösser und Türdrücker).<sup>279</sup> Für jeden Verkauf und Händler liegen der Verkaufszeitpunkt, der Einkaufspreis (bzw. Glutz-Verkaufspreis an die Händler), der Verkaufspreis inklusive möglicher Rabatte sowie für fünf Händler die Angabe der jeweils bezogenen Menge vor. Die Anzahl der Rechnungen pro Händler ist in der nachfolgenden Tabelle abgebildet.

Tab. 1: Anzahl der eingereichten Rechnungen je Händler

[Tab. 1 wurde zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen entfernt]

237. Um die typische mengenbasierte Preisstaffelung<sup>280</sup> der Bruttoverkaufspreise der Händler zu berücksichtigen, wurden wie folgt sechs Mengenkategorien unterschieden: Kategorie 1 1–5 Stück, Kategorie 2 6–10 Stück, Kategorie 3 11–19 Stück, Kategorie 4 20–49 Stück, Kategorie 5 50–99 Stück und Kategorie 6 mindestens 100 Stück.

238. Die Verteilung der Verkäufe je Mengenkategorie zeigt, dass die Anzahl der Verkäufe mit zunehmender bezogener Menge sinkt, wie in Tabelle 2 abgebildet.

<sup>278</sup> Act. n° 197.

<sup>279</sup> Die diesbezügliche Korrespondenz findet sich in den act. n° 155-158, 160-175, 179, 202 und 206a. Eine Darstellung der Vorgehensweise bei der Datenauswertung sowie der Datensatz finden sich in act n° 295 und 296.

<sup>280</sup> Vgl. die Ausführungen in Rz 85.

Tab. 2: Einteilung der Bestellmengen in Mengenkategorien

Kategorie	Bezogene Menge	Anzahl Verkäufe
1	0 < Menge < 5	7'226
2	5 ≤ Menge < 10	1'761
3	10 ≤ Menge < 20	1'344
4	20 ≤ Menge < 50	629
5	50 ≤ Menge < 100	287
6	100 ≤ Menge	87
Keine Mengenzuteilung möglich		1'612

### Durchschnittliche Margen je Händler

239. In einem ersten Schritt wurde die zeitliche Entwicklung der durchschnittlichen monatlich erzielten Margen je Händler analysiert. Abbildung 29 stellt den Zeitverlauf graphisch dar.

Abb. 29: Durchschnittliche Margen in Prozent je Händler und Monat

[Abb. 29 wurde zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen entfernt]

240. Der Vergleich der Margen je Händler zeigt, dass deutliche Unterschiede sowohl in der Höhe der durchschnittlichen monatlichen Marge als auch in deren zeitlichen Entwicklung vorliegen. So erzielte [...] mit Abstand die niedrigsten durchschnittlichen Margen von insgesamt rund [...] %, [...] hingegen die höchste durchschnittliche Marge von rund [...] %. Nach dem Treffen und damit dem Abredezzeitpunkt im Juni 2006 ist kein gemeinsamer Trend einer Margenerhöhung bei den Abredepartnern festzustellen.<sup>281</sup> Vielmehr sinken die Margen zum Jahreswechsel 2006/2007 hin. Auch zeigen die Margenverläufe der Abredepartner im Vergleich zu denjenigen von Immer, welche zu diesem Zeitpunkt nicht an der Abrede beteiligt war, keinen auffälligen Verlauf. [...].

241. Auch zeigt der Vergleich der Margenverläufe der Abredepartner mit denjenigen von Immer, welche zu diesem Zeitpunkt nicht an der Abrede beteiligt war, dass [...]. Dies lässt somit keinen Schluss darüber zu, dass die Abredepartner auffallend höhere oder tiefere monatliche durchschnittliche Margen auswiesen als eine nicht an der Abrede beteiligte Unternehmung.

242. Insgesamt erzielen die Abredepartner bei [...] % ihrer Verkäufe eine Marge von mindestens 8 %, bei [...] % eine solche von mindestens 10 %. Im Vergleich liegt dieser prozentuale Anteil bei Immer bei durchschnittlich [...] % (8 %) resp. [...] % (10 %). Bei der Interpretation der Prozentsätze bleibt zu beachten, dass gemäss Angaben der Parteien eine Marge von [20–30] % zur „langfristigen Unternehmenssicherung“ und damit als wirtschaftlich angemessen erachtet wird,<sup>282</sup> so dass der hohe Anteil von Margen über 8 % resp. 10 % nicht ungewöhnlich erscheint.

243. Zusammenfassend ist festzustellen, dass sowohl zwischen den Händlern als auch über die Mengenkate-

gorien [Unterschiede] in den durchschnittlichen Margen im Zeitablauf bestehen.

### Margenentwicklung bezüglich der abrederelevanten „Grossmengen“

244. Aussagekräftiger als diese durchschnittlichen Margenbeobachtungen sind die Margenentwicklungen der einzelnen Händler bezüglich der abrederelevanten Grossmengen/Offertgeschäften,<sup>283</sup> und zwar insbesondere im Hinblick auf die vereinbarte Mindestmargenerhöhung von 8 % auf 10 %. Um die bestellmengenbezogene Analyse durchzuführen, wurden zuerst die aggregierten durchschnittlichen Margen der Händler pro Mengenkategorie berechnet, welche in Abbildung 30 graphisch dargestellt sind. Es zeigt sich, dass die durchschnittlichen Margen mit der jeweiligen Mengenkategorie sinken, d.h. je grösser die bezogene Menge, desto niedriger fällt die durchschnittliche Marge aus und umgekehrt.

<sup>281</sup> Während beispielsweise die durchschnittliche Marge von [...] im November 2006 erst stark sinkt und dann im Februar 2007 rasant ansteigt, bleibt diejenige [...] relativ konstant. Weiter weisen die durchschnittlichen Margen von [...] im Mai 2007 einen entgegengesetzten Verlauf aus.

<sup>282</sup> Vgl. die Ausführungen in Rz. 88.

<sup>283</sup> Vgl. die Ausführungen unter Rz 180 ff.

Abb. 30: Durchschnittliche Margen in Prozent je Mengenkategorie

[Abb. 30 wurde zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen entfernt]

245. Wie gesagt ist unklar, ab welchen Mengen ab-reederelevante Grossmengen vorliegen. Da bei Mengen unter 20 Stück (Mengenkategorien 1, 2 und 3) die durchschnittlichen Margen derart deutlich über 8 % resp. 10 % liegen, kann dies als Indiz dafür gesehen werden kann, dass jedenfalls bis zu diesen Stückzahlen noch keine ab-reederelevanten Grossmengen vorliegen, da bei diesen Mengen die Marge offensichtlich viel höher an-gesetzt wird.<sup>284</sup>

246. Das Sekretariat führte seine Analyse deshalb für drei Gruppen durch: 1. Mengen von mindestens 10 Stück, 2. Mengen von mindestens 20 Stück sowie 3. Mengen von mindestens 50 Stück. Es bleibt weiterhin zu beachten, dass die eingeforderten Rechnungen nur eine Auswahl darstellen. Weiter sind aufgrund der geringen Anzahl an Rechnungen für die Mengenkategorien 5 und 6, vgl. Tabelle 2, für diese Klassen und somit Bestell-mengen von mindestens 50 Stück keine statistisch ro-busten Ergebnisse möglich (teilweise liegt nur eine Rechnung und damit ein Verkauf pro Monat für einen Händler vor).

247. Die vom Sekretariat durchgeführte Analyse zeigte für alle drei Gruppen ein ähnliches Bild:

- [...].
- [...]. Abhängig von der jeweiligen Mengengruppe werden dabei Margen von weit über und unter 10 % erzielt, [...].
- Der Vergleich der durchschnittlichen Margen vor und nach dem Abredezzeitpunkt (Juni 2006, alternativ geprüft Jahreswechsel 2006/2007) zeigt nur bei [...] und bei ihr auch nur bei Bestellmengen von mindestens 10 Stück einen positiven signifi-kanten Anstieg. Bei allen anderen Händlern ist kein Zusammenhang zwischen dem Umsetzungs-zeitpunkt der Mindestmargenerhöhung und einer Veränderung bzw. Erhöhung der Margen feststell-bar.
- Die „Top-Six“-Händler erzielten, abhängig von der Mengenkategorie, in durchschnittlich [...] % der Verkäufe eine Marge von mindestens [...] %. Zwar erzielten die „Top-Six“-Händler somit in keiner der drei Bestellmengenklassen immer eine Marge von 10 %, jedoch könnte dies andeuten, dass die Ab-rede zumindest teilweise umgesetzt wurde. [...]. Weiter wurde analysiert, ob eine signifikante Ver-änderung bzw. Erhöhung des (prozentualen) An-teils an Verkäufen, bei denen eine Marge von mindestens 8 % bzw. 10 % erzielt wurde, nach-gewiesen werden kann. Es zeigt sich, dass dieser Anteil je Händler und abhängig von der Mengen-kategorie im Zeitverlauf stark variiert. Bei [...], kann ein leichter Anstieg in ihrem Anteil an Ver-käufen mit einer Marge von mindestens 10 % nach dem Abredezzeitpunkt im Juni 2006 festge-stellt werden, jedoch ist dieser Anstieg weder sig-nifikant noch systematisch. Das heisst, auch wenn direkt nach dem Abredezzeitpunkt bei [...] eine

leichte Zunahme an Verkäufen mit einer Marge von mindestens 10 % festgestellt werden kann, so nimmt dieser Anteil in den Monaten danach wie-der ab und sinkt teilweise sogar unter denjenigen vor dem Abredezzeitpunkt. Eine systematische Än-derung, insbesondere eine Erhöhung, ist daher nicht feststellbar.

#### Ergebnis

248. Gestützt auf die statistische Analyse der einver-langten Rechnungen ist weder eine systematische Ein-haltung einer Mindestmarge ([...]) noch eine signifikante Veränderung bzw. Erhöhung der Margen pro Händler im Zeitverlauf (insbesondere zum vereinbarten Umset-zungszeitpunkt der Mindestmargenerhöhung) nachge-wiesen. Mit anderen Worten finden sich gestützt auf die Auswertung der einverlangten Rechnungen für den Zeit-raum Februar 2006 bis November 2007 keine Anhalts-punkte, dass die vereinbarte Mindestmargenerhöhung zu einer Verhaltensänderung der Händler führte. [...].

#### **A.4.8.2 Beweiswürdigung und -ergebnis bezüglich Umsetzung der vereinbarten Mindestmar-gen**

249. Aufgrund der Auswertung der einverlangten Rech-nungen sowie in Würdigung der übrigen diesbezüglichen Beweismittel ergibt sich hinsichtlich der Umsetzung der vereinbarten Mindestmargen in Ergänzung zum in Rz 225 gezogenen Zwischenfazit folgendes Beweiser-gbnis:

250. Fest steht, dass die vereinbarten Mindestmargen in entsprechenden unternehmensinternen Anweisungen resultierten, die deren Umsetzung herbeiführen sollten. Die vereinbarten Mindestmargen wurden damit zumin-dest teilweise umgesetzt.

251. Dies ergibt sich zusammenfassend aus den Selbst-anzeigen, den über Jahre regelmässig stattfindenden Treffen der „Top-Six“-Händler, der vollumfänglichen Umsetzung der Vereinbarung im Jahr 2002, den E-Mails zur Disziplinierung der Händler untereinander und schliesslich den unternehmensinternen Anweisungen an die zuständigen Mitarbeiter über die Einhaltung der Hö-he der Mindestaufschläge.

252. Aus der statistischen Analyse der eingeforderten Rechnungen aus den Jahren 2006 und 2007 kann eine Auswirkung dieser Weisungen auf die verrechneten Preise (resp. die angewandten Margen) der Händler nicht nachgewiesen werden. Insbesondere ist nicht nachweisbar, dass sich die vereinbarte Erhöhung der

<sup>284</sup> [...].

Mindestaufschläge von 8 % auf 10 % nach dem Treffen im Juni 2006 auf die verrechneten Preise (resp. die angewandte Marge) durchschlug und es in diesem Zeitraum zu einem „Sprung“ oder „Anstieg“ kam, welcher nicht auch auf einen normalen Konjunkturverlauf zurückzuführen wäre. Die Rechnungsanalyse hat jedoch auch ergeben, dass die „Top-Six“-Händler sowie Immer in allen betrachteten Mengenkategorien teilweise Margen über den vereinbarten Mindestmargen erzielten.

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

#### B.1.1 Persönlicher Geltungsbereich

253. Das KG 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 KG gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Das KG geht damit bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus. Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbstständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbstständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.<sup>285</sup>

254. Glutz stellt Türbeschläge her und verkauft diese. Die Händler, gegen welche die Untersuchung eröffnet wurde, erwerben Türbeschläge von Glutz und anderen Herstellern und veräussern diese weiter. Damit steht fest, dass alle Gesellschaften, gegen welche die Untersuchung eröffnet wurde, rechtlich selbstständige, im Wirtschaftsprozess als Nachfrager oder Anbieter von Gütern und/oder Dienstleistungen auftretende Gesellschaften und damit Unternehmen oder Teil eines Unternehmens sind.

255. Wie es sich mit einer allfälligen konzernmässigen Eingebundenheit dieser Gesellschaften verhält, kann bezüglich des persönlichen Geltungsbereichs des KG vorliegend offen bleiben. Rein konzerninterne, nicht unter das KG fallende Sachverhalte<sup>286</sup> stehen hier offenkundig nicht zur Beurteilung. Ob diese Gesellschaften nun auch wirtschaftlich selbstständig sind oder ob sie als Teil eines Konzerns wirtschaftlich unselbstständig sind, ist unerheblich; vom persönlichen Geltungsbereich des KG erfasst ist das Geschehen so oder so, im ersten Fall unmittelbar aufgrund dieser Gesellschaft und im zweiten Fall aufgrund des Konzerns in seiner Gesamtheit. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Unterstellung unter den Unternehmensbegriff gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG die Frage nicht beantwortet, wer (materieller) Verfügungsadressat ist (siehe dazu nachfolgend B.2).<sup>287</sup>

#### B.1.2 Sachlicher, örtlicher und zeitlicher Geltungsbereich

256. In sachlicher Hinsicht erstreckt sich das Kartellgesetz auf das Treffen von Kartell- und anderen Wettbewerbsabreden, auf die Ausübung von Marktmacht sowie auf die Beteiligung an Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 2 Abs. 1 KG).

257. Der Begriff der Wettbewerbsabrede wird in Art. 4 Abs. 1 KG definiert. 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.

258. Das Kartellgesetz ist vorliegend auch örtlich und zeitlich anwendbar.

## B.2 Materielle Verfügungsadressatinnen

### B.2.1 Allgemeines

259. Als materielle Verfügungsadressatinnen gelten diejenigen natürlichen und juristischen Personen, deren Rechte und Pflichten im Sinne eines Tuns, Duldens oder Unterlassens durch Verfügung unmittelbar, direkt und rechtsverbindlich geregelt werden.<sup>288</sup> Sie haben ohne Weiteres Parteistellung in einem Verfahren.<sup>289</sup> Als formelle Verfügungsadressatinnen gelten demgegenüber diejenigen Rechtssubjekte, deren Rechte und Pflichten durch die Verfügung zwar nicht geordnet werden, die aber durch diese gleichwohl unmittelbar in ihren Interessen (und zwar stärker als jedermann) berührt sind.<sup>290</sup> Oder anders ausgedrückt: Formelle Verfügungsadressatin ist, wer gemäss Art. 48 VwVG zur Beschwerdeerhebung berechtigt ist, ohne selbst materielle Verfügungsadressatin zu sein.<sup>291</sup> Auch solchen Dritten kommt aufgrund ihrer besonderen Beziehungsnähe zum Verfügungsgegenstand Parteistellung zu.<sup>292</sup> Sowohl materielle wie auch formelle Verfügungsadressatinnen haben demnach Parteistellung und die daraus fliessenden Rechte sind grundsätzlich dieselben. Das Begriffspaar materielle und formelle Verfügungsadressatin soll also nicht diese Personen bezüglich ihrer Behandlung als Partei in formeller Hinsicht unterscheiden. Es differenziert vielmehr danach, ob im Dispositiv der Verfügung Rechte oder Pflichten dieser Partei geregelt werden (materielle Verfügungsadressatin) oder nicht (formelle Verfügungsadressatin, sofern die Verfügung ihre Interessen gleichwohl unmittelbar und stärker als jedermann berührt, wobei diese Interessen mit denjenigen der ma-

<sup>285</sup> JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 27; SAMUEL JOST, Die Parteien im verwaltungsrechtlichen Kartellverfahren in der Schweiz, Basel 2013, Rz 335 und 341. Vgl. auch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 f. E. 4.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

<sup>286</sup> Etwa VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2008, Rz 1245.

<sup>287</sup> RPW 2004/2, 419 Rz 56, *Swisscom ADSL*.

<sup>288</sup> RPW 2007/2, 200 Rz 69, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

<sup>289</sup> Siehe etwa ISABELLE HÄNER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), 2008, Art. 6 VwVG N 5.

<sup>290</sup> Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 f. E. 4.5, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

<sup>291</sup> So RPW 2012/1, 89 Rz 78, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

<sup>292</sup> Dazu etwa HÄNER (Fn 289), in: Kommentar VwVG, Art. 6 VwVG N 6 m.w.H.



teriellen Verfügungsadressatin gleich<sup>293</sup> oder gerade entgegengerichtet<sup>294</sup> sein können).<sup>295</sup>

### B.2.2 Materielle Verfügungsadressatinnen ausserhalb von Konzernverhältnissen

260. Wenig Probleme bereitet die Bestimmung der jeweiligen materiellen Verfügungsadressatin, soweit kein Konzernverhältnis vorliegt. Die handelnden Gesellschaften, welche nicht in ein Konzernverhältnis eingebunden sind, sind ohne Weiteres selber die materiellen Verfügungsadressatinnen.

### B.2.3 Materielle Verfügungsadressatinnen bei Konzernverhältnissen

261. Unproblematisch ist die Bestimmung der materiellen Verfügungsadressatin auch in denjenigen Fällen, in welchen zwar ein Konzernverhältnis vorliegt, die fraglichen Handlungen aber von der jeweiligen Konzernmuttergesellschaft selbst vorgenommen wurden. Dass diesfalls die entsprechende Konzernmuttergesellschaft materielle Verfügungsadressatin ist, erscheint derart selbstverständlich, dass es kaum je ausdrücklich gesagt wird.<sup>296</sup> Geht die fragliche Handlung also unmittelbar von einer Konzernmuttergesellschaft aus braucht in vorliegendem Kontext nicht abschliessend geklärt zu werden, ob überhaupt ein Konzernsachverhalt gegeben ist. So oder so ist in diesem Fall nämlich diese die fragliche Handlung vornehmende (allfällige Konzernmutter-) Gesellschaft die materielle Verfügungsadressatin. In solchen Konstellationen zudem auch die Konzerntochtergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen betrachten zu wollen, einzig weil ein Konzernsachverhalt vorliegt, erscheint – schon nur aus prozessökonomischen Überlegungen – nicht sachgerecht.

262. Schwieriger fällt die Bestimmung der materiellen Verfügungsadressatin demgegenüber, wenn die kartellrechtswidrigen Handlungen von Konzerntochtergesellschaften vorgenommen wurden. Bei Vorliegen eines Konzernsachverhalts hat die Wettbewerbskommission in der Vergangenheit (und zwar auch in der jüngeren) wiederholt Verfügungen ausschliesslich an Tochtergesellschaften gerichtet.<sup>297</sup> Beanstandet oder gar von Amtes wegen korrigiert wurde dieses Vorgehen von den Rechtsmittelinstanzen in diesen Fällen nicht, vielmehr stimmten sie ihm, zumindest implizit, zu.<sup>298</sup> Daneben kam es vor, dass die Wettbewerbskommission sowohl die Mutter- als auch die Tochtergesellschaft als materielle Verfügungsadressatinnen betrachtet und unter solidarischer Haftbarkeit sanktioniert hat.<sup>299</sup> Diese Vorgehensweise ist auch in der Rechtsprechung der Europäischen Union zu beobachten.<sup>300</sup> Schliesslich kam es auch vor, dass einzig die Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin behandelt wurde.<sup>301</sup>

263. Die bisherige Praxis bietet also in Abhängigkeit der Gegebenheiten des konkreten Einzelfalls unterschiedliche Ansätze für die Lösung der mit Konzernsachverhalten verbundenen Probleme der Bestimmung des oder der (materiellen) Verfügungs- und damit Sanktionsadressatinnen innerhalb eines Konzerns.

### B.2.3.1 Konzerntochtergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen

264. In vorliegendem Fall ist es gerechtfertigt, die jeweils konkret handelnden Gesellschaften – seien dies nun Konzerntochtergesellschaften oder nicht – als materielle Verfügungsadressatinnen zu erfassen.<sup>302</sup> Für diese Vor-

<sup>293</sup> So beispielsweise die Ausgangslage in Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 335 ff. E. 4, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

<sup>294</sup> So beispielsweise die Ausgangslage in RPW 2012/1, 88 ff. Rz 77 ff., *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

<sup>295</sup> Vgl. ausführlicher zu dieser Thematik und mit Fallbeispielen JOST (Fn. 285), Rz 598 ff.

<sup>296</sup> Siehe immerhin, wenn auch zum deutschen Recht, den letzten Satz auf Seite 132 f. von CHRISTIAN BÜGER, Die Haftung der Konzernmutter für Kartellrechtsverstösse ihrer Tochter nach deutschem Recht, WuW 2011/2, 130–140.

<sup>297</sup> Siehe beispielsweise RPW 2010/4, 649 Rz 2 und 655 Rz 49, *Hors-Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*: Dass es sich bei den materiellen Verfügungsadressatinnen Pfizer AG, Eli Lilly (Suisse) SA und Bayer (Schweiz) AG um Tochtergesellschaften handelt, wird in Fn 2 der Verfügung ausdrücklich festgehalten. RPW 2010/4, 717 Rz 3 f. und 773 Dispositiv, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*: Die Roto Frank AG wird ebenso wie die Siegenia-Aubi AG als Tochtergesellschaft 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.

<sup>298</sup> Exemplarisch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 377 f. E. 3, *Implenla (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. April 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/en zeitigt bzw. zeitigen könnte, äussern sich aber weder das BVGer noch das BGer.

<sup>299</sup> RPW 2010/1, 120 Rz 27, *Preispolitik Swisscom ADSL*; wohl bereits in diesem Sinn RPW 2004/2, 421 Rz 66 f., *Swisscom ADSL*.

<sup>300</sup> Urteil des EuGH vom 10.09.2009 C-97/08 P, *Akzo Nobel und andere/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, 23ff, 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 SKOCZYLA, Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern, 2011, 70 ff.

<sup>301</sup> RPW 2011/1, 109 f. Rz 95, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*. Bisweilen hat die WEKO auch nur die Muttergesellschaft sanktioniert, den Tochtergesellschaften aber ebenso die Kosten auferlegt; s. RPW 2007/2, 190 Rz, *Publigroupe SA*; dies wurde vom BVGer später korrigiert, s. Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27.4.2010, *Publigroupe SA/WEKO*, E. 4. (= RPW 2010/2, 329, E. 4.).

<sup>302</sup> Anders etwa JOST (Fn 285), Rz 729 f., der sich bei Vorliegen eines Konzernverhältnisses für eine Behandlung einzig der Konzernmuttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin ausspricht.

gehensweise spricht unter anderem, dass diese Untersuchung im Einklang mit der Untersuchung „22-0358: Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren“<sup>303</sup>, aus welcher die vorliegende Untersuchung hervorgeht,<sup>304</sup> gegen die handelnden Konzern(tochter)gesellschaften eröffnet wurde. Dafür spricht ferner, dass das in kartellrechtlicher Hinsicht zu beurteilende Verhalten direkt und unmittelbar von diesen handelnden Gesellschaften ausgeht, sie mithin dem Geschehen „am Nächsten stehen“.<sup>305</sup> Sie sind es denn auch, die die angeordneten Massnahmen resp. die im Rahmen der einvernehmlichen Regelung vereinbarten Verhaltensweisen unmittelbar um- und durchsetzen können.

265. Demnach sind in vorliegender Untersuchung jedenfalls die jeweils handelnden Gesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen zu betrachten; und zwar unabhängig davon, ob diese Gesellschaften in ein Konzernverhältnis eingebunden sind oder nicht.

### B.2.3.2 Konzernmuttergesellschaften als materielle Verfügungsadressatinnen

266. Allfällige Konzernmuttergesellschaften werden vorliegend nicht einbezogen. Dies beruht auf den folgenden Erwägungen. Das BVGer hat in einem jüngeren kartellrechtlichen Urteil festgehalten, es könne aufgrund der hundertprozentigen 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.<sup>306</sup> Folglich liege ein Konzern vor. Gestützt darauf erachtete es das BVGer als korrekt, die Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin zu betrachten und ihr die Sanktion aufzuerlegen. Gemäss dieser Ansicht des BVGer führt das Bestehen eines Konzernverhältnisses (verstanden im Sinne des Leitungsprinzips)<sup>307</sup> also eo ipso dazu, dass die Muttergesellschaft als „Repräsentantin“ der wirtschaftlichen Einheit Konzern und damit des Unternehmens im Sinne von Art. 2 KG zu verstehen und sie als materielle Verfügungsadressatin zu betrachten ist. Eine diesbezügliche Änderung am Urteil des BVGer nahm das BGer nicht vor.<sup>308</sup>

267. Gemäss der Praxis der EU-Kommission und nach der Rechtsprechung des EuGH haftet die Muttergesellschaft für die Kartellrechtsverstösse ihrer Tochtergesellschaft, wenn die Muttergesellschaft in der Lage ist, einen entscheidenden Einfluss auf die Tochtergesellschaft auszuüben und diese Möglichkeit auch tatsächlich ausgeübt hat. Wenn eine Tochtergesellschaft zu 100 % im Eigentum einer Muttergesellschaft steht, ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH die erste Voraussetzung erfüllt und es besteht diesfalls die Vermutung, dass die zweite Voraussetzung ebenfalls erfüllt ist.<sup>309</sup> Der EuGH hat weiter klargestellt, dass eine Einflussnahme der Konzernmutter auf die Tochtergesellschaft in strategischen Angelegenheiten genügt<sup>310</sup> und es insbesondere nicht erforderlich ist, dass der Einfluss auf den konkreten Geschäftsbereich ausgeübt wird, in dem der Kartellrechtsverstoss stattgefunden hat.<sup>311</sup> Diese Praxis hat zur Folge, dass die Konzernmuttergesellschaft nur ausnahmsweise nicht für Tochtergesellschaften haftet, von denen sie sämtliche Anteile hält.<sup>312</sup> Damit haftet im eu-

ropäischen Kartellrecht die Muttergesellschaft grundsätzlich nach denselben Gesichtspunkten, welche auch vom BVGer als relevant betrachtet wurden.

268. Nach dem Gesagten folgt in der EU aus einem 100-prozentigen Beteiligungsverhältnis, dass erstens die Möglichkeit zu einer entscheidenden Einflussnahme auf die Tochtergesellschaft besteht und zweitens die effektive Ausübung dieser Einflussnahmemöglichkeit auch vermutet wird. Während Erstes sicherlich auch in der Schweiz Gültigkeit hat, kann es sich bei Zweitem nur, aber immerhin, um eine sogenannte tatsächliche<sup>313</sup> Vermutung handeln. Wie es sich mit Zweitem genau verhält, kann vorliegend allerdings offen bleiben, wie sich noch zeigt. Anzumerken bleibt, dass eine Beherrschungsmöglichkeit freilich auch bei Beteiligungsverhältnissen unter 100 %, je nach Ausgangslage und Akti-  
onärsstruktur sogar bei Beteiligungsverhältnissen unter

<sup>303</sup> Für Nachweise, dass dort gegen die handelnden Konzerntochtergesellschaften eröffnet wurde, siehe Fn 297.

<sup>304</sup> Siehe dazu Rz 12 ff.

<sup>305</sup> Nach dem Störerprinzip, welches für polizeiliches Handeln gilt, wären diese Gesellschaften als „Verhaltensstörer“ zu bezeichnen (vgl. zum Störerprinzip etwa PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 2009, § 56 Rz 28 ff.). Freilich geht es vorliegend nicht um die Anwendung allgemeiner Grundsätze polizeilichen Handelns in einem Kartellverwaltungsverfahren, die zu Grunde liegenden Überlegungen lassen sich jedoch allemal übertragen.

<sup>306</sup> Urteil des BVGer B-2977/2007 vom 27.4.2010, *Publigroupe SA/WEKO*, E. 4. (= RPW 2010/2, 329, E. 4.).

<sup>307</sup> Im Gegensatz zum Control-Prinzip, 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.

<sup>308</sup> BGE 139 I 72, E. 3, *Publigroupe SA/WEKO*.

<sup>309</sup> Urteil des EuGH vom 20.01.2011 C-90/09 P, *General Química et al./Kommission*; (kommentiert in WuW 2011/3, 315 ff.); siehe auch Urteil des EuGH vom 25.10.1983 107/82, *AEG Telefunken/Kommission*, Slg. 1983 3151 Rz 50; Urteil des EuGH vom 16.11.2000 C-286/98 P, *Stora/Kommission*, Slg. 2000 I-9925 Rz 29; Urteil des EuGH vom 10.09.2009 C-97/08 P, *Akzo Nobel und andere/Kommission*, Slg. 2009 I-8237 Rz 60.

<sup>310</sup> Ebenso die WEKO in RPW 2007/2, 200 Rz 65, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

<sup>311</sup> Urteil des EuGH vom 10.09.2009 C-97/08 P, *Akzo Nobel und andere/Kommission*, Slg. 2009 I-8237 Rz 72 ff.

<sup>312</sup> Vgl. die kurze Darstellung der europäischen Praxis in BÜGER (Fn 296), 131 f.; vgl. weiter zum Thema LAURA LA ROCCA, The controversial issue of the parent-company liability for the violation of EC competition rules by the subsidiary, ECLR 2011/2, 68–77; FRÉDÉRIQUE WENNER/BERTUS VAN BARLINGEN, European Court of Justice confirms Commission's approach on parental liability, Competition Policy Newsletter 2010/1, 23–27, abrufbar unter <ec.europa.eu/competition/publications/cpn/cpn2010\_1.pdf> (letzte Kontrolle: 23.7.2014); ALEXANDER RIESENKAMPFF/UDO KRAUTHAUSEN, Liability of Parent Companies for Antitrust Violations of their Subsidiaries, ECLR 2010/1, 38–42; KARL HOFSTETTER/MELANIE LUDESCHER, Der Konzern als Adressat von Bussen im EU-Kartellrecht, in: Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Kunz/Herren/Cottier/Matteotti (Hrsg.), 2009, 485–509, welche die EU-Praxis aus Unternehmenssicht kritisieren. Vgl. demgegenüber die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 23.04.2009, C-97/08 P, *Akzo Nobel und andere/Kommission*, Rz 35 ff.

<sup>313</sup> Im Gegensatz zu einer gesetzlichen Vermutung.

50 %, <sup>314</sup> bestehen kann, <sup>315</sup> nur ist die Beherrschungsmöglichkeit diesfalls nicht derart offenkundig, wie es bei einer 100-prozentigen Beteiligung der Fall ist. Die effektive Ausübung der Beherrschungsmöglichkeit wird in solchen Fällen allerdings auch in der EU nicht einfach vermutet.

269. Ein Weg, und zwar der praktisch weitaus wichtigste, um eine bestehende Beherrschungsmöglichkeit auch tatsächlich auszuüben, ist die Besetzung leitender Funktionen (insbesondere Verwaltungsrat und Geschäftsleitung) innerhalb der Mutter- und der Tochtergesellschaft durch die gleichen natürlichen Personen, also eine personelle Verflechtung. Liegt neben einer Mehrheitsbeteiligung durch die Muttergesellschaft auch eine solche personelle Verflechtung vor, d.h., es hat zumindest eine natürliche Person sowohl bei der Mutter- wie auch bei der Tochtergesellschaft eine leitende Funktion inne, ist daraus generell zu schliessen, dass die Muttergesellschaft effektiv einen Einfluss auf die Grundsatzentscheidung der Tochtergesellschaft ausübt. <sup>316</sup> Vom Vorliegen einer blossen Finanzbeteiligung, die sich auf die Ausübung von Aktionärsrechten beschränkt und mit der keinerlei Einfluss auf den Geschäftsgang genommen wird, ist unter solchen Umständen nicht auszugehen.

270. Gemäss den vorangegangenen Ausführungen, insbesondere dem jüngeren bundesverwaltungsgerichtlichen, vom BGer nicht aufgehobenen Entscheid, kann also die Muttergesellschaft als materielle Verfügungsadressatin betrachtet und sanktioniert werden, sobald von einem Konzernverhältnis im Sinne des Leitungsprinzips auszugehen ist. <sup>317</sup> Entsprechend der Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden sowie der EU-Gerichte <sup>318</sup> besteht dabei keine Pflicht der Wettbewerbsbehörden, stets Mutter- und Tochtergesellschaft gemeinsam zu verpflichten. <sup>319</sup> Im Einzelfall kann es vielmehr auch zulässig sein, lediglich die handelnde Tochtergesellschaft heranzuziehen, wenn hierfür sachliche Gründe vorliegen.

271. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Die alleinige Heranziehung der Tochtergesellschaften rechtfertigt sich vorliegend dadurch, dass in casu die Konzernverhältnisse nicht ausreichend abgeklärt worden sind und zugleich eine Heranziehung nur der Tochtergesellschaften die Tochtergesellschaften gegenüber einer Konstellation, in der die WEKO Mutter- und Tochtergesellschaften gemeinsam zur Zahlung einer Sanktion verpflichtet, nicht benachteiligt. Letzteres ergibt sich daraus, dass eine sanktionierte Tochtergesellschaft auch dann von einer allfälligen Muttergesellschaft grundsätzlich finanzielle Hilfe erlangen kann, wenn die Muttergesellschaft nicht auch zur Zahlung durch die WEKO verpflichtet worden ist. Darüber hinaus sind im vorliegenden Fall Mitwirkungsrechte von allfälligen Konzernmuttergesellschaften im Verfahren über die Verfahrensbeteiligung ihrer Konzerntochtergesellschaften ausreichend gewahrt.

#### **B.2.4 Schlussfolgerungen für die konkrete Untersuchung**

272. Aus den vorangehenden Ausführungen ergibt sich, dass in casu die jeweils handelnden Gesellschaften zugleich auch als materielle Verfügungsadressatinnen zu behandeln sind. Allfällige Konzernmuttergesellschaften,

welche selber aber keine der fraglichen Handlungen vorgenommen haben, werden entsprechend der obigen Ausführungen (s. Rz 272) nicht einbezogen.

273. Etwas näher zu betrachten ist in vorliegendem Zusammenhang einzig die Situation bei Koch und dort spezifisch bezüglich der KWB Beschlüsse AG. Sowohl Eugen Koch AG als auch Paul Koch AG waren an den fraglichen Treffen anwesend und sind daher ohne Weiteres handelnde Gesellschaften und damit materielle Verfügungsadressatinnen. KWB Beschlüsse AG selber war jedoch – zumindest formell – nicht an den Treffen anwesend. Bei ihr handelt es sich aber um eine Tochtergesellschaft der Paul Koch AG. <sup>320</sup> Zwei ihrer drei einzelzeichnungsberechtigten Verwaltungsratsmitglieder sind zugleich einzelzeichnungsberechtigte Verwaltungsratsmitglieder bei der Muttergesellschaft, welche an den fraglichen Treffen dabei war. Dass, soweit es zu Absprachen gekommen sein sollte, diese gleichermassen auch für KWB Beschlüsse AG gelten sollten, ist unbestritten. So reichte etwa Koch ihre Selbstanzeige im Namen aller drei Gruppengesellschaften ein und sprach in dieser einheitlich von der – alle diese drei Gruppengesellschaften umfassenden – Koch-Gruppe. <sup>321</sup> Auch für die anderen Händler war es selbstverständlich, dass alle diese drei Gruppengesellschaften von Koch und damit insbesondere auch die KWB Beschlüsse AG beteiligt waren. <sup>322</sup> Infolgedessen ist auch die KWB Beschlüsse AG als handelnde Gesellschaft zu betrachten und dementsprechend als materielle Verfügungsadressatin zu behandeln.

274. Bloss der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die Untersuchungseröffnung ausdrücklich sowohl gegen die Paul Koch AG als auch mit ihr affillierte und verbundene Gesellschaften der Koch-Gruppe erfolgte. <sup>323</sup> Zur Erfassung auch der Eugen Koch AG und der KWB Beschlüsse AG bedurfte es infolgedessen keiner Ausdehnung der Untersuchung, vielmehr wurde die Untersuchung bereits zu Beginn wegen auch gegenüber diesen Gesellschaften, wenn auch ohne deren ausdrückliche namentliche Nennung, eröffnet. Ergo erübrigte sich auch eine erneute amtliche Publikation.

<sup>314</sup> Beispielsweise bei Vorliegen eines Aktionärs mit einer Beteiligung von 35–50 % und im Übrigen einer breiten Streuung des Aktionariats sowie dem gleichzeitigen Vorhandensein von wirtschaftlichen Abhängigkeiten gegenüber diesem einen Grossaktionär (z.B. wesentlichster Darlehensgeber der Gesellschaft).

<sup>315</sup> Vgl. zum Ganzen SKOCZYLAŠ (Fn 300), 113 f.

<sup>316</sup> In dem Sinn bereits RPW 2004/2, 420 Rz 60, *Swisscom ADSL*; RPW 2003/1, 92 Rz 23 *drittes Lemma*, *VSW-Aufnahmebedingungen*.

<sup>317</sup> Zustimmend und m.w.H. JOST (Fn 285), Rz 725.

<sup>318</sup> Vgl. Urteil des EuGH vom 24.9.2009 C-125/07 P, Rz 82, Erste Bank; Urteil des EuG vom 14.12.2006 T-259/02, Rz 331, *Lombard Club*.

<sup>319</sup> Hierfür spricht auch nicht die erwähnte Entscheidung des BGer (BGE 139 I, 72, E. 3, *Publigroupe SA/WEKO*). Dies zum einen, weil das BGer in dieser Entscheidung die Sanktionierung nur der Muttergesellschaft nicht als rechtswidrig angesehen hat. Zum anderen auch deshalb, weil es das BGer lediglich als „vorzugswürdig“ ansieht, dass Tochtergesellschaften „von Anfang an“ in das Verfahren „einbezogen“ werden. Damit hat das BGer jedoch nicht erklärt, dass die WEKO zwingend auch die Rechtsstellung von Tochtergesellschaften durch die Verfügung regeln muss.

<sup>320</sup> Siehe act. n° 186.

<sup>321</sup> Act. n° 41.

<sup>322</sup> Exemplarisch act. n° 8 Rz 67.

<sup>323</sup> Act. n° 22 und 33.

275. Zusammenfassend ergeben sich nach dem Gesagten folgende materielle Verfügungsadressatinnen:

- Fritz Blaser & Cie. AG
- Rudolf Geiser AG
- Glutz AG
- Immer AG
- Paul Koch AG
- Eugen Koch AG
- KWB Beschlüge AG
- OPO Oeschger AG
- SFS unimarket AG

### B.3 Vorbehaltene Vorschriften

276. 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 auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

277. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Im Übrigen machen auch die Parteien nicht geltend, dass solche Vorschriften existieren würden.

### B.4 Unzulässige Wettbewerbsabrede

278. 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).

#### B.4.1 Wettbewerbsabrede

279. 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).

280. Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG liegt demnach vor, wenn erstens ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und zweitens ein Bezwecken oder ein Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung durch die Abrede gegeben sind.<sup>324</sup> Sodann muss diese Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen getroffen worden sein.

281. Wie nachfolgend gezeigt wird, erfüllt das Verhalten der „Top-Six“-Händler sowie das von Immer diese Voraussetzungen. Das Verhalten von Glutz im Zusammenhang mit den Händlern stellt hingegen keine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar.

#### B.4.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

282. Für ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken ist eine formelle vertragliche Grundlage nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig,<sup>325</sup> wobei sich Vereinbarungen von den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen durch den vorhandenen resp. nicht vorhandenen Bindungswillen unterscheiden.<sup>326</sup>

##### B.4.1.1.1 Vereinbarungen durch die „Top-Six“-Händler

283. 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 Unternehmen zu verstehen, die zwar auf einem Konsens beruhen, rechtlich aber nicht durchsetzbar sein sollen;<sup>327</sup> 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 Abredepartnern 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 werden braucht, ob eine Vereinbarung gemäss den Abredepartnern erzwingbar sein soll oder nicht.

284. Wie aus den vorstehenden Ausführungen hervorgeht, ist für das Vorliegen einer Vereinbarung erforderlich, dass ein Bindungswille der beteiligten Unternehmen vorliegt. Ein solcher Bindungswille kann nicht nur dann angenommen werden, wenn eine schriftliche Übereinkunft oder ein protokollierter Beschluss vorliegt, sondern auch dann, wenn sich Parteien mündlich oder gar konkludent geeinigt haben.<sup>328</sup> Letzteres liegt vor, wenn sich aus den Umständen schliessen lässt, dass die Parteien mit einer Vereinbarung eine verbindliche Festlegung treffen wollten.

285. Vor diesem Hintergrund ist das Verhalten der „Top-Six“-Händler im Hinblick auf die Festlegung von Mindestmargen als bewusstes und gewolltes Zusammenwirken zu qualifizieren. Wie schon im Sachverhaltsteil ausgeführt, folgt aus der Gesamtbetrachtung der Beweismittel und der damit dokumentierten Verhaltensweisen, dass die „Top-Six“-Händler die Mindestmargen als verbindlich angesehen haben,<sup>329</sup> folglich, dass ein natürlicher Konsens vorliegt.

<sup>324</sup> Statt anderer RPW 2009/3, 204 Rz 50, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>325</sup> Siehe dazu etwa RPW 2009/3, 204 Rz 49, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; ferner BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 98), Art. 4 Abs. 1 KG N 78 und 81.

<sup>326</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 98), Art. 4 Abs. 1 KG N 100.

<sup>327</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 98), Art. 4 Abs. 1 KG N 94, m.w.H.

<sup>328</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 98), Art. 4 Abs. 1 KG N 97.

<sup>329</sup> Siehe zusammenfassend dazu Rz 174.

286. So zeigen insbesondere die Umstände, dass SFS in den sichergestellten E-Mails von „Vereinbarung“ sprach (s.o. Rz 211 f.), dass Koch davon ausging, dass der „freie Markt“ nicht spielte (s.o. Rz 213) sowie, dass die Händler untereinander die Nichteinhaltung der Margen durch einen anderen „Top-Six“-Händler beklagt haben, deutlich, dass die Händler davon ausgingen, dass die vereinbarten Mindestmargen prinzipiell verbindlich sein sollten, mithin, dass ein Bindungswille der „Top-Six“-Händler vorlag. Die mangelnde Einhaltung der vereinbarten Mindestmarge im Einzelfall müsste gar nicht gerügt werden, wenn die Mindestmarge ohnehin nicht einzuhalten wäre. Auch der Umstand, dass sich die Händler über sechs Jahre hinweg trafen, um die Mindestmargen zu besprechen, spricht für einen Bindungswillen. Denn wenn die Vereinbarung der Mindestmargen nicht funktioniert hätte, so hätte man sich nicht jährlich treffen müssen, um jeweils erneut die Mindestfaktoren zu besprechen. Für die Verbindlichkeit der Abrede spricht ausserdem, dass die Umsetzung der Abrede teilweise direkt bewiesen ist (vgl. Rz 202 ff.) und dass die erzielten Margen der Händler zwischen Februar 2006 und November 2007 in allen betrachteten Mengenkategorien zumindest teilweise über den vereinbarten Mindestmargen lagen (vgl. Rz 236 ff.). Für die Annahme einer Vereinbarung spricht darüber hinaus, dass es zwischen den „Top-Six“-Händlern eine „Absprachekultur“ gab (vgl. Rz 165), die sich auch darin zeigt, dass über andere Produkte (vgl. Rz 114, 115) und andere Themen (vgl. Rz 99 und 100) gesprochen wurde. Zwischen den „Top-Six“-Händlern gab es also stets ein nicht unbedeutendes Mass an Informationsaustausch.

287. Gegen die Qualifizierung als verbindliche Vereinbarung spricht nicht die nachträgliche Einordnung der Mindestmargen „als Empfehlung“ durch Koch und OPO, da eine derartige Bezeichnung angesichts der Beweislage als blosser Schutzbehauptungen einzuordnen ist (vgl. auch Rz 168 ff.).

288. Wie bereits erläutert, spricht auch eine allfällige mangelhafte Umsetzung der Vereinbarung nicht gegen das Vorliegen einer Vereinbarung. Dies schon deshalb, weil es widersinnig wäre, wenn Vereinbarungen dadurch ausser Kraft gesetzt werden könnten, indem sich der durch die Vereinbarung verpflichtete nicht an sie hält (siehe auch oben Rz 170). Darüber hinaus wäre die Berücksichtigung einer allfälligen *fehlenden* Umsetzung im Rahmen des Art. 4 Abs. 1 KG gesetzessystematisch verfehlt. Denn ein Verhalten, welches einer Vereinbarung oder einer Abstimmung widerspricht, stellt kartellrechtlich eine mangelhafte Umsetzung eines von Unternehmen gefassten Entschlusses dar. Ein solcher Aspekt ist nach dem Kartellgesetz jedoch bei der Prüfung der Widerlegung der Beseitigungsvermutung<sup>330</sup> sowie bei der Sanktionierung<sup>331</sup> zu berücksichtigen. Würde man die allfällige mangelhafte Umsetzung einer Abrede schon im Rahmen der Prüfung von Art. 4 Abs. 1 KG berücksichtigen, so wären die anerkannten Prüfungspunkte bedeutungslos, weil dann ohnehin stets eine Abrede verneint werden müsste.

289. Zuzugestehen ist lediglich, dass bezüglich der anderen besprochenen Themen (vgl. Rz 99 und 100) nicht von einem bewussten und gewollten Zusammenwirken im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG auszugehen. Diese The-

men (wie bspw. die Überwälzung von Versandgebühren und die Bestimmung deren Höhe, die Handhabung von Retouren sowie den anzuwendenden Euro-Umrechnungskurs) sind nach derzeitigem Kenntnisstand aus kartellrechtlicher Sicht jedoch als zumindest heikel zu bezeichnen. Eine abschliessende Prüfung und Beurteilung kann jedoch aus den erwähnten Gründen in dieser Untersuchung nicht mehr vorgenommen werden.

#### B.4.1.1.2 Teilnahme an der Vereinbarung durch Immer

290. In seinem Antrag hatte das Sekretariat das Verhalten der Immer als abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert.<sup>332</sup> Die WEKO ist davon abgewichen und hat geprüft, ob das Verhalten der Immer eine Vereinbarung gemäss Art. 4 Abs. 1 KG darstellt. Vor ihrer Entscheidung hatte die WEKO die Immer über die Möglichkeit einer anderen rechtlichen Würdigung in Kenntnis gesetzt und die Immer zur Stellungnahme aufgefordert (siehe Rz 38). Die Immer hat hierzu Stellung genommen (siehe Rz 303).

291. Wie aus den vorstehenden Ausführungen hervorgeht, ist für das Vorliegen einer Vereinbarung („bewusstes und gewolltes Zusammenwirken“) gemäss Art. 4 Abs. 1 KG erforderlich, dass ein Bindungswille der beteiligten Unternehmen vorliegt. Wie erläutert, kann ein solcher Bindungswille nicht nur dann angenommen werden, wenn eine schriftliche Übereinkunft oder ein protokollierter Beschluss vorliegt, sondern auch dann, wenn sich Parteien mündlich oder gar konkludent geeinigt haben.<sup>333</sup> Letzteres liegt vor, wenn sich aus den Umständen schliessen lässt, dass die Parteien mit einer Vereinbarung eine verbindliche Festlegung treffen wollten.

292. Unter welchen Voraussetzungen eine aus den Umständen folgende konkludente Vereinbarung angenommen werden kann, hat die WEKO in der Vergangenheit noch nicht abschliessend geklärt. Anhaltspunkte für diese Voraussetzungen können sich jedoch aus dem Kartellrecht der Europäischen Union (EU) ergeben.

293. Wie auch das Bundesgericht festgestellt hat, ist das EU-Kartellrecht bei der Auslegung des schweizerischen Kartellrechts zu berücksichtigen.<sup>334</sup> Dies folgt massgeblich daraus, dass sich der Schweizer Kartellgesetzgeber stark am EU-Kartellrecht orientiert.<sup>335</sup> Die Berücksichtigung des EU-Kartellrechts in Bezug auf die gleichen Tatbestandsmerkmale kann allenfalls dort seine Grenze finden, wo aufgrund der Unterschiede in der

<sup>330</sup> Ebenso etwa Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 380 E. 7, *Imperia (Ticino) SA/WEKO*, in welchem das BVGer festhält, für das Feststellen der Vermutungsbasis hätte das Abstellen auf den untersuchungsgegenständlichen Konventionstext genügt und es hätte hierfür nicht zudem noch des Nachweises der effektiven Umsetzung und der Auswirkungen der Absprache bedurft. Vgl. auch PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 KG N 468, 472.

<sup>331</sup> Vgl. etwa CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2007, S. 283.

<sup>332</sup> Act. n° 297, Rz 271 ff. des Antrags.

<sup>333</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 98), Art. 4 Abs. 1 KG N 97.

<sup>334</sup> Vgl. BGE 139 I 72, 89 E. 8.2.3 m.w.H., *Publigroupe*.

<sup>335</sup> Botschaft KG I, BBl 1995 I 472, 531.

Sache (Volkswirtschaft der Schweiz ist kleiner) oder des entgegenstehenden Willens des Schweizer Gesetzgebers (z.B. keine Verbotsgesetzgebung im Schweizer Kartellrecht) eine spezifische Lösung notwendig ist.<sup>336</sup>

294. Nach EU-Wettbewerbsrecht ist ein Unternehmen auch dann als Teilnehmer einer „Vereinbarung“ zu qualifizieren, wenn das Unternehmen an Zusammenkünften, bei denen wettbewerbswidrige Absprachen getroffen wurden, teilnimmt, ohne sich eindeutig zu widersetzen.<sup>337</sup> Die Wiederholung der Teilnahme ist dabei kein Tatbestandsmerkmal einer Vereinbarung. Es genügt eine einmalige Teilnahme.<sup>338</sup> Steht fest, dass ein Unternehmen an einer solchen Zusammenkunft teilgenommen hat, so obliegt es dem Unternehmen, Umstände darzutun, aus denen sich ergibt, dass ihm dabei jede wettbewerbswidrige Einstellung fehlte, und nachzuweisen, dass es seine Wettbewerber auf seine andere Zielsetzung bei der Teilnahme hingewiesen hat.<sup>339</sup> Das Unternehmen kann der kartellrechtlichen Verantwortung insbesondere durch die Meldung seiner Teilnahme bei den Wettbewerbsbehörden entgehen.<sup>340</sup>

295. Das Europäische Gericht hat festgestellt, dass ein Widersetzen gegen die Vereinbarung jedenfalls nicht vorliegt, wenn ein Unternehmen nach stillschweigender Teilnahme an einem Kartelltreffen lediglich unternehmensintern klarstellt, dass die Vereinbarung nicht eingehalten werde.<sup>341</sup>

296. Die geschilderte EU-Rechtsprechung zum Begriff der Vereinbarung ist auf das Schweizer Kartellrecht übertragbar. Denn es ist vorliegend nicht erkennbar, inwiefern diese Rechtsprechung gegen den Willen des Schweizer Gesetzgebers verstossen sollte. Die Berücksichtigung erfolgt hier nämlich hinsichtlich des europaweit gleichlautenden Begriffs der „Vereinbarung“. Der Berücksichtigung dieser Rechtsprechung läuft auch nicht zuwider, dass der Schweizer Gesetzgeber keine Verbotsgesetzgebung wollte. So wird die Rechtsprechung vorliegend nur bei der Frage berücksichtigt, ob der „Grundtatbestand“ der Prüfung nach Art. 5 KG erfüllt ist, mithin ob eine Abrede bzw. eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt. Die Besonderheit des Schweizer Kartellrechts, dass in jedem Einzelfall die Auswirkungen der Abrede zu untersuchen sind, wird damit nicht ausgehebelt, weil die Erheblichkeitsprüfung auch für ein Unternehmen durchgeführt werden muss, welches nur einmal und stillschweigend an einem Kartelltreffen teilgenommen hat (siehe dazu unten Rz 317 ff., 367 ff.).

297. Es bleibt damit zu prüfen, ob unter diesen Voraussetzungen vorliegend eine Teilnahme der Immer an der Vereinbarung anzunehmen ist. Vorab sei darauf hingewiesen, dass in casu kein direkter Beweis dafür vorliegt, dass sich Immer mit den Mindestfaktoren einverstanden erklärt hat oder das Treffen besucht hat, um sich an der Vereinbarung zu beteiligen.

298. Legt man indessen die europäische Auslegung des Begriffs der Vereinbarung zugrunde, so ist nach dem festgestellten Verhalten die Grundvoraussetzung für eine Teilnahme an der Vereinbarung über die Mindestmargen erfüllt. Denn die Immer war nach den hiesigen Feststellungen während der Sitzung, bei der die anzuwendende Mindestmarge vereinbart wurde, anwesend

und hat sich nicht widersetzt (siehe Rz 195). Auch hat sie sich im Nachgang zum Treffen nicht von dem Verhalten – mittels Anzeige bei den Wettbewerbsbehörden – distanziert. Zwar hat sie eine unternehmensinterne Preiskontrolle durchgeführt und ihre Preise daraufhin nicht angepasst. Wie bereits in Bezug auf die „Top-Six“-Händler ausgeführt, bewirkt eine allfällige mangelnde Umsetzung einer Vereinbarung jedoch nicht den Wegfall der Bindungswirkung einer Vereinbarung (siehe Rz 170 und 289). Zudem hat das Europäische Gericht ohnehin festgehalten, dass unternehmensinterne Massnahmen keine Distanzierung von der Vereinbarung im Sinne der oben genannten Rechtsprechung darstellen (siehe Rz 296).

299. Es ist auch nicht ersichtlich, dass Immer beim Besuch des Treffens jede wettbewerbswidrige Einstellung fehlte und dass sie ihre Wettbewerber auf eine andere Zielsetzung bei der Teilnahme hingewiesen hat. Zwar legte Immer dar, sie habe das Treffen hauptsächlich wegen des Interesses an dem Logistiksystem der OPO besucht. Die Immer hat die anderen Teilnehmer aber schon nicht auf diesen Zweck aufmerksam gemacht. Darüber hinaus schliesst ein derartiger Zweck den Abschluss einer Vereinbarung ohnehin nicht aus, da der Besuch einer Veranstaltung mehrere Zwecke haben kann. Immer hat dementsprechend auch nur ausgesagt, dass das Interesse der „Hauptgrund“ für den Besuch des Treffens war. Zu den weiteren Gründen für ihre Teilnahme an der Veranstaltung hat sie sich jedoch ausgeschwiegen. Unabhängig davon ist schon deshalb anzunehmen, dass der Besuch des Treffens durch Immer weitere Gründe hatte, da OPO der Immer ihr Logistiksystem auch an einem bilateralen Treffen hätte vorstellen können.

300. Unter Berücksichtigung des EU-Kartellrechts ist vorliegend also eine Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG auch in Bezug auf die Immer anzunehmen. Die Immer hat am Treffen im Juni 2007 also ebenfalls die Einhaltung von Mindestmargen vereinbart.

301. Dieses Ergebnis wird durch die folgenden weiteren bewiesenen Umstände bestätigt. Ein Hinweis auf den Bindungswillen der Immer bezüglich der Mindestmargen ergibt sich auch daraus, dass Immer das Treffen besuchte, obwohl sie wusste, dass es eine Gruppe im Markt oder an den Treffen gab, welche Mindestfaktoren für Glutz-Produkte absprach (siehe Rz 196). Wenn ein

<sup>336</sup> Vgl. Botschaft KG I, BBl 1995 I 472, 531.

<sup>337</sup> EuGH verb. Rs. C-189/02 P, C-202/02 P u.a. vom 28.06.2005, Slg. 2005, II-5425, Rn 142 f., *Dänische Rohrindustrie*; C-113/04 vom 21.09.2006, Rz 114, *Technische Unie BV/Kommission*; C-199/92 P vom 08.07.1999, Slg. 1999, I-4287 Rz 155, *Hüls/Kommission*.

<sup>338</sup> Vgl. EuGH C-8/08 vom 04.06.2009, Rz 54 ff., *T-Mobile Netherlands*. Die Entscheidung betrifft zwar das Merkmal der abgestimmten Verhaltensweise. Sie muss aber erst Recht für das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung gelten. Denn bei dieser kommt es nicht auf eine Verhaltensänderung an, sondern nur auf das Verhalten bei dem einmaligen Treffen.

<sup>339</sup> Vgl. EuGH C-199/92 P vom 08.07.1999, Slg. 1999, I-4287 Rz 155, *Hüls/Kommission*; C-49/92 vom 08.07.1999, Slg. I-4125 Rz 96, *Kommission/Anic Partecipazioni*.

<sup>340</sup> EuGH verb. Rs. C-189/02 P, C-202/02 P u.a. vom 28.06.2005, Slg. 2005, II-5425, Rn 143, *Dänische Rohrindustrie*.

<sup>341</sup> EuG T-61/99 vom 11.12.2003, Rz 132 ff., *Adriatica*.

Unternehmen wissentlich ein Treffen besucht, in Bezug auf welches es nicht ausschliessen kann, dass dort Preise besprochen werden, so kann es kaum behaupten, dass dem Unternehmen jede wettbewerbswidrige Einstellung fehlte. Weiter ist zu berücksichtigen, dass gemäss der Rechnungsanalyse die durchschnittliche Marge der Immer nach dem Treffen im Juni 2007 leicht anstieg sowie, dass Immer nach der Rechnungsanalyse teilweise auch Margen erzielte, die [...] <sup>342</sup> grösser als die vereinbarten Mindestmargen waren (siehe Rz 240).

302. Auch aus dem Vorbringen der Immer im Rahmen ihrer Stellungnahme und der dadurch bedingten Anhörung vor der WEKO ergibt sich nicht, dass Immer nicht an der Vereinbarung der Mindestfaktoren im Juni 2007 beteiligt war. Die Immer macht im Wesentlichen geltend, sie habe die Preise im Nachgang zu dem Treffen autonom gesetzt. Dies auch, weil es ohnehin nur schwer möglich gewesen sei, die Preise anzupassen, da die Sachbearbeiter lediglich Rahmenbedingungen für den Verkauf hätten, wobei es „riesige Spannbreiten“ gebe. <sup>343</sup> Der Geschäftsführer und Inhaber der Immer räumt aber ein, dass er jedenfalls für bestimmte Artikel eine Preiskontrolle durchgeführt hat, welche ihn dazu bewogen hat, die Preise beizubehalten, [...] <sup>344</sup>. Diese Umstände vermögen aber schon deshalb nicht das Fehlen eines Bindungswillens zu belegen, weil die allfällige mangelnde Umsetzung einer Vereinbarung nicht zum Wegfall der Verbindlichkeit einer Abrede führt (siehe Rz 170 und 289). Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass auch das Beibehalten von Preisen – wenn auch u.U. nur in Bezug auf einige bestimmte Artikel – aufgrund des Wissens um die von Konkurrenten angestrebte Preissetzung ein Verhalten darstellt, bei dem ein Unternehmen nicht die mit dem freien Wettbewerb verbundenen Risiken trägt. Zuletzt sei auf das in Rz 301 beschriebene Ergebnis der Rechnungsanalyse hinsichtlich der Preise und Margen der Immer hingewiesen, welche keinesfalls dafür sprechen, dass Immer nicht an der Vereinbarung teilgenommen hat.

#### **B.4.1.1.3 Keine Wettbewerbsabrede unter Beteiligung von Glutz**

303. Nicht bewiesen ist hingegen, dass Glutz Teilnehmer einer Abrede war. Die Beweiserhebung hat vielmehr ergeben, dass Glutz weder wusste noch wissen musste, dass die von ihr zu den „Top-Six“-Treffen eingeladenen Händler in ihrer vorgängigen Diskussion verbindliche Mindestmargen festlegten (s.o. Rz 198 ff.). Auch war Glutz nicht Partei der zwischen den „Top-Six“-Händlern getroffenen Vereinbarung. Daher ist das Verfahren bezüglich Glutz einzustellen.

304. An dieser Stelle ist jedoch festzuhalten, dass die ursprünglich geplante Vereinbarung mit den „Top-Six“-Händlern (s.o. Rz 117 ff.) als vertikale Wettbewerbsabrede über Mindestpreise gemäss Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG zu qualifizieren gewesen wäre. Auch wenn allein mit dieser Qualifikation die kartellrechtliche Unzulässigkeit einer solchen Vereinbarung noch nicht besiegelt ist, kann dennoch festgehalten werden, dass eine solche Vereinbarung kartellrechtlich als heikel einzustufen gewesen wäre, zumal – jedenfalls prima facie – keine rechtfertigenden Effizienzgründe ersichtlich sind. Die Bemühungen von Glutz, eine solche Vereinbarung

abzuschliessen, sind daher aus kartellrechtlicher Sicht zumindest bedenklich. Weiter zu verfolgen ist dies hier allerdings nicht, da zum einen diese Vereinbarung wie gesagt nicht abgeschlossen wurde und sich zum anderen dieser Sachverhalt in zeitlicher Hinsicht noch vor Inkrafttreten der direkten Sanktionen im Kartellrecht verwirklichte.

#### **B.4.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung**

305. Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede „eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken“, damit sie als Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG qualifiziert.

306. Eine „Wettbewerbsbeschränkung“ liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt. <sup>345</sup> Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis) beziehen. <sup>346</sup>

307. Art. 4 Abs. 1 KG setzt die Tatbestandsmerkmale „bezwecken“ resp. „bewirken“ – wie bereits das Wort „oder“ im Gesetzestext zeigt – alternativ voraus, nicht kumulativ. <sup>347</sup> Die Alternativität dieser beiden Tatbestandsmerkmale führt dazu, dass das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG eher rasch zu bejahen ist und sich insbesondere an dieser Stelle regelmässig eine Beurteilung der Wirkungen erübrigt, da bereits ein „Bezwecken“ zu bejahen ist. Dies darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass gemäss Art. 5 KG eine Wettbewerbsabrede nur unzulässig ist, wenn sie sich wettbewerbsbeseitigend oder erheblich - behindernd auswirkt. 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.

308. Eine Abrede bezweckt eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn die Abredeteiligen „die Ausschaltung oder Beeinträchtigung eines oder mehrerer Wettbewerbsparameter zum Programm erhoben haben“. <sup>348</sup> Dabei genügt es, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. <sup>349</sup>

309. Wie das Beweisergebnis zeigt, hatten die getroffenen Abreden zwischen den „Top-Six“-Händlern sowie Immer die verbindliche Festlegung von gemeinsamen Mindestmargen für Glutz-Produkte zum Gegenstand.

<sup>342</sup> Act. n° 194, Antwort auf Frage 13.

<sup>343</sup> Act. n° 357, Zeilen 52 ff.

<sup>344</sup> Act. n° 194, Antwort auf Frage 13.

<sup>345</sup> Siehe nur etwa BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 98), Art. 4 Abs. 1 KG N 42 und 51.

<sup>346</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 98), Art. 4 Abs. 1 KG N 63.

<sup>347</sup> Aus der Praxis statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, *BMW*.

<sup>348</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 98), Art. 4 Abs. 1 KG N 69.

<sup>349</sup> BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 98), Art. 4 Abs. 1 KG N 71.



Gleichzeitig wurde eine gemeinsame Berechnungsbasis, auf welcher diese Mindestaufschläge zu berechnen waren, festgelegt, was dazu führte, dass mit diesen Abreden letztlich ein gemeinsamer Mindestnettoverkaufspreis bestimmt wurde. Dass es sich beim Preis um einen Wettbewerbsparameter handelt, ist unbestritten. Mit der Fixierung eines gemeinsamen Mindestnettoverkaufspreises wird evidentermassen die Ausschaltung des Wettbewerbs hinsichtlich dieses Parameters bezweckt. Dass die Abreden nur für Grossmengen/Offertgeschäfte zur Anwendung gelangten, bleibt diesbezüglich ohne Belang. Denn dies führt einzig dazu, dass nicht bezüglich allen Geschäften die Ausschaltung dieses Wettbewerbsparameters bezweckt war, sondern eben nur bezüglich derjenigen für Grossmengen/Offertgeschäfte. Art. 4 Abs. 1 KG setzt jedoch nicht voraus, dass eine Beschränkung des Wettbewerbs hinsichtlich aller Abnehmer bezweckt werden müsste.

310. Die gemeinsame verbindliche Festlegung von Mindestmargen bezweckten demnach eine Wettbewerbsbeschränkung. Folglich handelt es sich bei diesen gemeinsamen Festlegungen um Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG.

#### **B.4.1.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen**

311. Gemäss der Begriffsbestimmung von Art. 4 Abs. 1 KG muss die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckende oder bewirkende Abrede im Sinne der vorangehenden Ausführungen von Unternehmen entweder der gleichen oder aber verschiedener Marktstufen getroffen werden.

312. Die an den Abreden beteiligten Unternehmen sind allesamt Händler von Türbeschlägen, sind also auf derselben Marktstufe als Konkurrenten tätig. Einige der Händler stehen zudem untereinander auch in einer Lieferanten-Abnehmerbeziehung, also insofern in einem vertikalen Verhältnis. Diese teilweise vorhandene vertikale Beziehung ist vorliegend jedoch ohne Belang, betreffen doch die fraglichen Abreden nicht dieses Verhältnis, sondern eben das horizontale Verhältnis der Händler als Konkurrenten.

313. Auch Das BVGer hat jüngst anerkannt, dass ein Unternehmen auf mehreren Märkten tätig sein und zu einem anderen Unternehmen sowohl in einem vertikalen als auch in einem horizontalen Wettbewerbsverhältnis stehen kann.<sup>350</sup>

314. Infolgedessen handelt es sich vorliegend um eine Abrede zwischen Unternehmen der gleichen Marktstufe, also um eine horizontale Vereinbarung.

#### **B.4.1.4 Fazit: Eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor**

315. Nach dem Gesagten steht zusammenfassend fest, dass vorliegend eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG besteht. Präzisierend kann festgehalten werden, dass es eine solche zwischen Unternehmen der gleichen Marktstufe ist (horizontale Wettbewerbsabrede), die in Form einer Vereinbarung abgeschlossen wurde und die jedenfalls eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt hat.

#### **B.4.2 Beseitigung wirksamen Wettbewerbs**

316. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Wettbewerbsabreden 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.

317. Vorliegend interessiert die in Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG festgehaltene Variante. Vorgängig einer Analyse dieser Norm sei an dieser Stelle nochmals in Erinnerung gerufen, dass die Anwendbarkeit von Art. 5 KG (und damit auch von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG) voraussetzt, dass überhaupt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vorliegt. Dies führt dazu, dass dem Tatbestandsmerkmal der „Abrede“ in Art. 5 KG keine eigenständige Bedeutung mehr zukommt, sofern nicht zusätzliche, über den Begriff der Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG hinausgehende Merkmale vorgesehen werden.

318. Nach dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein, damit die Vermutungsbasis zum Tragen kommt. Erstens müssen die Abrededpartner in einem horizontalen Verhältnis zueinander stehen (diese Voraussetzung findet sich noch im Einleitungssatz von Art. 5 Abs. 3 KG). Und zweitens muss es eine Abrede über „die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen“ sein. Die Absprache von Mindestpreisen ist anerkanntermassen eine Form der direkten Festsetzung von Preisen, welche von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG erfasst wird.<sup>351</sup> In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass es für die Erstellung der Vermutungsbasis auf den Inhalt der Abrede ankommt – die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen –, wie sich eine Abrede mit diesem Inhalt letztlich effektiv auswirkte, ist insofern ohne Belang.<sup>352</sup> Logische Konsequenz hiervon ist unter anderem, dass auch die Einhaltung resp. die bloss teilweise oder gar nicht vorhandene Einhaltung dieser Abrede noch nicht bei der Erstellung der Vermutungsbasis zu prüfen ist, sondern erst bei der Prüfung

<sup>350</sup> Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.09.2014, E. 5.2.1.17, *Siegenia-Aubi AG/WEKO*.

<sup>351</sup> Statt anderer PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 KG N 403; PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 5 KG N 25.

<sup>352</sup> Dies ergibt sich schon nur aus dem insofern klaren Wortlaut des Gesetzes, der in Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG keinen Bezug auf die Wirkungen dieser Abreden enthält. Ebenso etwa ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rz 449. So auch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 381 E. 8, *Implenia (Ticino) SA/WEKO*, wo das BVGer festhält, „Die Frage, ob eine Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG schädlich ist, ist demnach im Rahmen der Widerlegung der Vermutung zu untersuchen und nicht bereits bei der Prüfung, wie die Abrede zu qualifizieren ist, d.h. bei der Frage, welcher der Vermutungstatbestände im konkreten Fall vorliegt (Art. 5 Abs. 3 Bst. a–c KG).“



der Widerlegung der Vermutungsfolge.<sup>353</sup> Denn es handelt sich bei der fehlenden oder bloss teilweisen Einhaltung der Abrede „nur“ um einen von mehreren möglichen Gründen (namentlich den verbleibenden Innenwettbewerb im engeren Sinn), weshalb trotz bestehender Abrede gleichwohl wirksamer Wettbewerb bestehen haben kann, mithin die Vermutungsfolge nicht zutrifft.

#### **B.4.2.1 Eine Beseitigung wird vorliegend gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG vermutet**

319. Wie ausgeführt<sup>354</sup> sind die an der Abrede beteiligten Unternehmen Konkurrenten, sie stehen tatsächlich miteinander im Wettbewerb. Diese Voraussetzung von Art. 5 Abs. 3 KG ist demnach erfüllt.

320. Gegenstand der Abreden zwischen den „Top-Six“-Händlern und Immer ist, qua Fixierung eines Mindestaufschlags und einer gemeinsamen Berechnungsbasis einen gemeinsamen Mindestnettoverkaufspreis festzulegen, der nicht unterschritten werden soll. Auch diese zweite Voraussetzung von Art. 5 Abs. 3 KG ist demnach betreffend die „Top-Six“-Händler erfüllt.

321. Aufgrund des Gesagten ist die Vermutungsbasis von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG erstellt. Infolgedessen kommt die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zum Tragen, m.a.W. wird also vermutet, dass durch diese Abrede der Wettbewerb beseitigt worden ist.

#### **B.4.2.2 Die gesetzlich vermutete Wettbewerbsbeseitigung kann widerlegt werden**

322. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede der wirksame Wettbewerb eben doch nicht beseitigt wurde (sogenannter Beweis des Gegenteils).

323. Bei der Prüfung der Widerlegungsvermutung bestehen zwei Extrempole: Einerseits ist möglich, dass die Marktfunktionen in keiner Weise gestört wurden, womit trotz Abrede wirksamer Wettbewerb bestand. Andererseits ist möglich, dass der Markt nicht mehr spielte, mithin die Marktfunktionen in ihren Grundfesten erschüttert wurden; diesfalls wurde der wirksame Wettbewerb vollständig beseitigt (und die Vermutungsfolge bestätigt). Dazwischen liegen die Fälle, in welchen das freie Spiel von Angebot und Nachfrage zwar beschnitten wurde, die Marktfunktionen aber gleichwohl grundsätzlich – wenn auch nicht uneingeschränkt – zum Tragen kamen. Diesfalls ist die Vermutungsfolge widerlegt, denn der wirksame Wettbewerb wurde nicht beseitigt, sondern „nur“, aber immerhin, beeinträchtigt. In solchen Fällen ist alsdann zu beurteilen, ob diese Beeinträchtigung erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG ist oder nicht.

324. Dabei werden zwei Aspekte geprüft. Einerseits wird geschaut, wie stark der noch vorhandene – aktuelle und potentielle – Aussenwettbewerb war, d.h. der Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen. Andererseits wird der Innenwettbewerb betrachtet, d.h. der unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen trotz Abrede verbliebene Wettbewerb. Bei diesem werden wiederum zwei Bereiche unterschieden: zum einen der Innenwettbewerb im engeren Sinne (auch quantitativer Innenwettbewerb), bei welchem geschaut wird, in

welchem Ausmass sich die Abredepartner effektiv an die Abrede hielten, zum anderen der Rest- oder Teilwettbewerb (auch qualitativer Innenwettbewerb), bei welchem geprüft wird, inwiefern sich die Abredepartner bezüglich nicht abgesprochener, im konkreten Markt aber mitentscheidender Wettbewerbsparameter weiterhin konkurrenzten.

325. Die Beweisführungslast liegt hierbei 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. Wird nicht nachgewiesen, dass trotz der Abrede der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt wurde, 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, also die Folgen der Beweislosigkeit, trägt.<sup>355</sup>

326. Im Folgenden gilt es zu prüfen, ob die gesetzlich vermutete Wettbewerbsbeseitigung im vorliegenden Fall widerlegt werden kann. Um dies beurteilen zu können, sind zunächst die sachlich und räumlich relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt ist alsdann der auf den relevanten Märkten trotz Wettbewerbsabreden verbliebene aktuelle und potentielle Aussen- sowie Innenwettbewerb zu prüfen. Sodann ist zu beurteilen, ob die davon ausgehende disziplinierende Wirkung genügend gross war, um zu verhindern, dass die Wettbewerbsabrede den wirksamen Wettbewerb beseitigen konnte. Gegebenenfalls – wenn also die Vermutungsfolge widerlegt werden kann – ist anschliessend zu prüfen, ob die Wettbewerbsabrede den Wettbewerb in erheblichem Ausmass beeinträchtigte oder „bloss“ geringfügig.

#### **B.4.2.2.1 Marktabgrenzung**

327. Die Prüfung der Auswirkungen einer Wettbewerbsabrede erfordert, dass zunächst festgestellt wird, welche sachlichen und räumlichen Märkte überhaupt betroffen sind. Die allgemeinen Merkmale des Marktes (Produkte, Vertriebsstruktur und Marktteilnehmer) wurden im Rahmen des Sachverhaltes bereits hergeleitet (vgl. Rz 56 ff.).

##### Sachlich relevanter Markt

328. 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).

<sup>353</sup> Ebenso etwa Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 380 E. 7, *Implenia (Ticino) SA/WEKO*, in welchem das BVGer festhält, für das Feststellen der Vermutungsbasis hätte das Abstellen auf den untersuchungsgegenständlichen Konventionstext genügt und es hätte hierfür nicht zudem noch des Nachweises der effektiven Umsetzung und der Auswirkungen der Absprache bedurft.

<sup>354</sup> Siehe hiervor Rz 313 f.

<sup>355</sup> BGE 129 II 18, 37 E. 7.1 (=RPW 2002, 747), *Buchpreisbindung*. In diesem Sinne auch das Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 381 f. E. 9, *Implenia (Ticino) SA/WEKO*.

329. 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.<sup>356</sup> 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.<sup>357</sup> Entscheidend sind die funktionelle Austauschbarkeit (Bedarfsmarktkonzept) von Waren und Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite sowie weitere Methoden zur Bestimmung der Austauschbarkeit der Waren und Dienstleistungen aus Nachfragersicht.<sup>358</sup> Auszugehen ist vom Gegenstand der konkreten Untersuchung.<sup>359</sup>

330. Vorliegender Untersuchungsgegenstand ist die Abrede über Mindestmargen für Türbeschläge (Türschlösser, -drücker, -scharniere), und zwar solche der Herstellerin Glutz bei „Grossmengen“. Marktgegenseite sind in casu die Abnehmer, d.h. die Türverarbeiter, welche die Fertigprodukte Türelemente (also ganze Türen im umgangssprachlichen Sinn) erstellen und zu diesem Zweck Glutz-Produkte in Grossmengen beziehen oder zumindest einen solchen Bezug in Betracht ziehen.

331. Bei der Definition des sachlich relevanten Marktes ist daher im Folgenden insbesondere zu analysieren, ob aus Sicht der Marktgegenseite Türschlösser, -drücker und -scharniere substituierbar sind, ob eine Unterscheidung nach Herstellern angezeigt ist und ob zwischen verschiedenen Mengen (wie Grossmengen) zu unterscheiden ist.

332. Bezugnehmend auf die Ausführungen in Rz 58 f. werden Türbeschläge dem Bereich der Grund-, Standard- oder Kernbeschläge zugeordnet und umfassen die drei Kategorien Türschlösser, -drücker und -scharniere. Diese drei Kategorien sind evidentermassen funktionell nicht austauschbar; sie dienen jeweils unterschiedlichen Zwecken. Wer beispielsweise eines Türschlosses bedarf, dem nützt ein Türdrücker oder -scharnier nichts. Sie verhalten sich vielmehr eher komplementär zueinander, denn alle drei sind notwendig, um die Funktionsfähigkeit eines Türelements sicherzustellen. Ausser im Falle von Reparaturen sind Türverarbeiter daher darauf angewiesen, zur Erstellung eines Türelements alle drei Kategorien zu beziehen. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass über die einzelnen Kategorien hinweg keine Herstellergebundenheit besteht und Produkte verschiedener Hersteller kombiniert werden können. Mit anderen Worten können beispielsweise ohne Weiteres die von der Abrede betroffenen Türschlösser der Herstellerin Glutz mit Türdrückern eines anderen Herstellers und Türscharnieren nochmals eines anderen Herstellers in einem Türelement verbaut werden. Dies kommt in der Praxis denn auch sehr häufig vor. Dies ergibt sich zum einen aus dem Umstand, dass einige Hersteller überhaupt nur eine der drei Produktkategorien anbieten (vgl. Rz 69). Zum anderen ergibt sich dies daraus, dass solche Hersteller, die alle drei Produktkategorien anbieten, in diesen jeweils über unterschiedliche Marktanteile verfügen (vgl. Rz 69). Daraus folgt, dass Türschlösser, -drücker und -scharniere nicht demselben sachlichen Markt zuzuordnen sind.

333. Bezüglich der Frage der Substituierbarkeit dieser drei Produktkategorien hinsichtlich des Herstellers ist es wahrscheinlich, dass Glutz-Türbeschläge mit Türbeschlägen anderer Hersteller in Konkurrenz stehen. Dies legt die Überlegung nahe, dass aus der Sicht der massgeblichen Marktgegenseite die Funktionalität der jeweiligen Türbeschläge vom Hersteller im Wesentlichen unabhängig ist. Beispielsweise erfüllen Türdrücker, -schlösser oder -scharniere eines Herstellers jeweils dieselbe Funktion wie solche eines anderen Herstellers, diese sind mithin funktionell austauschbar. Dies hängt auch damit zusammen, dass Türbeschläge eine relativ einfache Funktionsweise haben, welche den Türbeschlägen aller Hersteller gemein ist. Hinsichtlich Türschlössern sowie -scharnieren ist daher keine Unterscheidung nach Herstellern angezeigt.

334. Für Türdrücker muss dies jedoch nicht ohne weiteres gelten. Denn bei Türdrückern ist darüber hinaus u.a. auch deren Design (Farbe, Form, Material, Oberfläche etc.) zu berücksichtigen. Türdrücker stechen – anders als Türschlösser und -scharniere – bei einem Türelement sofort ins Auge, weshalb bei ihnen neben der Funktionalität auch das Design des Produkts stärker von Bedeutung sein muss. Das Design eines Türdrückers ist dabei vor allem für den Endkunden von Interesse, weil sich der Türdrücker – je nach Verwendungszweck – aus Sicht eines Endkunden in die Umgebung einpassen muss. Im Hinblick auf die Auswahl und endgültige Kaufentscheidung dürfte daher für den Türverarbeiter auch die Sichtweise der Endkunden, d.h. die abgeleitete Nachfrage,<sup>360</sup> zu berücksichtigen sein. Es wäre durchaus denkbar, dass für Endkunden das Design bestimmter Glutz-Türdrücker so entscheidend ist, dass sie nicht auf Türdrücker anderer Hersteller ausweichen. Da jedoch Türdrücker in unzähligen Gestaltungen und Ausführungen erhältlich sind<sup>361</sup>, kann nicht zwangsläufig einem Hersteller ein bestimmtes Design zugeordnet werden. So kann ein Endkunde, für welchen das Design kaufentscheidend ist, ein bestimmtes Design bei verschiedenen Herstellern beziehen. Abschliessend muss die Substituierbarkeit von Türdrückern verschiedener Hersteller jedoch vorliegend nicht geklärt werden, da unabhängig vom Ergebnis die Widerlegung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung gelingt (siehe Rz 352 ff.) sowie die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung (siehe Rz 367 ff.) anzunehmen ist.

<sup>356</sup> BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publi-groupe SA et al./WEKO*.

<sup>357</sup> BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publi-groupe SA et al./WEKO*; BGE 129 II 18 E. 7.3.1 (= RPW 2002/4, 743 E 7.3.1), *Buchpreisbindung*.

<sup>358</sup> BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publi-groupe SA et al./WEKO*.

<sup>359</sup> BGE 139 I 72, 93 E. 9.2.3.1 (= RPW 2013/1, 127 E. 9.2.3.1), *Publi-groupe SA et al./WEKO*.

<sup>360</sup> Siehe dazu etwa Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 782 E. 9, *Gaba International AG/WEKO*; MANI REINERT/BENJAMIN BLOCH, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 2 KG N 174.

<sup>361</sup> Vgl. den Produktkatalog von Glutz, abrufbar unter <<http://katalog.glutz.com/katalog/edelstahl-beschlaege/tuerdruecker-und-tuerknoepfe/tuerdruecker/505>> (letzte Kontrolle: 23.07.2014).

335. Weiter beschlägt die Abrede einzig Grossmengen resp. Offertgeschäfte (vgl. auch Rz 188). Bezüglich des Handels mit Türschlössern, -drückern und -scharnieren ist vorliegend jedoch keine Unterteilung in sachliche Märkte einerseits für „Grossmengen/Offertgeschäfte“ und andererseits für „Kleinmengen“ angezeigt. Zum einen kann keine „typische Gruppe“ von Türverarbeitern ausgemacht und isoliert werden, die ausschliesslich Grossmengen resp. Offertgeschäfte tätigt und eine andere „Gruppe“ von Türverarbeitern, die dies nicht tut. Wie die Antworten der befragten Türverarbeiter zeigen,<sup>362</sup> tätigt vielmehr die weit überwiegende Anzahl Türverarbeiter – wenn auch in unterschiedlichem Ausmass – Grossmengen-/Offertgeschäfte. Diese kommen zudem bei allen Arten von Türverarbeitern vor, also sowohl bei ausschliesslichen Türelementherstellern, bei Herstellern von Türelementen und weiteren Waren als auch bei Schreinereien<sup>363</sup> und sowohl bei kleineren als auch bei grösseren Unternehmen. Offertgeschäfte können demnach von allen möglichen Türverarbeitern getätigt werden. Zum anderen ist es denkbar, dass ein Türverarbeiter bei Preissteigerungen im Bereich der Grossmengen auf kleinere Mengen ausweicht, weil der mit einer Grossmenge einhergehende Rabatt gegenüber beispielsweise zusätzlichen Lagerkosten nicht mehr hinreichend ins Gewicht fällt. Weiter wäre es möglich, dass bei einer allfälligen Preissteigerung eines Herstellers ein Türverarbeiter, der an einer Grossmenge interessiert ist, die gleiche Menge aufgeteilt in kleineren Mengen (Stückelung) bei verschiedenen anderen Händlern bezieht. Allerdings kann die Frage, ob eine Markt- abgrenzung nach Grossmengen/Offertgeschäften einerseits und Kleinmengen andererseits erfolgen muss, letztlich offen gelassen werden, da auch hier unabhängig vom Ergebnis der Markt- abgrenzung die Widerlegung der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung gelingt (siehe Rz 352 ff.) sowie die Erheblichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung (siehe Rz 367 ff.) anzunehmen ist.

336. Abschliessend könnte sich weitergehend die Frage stellen, ob eine Unterteilung innerhalb der drei Kategorien Türschlösser, -drücker und -scharniere in Anbetracht der Funktionalität sachgerecht und an sich angebracht wäre. Beispielsweise erscheint es möglich im Bereich Türschlösser weiter zwischen solchen für Innen- und solchen für Aussentürelemente zu unterscheiden, sind doch die Sicherheitsbedürfnisse bei beiden ganz unterschiedlich. Auch wäre bei Türdrückern eine weitere Unterteilung in Türdrücker einerseits und Türknöpfe andererseits denkbar. Mangels Relevanz für diese Untersuchung können diese Fragen jedoch offen bleiben.

#### Räumlich relevanter Markt

337. 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).

338. Die Befragung der Türverarbeiter hat gezeigt, dass die weitaus überwiegende Anzahl von ihnen keine Tür- beschläge aus dem Ausland bezieht. Von denjenigen Türverarbeitern, die dies tun, macht es ein Grossteil bloss in sehr untergeordnetem Ausmass. Nur ganz wenige Türverarbeiter importieren in einigermassen ge-

wichtigem Umfang aus dem Ausland, wobei mehrere dieser Türverarbeiter auch ihren Sitz in unmittelbarer Grenznähe haben, es sich für sie also um eine regionale Beschaffung handelt.<sup>364</sup> Das Nachfrageverhalten unterscheidet sich dabei innerhalb des Bereichs Türbeschläge, also hinsichtlich der Kategorien Türschlösser, -drücker und -scharniere nicht.

339. Das BVGer hielt spezifisch bezüglich der räumlichen Markt- abgrenzung in einem fernmelderechtlichen Verfahren, bei welchem eine marktbeherrschende Stellung zu prüfen war, fest: „Massgeblich ist dabei die Nachfrage bzw. das Angebot in ihrer bzw. seiner Gesamtheit, nicht die Nachfrage nach bzw. das Angebot von einzelnen Mietleitungen“.<sup>365</sup>

340. Mit anderen Worten kommt es für die räumliche Markt- abgrenzung nicht auf das Nachfrageverhalten eines einzelnen Unternehmens der Marktgegenseite an, sondern auf das Nachfrageverhalten der Marktgegenseite in ihrer Gesamtheit. Denn es ist diese Nachfrage der „Masse“, nach der sich die verschiedenen Marktteilnehmer richten, darauf reagieren und die letztlich ausschlaggebend für die Wettbewerbsverhältnisse und das Marktverhalten der Akteure in einem bestimmten Bereich ist.

341. Vor diesem Hintergrund liegt in Anbetracht des Nachfrageverhaltens der befragten Türverarbeiter vorliegend ein höchstens nationaler, womöglich sogar ein regionaler räumlich relevanter Markt vor. Der Anteil Türverarbeiter, der Türbeschläge auch aus dem Ausland bezieht, fällt – erst recht in Anbetracht dessen, dass selbst diese importierenden Türverarbeiter weit überwiegend bloss in einem sehr bescheidenen Ausmass Importe tätigen – schlicht zu wenig ins Gewicht, als dass deshalb hier von einem grösseren als einem nationalen räumlich relevanten Markt ausgegangen werden könnte. Für einen maximal nationalen räumlich relevanten Markt spricht im Übrigen auch, dass mehrere Türverarbeiter vorbrachten, die Produkte müssten den schweizerischen Standards entsprechen, welche anders seien als die europäischen.

#### Zusammenfassung bezüglich der Markt- abgrenzung

342. Türschlösser, -drücker und -scharniere sind nicht demselben sachlichen Markt zuzuordnen. Bei Türschlössern und -scharnieren ist keine weitere Unterscheidung hinsichtlich des Herstellers angezeigt; bei Türdrückern kann diese Frage letztlich offen bleiben. Schliesslich kann auch offen gelassen werden, ob eine Unterscheidung nach Grossmengen/Offertgeschäften angezeigt ist. In räumlicher Hinsicht liegen maximal nationale, womöglich gar bloss regionale Märkte vor.

<sup>362</sup> Siehe die Antworten auf die Frage 8.

<sup>363</sup> Dazu Rz 79.

<sup>364</sup> Siehe Rz 82.

<sup>365</sup> BVGE 2012/8 E. 20.5.1, *Swisscom/Colt Telecom Services AG und ComCom*.

#### B.4.2.2.2 Aussenwettbewerb

343. Nachfolgend gilt es zu beurteilen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Aussenwettbewerb diszipliniert wurden, d.h., ob sie in Anbetracht des Aussenwettbewerbs überhaupt über die Möglichkeit verfügten, die Preise zu erhöhen; kurz: ob sie volkswirtschaftliche oder soziale Schäden verursachen konnten.

344. Wie nachfolgend gezeigt, kann vorliegend die Beseitigungsvermutung bereits aufgrund des bestehenden Innenwettbewerbs widerlegt werden (s.u. Rz 352 ff.). Daher kann an dieser Stelle auf eine abschliessende Klärung des Umfangs des aktuellen und potentiellen Wettbewerbs verzichtet werden. Gleichwohl sei auf Nachfolgendes hinzuweisen.

##### Aktueller Wettbewerb

345. Bei den Abredepartnern handelt es sich um die grössten Händler von Türbeschlägen in der Schweiz. Wie im Sachverhaltsteil ausgeführt (vgl. Rz 71 ff.), vereinigen die Abredepartner im Bereich Türbeschläge in den Jahren 2006 bis 2009 einen Marktanteil von rund [50–80] % auf sich.<sup>366</sup> Bezüglich Türbeschlags-Produkten von Glutz dürfte ihr gemeinsamer Marktanteil sogar noch etwas höher sein und bei über [75–90] % liegen.

346. Demnach hatten die übrigen Konkurrenten in den Jahren 2006 bis 2009 einen Marktanteil von ca. [20–50] %, wobei es sich dabei um eher kleinere, lokal verankerte Händler handelt. Ob Aussenwettbewerb in dieser Grössenordnung und auch mit dieser Struktur – mehrere kleinere Händler erreichen zusammen ca. [20–50] % Marktanteil und es ist nicht etwa ein einziger, grosser Konkurrent, der allein über diesen Marktanteil verfügt – ausreicht oder nicht ausreicht, um die Abredepartner genügend zu disziplinieren und wirksamen Wettbewerb sicherzustellen, kann an dieser Stelle offen gelassen werden. Dafür, dass der Druck durch die übrige Konkurrenz von den Abredepartnern nicht als stark oder disziplinierend wahrgenommen wurde, zeigt jedoch die Aufnahme von Immer in die Absprachegruppe: erreichte ein Konkurrent eine kritische Grösse, so dass er die Abredepartner zumindest hätte zurückhalten oder „stören“ können, wurde er ebenfalls einbezogen.

347. Jedoch konnte der Markt seine Funktion grundsätzlich wahrnehmen, auch weil sich die Abreden speziell nur auf Glutz-Produkte und dort auch nur auf Grossmengen/Offertgeschäfte bezogen. Hierauf hat auch OPO in ihrer Stellungnahme zum Antrag zu Recht hingewiesen.<sup>367</sup> Die von OPO diesbezüglich gemachten Einwände greifen damit nicht durch, da die Wettbewerbsbehörden die geltend gemachten Umstände an dieser Stelle ohnehin berücksichtigt hat.

##### Potentieller Wettbewerb

348. Bezüglich des potentiellen Wettbewerbs gilt im Ergebnis Vergleichbares. Einleitend ist festzuhalten, dass potentieller Wettbewerb vor allem bei (dynamischen) Prognosen und damit bei der Zusammenschlusskontrolle von Bedeutung ist. Bei vergangenheitsbezogenen Beurteilungen und insbesondere, wenn es

um die Abredetatbestände gemäss Art. 5 KG geht, spielt dieser jedoch eine eher untergeordnete Rolle. Denn es ist primär die aktuelle Konkurrenz, welche zu gegebener Zeit bestand, die hätte verhindern können, dass die Abreden die Marktfunktionen beeinträchtigten. Potentielle Konkurrenz, welche die Abredepartner zu vergangener Zeit in Betracht gezogen haben, konnte sie nicht direkt an der Umsetzung einer Abrede hindern und dadurch die Beeinträchtigung der Marktfunktionen verhindern. Sie konnte nur dazu führen, dass eine Umsetzung der Abreden weniger attraktiv erschien, nämlich dann, wenn die Abredepartner damit rechnen mussten, dass Markteintritte aufgrund des durch die Abrede erhöhten Preisniveaus schneller und erfolgreicher erfolgen würden als ohne. Diesfalls würden nämlich die Abreden resp. deren Umsetzung eine stärkere (aktuelle) Konkurrenzsituation in der Zukunft fördern, was nicht im Sinne der Abredepartner wäre. Einer Abredeum- und -durchsetzung unmittelbar im Wege stand jedoch die potentielle Konkurrenz wie gesagt nicht.

349. Die Antworten der Händler auf die Frage, ob es in den letzten fünf Jahren (d.h. zwischen 2005 und 2010) zu Markteintritten kam, stimmen weitgehend überein. Mehrere Händler führten aus, vermehrt seien bestehende grenznahe oder gar europäische Händler über Zweigniederlassungen in der Schweiz hier aktiv geworden oder solche Vorhaben hätten sich zumindest abgezeichnet. Zugenommen habe auch der Anteil an Importen, insbesondere an fertigen Türelementen mit bereits eingebauten, konfektionierten Türbeschlägen. Dass Markteintritte durch „neue“, bisher nicht im Handel mit Türbeschlägen tätige Unternehmen erfolgt seien, machten die Händler demgegenüber nicht geltend.<sup>368</sup>

350. Damit ist festzuhalten, dass während der in casu sanktionsrechtlich relevanten Zeit (2004 bis mindestens 2007) einige Markteintritte durch ausländische Händler erfolgten (zunächst potentielle Konkurrenz, die sich in der fraglichen Zeit zur aktuellen wandelte) oder zumindest damit zu rechnen war resp. von den Händlern damit gerechnet wurde (potentielle Konkurrenz, die in der fraglichen Zeit nicht zur aktuellen wurde). Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Händler so oder so mit dem früheren oder späteren Markteintritt dieser Konkurrenten rechneten. Es bestand für sie in Anbetracht dessen kein oder höchstens ein sehr geringer Anreiz, bloss wegen der erwarteten potentiellen Konkurrenz auf eine Abredeumsetzung zu verzichten. Vielmehr war es umgekehrt so, dass bis zu einem Markteintritt dieser Konkurrenten eine Umsetzung noch einfacher (und lohnenswerter) möglich gewesen wäre als danach.

<sup>366</sup> Siehe Rz 73 f.

<sup>367</sup> Act. n° 321, Rz 6.

<sup>368</sup> Siehe die Antworten auf Frage 9 (act. n° 47, 50, 55–57 und 59).

### B.4.2.2.3 Innenwettbewerb

351. Zu prüfen bleibt, ob die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch die Abreden aufgrund des trotz Abreden verbliebenen Wettbewerbs zwischen den Abredepartnern widerlegt werden kann. Solcher Wettbewerb kann in zweierlei Hinsicht bestehen: Entweder weil trotz Abrede weiterhin ausreichend Wettbewerb zwischen den Abredepartnern hinsichtlich nicht abgesprochener, im konkreten Markt aber mitentscheidender Wettbewerbsparameter bestand (Rest- oder Teilwettbewerb) oder weil sie sich nicht an die Abrede hielten (Innenwettbewerb im engeren Sinne)

#### Rest- oder Teilwettbewerb

352. Zunächst ist hier zu wiederholen, dass der Preis für die Türverarbeiter zwar nicht der alleinige massgebliche Wettbewerbsparameter ist, doch aber – gesamthaft betrachtet – der wichtigste.<sup>369</sup> Gerade bei Grossmengen/Offertgeschäften steht der Preis sodann besonders im Mittelpunkt und hat das weitaus grösste Gewicht. Der verbliebene Restwettbewerb bezüglich anderer, nicht abgesprochener Wettbewerbsparameter – von den Türverarbeitern am meisten genannt wurden neben dem Preis das Logistiksystem und die Beratung – müsste daher schon ausgesprochen intensiv gewesen sein, um genügend Druck auf die Abredepartner auszuüben. Zudem hat Glutz eine billige Linie „Topaz“ von Türbeschlägen eingeführt, was auch die Wichtigkeit des Parameters Preis unterstreicht.

353. Für einen derart intensiven Wettbewerb hinsichtlich dieser weiteren Wettbewerbsparameter bestehen allerdings keine Anhaltspunkte. Sicherlich versuchten die Abredepartner sich bei diesen Parametern zu differenzieren. Doch kann davon ausgegangen werden, dass ein gewisses Grundniveau, z.B. hinsichtlich Lieferfristen, von allen Abredepartnern erfüllt wurde, handelt es sich bei ihnen doch immerhin um die grössten Händler der Schweiz.

354. In Anbetracht der Wichtigkeit des Wettbewerbsparameters Preis ist daher der Restwettbewerb bezüglich nicht abgesprochener Parameter als nicht besonders stark zu qualifizieren. Dieser Restwettbewerb allein genügt nun nicht, um sicherzustellen, dass die Abreden die Marktfunktionen nicht generell, und zwar massiv, beeinträchtigen konnten, weshalb damit die Vermutung noch nicht widerlegt werden kann.

355. Weitaus mehr ins Gewicht fällt diesbezüglich aber, dass sich die hier vorliegend abgegrenzten Abreden bloss auf a) Glutz-Produkte und b) auch dort nur auf Grossmengen/Offertgeschäfte bezogen. Dies führte nämlich dazu, dass die Händler bezüglich Türbeschlagsprodukten anderer Hersteller weiterhin in voller Konkurrenz – also auch hinsichtlich des Wettbewerbsparameters Preis – standen. Gleiches galt auch für Glutz-Produkte, soweit es dabei um Kleinmengen oder Lagerbestellungen ging. Je nach betroffenem sachlich relevantem Markt macht der Bereich, in welchem zwischen den Händlern trotz Abreden nun noch volle Konkurrenz bestand, einen unterschiedlich grossen Teil aus.

356. Wie an anderer Stelle festgestellt,<sup>370</sup> ist der Marktanteil von Glutz auf den drei Märkten [...] unterschiedlich: Während sie bei Türschlossern schweizweit führend

ist und ihren Marktanteil (wohl in den Jahren 2012/13) selbst mit 65 % angibt, beläuft sich dieser bei den Türdrückern – soweit der sachlich relevante Markt für Türdrücker herstellerunabhängig definiert wird (siehe dazu oben Rz 334 f.) – zwischen [10–20] % und liegt bei Türscharnieren bei [0.1–10] %. Dies heisst umgekehrt, dass bei Türschlossern der nicht untersuchte Bereich (Produkte anderer Hersteller als Glutz) rund 35 % ausmachte, bei Türdrückern [80–90] % und bei Türscharnieren [90–99.9] %. Dort bestand zwischen den Händlern weiterhin ein gewisser (Rest)Wettbewerb.

357. Der hohe Anteil an Restwettbewerb genügt, soweit es um Türscharniere geht, um eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch die Abreden auszuschliessen. Vergleichbares würde wohl für Türdrücker gelten, soweit der sachlich relevante Markt herstellerunabhängig definiert werden würde (siehe dazu Rz 334 f.). Dies muss allerdings vorliegend nicht abschliessend geklärt werden, da die Widerlegung der Beseitigungsvermutung selbst bei einer engeren, herstellerabhängigen Marktdefinition aufgrund des bestehenden Innenwettbewerbs im engeren Sinne gelingt (siehe unten Rz 363).

358. Rest- oder Teilwettbewerb liegt indessen jedenfalls nicht bei Türschlossern im ausreichenden Masse vor. Denn hier beschlagen die Abreden das Produkt des mit Abstand führenden Herstellers und allein der betroffene hohe Marktanteil reicht aus, um in grundsätzlicher Art und Weise die Marktfunktionen zu verändern.<sup>371</sup> Bloss ergänzend und zur weiteren Untermauerung sei an dieser Stelle erwähnt, dass sich die Preisgestaltung in einem Markt häufig am führenden Produkt resp. Hersteller orientiert, weshalb eine Absprache bezüglich diesem auch die Preisgestaltung der übrigen Produkte dieses Markts tangiert und beeinflusst. Soweit Türschlösser betreffend reicht daher dieser Restwettbewerb nicht aus, um die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu widerlegen.

359. Dass – soweit angenommen wird, dass der sachlich relevante Markt für Türschlösser unabhängig von Grossmengen/Offertgeschäften und Kleinmengen abzugrenzen ist (siehe dazu oben Rz 336) – bezüglich Kleinmengen und Lagergeschäften von Glutz-Produkten weiterhin Restwettbewerb zwischen den Händlern bestand, ändert an dieser Einschätzung nichts. Denn bei den von der Abrede betroffenen Bereichen – Grossmengen resp. Offertgeschäfte – handelt es sich um die mengenmässig ins Gewicht fallenden Geschäfte. Sodann beeinflusste das Preisniveau im Bereich Grossmengen/Offertgeschäfte das Preisniveau in den anderen Bereichen, denn das eine wird von der Marktgegenseite nicht losgelöst vom anderen betrachtet, sondern als

<sup>369</sup> Siehe dazu Rz 81.

<sup>370</sup> Siehe Rz 65.

<sup>371</sup> Vergleichbar die Wertung des BVGer in seinem Urteil, RPW 2010/2, 385 f. E. 9.2.2.3, *Implemia (Ticino) SA/WEKO*, wo während fünf Jahren durchschnittlich mindestens 62% aller Aufträge im relevanten Markt von der Abrede erfasst waren und dies in Anbetracht der konkret betroffenen Marktstruktur und -verhältnisse als wettbewerbsbeseitigend qualifiziert wurde.

Gesamtbild, welches stimmig bleiben muss. Eine solche Gesamtbetrachtung und damit verbunden eine gewisse „Anbindung“ am Preisniveau bei Grossmengen/Offertgeschäften erfolgte hier insbesondere auch deshalb, weil die weit überwiegende Anzahl Türverarbeiter, wie an anderer Stelle festgestellt,<sup>372</sup> – wenn auch in unterschiedlichem Ausmass – Offertgeschäfte tätigte und daher das dortige Preisniveau kannte.

360. Die Überlegungen in Rz 360 berücksichtigt OPO nicht, wenn sie in ihrer Stellungnahme zum Antrag ausführt, man dürfe die Marktanteile, welche Glutz auf dem Markt für Türschlösser habe, deshalb nicht mit den tatsächlich von der Abrede betroffenen Geschäften gleichsetzen, weil die Abrede nur Grossmengen und Glutz-Produkte betreffe.<sup>373</sup> Denn wenn die Preisabrede entsprechend den Ausführungen in Rz 360 auch auf Kleinmengen sowie auf Türschlösser anderer Marken durchschlagen kann, dann beseitigt die Abrede auch den Wettbewerb zwischen den Abredepartnern betreffend andere Marken und/oder Kleinmengen. Zudem könnten die Ausführungen von OPO ohnehin nur dann überhaupt relevant werden, wenn eindeutig feststünde, dass der Handel mit Gross- und Kleinmengen auf demselben sachlichen Markt erfolge, was hier offen gelassen wurde. Auch unter Berücksichtigung der Stellungnahme von OPO zum Antrag ist daher anzunehmen, dass durch die Abrede der Rest- oder Teilwettbewerb betreffend dem Handel mit Türschlössern im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG beseitigt ist.

361. Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass die soeben geschilderten Einwände von OPO betreffend die Beurteilung des Rest- oder Teilwettbewerbs für die kartellrechtliche Beurteilung der Abreden ohnehin unerheblich sind, weil jedenfalls ein nicht unbedeutender Innenwettbewerb im engeren Sinne herrschte (siehe sogleich Rz 363).

#### Innenwettbewerb im engeren Sinne

362. Zu prüfen bleibt schliesslich der Innenwettbewerb im engeren Sinne, also die Frage, ob und inwieweit die Abredepartner die Abreden auch umsetzten und einhielten. Wie im Sachverhaltsteil festgestellt,<sup>374</sup> erfolgte zwar teilweise eine interne Umsetzung der Abrede und weitere Umsetzungsakte (siehe Rz 202 ff.), eine Auswirkung auf die Preise im Sinne einer Anpassung der Preise von Türdrückern, -schlössern und -scharnieren an die vereinbarten Mindestfaktoren im Nachgang zum Treffen im Sommer 2006 ist im sanktionsrechtlich relevanten Zeitraum jedoch als nicht bewiesen anzusehen.

363. Wie bereits erläutert, nimmt Koch in ihrer Stellungnahme zum Antrag an, dass sich „keine der Parteien an die Abrede gehalten“ hat<sup>375</sup>, mithin, dass keinerlei Umsetzung erfolgt ist. In dieselbe Richtung gehen die Ausführungen von OPO<sup>376</sup> und SFS<sup>377</sup>. Wie bereits oben ausgeführt (siehe Rz 171 ff.), haben die Parteien hier allerdings die im Antrag des Sekretariats und die in dieser Verfügung aufgeführten Beweismittel sowie die rechtliche Würdigung des Sekretariats missverstanden. Denn schon in seinem Antrag wies das Sekretariat zu Recht darauf hin, dass Beweise für Umsetzungen der vereinbarten Mindestmargen vorliegen.<sup>378</sup>

364. Wie dargelegt, kam es zu Umsetzungen der Mindestmargen. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden sei auf die in Rz 171 ff. und Rz 202 ff. gemachten Ausführungen verwiesen. Da aber auch beweismässig erstellt ist, dass die Nichtumsetzung der Mindestmargen zwischen den Verfahrensparteien gerügt wurde und die Rechnungsanalyse ergeben hat, dass die Mindestmargen in allen Mengenkategorien teilweise erheblich unterschritten wurden, sowie dass es keinen „Margensprung“ im Nachgang zum Treffen im Sommer 2006 gab, ist anzunehmen, dass zwischen den Händlern trotz Abreden Innenwettbewerb im engeren Sinne bestand. Dieser reicht aus um die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu widerlegen.

#### **B.4.2.3 Zwischenergebnis**

365. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auf den Märkten für Türdrücker, -scharniere und -schlösser ein gewisser Innenwettbewerb bestanden hat. Auf dem Markt für Türscharniere kann die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung aufgrund des bestandenen Rest- und Teilwettbewerbs widerlegt werden, auf dem Markt für Türdrücker und -schlösser jedenfalls aufgrund des Innenwettbewerbs im engeren Sinne.

#### **B.4.3 Es liegt eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor**

366. 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).

367. Ob eine Beeinträchtigung erheblich im Sinne des KG ist oder nicht, beurteilt sich anhand einer Gesamtbetrachtung des Einzelfalls, wobei gemäss der bisherigen Praxis der WEKO sowohl qualitative wie auch quantitative Aspekte zu berücksichtigen sind.<sup>379</sup> Bezüglich des qualitativen Elements gilt es die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters – und zwar im konkret betroffenen Markt<sup>380</sup> – sowie das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter<sup>381</sup> zu beurteilen. Bezüglich des quantitativen Elements ist im

<sup>372</sup> Siehe Rz 336.

<sup>373</sup> Siehe act. n° 321, Rz 6 ff.

<sup>374</sup> Siehe zusammenfassend Rz 250 ff.

<sup>375</sup> Vgl. act. n° 319.

<sup>376</sup> S. dazu act. n° 321, Rz 14.

<sup>377</sup> Vgl. act. n° 320, S. 2 sowie act. n° 347, S. 2.

<sup>378</sup> Siehe Rz 185 ff. sowie Rz 235 des Antrags des Sekretariats, act. n° 297–303.

<sup>379</sup> 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* bezüglich vertikaler Abreden. Anders nun das Bundesverwaltungsgericht: Urteil des BVGer B-506/2010 vom 19.12.2013 (=RPW 2013/4, 750 ff.), *Gaba International AG/WEKO*; B-463/2010 vom 19.12.2013 (=RPW 2013/4, 808 ff.), *Gebro Pharma GmbH/WEKO*. s. dazu unten Rz 380 ff.

<sup>380</sup> BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 351), Art. 5 KG N 187; ROLF H. WEBER, in: *Wettbewerbsrecht II* Kommentar, Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), 2011, Ziff. 6 VertBek N 1.

<sup>381</sup> In diesem Sinn etwa RPW 2005/1, 241 Rz 19, *Klimarappen*, bezogen auf die Absprache bezüglich eines Kostenbestandteils.

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 beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt haben (Anzahl, Marktanteile, Umsätze etc.).<sup>382</sup>

368. Bei dieser Gesamtbetrachtung musste für das Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung das jeweils eine Kriterium umso weniger erfüllt sein, je mehr beim jeweils anderen Kriterium ein gravierendes Ausmass vorlag. Gerade bei horizontalen Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden stellte sie in Anbetracht des qualitativ sehr schwerwiegenden Eingriffs an das quantitative Kriterium keine allzu hohen Anforderungen.<sup>383</sup>

369. Nach neuer Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>384</sup> ist bei qualitativ schwerwiegenden Abreden nach Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG keine Prüfung nach quantitativen Kriterien erforderlich. Gleichwohl wird im Folgenden zunächst die Prüfung nach bisheriger Praxis durchgeführt. Auf die neue Rechtsprechung des BVGer wird anschliessend eingegangen (siehe Rz 380 ff.).

370. Erweist sich die durch eine Abrede bewirkte Beeinträchtigung als erheblich, ist alsdann zu prüfen, ob die Abrede gleichwohl zu rechtfertigen ist. Dies ist möglich, wenn durch sie die wirtschaftliche Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG gesteigert wird. 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).

#### B.4.3.1 Qualitative Kriterien

371. Wie bereits zuvor festgehalten, handelt es sich beim Preis auf den hier interessierenden Märkten zwar nicht um den alleinig massgeblichen, so doch aber um den wichtigsten Wettbewerbsparameter.<sup>385</sup> Im Übrigen kann diesbezüglich ergänzend auf die Ausführungen zum Restwettbewerb bezüglich Glutz-Produkten verwiesen werden.<sup>386</sup> Abgesprochen wurden vorliegend Mindestnettoverkaufspreise für Grossmengen/Offertgeschäfte bei Türbeschlägen des Herstellers von Glutz, es handelt sich mithin um eine direkte Festsetzung von Preisen. Im Fall von Immer war die abgestimmte Verhaltensweise unmittelbar auf die Gestaltung der Preise ausgerichtet.

372. Schon nur aus der gesetzgeberischen Wertung, wonach bei horizontalen Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen der Wettbewerb als beseitigt vermutet wird, ergibt sich, dass horizontale Abreden über Preise in qualitativer Hinsicht als besonders gravierend anzusehen sind.<sup>387</sup>

#### B.4.3.2 Quantitative Kriterien

373. Bezüglich des Aussenwettbewerbs sowie dem zwischen den Händlern trotz Abrede weiterhin bestandenen Restwettbewerbs kann auf die bereits gemachten Ausführungen verwiesen werden.<sup>388</sup> Soweit dieser ungenügend war, um – in Bezug auf Türschlösser – überhaupt die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu widerlegen, sind umgekehrt die Abreden insofern in quantitati-

ver Hinsicht ebenfalls als gravierend zu erachten. Zu prüfen bleibt insofern noch das quantitative Ausmass, soweit es um Türscharniere und -drücker geht, bei welchen der weiterhin bestehende Restwettbewerb zur Vermutungswiderlegung führte bzw. hätte führen können.<sup>389</sup> Bei Türdrückern belief sich der von der Abrede betroffene gemeinsame Marktanteil der „Top-Six“-Händler sowie Immer – soweit der sachlich relevante Markt für Türdrücker herstellerunabhängig definiert wird (siehe dazu oben Rz 334 f.) – auf mindestens [10–16] %. Dabei handelt es sich um eine durchaus ins Gewicht fallende Grösse, die jedenfalls nicht als unbedeutend angesehen werden kann. Zu betonen ist erneut, dass – anders als OPO in ihrer Stellungnahme zum Antrag ausführt<sup>390</sup> – auch Umsätze betreffend Kleinmengen zu berücksichtigen sind, auch wenn die Abrede nur Grossmengen von Glutz-Türbeschlägen betraf (siehe Rz 360 f.). Insofern liegt hinsichtlich Türdrückern in quantitativer Hinsicht zwar nicht geradezu ein gravierendes Ausmass vor, aber doch immerhin ein bedeutendes. Anders könnte es sich einzig bezüglich Türscharnieren verhalten, bei welchen die Abreden „bloss“ einen Marktanteil im tiefen einstelligen Bereich betrafen; diese Frage soll hier aber mangels Relevanz für das Ergebnis ausdrücklich offen gelassen werden.

374. Dies deshalb, weil in casu vor allem die fehlende vollumfängliche Umsetzung der Mindestmargen für die Beurteilung der Abreden nach quantitativen Kriterien relevant wird.

375. Die Umsetzung einer Abrede ist nach bisheriger Praxis der WEKO ein bei den „quantitativen Kriterien“ zu prüfender Punkt.<sup>391</sup> Wie dargelegt, wurden die vereinbarten Mindestmargen teilweise umgesetzt – um unnötige Wiederholungen zu vermeiden sei insbesondere auf die Ausführungen in Rz 171 ff. und Rz 202 ff. verwiesen. In Bezug auf Immer ist zudem festzuhalten, dass ihre durchschnittliche Marge im Nachgang zum Treffen im Sommer 2007 leicht anstieg und dass [...] <sup>392</sup>. Berücksichtigt werden muss auch, dass Immer im Nachgang zum Treffen eine interne Preiskontrolle durchführte und zumindest die Preise für einige Produkte auf Grundlage dieser Preiskontrolle beibehielt.

<sup>382</sup> BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER (Fn 351), Art. 5 KG N 230.

<sup>383</sup> So ausdrücklich etwa RPW 2012/4, 828 Rz 103, *Vertrieb von Musik*.

<sup>384</sup> Urteil des BVGer B-506/2010 vom 19.12.2013 (=RPW 2013/4, 750 ff.), *Gaba International AG/WEKO*; B-463/2010 vom 19.12.2013 (=RPW 2013/4, 808 ff.), *Gebro Pharma GmbH/WEKO*.

<sup>385</sup> Siehe Rz 353.

<sup>386</sup> Siehe Rz 353 ff.

<sup>387</sup> So bereits RPW 2010/4, 751 Rz 316, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*; RPW 2012/4, 828 Rz 101 f., *Vertrieb von Musik*.

<sup>388</sup> Siehe Rz 356 ff.

<sup>389</sup> Im Ergebnis ebenso RPW 2010/1, 110 Rz 197 m.w.H., *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*, wonach „[F]ür die Beurteilung der durch die Abrede in quantitativer Hinsicht bewirkten Wettbewerbsbeeinträchtigung [ist] entscheidend [ist], in welchem (quantitativen) Ausmass neben der Abrede noch Wettbewerb besteht, und nicht der generelle Marktanteil, der ein an der Abrede beteiligtes Unternehmen losgelöst dieser Abrede inne hat“.

<sup>390</sup> Siehe act. n° 321 Rz 6 ff.

<sup>391</sup> Im Ergebnis gleich RPW 2010/4, 752 f. Rz 322 ff., *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

<sup>392</sup> Act. n° 194, Antwort auf Frage 13.

376. Aus der Auswertung der einverlangten Rechnungen geht hervor, dass die vereinbarten Mindestmargen in den Jahren 2006 und 2007 vor allem bei grossen Mengen in einzelnen Fällen weit unterschritten wurden, sowie, dass in Bezug auf die „Top-Six“-Händler kein „Margensprung“ im Nachgang zum Treffen im Juni 2006 nachgewiesen werden konnte. Es ist damit festzustellen, dass die durch die – zumindest bei Türschlössern – bedeutsamen Marktanteile der Händler bedingten Auswirkungen wegen der nur teilweisen Umsetzung der Mindestmargen abgeschwächt werden, nicht aber vollständig verschwinden.

377. OPO verweist in ihrer Stellungnahme bezüglich der Umsetzung der Abrede auch auf die Baubeschlägeurteile<sup>393</sup> des BVGer.<sup>394</sup> Sie führt aus, das BVGer habe in Bezug auf eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG festgestellt, dass es neben der Abstimmung zwischen den beteiligten Unternehmen auch eines kausal auf die Abstimmung zurückführbaren Marktverhaltens bedürfe. Da das Sekretariat festgestellt habe, dass die Vereinbarung der Mindestmargen keine Auswirkungen auf das Preissetzungsverhalten der Parteien gehabt hätte, fehle es in casu an der vom BVGer geforderten Kausalität zwischen Abstimmung und entsprechendem Marktverhalten.

378. Diesen Ausführungen ist in keinerlei Hinsicht zuzustimmen. Dies schon deshalb nicht, weil zwei der drei von OPO zitierten Urteile nicht rechtskräftig geworden sind. Vielmehr hat das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung auf Veranlassung der Wettbewerbsbehörden gegen die Urteile betreffend die Siegenia-Aubi AG und die Paul Koch AG Beschwerde eingelegt. Des Weiteren übersieht OPO, dass das BVGer die von OPO zitierten Aussagen zur Kausalität in Bezug auf das Verständnis einer *abgestimmten Verhaltensweise* im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG – und nicht bezüglich der Kausalität im Rahmen der Erheblichkeitsprüfung – getätigt hat.<sup>395</sup> Bezüglich einer abgestimmten Verhaltensweise ist unstrittig, dass hier die natürliche Kausalität zwischen Abstimmung und entsprechendem Marktverhalten nachgewiesen werden muss.<sup>396</sup> Kommt hinzu, dass es in casu gar nicht um eine abgestimmte Verhaltensweise, sondern um eine *Vereinbarung* im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG geht. Bedeutsam ist an dieser Stelle jedoch vor allem, dass die Vereinbarungen teilweise umgesetzt wurden (siehe Rz 171 ff. und Rz 202 ff.). Die Wettbewerbsbehörden haben mittels der Rechnungsanalyse nur nicht feststellen können, dass es im Nachgang zum Treffen im Sommer 2006 zu einem „Margensprung“ gekommen ist. Dies schliesst nicht aus, dass die „Top-Six“-Händler auf Preisreduzierungen verzichtet haben. Abgesehen davon ist eine Kausalität zwischen der „Vereinbarung“ und den festgestellten Einhalten der Mindestmargen gegeben.

#### B.4.3.3 Gesamtwürdigung

379. Gemäss bisheriger Auslegung und Verständnis des Begriffs „erheblich beeinträchtigen“ durch die WEKO war nunmehr anhand einer Gesamtwürdigung dieser qualitativen und quantitativen Kriterien zu bestimmen, ob insgesamt eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt oder nicht.<sup>397</sup> Hierbei nahm die WEKO eine Gesamtbetrachtung vor. Bei dieser Gesamtbetrachtung

musste für das Vorliegen einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung das jeweils eine Kriterium umso weniger erfüllt sein, je mehr beim jeweils anderen Kriterium ein gravierendes Ausmass vorlag. Gerade bei horizontalen Preis-, Mengen- oder Gebietsabreden stellte sie in Anbetracht des qualitativ sehr schwerwiegenden Eingriffs an das quantitative Kriterium keine allzu hohen Anforderungen.<sup>398</sup> Gänzlich auf das Vorhandensein des einen Kriteriums (regelmässig dürfte dies wohl das quantitative Kriterium sein) verzichtete die WEKO bislang jedoch nicht.

380. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Wettbewerbsabrede, welche unter einen Vermutungstatbestand fällt, erheblich, wenn ein relevanter Wettbewerbsparameter betroffen ist und die Abredeteilnehmer zusammen einen nicht unerheblichen Marktanteil halten.<sup>399</sup> Das Bundesgericht fordert nicht, dass die Umsetzung der Abrede in jedem Einzelfall nachgewiesen wird.

381. Wie bereits angedeutet, ist das BVGer im Dezember 2013 indessen noch weiter gegangen. In einer Entscheidung zu Art. 5 Abs. 4 KG hat es angenommen, dass quantitative Kriterien bei der Erheblichkeitsprüfung nicht zu beachten seien.<sup>400</sup> In diesem Urteil ging es zwar um eine vertikale Abrede gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG. Doch wenn das BVGer nun schon für diese annimmt, dass in diesen Fällen wegen der vermuteten Beseitigungswirkung das quantitative Kriterium nicht mehr zu prüfen ist, dann muss dies erst recht auch für harte horizontale Abreden (wie sie hier zu beurteilen sind) gelten, da deren volkswirtschaftliche Schädlichkeit doch – anders als eben bei harten vertikalen Abreden – weitestgehend unbestritten und anerkannt ist.<sup>401</sup>

382. Folgende Passagen aus dem Urteil des BVGer, welche hier besonders interessieren, seien wörtlich zitiert: „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

<sup>393</sup> Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.09.2014, *Siegenia-Aubi/WEKO*; B-8404 vom 23.09.2014, *SFS unimarket AG/WEKO*; B-8430/2010 vom 23.09.2014, *Paul Koch AG/WEKO*.

<sup>394</sup> Act. n° 343, Rz 5 ff.

<sup>395</sup> Urteil des BVGer B-8404/2010 vom 23.09.2014, *SFS unimarket AG/WEKO*, E. 5.3.9.5.

<sup>396</sup> Vgl. nur RPW 2010/4, 737 Rz 177, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

<sup>397</sup> Statt anderer RPW 2012/1, 109 Rz 189, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*.

<sup>398</sup> So ausdrücklich etwa RPW 2012/4, 828 Rz 103, *Vertrieb von Musik*.

<sup>399</sup> BGE 129 II 18, 24 E.5.2.1 (=RPW 2002, 747), *Buchpreisbindung*; zustimmend: MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als wettbewerbspolitischer Marktstein, SJZ 110 (2014) 501, 510.

<sup>400</sup> Urteil des BVGer B-506/2010 vom 19.12.2013 (=RPW 2013/4, 750 ff.), *Gaba International AG/WEKO*; B-463/2010 vom 19.12.2013 (=RPW 2013/4, 808 ff.), *Gebro Pharma GmbH/WEKO*.

<sup>401</sup> Siehe nur etwa Botschaft vom 22. Februar 2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, BBl 2012 3905, 3927.



Ausführungen zeigen. Wenn nämlich das Kartellgesetz selbst in Art. 5 Abs. 4 KG statuiert, dass solche Verbote vermutungsweise den Wettbewerb beseitigen, so ist a maiore ad minus grundsätzlich auch deren qualitative Erheblichkeit zu bejahen, unabhängig von allfälligen quantitativen Kriterien (...).<sup>402</sup> Und weiter: „Das BVGer stellt nach dem Gesagten fest, dass die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen ist, Ziff. 3.2 stelle eine qualitativ erhebliche Wettbewerbsbeschränkung dar. Damit handelt es sich, wie vorstehend ausgeführt, auch insgesamt um eine den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abrede.“<sup>403</sup> In der Folge prüfte das BVGer das quantitative Kriterium bloss noch „der Vollständigkeit halber“ und hielt in diesem Zusammenhang fest: „Da der Schweizer Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 4 KG statuiert, dass Gebietsabreden 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.“<sup>404</sup> Mehrmals weist das BVGer sodann darauf hin, dass eine Rechtfertigung der Abreden aus wirtschaftlichen Effizienzgründen zulässig bleibt.

383. Das BVGer schliesst demnach aus der in Art. 5 Abs. 4 KG vorgesehenen gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung darauf, dass in Anbetracht des qualitativen Gehalts solcher Abreden immer zumindest eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung gegeben ist, und zwar vollkommen losgelöst von allfälligen quantitativen Kriterien.<sup>405</sup> Aus Sicht des BVGer beinhaltet m.a.W. die Beseitigungsvermutung a maiore ad minus eine Erheblichkeitsfiktion. Dies heisst nichts anderes als, dass eine Wettbewerbsabrede, welche vom Inhalt her unter Art. 5 Abs. 4 KG fällt, in jedem Fall den Wettbewerb zumindest erheblich beeinträchtigt und daher vorbehaltlich einer Rechtfertigung aus wirtschaftlichen Effizienzgründen unzulässig ist. Quantitative Kriterien, und damit unter anderem auch der Einhaltung- und Umsetzungsgrad, spielen hierbei keine Rolle.

384. Diese zu Art. 5 Abs. 4 KG ergangene Rechtsprechung muss wie gesagt<sup>406</sup> erst recht auch für unter Art. 5 Abs. 3 KG fallende Abreden gelten. Wie an anderer Stelle bereits festgehalten, sind die hier zu beurteilenden Abreden aufgrund ihres Inhalts unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu subsumieren.<sup>407</sup> Nach qualitativen Kriterien sind die Auswirkungen der Abreden also gravierend. Infolgedessen sind sie – der zuvor dargestellten Rechtsprechung des BVGer folgend – *per se* als den Wettbewerb erheblich beeinträchtigend zu qualifizieren. Quantitative Kriterien, und damit auch die Frage der Umsetzung der Abrede, sind bei dieser Beurteilung irrelevant. Zu betonen ist erneut, dass die vereinbarten Mindestmargen ohnehin teilweise umgesetzt wurden (vgl. insbesondere Rz 171 ff. und Rz 202 ff.) und die Händler – zumindest im Bereich Türschlösser und Türdrücker – über grössere Marktanteile verfügten (siehe Rz 374 ff.).

385. Die Gaba/Gebro-Rechtsprechung des BVGer ist zwar noch nicht rechtskräftig. Vielmehr steht fest, dass gegen das fragliche Urteil des BVGer Beschwerde erhoben wurde, mit-hin eine Beurteilung durch das BGer noch ansteht. Die Wettbewerbsbehörden können sich als eine untere Instanz jedoch – auch nicht mit Blick auf die Baubeschläge-Urteile des BVGer (siehe dazu so-

gleich Rz 387 f.) – nicht über die im Urteil gemachten rechtlichen Würdigungen und Wertungen hinwegsetzen,<sup>408</sup> zumal es sich bei dem Urteil um das bislang erste oberinstanzliche Urteil zu direkt sanktionierbaren Abredetatbeständen handelt und die diesbezüglich eingelegten Beschwerden nicht von ihr, sondern von den sanktionierten Parteien erhoben wurden. Kommt hinzu, dass in Anbetracht des Umstands, dass das Gericht gemäss Art. 21 Abs. 2 VVG in Fünferbesetzung entschieden hat, davon ausgegangen werden darf, dass sich das BVGer der grundlegenden Bedeutung seines Urteils gewahr war, die darin verwendeten Worte mit Sorgfalt und Bedacht wählte und mit den pointierten, deutlichen Aussagen ganz bewusst einen Grundsatzentscheid fällt.

386. Immer, Koch, OPO und SFS machen in ihren Stellungnahmen zum Antrag geltend, das BVGer habe seine eigene Gaba/Gebro-Rechtsprechung jüngst mittels der Baubeschläge-Urteile wieder revidiert. Die Wettbewerbsbehörden müssten die Auswirkungen von Abreden daher wiederum nach der alten Praxis nachweisen.<sup>409</sup> Die genannten Parteien verweisen zur Begründung auf folgende Textpassage: „Im Zusammenhang mit der Frage nach dem rechtsgenügenden Nachweis von bestehendem Restwettbewerb gilt es an dieser Stelle ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass im Gegensatz zur EU, in der seit dem 1. Mai 2004 auf Wettbewerbsbeschränkungen eine Verbotsgesetzgebung mit Legalausnahme Anwendung findet, in der Schweiz statt *per se* Verboten eine Missbrauchsgesetzgebung gilt (vgl. Botschaft 1994, 555; KRAUSKOPF/SCHALLER, a.a.O., Art. 5 Rn. 31 ff.). Folglich hat die Vorinstanz de lege lata in jedem Einzelfall nachzuweisen, dass der Wettbewerb durch die fragliche Abrede erheblich beeinträchtigt wird. Zum heutigen Zeitpunkt besteht im schweizerischen Kartellrecht somit keine *per se*-Erheblichkeit, weshalb die Auswirkungen von Absprachen auf dem Markt jeweils von der Vorinstanz zu untersuchen sind.“<sup>410</sup>

387. Entgegen der Auffassung der genannten Parteien geht aus dieser Textpassage nicht hervor, dass das BVGer die Gaba/Gebro-Rechtsprechung revidieren wollte. Denn das BVGer stellt in den Baubeschläge-Urteilen zunächst einmal nur Selbstverständliches fest: Nach dem BVGer hat die WEKO im Einzelfall nachzuweisen, dass der Wettbewerb durch die Abrede erheblich beeinträchtigt wird, und Auswirkungen der Abreden zu untersuchen. Dies aber wird von Seiten der Wettbewerbsbehörden – auch mit Blick auf das Erfordernis einer verhältnismässigen Sanktionierung – gar nicht bestritten. Es

<sup>402</sup> Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 789 E. 11.1.8, *Gaba/WEKO*.

<sup>403</sup> Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 789 E. 11.2.4, *Gaba/WEKO*.

<sup>404</sup> Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 791 E. 11.3.4, *Gaba/WEKO*.

<sup>405</sup> Dieser Auslegung der „erheblichen Beeinträchtigung“ durch das BVGer zustimmend ANJA WALKER, Globalisierungstaugliches Schweizer Kartellrecht, Jusletter vom 10.2.2014, C.III.

<sup>406</sup> Siehe Rz 382.

<sup>407</sup> Ausführlich dazu Rz 320 ff.

<sup>408</sup> In gleichem Sinne bereits, wenn auch zu einer anderen Rechtsfrage, RPW 2013/4, 542 Rz 91, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>409</sup> Act. n° 343–347.

<sup>410</sup> Vgl. nur Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.09.2014, E. 7.1.3, *Paul Koch AG/WEKO*.

ist aber zu beachten, dass die Baubeschläge-Urteile – anders als die Gaba/Gebro-Urteile – weder in der zitierten Passage noch in sonstigen Passagen Aussagen dazu enthalten, wie die Wettbewerbsbehörden die Auswirkungen einer Abrede zu untersuchen haben. Vor allem legt das BVGer in den jüngeren Entscheidungen an keiner Stelle ausdrücklich fest, dass die Auswirkungen einer Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG unter Berücksichtigung quantitativer Kriterien zu prüfen seien. Dementsprechend setzt sich das BVGer weder inhaltlich mit der Gaba/Gebro-Rechtsprechung auseinander, noch zitiert es die Gaba/Gebro-Urteile im Zusammenhang mit den oben zitierten Aussagen. Dies ist im Übrigen auch nicht verwunderlich, da die oben zitierte Aussage im Zusammenhang mit der Prüfung der Widerlegung der Beseitigungsvermutung getätigt wird<sup>411</sup> und eine Erheblichkeitsprüfung in den Baubeschläge-Urteilen gar nicht durchgeführt wird – die kartellrechtlichen Ausführungen enden in den Baubeschläge-Urteilen vielmehr mit den Ausführungen zur Widerlegung der Beseitigungsvermutung. Wenn in den Baubeschläge-Urteilen keine Erheblichkeitsprüfung durchgeführt wird, dann können dem Urteil auch keine validen Aussagen zur Prüfung dieses Tatbestandselements entnommen werden. Weiter ist zudem anzunehmen, dass sich das BVGer in den Baubeschläge-Urteilen gerade deshalb mit der Gaba/Gebro-Rechtsprechung argumentativ und unter Zitierung der älteren Urteile hätte auseinandersetzen müssen, weil diese Urteile als Grundsatzentscheidung in 5er-Besetzung ergangen waren, während die Baubeschläge-Urteile in 3er-Besetzung entschieden wurden. Nach alledem ist daher anzunehmen, dass die Baubeschläge-Urteile im Hinblick auf die Berücksichtigung quantitativer Kriterien nicht der Gaba/Gebro-Rechtsprechung widersprechen und daher Letztere nach wie vor Bestand hat.

#### B.4.3.4 Zwischenergebnis

388. Schon aufgrund ihres unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG fallenden Inhalts sind die in casu vorliegenden Abreden, der jüngsten Rechtsprechung des BVGer folgend, als den Wettbewerb erheblich beeinträchtigend i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG einzustufen. Zu beachten ist aber auch, dass die vereinbarten Mindestmargen teilweise umgesetzt wurden und die Händler – insbesondere im Bereich Türschlösser – über grössere Marktanteile verfügten. Die Abreden sind daher vorbehaltlich einer nachfolgend noch zu prüfenden Rechtfertigung aus wirtschaftlichen Effizienzgründen unzulässig und sanktionierbar.

#### B.4.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

389. 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 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.

#### B.4.4.1 Rechtfertigungsgründe

390. Solche Rechtfertigungsgründe wurden von den Parteien nicht geltend gemacht und sind für die von den „Top-Six“-Händlern und von Immer getroffenen Wettbewerbsabreden auch nicht ersichtlich. Es stellt insbesondere keinen Rechtfertigungsgrund der Abrede dar, dass erhöhte Margen aus Sicht der Parteien einen „ruinösen Wettbewerb“ verhindern bzw. zu einer „Marktberuhigung“ beitragen würden. Es ist offensichtlich, dass der Zweck der Abrede in einer Margenerhöhung lag<sup>412</sup> und diese nicht etwa aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz (wie etwa durch Kosteneinsparungen, Qualitätsverbesserungen oder Leistungssteigerungen) erfolgte.

391. An dieser Stelle ist mit aller Deutlichkeit festzuhalten, dass es zwar aus individueller, betriebswirtschaftlicher Sicht eine Mindestmarge geben mag, die man erreichen muss, um als Unternehmen am Markt überleben zu können. Ob man diese individuell berechnete und für den eigenen Betrieb erforderliche Mindestmarge aber auch erzielen kann, hängt nun vom Wettbewerb ab – aus wettbewerblischer Sicht gibt es keine „garantierte“ oder gar „angemessene“ (Mindest-)Marge. Ebenso wenig existiert eine Mindestmarge, die man aus wettbewerblischer Sicht als Unternehmen einhalten müsste (den hier nicht interessierenden Fall des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch predatory pricing gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. d KG ausgenommen). Und auch lauterkeitsrechtlich ist ein Verkauf unter Einstandspreisen nicht per se unzulässig, sondern nur unter zusätzlichen Voraussetzungen wie etwa des wiederholten solchen Anbietens sowie der besonderen Hervorhebung dieses Angebots in der Werbung (vgl. Art. 3 Abs. 1 Bst. f des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG; SR 241]). Es ist dem Wettbewerb gerade immanent, dass es in diesen für einige Unternehmen zu existenzbedrohenden Situationen kommen kann. Wenn etwa Koch ausführt, es sei bei den Mindestmargengesprächen darum gegangen, im unruhigen Marktumfeld eine „Marktberuhigung“ zu erzielen, so ist dies eine euphemistische Umschreibung dafür, dass es um die Reduktion resp. Ausschaltung des Preiswettbewerbs ging; aus Wettbewerbsicht besteht aber gerade keine Notwendigkeit, durch horizontale Einigungen über Preise den Wettbewerbsdruck zu verringern und dadurch den Markt „zu beruhigen“.

#### B.4.4.2 Zwischenergebnis

392. Es liegen keine Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG vor, weshalb die Absprachen nicht gerechtfertigt werden können.

<sup>411</sup> Vgl. nur Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.09.2014, E. 7, *Paul Koch AG/WEKO*.

<sup>412</sup> Vgl. die E-Mails in Rz 120 und 135.

### B.4.5 Ergebnis

393. Es liegt eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG vor. Diese wurde betreffend die „Top-Six“-Händler in Form einer Vereinbarung zwischen Unternehmen der gleichen Marktstufe und im Fall von Immer in Form einer abgestimmten Verhaltensweise getroffen (horizontale Wettbewerbsabrede) und hat jedenfalls eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt.

394. Da diese im horizontalen Verhältnis abgeschlossene Wettbewerbsabrede die direkte Festlegung von Mindestnettoverkaufspreisen bzw. im Fall von Immer die Nutzung dieses Wissens betrifft, ist sie unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu subsumieren.

395. Infolgedessen wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs vermutet, doch kann diese Vermutung widerlegt werden. Bezüglich Türscharnieren ergibt sich die Vermutungswiderlegung aus dem noch bestandenen Restwettbewerb, bezüglich Türdrückern und schlossern jedenfalls aus dem noch bestandenen Innenwettbewerb im engeren Sinne.

396. Bezüglich des Markts für Türschlösser, in dem die Händler über grosse Marktanteile verfügen, ist wegen der teilweisen Umsetzung der Vereinbarung die Erheblichkeit entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu bejahen. Unabhängig davon beeinträchtigen die Abreden jedenfalls mit Blick auf die bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung in Sachen Gaba/Gebro und aufgrund ihres unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG fallenden Inhalts den Wettbewerb erheblich i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG.

397. Wirtschaftliche Effizienzgründe, die diese Abreden zu rechtfertigen vermöchten, liegen nicht vor.

398. Entsprechend handelt es sich bei den getroffenen Preisabreden um unzulässige, unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Abs. 1 KG fallende Wettbewerbsabreden. Diese sind gemäss Art. 49a KG direkt sanktionierbar.

## B.5 Massnahmen

399. 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 401 ff.) als auch monetäre Sanktionen (vgl. Rz 405 ff.).

### B.5.1 Anordnung von Massnahmen

400. Liegt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so kann die WEKO Massnahmen zu deren Beseitigung anordnen, indem sie den betroffenen Parteien die sanktionsbewehrte Pflicht zu einem bestimmten Tun (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) auferlegt. Solche Gestaltungsverfügungen haben stets dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu entsprechen, weshalb die Massnahmen von der Art und Intensität des konkreten Wettbewerbsverstosses abhängig sind.<sup>413</sup>

401. Da Immer keine einvernehmliche Regelung abgeschlossen hat, ist sie wegen der begangenen Wettbewerbsverstösse dazu zu verpflichten, für sämtliche Geschäftsbereiche und alle Produkte, welche sie produziert und/oder Dritten anbietet und/oder von Dritten bezieht,

mit ihren Wettbewerbern keine Informationen über den Umfang und den Zeitpunkt von künftigen Preisänderungen, insbesondere Preiserhöhungen, oder über die Beibehaltung von Preisen auszutauschen. Hiervon auszunehmen ist der Austausch bei Lieferanten-Kundenbeziehungen zwischen den Wettbewerbern.

402. Um zu verhindern, dass weiter oder erneut Mindestmargen festgelegt werden, ist Immer zu untersagen, mit ihren Wettbewerbern direkt oder indirekt, Verkaufspreise für ihre Abnehmer, insbesondere mittels Mindestverkaufspreisen oder Mindestmargen, zu vereinbaren. Weiter muss mit einer entsprechenden Anordnung untersagt werden, dass Immer ihre Wettbewerber kontaktiert, um ihnen mitzuteilen, dass deren Offerten oder deren Preise an Abnehmer zu tief seien.

403. Entsprechende Anordnungen sind verhältnismässig, weil sie zur Erreichung des Ziels, die Wiederholung der festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern, geeignet sowie erforderlich und zumutbar sind. Zwar ist Immer nicht vorzuwerfen, dass sie an den Vereinbarungen über die Mindestmargen teilgenommen hat. Da Immer jedoch aufgrund ihres gesteigerten Umsatzes mit Glutz-Produkten mittlerweile für die „Top-Six“-Händler ein ernstzunehmender Konkurrent geworden ist, mit den Abredeteilnehmern im Informationsaustausch stand und die beim „Top-Six“-Treffen erlangten Informationen für sich verwendete, sind die beschriebenen Anordnungen zur Prävention von weiteren Abstimmungen und Vereinbarungen geeignet und erforderlich. Die Anordnungen sind auch zumutbar, weil sie angesichts des genannten Präventivzwecks und des geringen Eingriffs in die Wirtschaftsfreiheit von Immer angemessen sind.

## B.5.2 Sanktionierung

### B.5.2.1 Allgemeines

404. 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 der Wettbewerbsvorschriften sicherstellen und mittels ihrer Präventivwirkung Wettbewerbsverstösse verhindern.<sup>414</sup> Direktsanktionen können nur zusammen mit einer Endverfügung, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt, verhängt werden.<sup>415</sup>

### B.5.2.2 Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG

405. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt voraus, dass sie den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt haben. Danach muss ein Unternehmen an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG beteiligt gewesen sein oder sich nach Art. 7 KG unzulässig verhalten haben. Weiter ist erforderlich, dass dem Unternehmen dies vorwerfbar ist.

<sup>413</sup> BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN (Fn 66), Art. 30 KG N 58 f.

<sup>414</sup> 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.

<sup>415</sup> BBI 2002 2022, 2034.

### B.5.2.2.1 Unternehmen

406. Alle Verfahrensparteien sind vorliegend als Unternehmen i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG zu qualifizieren, da für den Unternehmensbegriff des Art. 49a Abs. 1 KG auf Art. 2 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> KG abgestellt wird<sup>416</sup> und die Verfahrensparteien bereits als Unternehmen i.S.d. Kartellrechts qualifiziert worden sind (s.o. Rz 254 ff., 273 ff.).

### B.5.2.2.2 Unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG

407. Ausserdem liegt in casu eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG vor. Voraussetzung für die Sanktionierung nach der hier interessierenden ersten in Art. 49a Abs. 1 KG erwähnten Tatbestandsvariante ist erstens, dass sich ein Unternehmen an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten i.S.v. Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG beteiligt hat sowie zweitens, dass diese Abrede unzulässig ist.<sup>417</sup> Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

408. Wie bereits in Rz 279 ff. ausgeführt, haben die Verfahrensparteien – mit Ausnahme von Glutz – eine Preisabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG getroffen. Diese Abrede ist „unzulässig“ i.S.d. Sanktionsvorschrift, da es für Art. 49a Abs. 1 KG nicht darauf ankommt, dass eine *Beseitigung* des wirksamen Wettbewerbs durch eine Abrede gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG vorliegt. Wie aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift<sup>418</sup> hervorgeht und es ausserdem Praxis der WEKO ist<sup>419</sup>, ist eine Abrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG, für welche die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung widerlegt wurde, vielmehr auch dann zu sanktionieren, wenn sie den Wettbewerb jedenfalls erheblich beeinträchtigt und auch nicht aus Effizienzgründen gerechtfertigt ist.

### B.5.2.2.3 Vorwerfbarkeit

409. In der Botschaft zum KG 2003 wurde in Bezug auf die Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG ausgeführt, dass es sich hierbei im Gegensatz zu den Strafsanktionen nach Art. 54 f. KG um Verwaltungssanktionen handle, die kein Verschulden voraussetzen.<sup>420</sup> Ungefähr zur gleichen Zeit, namentlich in ihrem Entscheid vom 7. März 2002, tendierte die REKO/WEF allerdings in eine andere Richtung. Sie hielt – ohne Bezugnahme auf die vorerwähnte Botschaft – bezüglich Art. 51 KG fest, die Idee, dass eine (Verwaltungs-)Sanktion nicht allein aus objektiven Gründen auferlegt werden könne, werde aufgrund ihrer vorangegangenen Ausführungen bekräftigt.<sup>421</sup> Welche Rolle dem Element „faute“ (Verschulden) hinsichtlich der Sanktionierung zukomme, bräuchte allerdings nur beantwortet zu werden, wenn kein oder nur ein vermindertes Verschulden vorliegen würde, was hier aber nicht der Fall sei.<sup>422</sup> In diesem Zusammenhang zitierte die REKO/WEF eine Lehrmeinung, wonach Verschulden vorliege, wenn der Täter wissentlich handle oder Handlungen unterlasse, die eine vernünftige, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestattete Person in einer entsprechenden Situation hätte vornehmen können oder müssen.<sup>423</sup> Anlässlich der parlamentarischen Diskussionen im September 2002 beantragte eine Minderheit des Nationalrates eine Formulierung von Art. 49a KG, die explizit ein Verschulden voraussetzte; dieser Antrag wurde jedoch verworfen.<sup>424</sup>

410. Die WEKO behandelte in Sachen Sanktionsverfahren Unique-Valet Parking, in welchem es um einen Verstoss gegen eine behördliche Anordnung ging (Art. 50 KG), die Thematik des Verschuldens im Rahmen eines Kapitels zur „Vorwerfbarkeit“. Dabei hielt die WEKO fest, es müsse mindestens eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung vorliegen.<sup>425</sup> Das BVGer bestätigte in der Folge die Rechtmässigkeit dieses Entscheids.<sup>426</sup>

411. Die WEKO hat seither bei jedem Sanktionsentscheid gemäss Art. 49a Abs. 1 KG die Vorwerfbarkeit geprüft.<sup>427</sup> Diese Praxis der WEKO wurde durch das BVGer im Fall „Publigroupe“ bestätigt. Die WEKO stellte in der diesbezüglichen Verfügung fest, es liege seitens der Untersuchungsadressatinnen ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit vor, nämlich zumindest eine fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung oder ein Organisationsverschulden, weshalb das subjektive Element der Vorwerfbarkeit gegeben sei.<sup>428</sup> Das BVGer hielt fest, diese Sichtweise sei nicht zu beanstanden. Es kam zum Schluss, dass die dortige Beschwerdeführerin 1 einen Kartellrechtsverstoss tatbestandsbegründend zumindest in Kauf genommen und damit eventualvorsätzlich gehandelt habe, da sie nicht alles Notwendige vorgekehrt habe, damit die verantwortlichen Abteilungen, Organe und Angestellten das als kartellrechtlich problematisch angesehene Verhalten aufgelöst haben.<sup>429</sup> Gleichzeitig bestätigte das BVGer, dass neben vorsätzlichem auch fahrlässiges Verhalten von Art. 49a Abs. 1 KG erfasst wird.<sup>430</sup> In der Folge bestätigte auch das Bundesgericht im Fall „Publigroupe“,

<sup>416</sup> Statt vieler: JÜRGEN BORER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz (KG), 3. Aufl. 2011, Art. 49a KG N 6.

<sup>417</sup> Vgl. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, in: Kartellgesetzrevision 2003 – Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), Zürich/Basel/Genève 2004, 34.

<sup>418</sup> Siehe dazu BBl 2002 2022, 2037; statt vieler CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 49a KG N 6 ff. m.w.H.

<sup>419</sup> 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*.

<sup>420</sup> Botschaft vom 7.12.2001, BBl 2002 2034.

<sup>421</sup> Im Original: „Cela [das Vorangehende] conforte l'idée que l'on ne puisse infliger la sanction prévue à l'article 51 alinéa 1 LCart en se fondant uniquement sur des critères objectifs.“ (Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/2, 398 E. 3.3.1, Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO).

<sup>422</sup> Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/2, 398 E. 3.3.1, Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO.

<sup>423</sup> Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/2, 399 E. 3.3.2, Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO.

<sup>424</sup> Vgl. Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (AB) 2002 N 1449 und 1453.

<sup>425</sup> RPW 2006/1, 169 ff. Rz 197 ff., *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

<sup>426</sup> Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 672 E. 4.2.6, *Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO*.

<sup>427</sup> Siehe die Nachweise in RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, *SIX/DCC*.

<sup>428</sup> RPW 2007/2, 232 ff. Rz 306 ff., insb. Rz 308 und 314, *Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

<sup>429</sup> Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

<sup>430</sup> Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

dass für die subjektive Zurechenbarkeit eines Kartellrechtsverstosses „Vorwerfbarkeit“ erforderlich und ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne eines Organisationsverschuldens massgebend ist.<sup>431</sup> An anderer Stelle in diesem Urteil hält das BGer sodann fest, es treffe an sich zu, dass eine strafrechtliche Vorwerfbarkeit die genaue Identifikation der zu bestrafenden Person erfordere. Allerdings gehe es hier um die Sanktionierung juristischer Personen, was typischerweise dem Gehalt von Art. 49a KG entspreche. Das Gesetz verlange keine Zurechenbarkeit an eine natürliche Person, sondern eine solche an ein Unternehmen bzw. an dessen Organe. Die Anforderungen an die strafrechtliche Zuordnung kartellrechtswidrigen Verhaltens an juristische Personen, die eine Organisationseinheit bilden, dürften nicht überzogen werden, denn sonst liefe die Bestimmung von Art. 49a KG, die vom Normzweck und -charakter her typischerweise auf juristische Personen anwendbar ist, ins Leere.

412. Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch die objektive Sorgfaltspflichtverletzung gegeben. Nur in seltenen Fällen wird kein Verschulden des Unternehmens vorliegen; so möglicherweise wenn die durch einen Mitarbeitenden ohne Organstellung begangenen Kartellrechtsverstösse innerhalb des Unternehmens nicht bekannt waren und dies auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.<sup>432</sup>

413. Eine kartellrechtsrelevante Vorwerfbarkeit ist demnach gegeben, wenn dem Unternehmen ein Verstoss gemäss Art. 49a Abs. 1 KG zumindest als objektive Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden kann. Eine kartellrechtsrelevante Vorwerfbarkeit liegt demnach zunächst vor, wenn die natürlichen Personen die relevanten Handlungen, welche sie für das an der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beteiligte Unternehmen vornahmen,<sup>433</sup> vorsätzlich oder fahrlässig begingen. Zudem ist einem Unternehmen eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung insbesondere auch dann vorzuwerfen, wenn für das Unternehmen agierende natürliche Personen pflichtwidrig das Einschreiten gegen solche Handlungen unterliessen oder das Unternehmen allgemein ein Organisationsverschulden trifft. Dieses besteht darin, dass das Unternehmen nicht alle möglichen und zumutbaren Vorkehren getroffen hat, um die Begehung eines Kartellrechtsverstosses innerhalb des Unternehmens zu verhindern.

414. Die natürlichen Personen, welche vorliegend für die an der Abrede beteiligten Unternehmen handelten, taten dies vorsätzlich. Die „Top-Six“-Händler trafen wissentlich und willentlich untereinander Vereinbarungen über Mindestnettoverkaufspreise. Im Fall von Immer geschah die abgestimmte Verhaltensweise wissentlich und willentlich. Letzteres ist insbesondere durch die Erklärung von Immer selbst belegt, wonach sie das „Top-Six“-Treffen in dem Wissen besuchte hätten, dass sich dort Händler über Preise absprechen würden, und im Nachgang zum Treffen eine interne Preiskontrolle einschliesslich Verhaltensausrichtung gemacht hätten.

415. Ob sich die Abredepartner bewusst waren, dass sich diese Abreden den wirksamen Wettbewerb erheblich beeinträchtigt 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 der Eventualvorsatz gegeben, wollten die Abredepartner mit den Abreden doch gerade wissentlich und willentlich – freilich aufgrund einer Parallelwertung in der Laiensphäre und nicht mit juristisch exakter Erfassung der gesetzlichen Begriffe bzw. Terminologie – wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkungen herbeiführen und nahmen dabei billigend in Kauf, dass diese zumindest erheblich sind. Sodann ist festzustellen, dass die handelnden natürlichen Personen für die jeweiligen Unternehmen zeichnungsberechtigt waren und jeweils dem mittleren oder oberen Kader, wenn nicht gar der Geschäftsleitung, angehörten.<sup>434</sup> Ihr Vorsatz bezüglich der von ihnen vorgenommenen Handlungen ist daher ohne Weiteres den betroffenen Unternehmen zuzurechnen.

416. 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. Das Vorliegen von Verbotsirrtümern kann daher ebenso ausgeschlossen werden wie das Vorhandensein anderer eine Vorwerfbarkeit ausschliessender oder einschränkender Gründe.

#### B.5.2.2.4 Ergebnis

417. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Koch, OPO, Geiser, SFS, Blaser und Immer aus den genannten Gründen mit ihrem Verhalten den Tatbestand von Art. 49a Abs. 1 KG seit dem 1. April 2004 erfüllen und somit zu sanktionieren sind.

#### B.5.2.3 Konkrete Sanktionsbemessung

418. 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.

<sup>431</sup> Urteil des BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, RPW 2013/2, E. 12.2.2, *Publigroupe SA et al./WEKO*.

<sup>432</sup> RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., *SIX/DCC*.

<sup>433</sup> In diesem Zusammenhang ist klarzustellen, dass nicht nur Organe (so schon nur aufgrund von Art. 55 des Zivilgesetzbuches vom 10.12.1907 [ZGB; SR 210]) die Unternehmen in kartellverwaltungsrechtlich relevantem Sinne zu verpflichten vermögen, sondern vielmehr zumindest alle Mitarbeitenden mit selbstständigen Entscheidungsbefugnissen in ihrem Tätigkeitsbereich (in diesem Sinne Art. 29 Bst. c des Strafgesetzbuches vom 21.12.1937 [StGB; SR 311.0]). Ob noch weitere Personen eine derartige Verpflichtung des Unternehmens herbeiführen, braucht hier mangels Relevanz für vorliegende Untersuchung nicht beantwortet zu werden.

<sup>434</sup> Siehe die Ausführungen in Rz 92 f.

419. Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall, wobei die Geldbusse für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.<sup>435</sup>

420. Bei der konkreten Bemessung der Sanktion greift die WEKO grundsätzlich auf die SVKG zurück, in welcher die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung näher präzisiert werden (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Da jedoch in casu nicht alle tatsächlichen Umstände, die nach der SVKG für die Sanktionsbemessung benötigt werden (z.B. Umsatz gemäss Art. 3 oder 7 SVKG), im ausreichenden Masse ermittelt werden konnten (vgl. insbesondere die Ausführungen unter Abschnitt A.4.2), ist die Sanktionsbemessung im Falle des Fehlens einzelner Angaben anhand der ohnehin anwendbaren<sup>436</sup> übergeordneten rechtsstaatlichen und verfassungsrechtlich garantierten Grundprinzipien des Verwaltungs- und Strafrechts durchzuführen.

421. Zu den massgeblichen rechtsstaatlichen und verfassungsrechtlichen Grundprinzipien zählen dabei insbesondere die Grundsätze der Ermessensausübung, der Rechtsgleichheit, des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit.<sup>437</sup> Vor allem der Verhältnismässigkeitsgrundsatz (s. dazu auch Art. 2 Abs. 2 SVKG), wonach eine Sanktion geeignet, erforderlich und zumutbar sein muss, dient dabei der Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit. Die Schwierigkeiten des Sekretariats bei der Feststellung einzelner Sachverhaltselemente und die fehlende Verfügbarkeit von Daten dürfen nicht zu Lasten einer Verfahrenspartei gehen.

422. In casu drängt es sich aus Gründen der Verhältnismässigkeit auf, Pauschalsanktionen festzulegen. Eine solche Sanktionierung mittels einer Pauschalsanktion hat die WEKO schon mehrfach vorgenommen. Dies zum einen dann, wenn ein eher symbolischer Betrag angezeigt war, weil nur ein sehr unbedeutender Verstoss festgestellt worden konnte.<sup>438</sup> Oder zum anderen in Fällen, in denen ausserordentliche Umstände vorliegen, die eine solche Pauschalsanktion rechtfertigen.<sup>439</sup> Solche ausserordentlichen Umstände können etwa darin zu sehen sein, dass eine Verfahrenspartei trotz ihres Wettbewerbsverstosses in tatsächlicher Hinsicht keinen Umsatz auf dem relevanten Markt hatte.<sup>440</sup>

423. Mit einem solchen Sachverhalt ist die hier vorliegende Konstellation vergleichbar, in der zwar Umsätze auf den relevanten Märkten erzielt wurden, die konkreten Umsatzzahlen für die jeweiligen relevanten Märkte und für den für die Berechnung des Basisbetrags gemäss Art. 3 SVKG massgeblichen Zeitraum aus heutiger Sicht nicht (mehr) vollständig ermittelt werden können.

424. Angesichts dessen muss die Sanktionierung mittels einer im pflichtgemässen Ermessen gebildeten verhältnismässigen Pauschalsanktion erfolgen, welche sich nicht an einem am Umsatz auf den relevanten Märkten orientierten Basisbetrag ausrichtet. Die jeweiligen Pauschalsanktionen müssen jedoch immerhin die ungefähren Grössenverhältnisse der „Top-Six“-Händler im Bereich des Abredegegenstandes (abgestimmte Mindestmargen bei Grossmengen von Glutz-Produkten) widerspiegeln. Ein Unternehmen, welches geringere Mengen

von Glutz-Produkten bezogen hat, als ein anderes, erhält daher auch eine tiefere Sanktion. Mittels einer solchen Anknüpfung an den Wert der bezogenen Mengen kann eine gewisse Annäherung an das Verhältnis der umsatzmässigen Stärken der „Top-Six“-Händler und von Immer auf dem relevanten Markt erreicht werden. Die Grössenverhältnisse der „Top-Six“-Händler und von Immer zueinander im Bereich Glutz-Produkte lassen sich damit anhand der Umsätze, welche Glutz mit diesen erzielte (siehe dazu Rz 74), näherungsweise ableiten.

425. Auch bezüglich anderer Tatbestandsmerkmale kann sich die konkrete Berechnung der Pauschalsanktion nur insoweit an den Vorgaben der SVKG orientieren, als ein Nachweis von relevanten tatsächlichen Umständen überhaupt möglich ist. Dies gilt in besonderem Masse für allfällige erschwerende Umstände. Massgeblich ist damit vor allem, dass die Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG anhand der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens bemessen wird.

#### **B.5.2.3.1 Berücksichtigung von Art und Schwere des Verstosses**

426. Bei der Berücksichtigung von Art und Schwere des Verstosses stehen objektive Faktoren im Vordergrund,<sup>441</sup> wobei die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände zu beurteilen ist. 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 einzuordnen. Tendenziell leichter zu gewichten sind den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Abreden, welche sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen. Darüber hinaus ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, welche gleichzeitig mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 KG erfüllen, schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen.<sup>442</sup>

<sup>435</sup> RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>436</sup> TAGMANN/ZIRLICK (zit. in Fn 418), Art. 49a KG N 15 ff.

<sup>437</sup> 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*.

<sup>438</sup> Z.B. RPW 2009/2, 157 Rz 99 ff., *sécateurs et cisailles*.

<sup>439</sup> TAGMANN/ZIRLICK (zit. in Fn 418), Art. 49a KG N 58.

<sup>440</sup> Z.B. RPW 2013/4, 613 Rz 943 ff., *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

<sup>441</sup> 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.

<sup>442</sup> Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 3.

427. Vorliegend muss bei der Bemessung der Pauschalsanktion zulasten der Abredepartner berücksichtigt werden, dass es sich hier um eine horizontale Preisabsprache handelt. Jedoch gilt es festzuhalten, dass die Abrede nicht mehrere Tatbestände aus Art. 5 Abs. 3 KG erfüllt und den Wettbewerb nicht beseitigt, sondern nur erheblich beeinträchtigt. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Zusammenarbeit der Unternehmen nicht im besonderen Masse institutionalisiert war. Es kam zu regelmässigen Treffen der „Top-Six“-Händler, welche im Abstand von ca. 1 Jahr stattfanden. Es wurde dabei aber kein eigentlicher (systematischer) Überwachungs- und Sanktionsmechanismus vereinbart (siehe hierzu Rz 189 ff.). Im Falle der Nichteinhaltung der Mindestaufschläge mussten die Händler jedoch damit rechnen, dass die Nichteinhaltung per E-Mail oder per Telefon von anderen Händlern gerügt wurde (siehe oben Rz 192 f.). Weiter lässt sich aus den Auswertungen der einverlangten Rechnungen folgern, dass der Prozentanteil an Grossmengen/Offertgeschäften bei unter 20 % liegen dürfte (siehe hierzu Rz 239). Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass die Abreden nur teilweise umgesetzt wurden. In Bezug auf Immer ist zu berücksichtigen, dass sie nur einmal an einem Treffen teilnahm und die Mindestfaktoren ebenfalls nicht anwendete.

#### **B.5.2.3.2 Dauer des Verstosses**

428. Aus Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 4 SVKG geht hervor, dass auch die Dauer der Abrede zu berücksichtigen ist. Art. 4 SVKG zeigt dabei, dass für jedes Jahr eine Erhöhung des Basisbetrags um jeweils 10 % gewollt ist. Diese Wertung durch den Verordnungsgeber ist auch bei der Bildung der Pauschalsanktion derart zu berücksichtigen, dass für eine länger dauernde Abrede eine höhere Sanktion ausgesprochen wird.

429. Im vorliegenden Fall hat die unzulässige Wettbewerbsabrede mindestens seit dem Jahr 2002 bestanden. Es ist davon auszugehen, dass SFS und Koch ihre Beteiligung an der Wettbewerbsabrede unverzüglich im Zeitpunkt des Eingangs ihrer Selbstanzeigen im August 2007 resp. Oktober 2008 einstellten. Dafür, dass die anderen Verfahrensparteien bis zur Eröffnung der vorliegenden Untersuchung im Dezember 2008 oder länger an der Abrede festhielten, liegen keine Anhaltspunkte vor. Unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG unterliegen allerdings erst seit dem Inkrafttreten der Teilrevision des Kartellgesetzes 2003 per 1. April 2004 der direkten Sanktionierbarkeit. Aufgrund des allgemeinen Prinzips des Rückwirkungsverbots ist damit Art. 49a KG auf Sachverhalte vor dem 1. April 2004 nicht anwendbar. Eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG kann folglich nur insofern direkt sanktioniert werden, als sie nach dem 1. April 2004 den wirksamen Wettbewerb beseitigt oder erheblich beeinträchtigt hat. Demgegenüber können die Wirkungen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede für die Zeit vor dem 1. April 2004 nicht direkt sanktioniert werden.

430. Da die Wettbewerbsabrede bis mindestens August 2007 andauerte, ist sie für die Zeit vom 1. April 2004 bis mindestens August 2007 direkt sanktionierbar. Dass damit eine Abrede mit einer Dauer von über drei Jahren vorliegt, muss auch bei einer Pauschalsanktion zulasten der Parteien berücksichtigt werden.

431. Wie bereits in Rz 428 erwähnt, ist bei der pauschalen Sanktionierung in Bezug auf Immer zu berücksichtigen, dass sie nur einmal an dem Kartellrechtsverstoss im Sommer 2007 beteiligt war. Dementsprechend muss die für Immer ausgesprochene Pauschalsanktion geringer sein als es eigentlich dem Umsatzanteil entspräche, den Glutz mit Immer erzielt hat und der eigentlich für die Sanktionsbemessung herangezogen werden soll (siehe Rz 425).

#### **B.5.2.3.3 Erschwerende und mildernde Umstände**

432. In einem nächsten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände gemäss Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen. Grundsätzlich können diejenigen Aspekte, welche im Rahmen der Kooperation und damit über den Bonus abgegolten werden, nicht erneut als mildernde Umstände Berücksichtigung finden.

##### **I. Erschwerende Umstände**

###### Mutmasslicher Gewinn

433. 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).

434. 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.

435. Dies setzt freilich voraus, dass eine Berechnung der Kartellrente, des durch die Abrede erzielten Gewinns oder minimierten Verlusts, oder zumindest eine entsprechende Schätzung im Einzelfall möglich ist, was in der Praxis selten der Fall sein dürfte und hier aufgrund der fehlenden Nachweise ohnehin ausgeschlossen ist. Aufgrund der Nichtnachweisbarkeit von Auswirkungen auf die Preise ist vorliegend von einer Erhöhung des Sanktionsbetrags wegen eines besonders hohen erzielten Gewinns abzusehen.

##### **II. Mildernde Umstände**

###### Einvernehmliche Regelung

436. 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. 49a Abs. 1 KG und Art. 2, 3 und 6 SVKG Rechnung zu tragen.

437. Der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung führt gemäss Praxis der WEKO grundsätzlich zu einer Minderung des Basisbetrags um 10 bis 20 %. Da vorliegend eine Pauschalsanktion ausgesprochen wird, kann vorliegend der Minderungsbetrag nicht exakt beziffert werden. Der Umstand, dass Blaser, Geiser, Koch, SFS und OPO eine einvernehmliche Regelung abgeschlos-

sen haben, ist aber immerhin zugunsten der genannten Verfahrensparteien zu berücksichtigen.

#### Weitere mildernde Umstände

438. Als weiterer mildernder Umstand gilt kooperatives Verhalten, soweit es ausserhalb einer Selbstanzeige erfolgt.<sup>443</sup> Dies setzt eine Zusammenarbeit mit den Wettbewerbsbehörden voraus, die über die ohnehin spezifisch kartellrechtlich geforderte Mitarbeit hinausgeht, denn das blosses Nachkommen der diesbezüglichen gesetzlichen Pflichten kann nicht bereits sanktionsmildernd sein.<sup>444</sup> Vorliegend ist das kooperative Verhalten von Geiser anlässlich der Parteienvernahme sanktionsmindernd zu berücksichtigen, bei welchem sie die Abreden zugab.

#### **B.5.2.4 Selbstanzeige – vollständiger/teilweiser Erlass der Sanktion**

439. 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.

##### **B.5.2.4.1 Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion**

440. 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.<sup>445</sup>

441. 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).

442. 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 Un-

ternehmen zur Teilnahme an diesem gezwungen hat, und

- es seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoss spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörde einstellt.

443. 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.

##### **B.5.2.4.2 Subsumtion und Ergebnis**

444. Die vorliegende Untersuchung wurde aufgrund bestehender Anhaltspunkte, welche sich aus der Untersuchung betreffend Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren (Akten-Nr. 22-0358) sowie der von der SFS im Rahmen der Selbstanzeige „Bonus plus“ gegebenen Informationen und eingereichten Beweismittel für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen i.S.v. Art. 5 KG im Bereich von Türbeschlägen<sup>446</sup> ergaben, am 8. Dezember 2008 eingeleitet.

##### **I. SFS**

445. Da die Untersuchung aufgrund der Anzeige der SFS eröffnet wurde, ist der SFS die Sanktion infolge *Eröffnungskooperation* i.S.v. Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG vollständig zu erlassen.

446. SFS reichte im September 2007 im Rahmen der Selbstanzeige „Bonus plus“ in der Untersuchung für Fenster und Fenstertüren (Akten-Nr. 22-0358) Beweismittel ein, welche u.a. die hier interessierenden Türbeschläge betreffen. Aufgrund der von SFS gegebenen Informationen und eingereichten Beweismittel lagen Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen i.S.v. Art. 5 KG im Bereich von Türbeschlägen (insbesondere Türschlossern, -drückern und -scharnieren) vor.<sup>447</sup>

447. Die SFS hat unaufgefordert die in ihrem Einflussbereich liegenden Informationen und Beweismittel betreffend der Abrede vorgelegt und diese durch ihre Angaben erläutert und präzisiert. Die Voraussetzung gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. b SVKG ist damit erfüllt. SFS stellte ihre Abredetätigkeit auf Anordnung des Sekretariats ein (Art. 8 Abs. 2 Bst. d SVKG) und hatte weder eine anstiftende noch führende Rolle bei diesen Wettbewerbsverstössen (Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG). Der rechtsgenügende Nachweis der Abrede stützt sich fast ausschliesslich auf die von SFS eingereichten Beweismittel.

<sup>443</sup> So etwa BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 418), Art. 49a KG N 86.

<sup>444</sup> So bereits RPW 2009/3, 217 Rz 142, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>445</sup> So bereits RPW 2009/3, 219 Rz 153 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>446</sup> Vgl. die Ausführungen in Rz 12 ff.

<sup>447</sup> Siehe zur Selbstanzeige von SFS und der diesbezüglichen Kommunikation act. n° 5–14.



## II. OPO und Koch

448. OPO reichte am ersten Tag nach der Untersuchungseröffnung eine Selbstanzeige ein und erklärte ihre volle Kooperationsbereitschaft in dieser Untersuchung. Ebenfalls am Tag nach der Untersuchungseröffnung bekräftigte Koch, ihre bereits in der Untersuchung betreffend Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren (Akten-Nr. 22-0358) zugesicherte Kooperation auch in dieser Untersuchung wahrnehmen zu wollen. In der Folge reichten beide zu späteren Zeitpunkten Beweismittel ein. Am Kartell beteiligte Unternehmen können in einem derartigen Fall nur noch zufolge *Feststellungskoperation* in den Genuss einer Sanktionsreduktion kommen.

449. Nach Art. 12 Abs. 1 SVKG ist für eine Reduktion der Sanktion erforderlich, dass eine Partei an einem Verfahren unaufgefordert mitwirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoss eingestellt hat.

450. Diese Voraussetzungen sind für OPO und Koch erfüllt, da OPO und Koch ihre Teilnahme am Wettbewerbsverstoss nach Untersuchungseröffnung umgehend eingestellt und ihre Kooperationsbereitschaft ohne Anforderung dem Sekretariat mitgeteilt haben.

451. Gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG richtet sich die Höhe der Reduktion massgeblich nach der Wichtigkeit des Beitrags, den eine Selbstanzeigerin zum Verfahrenserfolg liefert. Dabei gilt, dass die Bedeutung eines möglichen Beitrags mit fortschreitendem Verfahren naturgemäss abnehmen wird. Da vorliegend die Beiträge von OPO und Koch lediglich von geringer Bedeutung für den Verfahrenserfolg waren, ist die Kooperation bei der pauschalen Sanktionierung nur in geringem Ausmass zu berücksichtigen.

452. So machte OPO in der Selbstanzeige und anlässlich der Parteieinvernahme zwar Ausführungen zur Abrede und gestand diese ein, lieferte jedoch keine weiteren Sachbeweismittel. Die von Koch gelieferten Beweismittel belegen dagegen zwar das Stattfinden der „Top-Six“-Treffen (beispielsweise durch das Programm von Treffen oder Teilnehmerlisten), jedoch nicht die dort

getroffenen Abreden, welche Koch zudem abstreitet. Die Beteiligung von OPO und Koch sowie das Stattfinden der Treffen konnten jedoch schon im Wesentlichen durch die mittels der Selbstanzeige von SFS erlangten Beweismittel bewiesen werden. Damit trugen OPO und Koch durch ihre Selbstanzeige nicht in entscheidendem Umfang zur Ermittlung des Sachverhalts und zum Nachweis des Wettbewerbsverstosses bei. Ihre Beiträge sind daher bei der Festlegung einer ohnehin schon niedrigen symbolischen Sanktion nur in geringem Masse zu berücksichtigen.

### B.5.2.5 Verhältnismässigkeitsgrundsatz

453. Die pauschale Sanktionierung wahrt unter Berücksichtigung aller genannten Umstände den Verhältnismässigkeitsgrundsatz, denn sie ist damit geeignet, erforderlich und zumutbar. Dies nicht nur, weil mittels der Pauschalsanktion berücksichtigt wird, dass Auswirkungen auf die Preise nicht ermittelt werden können und dass die WEKO das bundesverwaltungsgerichtliche Urteil in Sachen Gaba und Gebro berücksichtigen muss, sondern auch, weil eine geringe Pauschalsanktion für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar ist.

### B.5.2.6 Ergebnis

454. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände und aller genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren erachtet die WEKO für Blaser, Geiser, Immer, Koch, OPO und SFS die folgende Sanktionierung als dem Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 KG angemessen: Die Grössenverhältnisse der einzelnen Sanktionen sind entsprechend der Ausführungen in Rz 425 anhand der Umsätze, welche Glutz mit den übrigen Verfahrensparteien erzielte, näherungsweise abzuleiten. Danach entfällt auf Koch die grösste Sanktion. Unter Berücksichtigung von Art und Schwere und der Dauer des Verstosses sowie erschwerender und mildernder Umstände, ist die Sanktion von Koch auf CHF 100'000 festzulegen. Die anderen Sanktionen sind entsprechend der erwähnten Umsätze grössenmässig anzupassen. Wie erläutert muss für Immer berücksichtigt werden, dass sie nur einmal an einem Treffen teilnahm. Damit sind folgende Sanktionen angemessen:

Partei	Sanktionsbetrag (in CHF)
Blaser	5'000
Geiser	25'000
Immer	5'500
Koch	100'000
OPO	50'000
SFS	0

455. OPO beantragt in ihrer Stellungnahme zum Antrag, Ihre Sanktion weiter herabzusetzen, weil die Abrede keine Auswirkungen gehabt habe.<sup>448</sup>

<sup>448</sup> Act. n° 321.

456. Wie bereits erläutert, wurden die vereinbarten Mindestmargen jedoch teilweise umgesetzt (siehe Rz 171 ff. und Rz 202 ff.). Hinzuweisen ist auch darauf, dass OPO selbst angibt, dass sie „häufig“ tiefer als die vereinbarten Mindestmargen offeriert habe.<sup>449</sup> Daraus ergibt sich ebenfalls, dass OPO die Mindestmargen teilweise umgesetzt hat. Unabhängig davon wurde entsprechend der obigen Ausführungen für alle Abredeteilnehmer gleichermassen berücksichtigt, dass sie die Abrede nur teilweise umgesetzt haben.

### B.5.2.7 Maximalsanktion

457. Die Sanktion darf in keinem Fall mehr als 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes des Unternehmens (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG). Wie sich unter anderem aus der Botschaft zum KG 2003 ergibt,<sup>450</sup> sind dabei die letzten drei vor Erlass der Verfügung abgeschlossenen Geschäftsjahre massgeblich.<sup>451</sup> Der Unternehmensumsatz i.S.v. Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU<sup>452</sup> finden analoge Anwendung. Eine nach den Regelungen der SVKG ermittelte Sanktion darf den so errechneten maximalen Sanktionsbetrag nicht überschreiten.

458. Da der jährliche Umsatz aller Verfahrensparteien im Bereich Türbeschlüge jeweils [...] liegt (siehe die Ausführungen unter Rz 72), ist anzunehmen, dass keine der genannten Pauschalsanktionen an den nach Art. 49a Abs. 1 KG i.V.m. Art. 7 SVKG zu ermittelnden Maximalbetrag heranreicht.

### B.5.3 Einvernehmliche Regelung

459. 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 Verhaltensalternative auszuarbeiten. Eine einvernehmliche Streitbeilegung für ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten ist ausgeschlossen, da über den Sanktionsanspruch des Staates nicht verhandelt werden kann. Das unzulässige Verhalten, welches bis zum Abschluss der einvernehmlichen Regelung praktiziert wird, unterliegt deshalb bis zum Zeitpunkt seiner Aufhebung der Androhung direkter Sanktionen, wobei die Dauer und der Zeitpunkt der Beendigung der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beziehungsweise ein kooperatives Verhalten der Parteien bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen sind.<sup>453</sup>

460. Im vorliegenden Fall hat das Sekretariat im April und Mai 2014 mit den Parteien Blaser, Geiser, Koch, OPO und SFS eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen (vgl. oben Rz 26 ff.).

461. Die mit den genannten Parteien geschlossene einvernehmliche Regelung lautet wie folgt:

### A. Vorbemerkungen:

- a) Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0376 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 lit. a) wird 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) die Massnahmen zur Beseitigung aller Gegenstand der Untersuchung 22-0376 bildenden Wettbewerbsbeschränkungen, gegenüber der [Blaser, Geiser, Koch, OPO, SFS] einvernehmlich und abschliessend geregelt.
- d) Der Wille und die Bereitschaft von [Blaser, Geiser, Koch, OPO, SFS] 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 [...] 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 die einvernehmliche Regelung von der WEKO nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt.
- f) Selbst wenn der Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung seitens von [Blaser, Geiser, Koch, OPO, SFS] keine Anerkennung der Sachverhaltsdarstellung und rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, hält [Blaser, Geiser, Koch, OPO, SFS] fest, dass sich

<sup>449</sup> Act. n° 25, Rz 20.

<sup>450</sup> Vgl. BBI 2002 2022, 2037.

<sup>451</sup> 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: 23.07.2014).

<sup>452</sup> Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

<sup>453</sup> 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 BGer 2C\_484/2010 vom 29.6.2012, E. 6.2, 7.2 ff. (nicht publizierte Erwägungen in BGE 139 I 72), *Publigroupe SA et al./WEKO*.

im Falle einer Genehmigung dieser einvernehmlichen Regelung durch die WEKO und bei Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens gemäss lit. d) sowie bei Beachtung von lit. c) im Sinne von lit. a) die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt.

- g) Bei diesem Ausgang des Verfahrens 22-0376 gehen die Verfahrenskosten anteilmässig zu Lasten der Parteien.

## B. Vereinbarungen:

Die [Blaser, Geiser, Koch, OPO, SFS] verpflichtet sich, für sämtliche Geschäftsbereiche und alle Produkte, welche sie produziert und/oder Dritten anbietet und/oder von Dritten bezieht,

- 1) mit ihren Wettbewerbern keine Informationen über den Umfang und den Zeitpunkt von künftigen Preisänderungen, insbesondere Preiserhöhungen, auszutauschen. Ausgenommen ist der Austausch bei Lieferanten-/Kundenbeziehungen zwischen den Wettbewerbern.
- 2) keine Verkaufspreise an Abnehmer mit Wettbewerbern direkt oder indirekt festzusetzen, insbesondere keine Mindestverkaufspreise oder Mindestmargen zu vereinbaren.
- 3) ihre Mitbewerber nicht zu kontaktieren, um diesen mitzuteilen, dass deren Offerten oder deren Preise an Abnehmer zu tief seien.

462. 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.

463. 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.<sup>454</sup>

## C Kosten

464. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG<sup>455</sup> ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat.

465. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise unzulässigen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde.<sup>456</sup> Vorliegend ist daher eine

Gebührenpflicht der Verfügungsadressatinnen zu bejahen.

466. 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 entsprechend gestaltet sich die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden, gemäss welcher – in Ermangelung besonderer Umstände, die das Ergebnis als stossend erscheinen liessen – eine Pro-Kopf-Verlegung der Kosten vorgenommen wurde. Insbesondere Gleichheits-, aber auch Praktikabilitätserwägungen stehen dabei im Vordergrund.<sup>457</sup> Da die Verteilung der Verfahrenskosten nicht davon abhängen soll, ob eine Gesellschaft, die sich an einem Kartell beteiligt hat, in eine Konzernstruktur eingebunden ist oder nicht, ist in vorliegender Untersuchung bei der Pro-Kopf-Verlegung das Unternehmen i.S.v. Art. 2 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> 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 AllgGebV<sup>458</sup>).

467. Demgegenüber entfällt die Gebührenpflicht für Unternehmen, die ein Verfahren verursacht haben, sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte jedoch nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird<sup>459</sup>. Da in der vorliegenden Untersuchung, wie die vorangehenden Ausführungen zeigen<sup>460</sup>, Glutz keine Kartellrechtsverstösse nachgewiesen werden können, wird das Verfahren gegenüber dieser eingestellt. Der auf Glutz entfallende Anteil an den Verfahrenskosten ist zu Lasten der Staatskasse auszuscheiden.

468. 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).

469. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 120.– bis CHF 290.–. Die aufgewendete Zeit für die vorliegende Untersuchung beläuft sich auf insgesamt 1'705.03 Stunden. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet:

<sup>454</sup> 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*.

<sup>455</sup> Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

<sup>456</sup> BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 (= RPW 2002/3, 546 f.), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario.

<sup>457</sup> RPW 2009/3, 221 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>458</sup> Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

<sup>459</sup> BGE 128 II 247, 257 f. E. 6.1 e contrario (= RPW 2002/3, 546 f.), *BKW FMB Energie AG*; Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG.

<sup>460</sup> Vgl. die Ausführungen unter Rz 198 ff.

- 10.5 Stunden zu CHF 120.–, ergebend CHF 1'260.–
- 281.12 Stunden zu CHF 130.–, ergebend CHF 36'545.60
- 1'370.96 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 274'192.–
- 42.45 Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF 12'310.50.

470. Demnach belaufen sich die Verfahrenskosten gesamthaft auf CHF 324'308.10.

471. Gemäss der Pro-Kopf-Verlegung der Kosten werden diese in der vorliegenden Untersuchung durch sieben geteilt und den Parteien – mit Ausnahme von Glutz – zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt. Die Gebühren betragen für Blaser, Geiser, Immer, Koch, OPO und SFS je CHF 46'329.70. Wie bereits in Rz. 467 ausgeführt, ist der auf Glutz entfallende Anteil an den Verfahrenskosten in Höhe von CHF 46'329.70 von der Staatskasse zu tragen.

472. In ihrer Stellungnahme zum Antrag beantragt Immer, den auf sie entfallenden Kostenanteil herabzusetzen.<sup>461</sup> Sie begründet dies im Wesentlichen damit, dass ihr nur ein geringer Anteil am Wettbewerbsverstoß zuzurechnen sei, da sie nur einmal an einem Treffen teilgenommen habe.

473. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit kann die WEKO im Einzelfall von der paritätischen Pro-Kopf-Verteilung nach Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV abweichen kann. Dies jedoch nur dann, wenn eine Abweichung aus aussergewöhnlichen Umständen zwingend notwendig erscheint.<sup>462</sup> Eine solche Konstellation liegt hier aber nicht vor. Denn Immer hat im gleichen Masse den Verwaltungsaufwand der Wettbewerbsbehörden verursacht wie die „Top-Six“-Händler. Für den Nachweis des Kartellrechtsverstosses der „Top-Six“-Händler ist nämlich kein besonderer Verwaltungsaufwand gerade dadurch entstanden, dass sich der Kartellrechtsverstoss über einen längeren Zeitraum erstreckte. Hinsichtlich Immer mussten vielmehr die gleichen Verfahrensschritte durchgeführt werden, welche auch in Bezug auf die „Top-Six“-Händler durchgeführt worden sind (Einvernahmen, Sichtung und Analyse der Beweismittel, Rechnungsanalyse, Prüfung der Rechtslage). Immer hat mithin die gesamten Verfahrenskosten im gleichen Umfang wie die einzelnen „Top-Six“-Händler verursacht.

474. Koch macht in ihrer Stellungnahme zum Antrag geltend, dass die Kosten der Rechnungsanalyse den Unternehmen der Koch-Gruppe nicht auferlegt werden dürften. Dies deshalb, weil die Rechnungsanalyse nach den BVGer-Urteilen in Sachen Gaba/Gebro gar nicht mehr notwendig sei und sich aus der Analyse ohnehin nur Entlastendes ergeben habe.<sup>463</sup>

475. Dem ist zu entgegnen, dass die Rechnungsanalyse selbst bei Berücksichtigung der genannten Rechtsprechung des BVGer notwendig gewesen wäre. Denn die Wettbewerbsbehörden haben die Umsetzung einer Abrede nicht nur bei der Prüfung der Erheblichkeit, sondern auch bei der Prüfung der Widerlegung der Beseitigungsvermutung sowie bei der Sanktionierung zu berücksich-

tigen. Was das zweite Argument von Koch anbelangt, sei erneut darauf hinzuweisen, dass die Abrede – anders als Koch ausführt – in casu teilweise umgesetzt worden ist. Auch die Rechnungsanalyse gibt hierfür Anhaltspunkte, da sie gezeigt hat, dass die effektiven Margen der Händler in allen Mengenkategorien teilweise über den vereinbarten Mindestmargen lagen (siehe Rz 171 ff. und Rz 202 ff.). Abgesehen davon kann auch eine Verwaltungshandlung, welche lediglich Entlastendes hervorgebracht hat, verrechnet werden, wenn die betroffene Partei vollständig unterliegt. Dies ergibt sich daraus, dass die Wettbewerbsbehörden aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes auch entlastende Umstände aufzuklären haben und die Parteien von einer solchen Untersuchungshandlung vorliegend profitieren, da mit ihr nachgewiesen wurde, dass die Abreden nur teilweise umgesetzt worden sind.

476. Entgegen der von Immer und Koch gestellten Anträge sind die Kosten paritätisch pro-Kopf auf die an der Abrede beteiligten Händler zu verlegen.

## D Ergebnis

477. Zusammenfassend kommt die WEKO gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

478. Die Einigungen über anzuwendende Mindestaufschläge anlässlich der „Top-Six“-Treffen und die damit bezweckte direkte Festlegung von Mindestnettoverkaufspreisen zwischen Blaser, Geiser, Koch, OPO und SFS sowie im Fall von Immer die Teilnahme an der Vereinbarung im Juni 2007 und die anschliessende Nutzung der erlangten Erkenntnisse durch Immer stellen eine im horizontalen Verhältnis abgeschlossene Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG dar (vgl. Rz 280 ff., 317 ff. und 394 ff.). Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann bezüglich Türscharnieren durch den noch bestandenen Restwettbewerb sowie bezüglich Türdrückern und -schlössern jedenfalls durch den noch bestehenden Innenwettbewerb im engeren Sinne widerlegt werden (vgl. Rz 323 ff.). Schon aufgrund der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung beeinträchtigen diese Abreden aufgrund ihres unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG fallenden Inhalts den Wettbewerb erheblich i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. Rz 380 ff.). Zu berücksichtigen sind aber auch die teilweise Umsetzung der Abreden sowie die grossen Marktanteile, zumindest im Markt für Türschlösser. Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG liegen nicht vor (vgl. Rz 390 ff.). Es handelt sich somit bei den getroffenen Mindestmargeneinigungen und der abgestimmten Verhaltensweise durch Immer um unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG (vgl. Rz 394 ff.).

<sup>461</sup> Act. n° 321.

<sup>462</sup> Vgl. etwa RPW 2009/3 221 Rz 174, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

<sup>463</sup> Act. n° 319.

479. Die WEKO genehmigt im Sinne von Art. 29 Abs. 2 KG die von Blaser, Geiser, Koch, OPO und SFS mit dem Sekretariat der WEKO im April und Mail 2014 vereinbarte einvernehmliche Regelung (vgl. Rz 28 f., 460 ff.).

480. Gegenüber Immer werden Massnahmen angeordnet (vgl. Rz 401 ff.)

481. Die Unternehmen Blaser, Geiser, Immer, Koch, OPO und SFS sind an dieser unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligt. Sie sind dafür gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren (vgl. Rz 406 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 419 ff.):

- Blaser: CHF 5'000.–
- Geiser: CHF 25'000.–
- Immer: CHF 5'500.–
- Koch: CHF 100'000.–
- OPO: CHF 50'000.–

482. Auf eine Belastung von SFS, welche an der erwähnten unzulässigen Wettbewerbsabrede ebenfalls beteiligt war, wird gestützt auf Art. 49a Abs. 2 KG ganz verzichtet (vgl. Rz 446 ff.).]

483. Die Untersuchung gegen Glutz wird eingestellt, die an Glutz entfallenden Verfahrenskosten werden zu Lasten der Staatskasse ausgeschieden (vgl. Rz 304 f. und 467).

484. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Unternehmen Blaser, Geiser, Immer, Koch, OPO und SFS die Verfahrenskosten unter solidarischer Haftung zu gleichen Teilen zu tragen (vgl. Rz 465 ff.).

## E Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO (Art. 30 Abs. 1 KG):

1. Die Immer AG wird verpflichtet, für sämtliche Geschäftsbereiche und alle Produkte, welche sie produziert und/oder Dritten anbietet und/oder von Dritten bezieht,
  - 1.1 mit ihren Wettbewerbern keine Informationen über den Umfang und den Zeitpunkt von künftigen Preisänderungen, insbesondere Preiserhöhungen, auszutauschen. Ausgenommen ist der Austausch bei Lieferanten-Kundenbeziehungen zwischen den Wettbewerbern.
  - 1.2 keine Verkaufspreise an Abnehmer mit Wettbewerbern direkt oder indirekt festzusetzen, insbesondere keine Mindestverkaufspreise oder Mindestmargen zu vereinbaren.
  - 1.3 ihre Mitbewerber nicht zu kontaktieren, um diesen mitzuteilen, dass deren Offerten oder deren Preise an Abnehmer zu tief seien.
2. Die WEKO genehmigt die nachfolgende von Blaser, Geiser, Koch, OPO und SFS mit dem Sekretariat der WEKO im April und Mai 2014 vereinbarte einvernehmliche Regelung:

Die [Blaser, Geiser, Koch, OPO, SFS] verpflichtet sich, für sämtliche Geschäftsbereiche und alle Produkte, welche sie produziert und/oder Dritten anbietet und/oder von Dritten bezieht,

- a. mit ihren Wettbewerbern keine Informationen über den Umfang und den Zeitpunkt von künftigen Preisänderungen, insbesondere Preiserhöhungen, auszutauschen. Ausgenommen ist der Austausch bei Lieferanten-/Kundenbeziehungen zwischen den Wettbewerbern
  - b. keine Verkaufspreise an Abnehmer mit Wettbewerbern direkt oder indirekt festzusetzen, insbesondere keine Mindestverkaufspreise oder Mindestmargen zu vereinbaren
  - c. ihre Mitbewerber nicht zu kontaktieren, um diesen mitzuteilen, dass deren Offerten oder deren Preise an Abnehmer zu tief seien.
3. Mit Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG wegen Beteiligung an der gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Wettbewerbsabrede mit folgenden Beträgen belastet werden:
    - 3.1 Fritz Blaser & Cie. AG mit einem Betrag von CHF 5'000.–
    - 3.2 Rudolf Geiser AG mit einem Betrag von CHF 25'000.–
    - 3.3 Immer AG mit einem Betrag von CHF 5'500.–
    - 3.4 Paul Koch AG, Eugen Koch AG und KWB Beschläge AG unter solidarischer Haftung mit einem Betrag von CHF 100'000.–
    - 3.5 OPO Oeschger AG mit einem Betrag von CHF 50'000.–
    - 3.6 SFS unimarket AG mit einem Betrag von CHF 0.–
  4. Im Übrigen wird die Untersuchung eingestellt.
  5. Nach Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung gegenüber allen Untersuchungsadressatinnen werden die beim Sekretariat vorhandenen kopierten resp. gespiegelten elektronischen Daten gelöscht.
  6. Die Verfahrenskosten betragen CHF 324'308.10. Die auf Glutz AG entfallenden Verfahrenskosten von CHF 46'329.70 werden zu Lasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft ausgeschieden. Die verbleibenden Verfahrenskosten von CHF 277'978.40 werden den in Dispositiv Ziffer 3 genannten Unternehmen zu gleichen Teilen, d.h. je CHF 46'329.70 und unter solidarischer Haftung auferlegt.
  7. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
    - Fritz Blaser & Cie. AG in Basel
    - Rudolf Geiser AG in Langenthal
    - Glutz AG in Solothurn vertreten durch [...]
    - Immer AG in Uetendorf vertreten durch [...]

- 
- Paul Koch AG in Wallisellen
  - Eugen Koch AG in St. Gallen
  - KWB Beschläge AG in Bern  
alle drei vertreten durch [...]
  - OPO Oeschger AG in Kloten
- vertreten durch [...]
  - SFS unimarket AG in Heerbrugg  
vertreten durch [...]
- [Rechtsmittelbelehrung]

B 2	<b>3. Unternehmenszusammenschlüsse</b> Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	<b>1. Varo Energy Germany GmbH/GEKOL Mineralölhandel GmbH &amp; Co. KG</b>

*Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG<sup>1</sup>*

*Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart*

*Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart*

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 9. April 2015*

*Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU<sup>2</sup> vom 9. April 2015*

1. Am 13. März 2015 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Dieses betrifft den Kontrollerwerb durch die **Varo Energy Germany GmbH** (nachfolgend: Varo Germany) über die **GEKOL Mineralölhandels-gesellschaft mbH & Co. KG** (nachfolgend: GEKOL). Das Zusammenschlussvorhaben wird durch einen Aktienkaufvertrag zwischen Varo Germany, Varo und den Veräusserern implementiert, welcher am 3. Februar 2015 unterzeichnet wurde.

2. **Varo Germany** mit Sitz in Hamburg ist eine 100 prozentige Tochtergesellschaft der **Varo Energy Holding SA** mit Sitz in Genf (nachfolgend: Varo) und in der Rohöl-Raffinerie und der Tanklagerung raffinierter Erdölprodukte in der Schweiz und in Deutschland tätig sowie im Vertrieb raffinierter Erdölprodukte, beispielsweise von Kerosin und Gasöl, in der Schweiz, in Deutschland und Österreich. Die Varo hat vier 100 prozentige Tochtergesellschaften in der Schweiz: Varo Marketing AG, Varo Energy Tankstorage AG, Varo Refining (Cressier) SA und Varo Energy Direct Sales AG.<sup>3</sup> Letztere verkauft Diesel und Heizöl (und in sehr geringem Umfang Benzin) an Endkonsumenten im Raum Genf und Lausanne. Kontrolliert wird Varo von der **Vitol Holding B.V.** (nachfolgend: Vitol) und den Portfolio-Gesellschaften, die durch von mit **The Carlyle Group L.P.** (nachfolgend: Carlyle) verbundenen Unternehmen verwalteten Fonds kontrolliert werden.

3. **Carlyle** ist ein weltweit tätiger Alternative Asset Manager, der Fonds verwaltet, die weltweit in vier Investmentkategorien investieren: Corporate Private Equity, Immobilienvermögen, globale Marktstrategien sowie Solutions.<sup>4</sup>

4. **Vitols** Kerngeschäft ist der Handel mit verschiedenen Waren und Finanzinstrumenten, insbesondere im Öl- und Gassektor.<sup>5</sup>

5. Die **GEKOL** hat Geschäftsbetriebe in Hamburg (Deutschland) und Zug (Schweiz) und durch ihre Toch-

tergesellschaft **Marol Energie GmbH & Co. KG** (nachfolgend: Marol Energie) in Marbach am Neckar (Deutschland) und Naumburg (Deutschland). **GEKOL** und **Marol Energie** sind aktiv im Handel und Vertrieb von Mineralölprodukten wie Heizöl, Diesel, Benzin (Petroleum) und Kerosin. In geringem Masse kauft **Marol Energie** auch Schmierstoffe für Automobile und Industrie direkt von regionalen Herstellern und verkauft diese Schmierstoffe ohne zusätzliche Dienstleistungen an Endkonsumenten. **GEKOL** und **Marol Energie** werden nachstehend als „**GEKOL Gruppe**“ bezeichnet.

6. Ziel des Zusammenschlussvorhabens für Varo ist der Ausbau ihrer Aktivitäten in der Erdölindustrie in Deutschland. Dort ist Varo gegenwärtig nur als kleine Akteurin im Bereich Lagerung und Grosshandel sowie Retail von raffinierten Erdölprodukten tätig. Auch wenn Varo im Vergleich mit den grossen Ölgesellschaften in Deutschland nach dem Vollzug des vorliegenden Zusammenschlusses eine kleine Marktteilnehmerin bleibt, beabsichtigt sie, nach der Akquisition effektiver mit den grossen Ölgesellschaften in der deutschen Erdölindustrie in Wettbewerb zu treten. Durch die Akquisition kann Varo ihre raffinierten Produkte effizienter über die Bayernoil Raffineriegesellschaft mbH, an welcher Varo über ihre 100-prozentige Tochtergesellschaft Varo Energy Refining GmbH eine Beteiligung von 45 % hält, vertreiben und besonders den Markt im Osten Deutschlands versorgen, wo Varo gegenwärtig nicht präsent ist.

7. Die sachliche Marktabgrenzung führt zur Betrachtung von verschiedenen Märkten bezüglich Erdölprodukte. Die WEKO hat sich mit der Herstellung und dem Vertrieb von Erdölprodukten insbesondere in den Fällen *Tamoil Distribution SA / TotalFinaElf (Suisse) SA und Potrans S.A.* (RPW 2003/1, 161 f. Rz 10), *BP/E.ON* (RPW 2002/3, 467 f. Rz 10 ff.), *Carlyle Group/Vitol Group/Varo*

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>2</sup> Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

<sup>3</sup> Vgl. RPW 2014/1, 305 Rz 4, *Carlyle Group/Vitol Group/Varo Energy Holding* und RPW 2014/4, 726 Rz 6, *Varo Energy Tankstorage AG/Varo Energy Marketing AG/Total (Suisse) SA* für die detaillierte Beschreibung der Aktivitäten der Tochterunternehmen Varo Marketing, Varo Tankstorage und Varo Refining (Cressier) SA der Varo.

<sup>4</sup> Vgl. RPW 2014/1, 305 Rz 2, *Carlyle Group/Vitol Group/Varo Energy Holding* und RPW 2014/4, 726 Rz 3, *Varo Energy Tankstorage AG/Varo Energy Marketing AG/Total (Suisse) SA* für die detaillierten Angaben zu weiteren, nebst Varo, Portfolio-Gesellschaften von Carlyle in der Schweiz.

<sup>5</sup> Vgl. RPW 2014/1, 305 Rz 3, *Carlyle Group/Vitol Group/Varo Energy Holding* und RPW 2014/4, 726 Rz 4, *Varo Energy Tankstorage AG/Varo Energy Marketing AG/Total (Suisse) SA* für die detaillierte Beschreibung der Aktivitäten von Vitol.

*Energy Holding* (RPW 2014/1, 305 Rz 6) und *Varo Energy Tankstorage AG/Varo Energy Marketing AG/Total (Suisse) SA* (RPW 2014/4, 726 ff.) auseinandergesetzt. Im Rahmen der vorgenannten Praxis wurden für raffinierte Erdölprodukte jeweils separate Märkte für die Herstellung und den Vertrieb unterschieden. Auf dieser Basis wurden die raffinierten Erdölprodukte weiter in Treibstoffe, Flugbenzin (Kerosin), Heizöl, Schmierstoffe und Bitumen unterteilt. Die Treibstoffe wurden zudem teilweise zusätzlich weiter unterteilt in Benzin und Diesel. Die WEKO war der Auffassung, dass diese Produkte nicht austauschbar und – mit Ausnahme der Treibstoffe – jeweils homogen sind. Sie unterschied nicht zwischen Raffinerung und Ex Raffinerie Verkäufen und es wurde kein separater, sachlicher Markt für die Raffinerung definiert.

8. In ihrer neuesten Entscheidung in Bezug auf den Vertrieb von Erdölprodukten<sup>6</sup> hielt die WEKO fest, dass in Bezug auf den Vertrieb von Benzin und Diesel die Vertriebskanäle auf der Grosshandels- und der Detailhandelsebene beinahe identisch seien und daher Benzin und Diesel als ein sachlich relevanter Markt zu betrachten sei. Die genaue Marktabgrenzung in Bezug auf den Vertrieb von Erdölprodukten liess die WEKO letztlich allerdings offen.

9. Im vorliegenden Fall wird für die Analyse von einem sachlich relevanten Markt für den Grosshandel von Benzin und Diesel ausgegangen. Es kann aber letztlich offen gelassen werden, ob dieser in weitere Teilmärkte (beispielsweise in separate Märkte für den Grosshandel von Diesel und den Grosshandel von Benzin) zu unterteilen ist, da dies das Ergebnis der Analyse des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens nicht verändert.

10. Die WEKO ist in ihrer Praxis von einem sachlich relevanten Markt für den Grosshandel von Heizöl ausgegangen, der sich vom Markt für den Vertrieb von Treibstoffen auf Grosshandelsstufe unterscheidet, hat die genaue sachliche Abgrenzung dieses Marktes aber schliesslich offen gelassen.<sup>7</sup> Im vorliegenden Fall beschränken sich die Aktivitäten des Zielunternehmens im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Brennstoffen auf den Vertrieb von Heizöl und es ist, analog zur Praxis der Europäischen Kommission,<sup>8</sup> von einem Markt für den Grosshandel von Heizöl auszugehen und ein solcher abzugrenzen. Die genaue sachliche Abgrenzung dieses Marktes kann aber schliesslich offen gelassen werden, da bei jeder denkbaren sachlichen Marktabgrenzung das Ergebnis der nachfolgenden Analyse sich nicht verändert.

11. Die Europäische Kommission erwog, jeweils separate Märkte für die Lagerung von Rohöl, raffinierten Erdölprodukten, Pflanzenölen, Chemikalien und Gas zu unterscheiden, und begründete dies damit, dass die Tanks für die Lagerung jeder dieser genannten Produkte sich unterscheiden bezüglich der technischen Merkmale, der Grösse und der Nebenanlagen (Pipeline-Verbindungen, Anlegestellen, Anlegebrücken usw.).<sup>9</sup> Die WEKO hat in ihrer bisherigen Praxis einen sachlich relevanten Markt für die Lagerung von raffinierten Erdölprodukten abgegrenzt.<sup>10</sup> Im vorliegenden Fall wird von einem sachlich relevanten Markt für die Lagerung von raffinierten Erdölprodukten ausgegangen.

12. Bei der räumlichen Marktabgrenzung ist die WEKO in ihrer bisherigen Praxis von nationalen Märkten für Mineralölprodukte (Motorkraftstoff, Kerosin, Brennstoffe und Schmierstoffe), einem internationalen Markt für Rohöl und einem regionalen Markt für Bitumen ausgegangen.<sup>11</sup> Die WEKO hat den Vertrieb von Tankstellen bei *Tamoil Distribution SA/TotalFinaElf (Suisse) SA und Potrans S.A.* (RPW 2003/1, 162) aufgrund der landesweit weitgehend homogenen Wettbewerbsverhältnisse und der im Vergleich zum benachbarten Ausland geringeren Fiskalbelastung national abgegrenzt.

13. Gemäss den Parteien zeigen die Daten der Schweizer Erdöl-Vereinigung, dass im Jahr 2013 über 60 % und im Jahr 2012 über 72 % der raffinierten Erdölprodukte in die Schweiz importiert wurden, was ein starker Indikator dafür ist, dass der räumliche Markt grösser ist als die Schweiz. Zusätzlich bestätigt die Entwicklung der Einfuhrstatistik der Jahre von 2011 bis 2013, dass der räumliche Markt weiter sein muss als die Schweiz.

14. Die Europäische Kommission hat in der Regel den räumlichen Markt für Ex Raffinerie Verkäufe mindestens EWR-weit definiert. Im Fall *BP/Mobil* stellte die Kommission fest, dass sich die geografische Reichweite für alle Ex Raffinerie Verkäufe über die EU oder Westeuropa erstreckt.<sup>12</sup> Im Fall *PKN/Mazeikiu* war die Kommission der Auffassung, dass der räumlich relevante Markt für den Ex Raffinerie Verkauf von Flüssiggas (LPG) EWR weit oder sogar weiter, einschliesslich der GUS-Staaten, sei.<sup>13</sup> Gemäss der Kommission sei dies insbesondere darum der Fall, weil Lieferanten aus den GUS-Ländern bereits an Frachtkunden in der Region Zentral und Osteuropa liefern.

15. Gestützt auf Angaben der Parteien (vgl. Rz 13) ist eine rasche Anpassung der importierten Menge von raffinierten Erdölprodukten an eine veränderte Nachfrage möglich und findet auch statt, was auf eine Substituierbarkeit der im In- und Ausland raffinierten Erdölprodukte schliessen lässt. Es könnte daher auch für die Märkte des Grosshandels mit Mineralölprodukten von einer EWR-weiten räumlichen Marktabgrenzung auszugehen sein. Folglich ist eine mindestens nationale Marktabgrenzung vorzunehmen, wovon die WEKO in ihrer neuesten Entscheidung<sup>14</sup> auch ausging, obwohl sie die genaue räumliche Marktabgrenzung letztlich offen liess. Die WEKO ist beim Markt für die Lagerung von raffinierten Erdölprodukten in ihrer neuesten Entscheidung in räumlicher Hinsicht von einem nationalen Markt

<sup>6</sup> RPW 2014/4, 727 Rz 12, *Varo Energy Tankstorage AG/Varo Energy Marketing AG/Total (Suisse) SA*.

<sup>7</sup> RPW 2014/4, 727 Rz 14, *Varo Energy Tankstorage AG/Varo Energy Marketing AG/Total (Suisse) SA*.

<sup>8</sup> Case COMP/M.4348 *PKN/Mazeikiu*, Rz 9 ff.

<sup>9</sup> Case COMP/M.1621 *Pakhoed/Van Ommeren*, Rz 8.

<sup>10</sup> RPW 2014/1, 305 Rz 11, *Carlyle Group/Vitol Group/Varo Energy Holding*.

<sup>11</sup> RPW 2002/3, 468 Rz 16, *BP / E.ON*.

<sup>12</sup> Case COMP/M.727 *BP/Mobil*, Rz 34.

<sup>13</sup> Case COMP/M.4348 *PKN/Mazeikiu*, Rz 32.

<sup>14</sup> RPW 2014/4, 727 Rz 17, *Varo Energy Tankstorage AG/Varo Energy Marketing AG/Total (Suisse) SA*.



ausgegangen, liess die genaue Marktabgrenzung letztlich jedoch offen.<sup>15</sup>

16. Für sämtliche in Rz 7–11 abgegrenzten sachlichen Märkte ist daher von nationalen bzw. mindestens nationalen räumlichen Märkten auszugehen. Eine genaue räumliche Abgrenzung dieser Märkte kann offen gelassen werden, da das Ergebnis der nachfolgenden Analyse bei jeder denkbaren räumlichen Abgrenzung gleich bleibt.

17. Die schweizweiten Marktanteile des Zielunternehmens GEKOL in den betroffenen Märkten mit Marktanteilsaddition sind relativ klein und führen somit beim geplanten Zusammenschluss lediglich zu einer geringen Marktanteilsaddition und, unabhängig von der Marktsegmentierung, zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken. Auf Basis des Absatzvolumens im Jahr 2014 beträgt der Anteil des Zielunternehmens im Markt für den Grosshandel von Diesel und Benzin in der Schweiz [0–10] % und im Markt für den Grosshandel von Heizöl in der Schweiz [0–10] %. Der Marktanteil von Varo im Grosshandel von Diesel und Benzin beträgt [25–35] %, bei einer allfälligen weiteren Segmentierung dieses Marktes beträgt er für den Grosshandel von Diesel [25–35] % und für Grosshandel von Benzin [25–35]%. Im Markt Grosshandel von Heizöl hat die Varo einen Marktanteil von [20–30] %.

18. Im Ergebnis wird die Transaktion nicht zu nennenswerten Marktanteilsadditionen führen, unabhängig davon, ob die Auswirkungen für die Märkte Grosshandel von Diesel, Grosshandel von Benzin und Grosshandel von Heizöl je einzeln berücksichtigt werden oder ob der Markt Grosshandel von Diesel und Benzin, so wie in Rz 9 abgegrenzt, als ein Markt betrachtet wird. Aus diesen Gründen kann die Transaktion nicht zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Position führen.

19. Es ist weiter zu berücksichtigen, dass die Marktanteile der betroffenen Märkte (vgl. Rz 17) auf einer nationalen räumlichen Abgrenzung basieren. Die Europäische Kommission hat den geographischen Markt für die abgegrenzten Grosshandelsmärkte teilweise weiter abgegrenzt (vgl. Rz 14). Bei einer räumlichen Abgrenzung, die den EWR und die Schweiz umfasst, ergäben sich, gestützt auf Angaben der Parteien und eigene Berechnungen, wesentlich tiefere Marktanteile für das Zielunternehmen und die gemeinsamen Anteile nach Abschluss der Transaktion verglichen mit einem Markt, der räumlich nur die Schweiz umfasst. Eine Ausnahme hiervon stellt ein allfällig separat abzugrenzender sachlicher Markt für den Grosshandel mit Kerosin dar (vgl. Rz 7 und Rz 12).<sup>16</sup> Bei keiner möglichen Segmentierung führt das geplante Zusammenschlussvorhaben – aufgrund der geringen Marktanteilsadditionen – zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

20. Im Ergebnis ergibt die vorläufige Prüfung aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine vertiefte Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

<sup>15</sup> RPW 2014/1, 305 Rz 9 und 11, *Carlyle Group/Vitol Group/Varo Energy Holding*.

<sup>16</sup> Im Markt für den Grosshandel mit Kerosin ist, gemäss Angaben der Parteien und eigener Berechnungen, von höheren (kumulierten) Marktanteilen im Vergleich zu einer rein nationalen Abgrenzung, allerdings weiterhin im einstelligen Prozentbereich, auszugehen.

B 2.3	<b>2. UBP/partie de l'entreprise Coutts</b>
-------	---

*Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 10 und Art. 32 Abs. 1 KG*

*Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 10 et art. 32 al. 1 LCart*

*Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 10 e art. 32 cpv. 1 LCart*

*Prise de position de la Commission de la concurrence du 28 mai 2015.*

*Communication selon l'art. 16 al. 1 OCCE du 29 mai 2015.*

1. Le 8 mai 2015, le Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: Secrétariat) a reçu la notification d'une opération de concentration portant sur l'acquisition par Union Bancaire Privée SA de certains actifs de Coutts & Co AG et de Coutts & Co UK appartenant à The Royal Bank of Scotland.

2. Union Bancaire Privée SA (ci-après: UBP) est une banque privée ayant son siège à Genève. Son principal actionnaire est la famille fondatrice. UBP est spécialisée dans la gestion de patrimoine pour le compte de clients privés et institutionnels. Elle est en particulier active dans les domaines du *Private Banking*, de l'*Investment Management* et des *Alternatives Investments*. UBP dispose d'une présence en Suisse ainsi que de quelques implantations dans le monde (succursales, bureaux de représentation et filiales). Le 31 décembre 2014, UBP détenait CHF 98.7 Mia. d'actifs sous gestion.

3. Coutts & Co AG (ci-après: Coutts CH) est une banque privée ayant son siège à Zurich. Elle est rattachée à l'institution bancaire Coutts & Co UK (ci-après: Coutts UK; ensemble avec Coutts CH: Coutts). Coutts est spécialisée dans le *Private Banking* et la gestion de fortune. Coutts CH dispose d'une présence en Suisse ainsi que de plusieurs succursales dans le monde. Le Groupe The Royal Bank of Scotland (ci-après: RBS) est l'unique actionnaire de Coutts. Il a son siège à Edimbourg et est actif mondialement dans les services financiers et bancaires.

4. En tant que banques, les entreprises participantes à l'opération de concentration sont soumises aux dispositions de la loi sur les banques.<sup>1</sup> La FINMA<sup>2</sup> a été informée de l'opération de concentration mais ne s'est pas substituée à la COMCO au sens de l'art. 10 al. 3 LCart.

5. La transaction concerne l'acquisition par UBP des activités internationales de gestion de fortune de RBS, connues sous le nom de Coutts. Cela englobe les activités de *Private Banking* de Coutts CH en lien avec les clients comptabilisés en Suisse, à Monaco, à Singapour et à Hong Kong ainsi que les activités internationales de Coutts UK. Il s'agit d'une prise de contrôle au sens des art. 4 al. 3 let. b LCart<sup>3</sup> et 1 OCCE<sup>4</sup>. Formellement, la transaction prend la forme d'un achat des actifs, passifs, contrats, baux et contrats de travail relatifs aux activités transmises.

6. Par cette opération de concentration, UBP souhaite développer son activité de *Private Banking* et en même temps accroître sa présence en Suisse et à l'échelle mondiale. Les centres d'activités géographiques d'UBP et de Coutts se complètent, ce qui permettra à UBP d'avoir accès à de nouveaux marchés ainsi qu'à une nouvelle clientèle. Du côté de RBS, la notification mentionne principalement le souhait de repositionnement du Groupe RBS: le Groupe aimerait mettre l'accent sur ses positions de leader dans les services de *Trust* et de *Private Banking* sur le marché anglais, tout en limitant sa dimension internationale.

7. Les seuils prévus à l'art. 9 al. 1 let. a et b et al. 3 LCart sont dépassés en l'espèce<sup>5</sup>, ce qui rend l'opération de concentration soumise à notification.

8. Les concentrations d'entreprises soumises à l'obligation de notifier font l'objet d'un examen par la Commission de la concurrence lorsqu'un examen préalable fait apparaître des indices qu'elles créent ou renforcent une position dominante (art. 10 al. 1 LCart). Afin de juger si de tels indices existent, les marchés pertinents doivent être délimités au préalable.

9. Etant donné que c'est uniquement le secteur *Private Banking* des entreprises participantes qui est concerné par la transaction, il convient de délimiter – conformément à la pratique de la COMCO<sup>6</sup> – un marché de produit du *Private Banking*.

10. La COMCO a qualifié le marché géographique du *Private Banking* de national, tout en laissant la question de la définition plus étroite du marché ouverte.<sup>7</sup> La question de savoir si le marché géographique pourrait être délimité à l'échelon international a été récemment laissée ouverte par la COMCO car la concentration menait uniquement à une addition marginale de parts de marché et n'avait pour conséquence ni de fonder ni de renforcer une position dominante.<sup>8</sup> En l'espèce, la définition du marché géographique peut également rester ouverte puisqu'aucun problème de concurrence n'apparaît quelle

<sup>1</sup> Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques, LB ; RS 952.0).

<sup>2</sup> Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers.

<sup>3</sup> Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart ; RS 251).

<sup>4</sup> Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE ; RS 251.4).

<sup>5</sup> En 2014, UBP a généré un rendement brut de CHF 774'388'000.- dans le monde et de CHF 524'643'000.- en Suisse. Concernant la partie de Coutts acquise par UBP, les chiffres s'élevaient à CHF [...] ainsi que CHF [...].

<sup>6</sup> DPC 2014/3, 514, N 28, *LGT Bank (Switzerland) Ltd./Unternehmensteil HSBC Private Bank (Suisse) SA*; DPC 2012/1, 122, N 15 ss., *Bank Sarasin & Cie AG/B. Safra Luxembourg SA*; DPC 2009/1, 92, N 21 s., *Aabar Investments PJSC/AIG Private Bank Ltd.*; DPC 2008/2, 285, N 16 ss., *BSI SA/Banca del Gottardo*.

<sup>7</sup> DPC 2012/1, 122, N 28 ss., *Bank Sarasin & Cie AG/B. Safra Luxembourg SA*; DPC 2009/1, 92, N 24 ss., *Aabar Investments PJSC/AIG Private Bank Ltd.*; DPC 2008/2, 285, N 21 ss., *BSI SA/Banca del Gottardo*.

<sup>8</sup> DPC 2014/3, 514, N 31, *LGT Bank (Switzerland) Ltd./Unternehmensteil HSBC Private Bank (Suisse) SA*.

que soit la définition du marché. En effet, en se basant sur les données de la Banque Nationale Suisse (BNS) relatives aux stocks de titres dans les dépôts de la clientèle auprès des banques suisses<sup>9</sup> afin de déterminer le volume total du marché (par hypothèse national), les parts de marché d'UBP et de Coutts s'élèvent, en 2013<sup>10</sup>, à environ [0-5 %], respectivement à environ [0-5 %].<sup>11</sup> L'addition des parts de marché est donc faible ; la part de marché cumulée est légèrement inférieure à [0-5 %].

11. En vertu de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE, sont seuls sujets à une analyse approfondie les marchés sur lesquels la part de marché cumulée en Suisse des entreprises participantes est d'au moins 20 % ou si la part de marché d'une des entreprises participantes est d'au moins 30 %. En l'espèce, ces seuils ne sont pas atteints et il peut être présumé que l'opération de concentration ne présente aucun problème du point de vue du droit de la concurrence. Il peut ainsi être renoncé à procéder à un examen de l'opération de concentration au sens de l'art. 10 LCart.

---

<sup>9</sup> Banque Nationale Suisse, Statistiques, Publication de données statistiques, Les banques suisses 2013, Stocks de titres dans les dépôts de la clientèle auprès des banques, p. A126 (<http://www.snb.ch/ext/stats/banken/ch/pdf/defr/Stat38a.pdf>, consulté le 20 mai 2015).

<sup>10</sup> Les données pour l'an 2014 ne sont pas encore publiées par la BNS.

<sup>11</sup> En 2013, les stocks de titres de titulaires suisses et étrangers dans les banques suisses se sont élevés à CHF 1'157 Mia. dans le secteur du Private Banking. UBP estime ses stocks pour la même période à CHF [...] et Coutts à CHF [...].

B 2	<b>7. Stellungnahmen</b> Préavis Preavvisi
B 2.7	<b>1. Vernehmlassung der WEKO zum Vorentwurf für eine Änderung des kantonalen Gesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte und des kantonalen Gesetzes über die Walliser Elektrizitätsgesellschaft</b>

## 1 Hintergrund und Vernehmlassungsvorlage

### Hintergrund

1. Der Kanton Wallis trägt 28 % zu der in der Schweiz durch Wasserkraft produzierten Elektrizität bei (Graubünden 22 %, Tessin, Bern und Aargau je 9 %).<sup>1</sup> Derzeit bestehen im Kanton Wallis 44 Wasserkraftanlagen, die jeweils mehr als 3 Megawatt (MW) produzieren (von der Gesetzesrevision sind nur Kraftwerke mit einer Leistung von mehr als 3 MW betroffen; diese produzieren derzeit 98% des Walliser Wasserkraftstroms).<sup>2</sup>

2. Gemäss Walliser Gesetzgebung (die nicht geändert wird) kommt für die Rhone und den Genfersee das Recht innerhalb des Kantons über die Wasserkräfte zu verfügen dem Kanton zu, für die restlichen Gewässer den Gemeinden. Die derzeit vorhandenen Erzeugerkapazitäten befinden sich aufgrund von Konzessionen hauptsächlich im Eigentum von ausserkantonalen Akteuren. Lediglich rund 20 % der Produktion sind „in Walliser Hand“.<sup>3</sup> Diese rund 20 % teilen sich je hälftig die Walliser Gemeinden und die „Forces Motrices Valaisannes SA“ (FMV).

3. Sämtliche der 44 Wasserkraftanlagen sind zwischen 2017 und 2087 von einem sogenannten Heimfall betroffen.<sup>4</sup> Als Heimfall wird das Recht des Konzessionsgebers bezeichnet, sich die Anlagen nach Ablauf der Konzessionsdauer anzueignen (Art. 67 WRG<sup>5</sup>). Den sogenannten nassen Teil der Anlagen (Stau- und Leitungsanlagen inkl. deren Gebäude und Boden) kann der Konzessionsgeber unentgeltlich übernehmen, den sogenannten trockenen Teil (Anlagen zum Erzeugen und Fortleiten elektrischer Energie) kann er gegen die Entrichtung einer „billigen Entschädigung“<sup>6</sup> übernehmen. Nach erfolgtem Heimfall kann der Konzessionsgeber von Neuem entscheiden, ob er die vorhandene Wasserkraft nutzen will und wenn ja, ob er die bestehenden Anlagen selbst betreiben will oder ob er eine neue Konzession für maximal 80 Jahre vergibt.

### Vernehmlassungsvorlage

4. Das Hauptziel der geplanten Revision besteht darin, die Wasserkraft im Kanton Wallis verstärkt unter Walliser Kontrolle zu bringen. Aufgrund der in den nächsten Jahrzehnten anstehenden Heimfälle sei aus kantonaler Sicht das Bedürfnis entstanden, dass die Volkswirtschaft und damit auch das gesamte Gemeinwesen des Kantons Wallis stärker daran partizipieren solle.

5. Zur Änderung dieses Zustandes sollen die Eigentums- bzw. Beteiligungsverhältnisse an den Wasserkraftanlagen neu aufgeteilt werden. Beibehalten wird das Prinzip „eine Wasserkraftgesellschaft pro Anlage“. Als „Kernstück der vorliegenden Gesetzesrevision“ gilt der vorgeschlagene Art. 59b VE-WRG-VS<sup>7</sup>, der regelt, wie die Eigentumsverhältnisse von Wasserkraftanlagen nach dem Ablauf einer Konzession geregelt werden sollen.<sup>8</sup>

6. Das Eigentum an den Wasserkraftanlagen soll neu mit einem flexibel ausgerichteten Modell grundsätzlich wie folgt aufgeteilt werden:

- 30 % für das konzedernde Gemeinwesen (also das Gemeinwesen, durch dessen Gebiet das nutzbare Gewässer fliesst);
- 30 % für das Walliser Gemeinwesen zu günstigen Bedingungen („Solidaritätspreis“);
- 40 % für einen oder mehrere Dritte (Partner) zum Marktpreis.

7. Zwar sind gewisse Ausgestaltungsmöglichkeiten vorhanden, dennoch stellt das obenstehend genannte Beteiligungsverhältnis den Normalfall dar. Dieses kann graphisch wie folgt dargestellt werden:

<sup>1</sup> Kanton Wallis, Erläuternder Bericht zur Strategie Wasserkraft Kanton Wallis, Vernehmlassung betreffend einen Vor-Entwurf zur Änderung des kantonalen Gesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 28. März 1990 sowie des kantonalen Gesetzes über die Walliser Elektrizitätsgesellschaft vom 15. Dezember 2004, S. 8.

<sup>2</sup> Vgl. Erläuternder Bericht, S. 23 (Fn 1).

<sup>3</sup> Gemäss Bericht Strategie Wasserkraft Kanton Wallis vom 7. Juli 2011 gehören Alpiq, Axpo und BKW mehr als 50 % der Walliser Stromproduktionskapazitäten. Zudem sind rund 10 % im Besitz von ausländischen Firmen wie der Electricité de France (EdF) und der Energie Baden-Württemberg (EnBW).

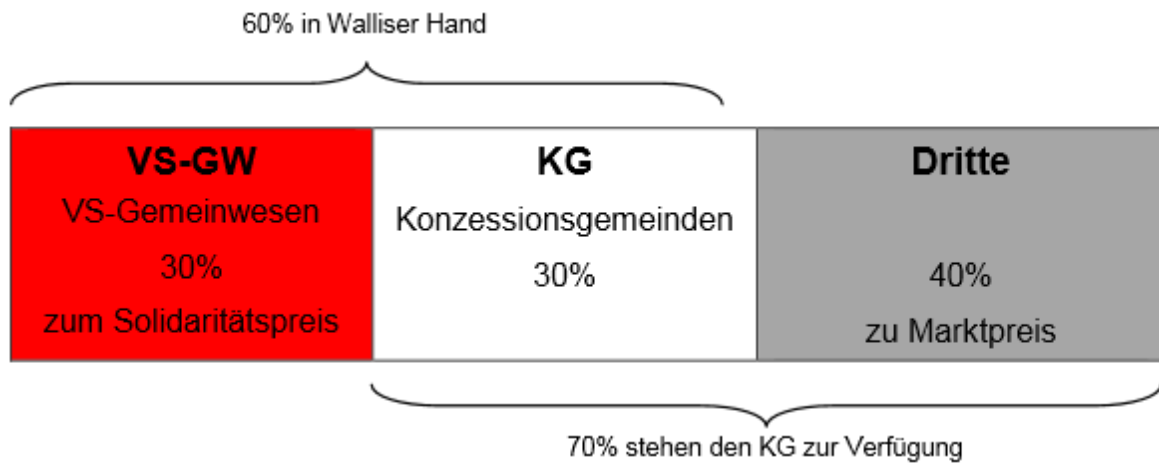
<sup>4</sup> Siehe Grafik auf S. 23 des erläuternden Berichts (Fn 1).

<sup>5</sup> Bundesgesetz vom 22. Dezember 1916 über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (WRG; SR 721.80).

<sup>6</sup> Die billige Entschädigung berechnet sich im Wesentlichen auf Basis der indexierten Baukosten abzüglich der Abschreibungen. Zusätzlich muss der Konzessionär beim Heimfall die Kosten für Modernisierungen und Erweiterungen entrichten, falls er diese genehmigt hatte.

<sup>7</sup> Vorentwurf des kantonalen Gesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte.

<sup>8</sup> Art. 59a VE-WRG-VS enthält eine ähnliche Regelung für den Fall, dass eine Gemeinde erstmals eine Konzession vergibt. Diese Bestimmung dürfte allerdings von geringer praktischer Bedeutung sein, da das Potential der Wasserkraft vielerorts als ausgeschöpft gilt; Erläuternder Bericht, S. 2 (Fn 1).



## S. 16 des erläuternden Berichts.

8. Grundsätzlich bleibt das Recht zur Nutzung der Wasserkräfte bei den Standortgemeinden. Der Kanton hat allerdings in jedem Fall das Recht, sich mit 30% zu beteiligen. Diese 30%-Beteiligung kann er zum sogenannten Solidaritätspreis übernehmen. Dieser entspricht demjenigen Anteil (im Verhältnis zur Beteiligung des Kantons) des von der Gemeinde beim Heimfall an den ehemaligen Konzessionsnehmer bezahlten Betrags (d.h. billige Entschädigung plus allfällige Zuschläge für genehmigte Zusatzinvestitionen; dieser Preis ist so ausgestaltet, dass er unter dem Marktpreis liegt<sup>9</sup>).

9. Für den Fall, dass eine Konzessionsgemeinde nicht ein Minimum von 30 % behalten und mehr als die ihr in jedem Fall frei zur Verfügung stehenden 40 % der Anteile veräussern will (sodass also mehr als 40 % an einen Nicht-Walliser Akteur gelangen würden), sieht das vorgeschlagene Gesetz ein Vorkaufsrecht zu Gunsten des Kantons, im Interesse des Walliser Gemeinwesens vor. Die Konzessionsgemeinde, die mit einem erwerbswilligen Dritten einen Kaufvertrag abgeschlossen hat, hat dem Kanton die Gelegenheit zu geben, an Stelle des Dritten als Käufer zum vereinbarten Kaufpreis in den Vertrag einzutreten. Dies ermöglicht dem Kanton, zu den mit einem Dritten vereinbarten Bedingungen in den Kaufvertrag mit den Konzessionsgemeinden einzutreten. Hätte der Kanton dieses Recht nicht, wäre die vom Gesetz anvisierte Sicherung von rund 60 % Beteiligungsmöglichkeit des Walliser Gemeinwesens gefährdet.

10. Im erläuternden Bericht werden zudem Überlegungen darüber angestellt, wer die 30–60 % der Beteiligungen des Kantons halten soll (es werden drei Varianten vorgeschlagen: direkt der Kanton und die Gemeinden; eine Beteiligungsgesellschaft; eine gemeinsame kantonale Gesellschaft).<sup>10</sup> Der Bericht kommt zum Schluss, dass auf die bestehende Struktur der FMV zurückgegriffen werden soll, die bereits heute grösstenteils dem Kanton und den Gemeinden gemeinsam gehört und an welcher private Aktionäre Minderheitsbeteiligungen halten. Die Anteile, die der Kanton gestützt auf die oben beschriebenen Rechte übernehmen kann (30 % zum Solidaritätspreis und allenfalls die 30 % der verkaufswilligen Konzessionsgemeinde zum Marktpreis), sollen der FMV zu denselben Konditionen transferiert werden.

## 2 Kompetenzen der WEKO

*Stellungnahme gestützt auf Art. 46 Abs. 2 KG<sup>11</sup>*

11. Das Kartellgesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG). Um staatlich begründete Wettbewerbsbeschränkungen zu bekämpfen, gibt das KG der WEKO das Recht, sich zu Wettbewerbseinflüssen von Erlassentwürfen des Bundes und der Kantone zu äussern (Art. 46 Abs. 2 KG).

12. Da das neue Walliser Gesetz – wie die nachfolgende Analyse zeigt – zu Wettbewerbsverzerrungen führt, nimmt die WEKO gestützt auf Art. 46 Abs. 2 KG dazu Stellung.

13. Daneben zeigt sich, dass die geplante Gesetzesrevision ein Konfliktpotential mit verschiedenen höherrangigen Erlassen aufweist. Einerseits verletzen die geplanten Formen der Konzessionsvergaben Art. 60 Abs. 3<sup>bis</sup> WRG. Danach dürfen Wasserrechtskonzessionen zwar ohne Ausschreibung verliehen werden, aber die Verleihung hat diskriminierungsfrei und transparent zu erfolgen. Andererseits besteht die Gefahr, dass eine Übertragung von Anteilen an Wasserkraftanlagen zu einem Vorzugspreis auf den Kanton als Verletzung von Art. 23 Abs. 1 Ziff. iii des EU-Handelsabkommens<sup>12</sup> qualifiziert werden könnte. Denn gemäss dieser Bestimmung sind staatliche Beihilfen, die den Wettbewerb durch Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem guten Funktionieren des Abkommens unvereinbar.

<sup>9</sup> Erläuternder Bericht, S. 18 (Fn 1).

<sup>10</sup> Erläuternder Bericht, S. 19 ff. (Fn 1).

<sup>11</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>12</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972 (SR 0.632.401).

### Stellungnahme gestützt auf BGBM

14. Bei der Wasserrechtskonzession handelt es sich um eine sogenannte Sondernutzungskonzession, auf welche Art. 2 Abs. 7 BGBM<sup>13</sup> nach ständiger Praxis der WEKO anwendbar ist.<sup>14</sup> Daneben dürften auch die allgemeinen Marktzugangsregeln gemäss Art. 2 Abs. 1–5 BGBM auf die Sondernutzungskonzession anwendbar sein.<sup>15</sup> Art. 2 Abs. 7 BGBM bestimmt, dass die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen hat und Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren darf. In den allgemeinen Bestimmungen zum Marktzugang gemäss Art. 2 Abs. 1–5 BGBM sind keine Behördenpflichten enthalten, die über die Pflichten gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM hinausgehen.

15. In ihrem Gutachten vom 22. Februar 2010 räumte die WEKO sämtlichen ausschreibungspflichtigen Schweizer Gemeinden eine Frist von drei Jahren ein, um klare Bedingungen für Ausschreibungen festzulegen.<sup>16</sup> Als Reaktion auf das Gutachten der WEKO hat der Bundesgesetzgeber im Dezember 2011 Gesetzesänderungen beschlossen und sowohl das StromVG<sup>17</sup> wie auch das WRG revidiert. Von Bedeutung sind dabei die neuen Art. 60 Abs. 3<sup>bis</sup> WRG und der neue Art. 3a StromVG, die vorsehen, dass die Verleihung von Wasserrechtskonzessionen und Konzessionen im Zusammenhang mit dem Stromübertragungs- und Stromverteilnetz, insbesondere das Recht zur Nutzung des öffentlichen Grunds und Bodens, ohne Ausschreibung erfolgen darf. Die Verleihungsbehörde hat allerdings ein diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren zu gewährleisten.

16. Art. 60 Abs. 3<sup>bis</sup> WRG wurde als *lex specialis* und *lex posterior* zur Ausschreibungspflicht gemäss BGBM eingeführt.<sup>18</sup> Diese Bestimmung regelt das in Art. 2 Abs. 7 BGBM vorgesehene Verfahren zwar weitgehend ähnlich wie das BGBM, aber eben doch eigenständig und ohne Ausschreibungspflicht. Das gesamte Verfahren zur Vergabe von Wasserrechtskonzessionen ist damit nunmehr im WRG geregelt. Für die Anwendung von Art. 2 Abs. 7 BGBM und Art. 2 Abs. 1–5 BGBM bleibt kein Raum.<sup>19</sup>

17. Es zeigt sich somit, dass die materiellen Bestimmungen des BGBM auf den vorliegenden Sachverhalt nicht anwendbar sind. Dies entspricht dem expliziten Willen des Bundesgesetzgebers. Ob damit auch der Erlass einer Empfehlung verunmöglicht wird, kann vorliegend offen bleiben, da seitens der WEKO ohnehin eine Stellungnahme gestützt auf Art. 46 Abs. 2 KG erlassen werden kann.

18. Aus der Nicht-Anwendung der materiellen Bestimmungen des BGBM folgt allerdings nicht, dass es den Kantonen frei stünde, Wasserrechtskonzessionen in diskriminierenden und nicht-transparenten Verfahren zu vergeben, da dies – wie obenstehend erwähnt (Rz 13) – Art. 60 Abs. 3<sup>bis</sup> WRG widersprechen würde.

### 3 Die Gesetzesrevision führt zu Wettbewerbsverzerrungen

19. Das oben beschriebene Gesetzesvorhaben wird nachfolgend graphisch dargestellt. Gestützt auf den „Standardfall“<sup>20</sup> wird in der Graphik davon ausgegangen,

dass die Konzessionsgemeinde 40 % der Beteiligungen an der Wasserkraftgesellschaft Dritten überträgt. Der Kanton (genauer das Walliser Gemeinwesen) kann bis zu 30 % der Beteiligungen der Konzessionsgemeinden zum Solidaritätspreis kaufen. Will die Konzessionsgemeinde mehr als 40 % an Dritte (d.h. nicht Walliser Gemeinden oder von der Walliser öffentlichen Hand gehaltene Einheiten) übertragen, hat der Kanton das Recht, bis zu 30 weitere Prozente zum Marktpreis zu übernehmen, sodass der Kanton 30–60 % jeder Walliser Wasserkraftgesellschaft halten kann.

<sup>13</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02).

<sup>14</sup> RPW 2012/2, 446, Rz 58, *Marktzugang für ortsfremde Taxidienste am Beispiel der Marktzugangsordnungen der Kantone Bern, Basel-Stadt, Basel-Landschaft sowie der Städte Zürich und Winterthur*; RPW 2011/2, 347, Rz 30, *Gutachten vom 22.2.2010 betreffend die Erneuerung der Konzessionsverträge zwischen den Centralschweizerischen Kraftwerken AG und den Luzerner Gemeinden über die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie*.

<sup>15</sup> Vgl. RPW 2012/2, 446, Rz 58 (Fn 14); MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, in: Pierre Tercier/Christian Bovet (Hrsg.), *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, 2002, Art. 2 BGBM, N 54. Dieser Autor kam noch vor Einführung von Art. 2 Abs. 7 BGBM zum Schluss, dass Art. 2 BGBM auf die Vergabe von Sondernutzungskonzessionen anwendbar ist.

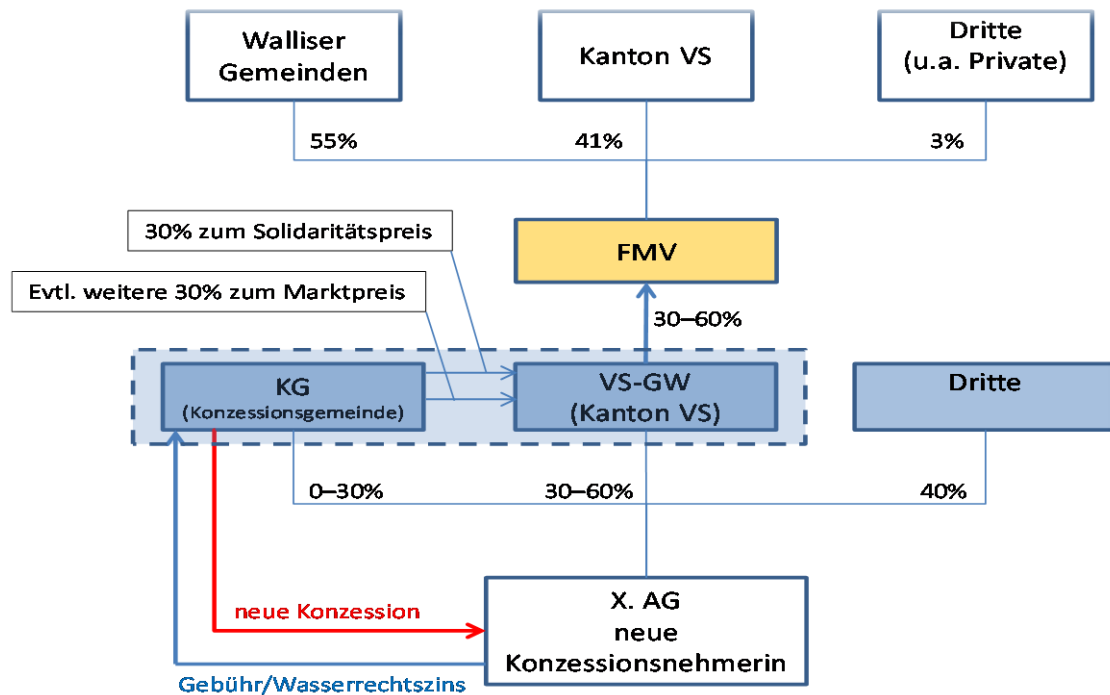
<sup>16</sup> RPW 2011/2, 352, Rz 76 f. (Fn 14).

<sup>17</sup> Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7).

<sup>18</sup> Parlamentarische Initiative, *Keine unnötige Bürokratie im Bereich der Stromnetze*, Bericht der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates vom 21. Februar 2011, BBl 2011 2901, S. 2902.

<sup>19</sup> Vgl. ETIENNE POLTIER, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (Hrsg.), *Commentaire Romand, Droit de la concurrence*, 2. Auflage, 2013, Art. 2 Abs. 7 BGBM, N 46 ff.

<sup>20</sup> Erläuternder Bericht, S. 16 (Fn 1).



### Grafik des Sekretariats

20. Die dem Kanton so zukommenden 30–60 % wird der Kanton in die FMV<sup>21</sup> einbringen. Gemäss der der heutigen Beteiligungsstruktur ist die FMV im Mehrheitsbesitz des Kantons Wallis (55 %). Die Walliser Gemeinden verfügen zusammen über einen Anteil von ca. 41 %. Ca. 3 % sind im Besitz von Dritten (Private, Grande Dixence SA). Die verbleibenden 1.1 % sind im Eigenbesitz der FMV.<sup>22</sup>

21. Die Umsetzung dieses Plans führt dann zu keinen Wettbewerbsverzerrungen, wenn der Kanton Wallis das Gebot der Wettbewerbsneutralität beachtet. Dieses ergibt sich nicht nur aus dem wettbewerbpolitischen Ziel, schädliche Wettbewerbseinflüsse zu verhindern (siehe Art. 46 Abs. 2 KG), sondern bereits auch aus der Bundesverfassung.<sup>23</sup> Um die Wettbewerbsneutralität zu wahren, hat der Kanton Wallis sicherzustellen, dass er sich als Wettbewerbsteilnehmer den gleichen Regeln unterstellt wie die privaten Wettbewerbsteilnehmer, dass er also keine Sonderrechte beansprucht.

22. Das Stromversorgungsgesetz von 2007 bezweckt, die Voraussetzungen für eine sichere Elektrizitätsversorgung und einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt zu schaffen (Art. 1 Abs. 1 StromVG). Die Öffnung des Strommarktes sollte in zwei Schritten erfolgen:<sup>24</sup> Erstens haben die Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch ab 100 MWh elektrischer Energie pro Verbrauchsstätte seit 2009 Marktzugang und damit die Möglichkeit, den Stromversorger zu wählen. In einem zweiten Schritt soll der Strommarkt per 2018 voll geöffnet werden, sodass alle Endverbraucher in der Schweiz grundsätzlich frei wählen können, von welchem Stromversorger sie Elektrizität beziehen.

23. Gegenüber den Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch ab 100 MWh treten Stromversorger somit bereits heute als Marktakteure auf. Dies gilt auch für den Kanton Wallis bzw. die FMV, welche sich nach eigenen Angaben hauptsächlich der Erzeugung, dem Transport und der Vermarktung von Strom für Grossverbraucher-Kunden widmet. Sie sollten deshalb durch die Gesetzesrevision keine Sonderrechte erhalten.

24. Die geplante Revision führt auf verschiedenen Ebenen zu Problemen mit der Wettbewerbsneutralität. So ist bereits in der Übertragung von 30 % des Eigentums bzw. der Beteiligungsrechte an den heimfallenden Wasserkraftanlagen zum Solidaritätspreis auf den Kanton eine Wettbewerbsverzerrung zu erblicken, da es allen anderen potentiell interessierten Marktakteure verunmöglicht wird, an diese Anteile zu gelangen.

<sup>21</sup> Insgesamt mindestens 1/3 der Aktien *müssen* von Gesetzes wegen beim Kanton Wallis bleiben, ein weiteres Drittel der Aktien *muss* im Besitz von Walliser Körperschaften bleiben (Kanton oder Gemeinden), so dass Walliser Körperschaften stets mindestens 2/3 der FMV kontrollieren (Art. 5 Abs. 1 und 2 GWEG-VS).

<sup>22</sup> Bericht Eignerstrategie FMV des Kantons Wallis vom 7. November 2012, S. 13, abrufbar unter <[https://www.vs.ch/Press/DS\\_3/CP-2012-11-20-20569/de/Bericht.pdf](https://www.vs.ch/Press/DS_3/CP-2012-11-20-20569/de/Bericht.pdf)>.

<sup>23</sup> BGE 138 I 378; siehe auch KLAUS A. VALLENDER, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., 2014, Art. 94 Rz 19 ff.

<sup>24</sup> Entwurf für Vernehmlassung Oktober 2014, Bundesbeschluss über die zweite Etappe der Strommarktöffnung, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, abrufbar unter <<https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2566/Erlauterungsbericht.pdf>>.

25. Durch die Übertragung der Anteile des Kantons auf die FMV wird zudem ein auf dem Strommarkt tätiges Unternehmen gezielt bevorzugt, was zu Wettbewerbsverzerrungen auf dem Strommarkt führt. Ausserdem führt die Übertragung der Kantonsanteile auf die FMV zu einer Privilegierung der privaten Aktionäre der FMV sowie der privaten Aktionäre der Wasserkraftgesellschaften.

26. Die Revision stellt nicht sicher, dass Eigentumsanteile oder Beteiligungen an Wasserkraftgesellschaften in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren auf Marktakteure übertragen werden. Ein solches Verfahren wäre aber nötig, um die genannten Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern. Für Konzessionsvergaben ist ein solches Verfahren gemäss Art. 60 Abs. 3<sup>bis</sup> WRG ohnehin vorgeschrieben. Dies gilt im Übrigen auch für Konzessionserneuerungen. Die Möglichkeit einer Gemeinde, eine Konzession vor Ablauf der Konzessionsdauer im gegenseitigen Einvernehmen mit dem Konzessionär zu verlängern (neuer Art. 61 VE-WRG-VS), stellt ipso facto eine Diskriminierung gegenüber allen anderen potentiellen Interessenten dar, welche von der Vergabe ausgeschlossen wurden bevor sie überhaupt ihr Interesse an einer Konzession zeigen konnten. Entgegen der Aussage im erläuternden Bericht (S. 44) trifft es deshalb nicht zu, dass das geplante Modell bundesrechtskonform ist. Im Bericht (S. 44) steht, dass das WRG „im Grundsatz ein System der Konkurrenz um die Erteilung einer Wasserrechtskonzession“ vorsieht, „wobei der Auswahlentscheid unter mehreren Bewerbern nach bestimmten Kriterien (inhaltlicher und verfahrensbezogener Art) zu erfolgen hat“.

27. Der einfachste und beste Weg, um die Wettbewerbsneutralität zu gewährleisten, stellt die vorgängige öffentliche Ausschreibung von geplanten Konzessionsvergaben dar.

28. Will der Kanton Wallis tatsächlich davon absehen, im Gesetz ein transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren vorzusehen, sollte er zumindest auf die Einführung seines Rechts verzichten, bis zu 30 % am Miteigentum bzw. bis zu 30 % der Beteiligungen an jeder heimfallenden Walliser Wasserkraftanlage zum Solidaritätspreis zu übernehmen. Denn ansonsten verschafft er sich bzw. der FMV als Marktakteurin einen Sondervorteil, über den andere Marktakteure nicht verfügen.

29. Als mildere Massnahme, die zwar die Wettbewerbsneutralität nicht vollumfänglich gewährleistet, aber zu-

mindest die Ausrichtung der Walliser Wasserkraftgesellschaften auf den Markt fördert, wäre es auch denkbar, dass der Kanton Wallis darauf verzichtet, die von ihm erworbenen Anteile auf eine operative Gesellschaft, die selbst im Strommarkt aktiv ist, zu übertragen. Stattdessen sollte er seine Beteiligungsrechte in seinem Vermögen halten, entweder direkt oder indirekt über eine Beteiligungsgesellschaft oder einen Beteiligungsfonds (siehe dazu die verschiedenen Varianten, die im erläuternden Bericht S. 19 ff. geprüft werden [vgl. Rz 10]). Damit könnte zumindest erreicht werden, dass die Wettbewerberin FMV gegenüber anderen Anbietern am Markt nicht wettbewerbswidrig bevorzugt würde.

#### 4 Zusammenfassung und Anregung

30. Zusammenfassend zeigt sich, dass die in die Vernehmlassung gegebene Gesetzesrevision zu Wettbewerbsverzerrungen führt, da der Kanton Wallis respektive die FMV, und die privaten Aktionäre der FMV und der Wasserkraftgesellschaften bevorzugt werden, indem ihnen auf Kosten der anderen Akteure auf dem Strommarkt spezifische Vorteile gewährt werden.

31. Zur Verhinderung der dargestellten Wettbewerbsverzerrungen und der daraus folgenden Diskriminierung anderer Marktakteure sollte der Kanton ein diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren bei der Übertragung von Eigentumsanteilen oder Beteiligungen an Wasserkraftgesellschaften vorsehen.

32. Der am besten geeignete Weg zur Einhaltung dieser Voraussetzungen ist die Durchführung einer vorgängigen öffentlichen Ausschreibung der zu vergebenden Konzessionen.

33. Sollte sich der Kanton Wallis dagegen entscheiden, so regt die WEKO an, dass er auf die Einführung seines Rechts verzichtet, bis zu 30 % am Miteigentum bzw. bis zu 30 % der Beteiligungen an jeder heimfallenden Walliser Wasserkraftanlage zum Solidaritätspreis zu übernehmen.

34. Zumindest aber sollte der Kanton Wallis darauf verzichten, die Anteile, die er an den Walliser Wasserkraftgesellschaften erwirbt, an eine operative, im Strommarkt tätige Gesellschaft zu übertragen. Stattdessen wird angeregt, dass er seine Beteiligungsrechte in seinem Vermögen hält, entweder direkt oder indirekt über eine Beteiligungsgesellschaft oder einen Beteiligungsfonds.



B 2.7	<b>2. Prise de position de la COMCO concernant l'avant-projet de modification de la Loi sur l'utilisation des forces hydrauliques et de la Loi sur les Forces motrices valaisannes</b>
-------	--

## 1 Contexte et projet mis en consultation

### Contexte

1. Le canton du Valais produit 28 % de l'électricité générée par la force hydraulique en Suisse (Grisons: 22 %, Tessin, Berne et Argovie: 9 % chacun)<sup>1</sup>. Il dispose actuellement de 44 aménagements hydroélectriques produisant chacun plus de 3 mégawatts (MW) (seules les centrales électriques d'une puissance supérieure à 3 MW sont concernées par la révision de la loi; elles produisent actuellement 98 % de l'énergie hydroélectrique valaisanne).<sup>2</sup>

2. Selon le droit valaisan (qui ne sera pas modifié), le droit de disposer de la force hydraulique à l'intérieur du canton revient au canton pour le Rhône et le lac Léman et aux communes pour les autres cours d'eau. Les capacités de production actuelles sont détenues majoritairement sous forme de concessions par des sociétés extra-cantoniales. Seulement 20 % environ de la production sont en mains valaisannes<sup>3</sup>. 10 % appartiennent aux communes valaisannes et 10 % aux Forces Motrices Valaisannes (FMV).

3. Entre 2017 et 2087<sup>4</sup>, chacun des 44 aménagements hydroélectriques fera l'objet d'un droit de retour. Le droit de retour est le droit qui permet à une communauté concédante de reprendre des installations au terme de la durée d'une concession (art. 67 LFH<sup>5</sup>). La communauté concédante peut reprendre gratuitement la partie dite mouillée des installations (installations de retenue d'eau et canaux d'amenée ou de fuite, y compris les bâtiments et le sol servant à l'exploitation de ces installations) et reprendre la partie dite sèche (installations servant à la production et au transport de l'énergie) moyennant une « indemnité équitable »<sup>6</sup>. Après le retour, la communauté concédante peut à nouveau décider si elle utilisera les forces hydrauliques disponibles et, le cas échéant, si elle exploitera elle-même les installations existantes ou accordera une nouvelle concession pour une durée maximale de 80 ans.

### Projet mis en consultation

4. L'objectif principal du projet de révision est de permettre au canton du Valais d'étendre son contrôle sur sa force hydraulique. Étant donné que les concessions prendront fin dans les prochaines décennies, le canton juge nécessaire que l'économie cantonale et, partant, l'ensemble de la communauté valaisanne, accroisse sa participation dans ces infrastructures.

5. Pour répondre à cet objectif, le canton veut redistribuer les droits de propriété respectivement de participation relatifs aux aménagements hydroélectriques en maintenant le principe « une société hydroélectrique par aménagement ». « L'élément crucial de la présente révision de la loi » est le projet d'art. 59b AP-LFH-VS<sup>7</sup>, qui

règle les droits de propriété des aménagements hydroélectriques après l'expiration d'une concession<sup>8</sup>.

6. La propriété des aménagements hydroélectriques sera répartie selon un nouveau modèle. Celui-ci, tout en étant flexible, vise la répartition suivante:

- 30 % aux communautés concédantes (communautés sur le territoire desquelles coule l'eau utilisable);
- 30 % à la communauté valaisanne à des conditions avantageuses (« prix solidaire »)
- 40 % à un ou plusieurs partenaires tiers au prix de marché.

7. Si d'autres répartitions sont possibles, celle proposée ci-dessus représente le cas standard, qui peut graphiquement être représenté comme suit:

<sup>1</sup> Canton du Valais, Rapport explicatif: Stratégie forces hydrauliques canton du Valais, Consultation concernant un avant-projet de modification de la loi cantonale sur l'utilisation des forces hydrauliques du 28 mars 1990 ainsi que de la loi cantonale sur les Forces Motrices Valaisannes du 15 décembre 2004, p. 8.

<sup>2</sup> Cf. rapport explicatif, p. 22 (note 1).

<sup>3</sup> D'après le rapport « Stratégie Forces hydrauliques Canton du Valais » du 7 juillet 2011, plus de 50 % des capacités de production d'électricité valaisanne sont la propriété des compagnies Alpiq, Axpo et FMB. En outre, quelque 10 % appartiennent à des entreprises étrangères comme Electricité de France (EdF) et Energie Baden-Württemberg (EnBW).

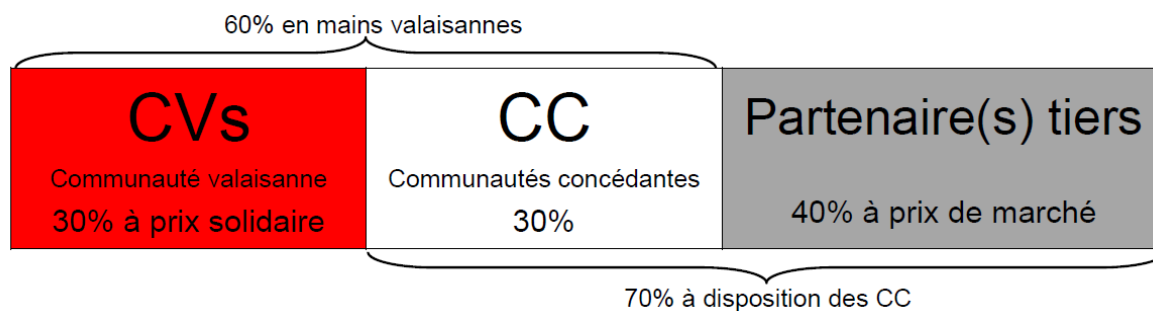
<sup>4</sup> Cf. graphique à la p. 22 du rapport explicatif (note 1).

<sup>5</sup> Loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques (LFH; RS 721.80).

<sup>6</sup> L'indemnité équitable est calculée essentiellement selon les coûts de construction indexés déduction faite des amortissements. En outre, lorsqu'elle fait usage de son droit de retour, la communauté concédante doit prendre en charge les frais des travaux de modernisation et d'agrandissement entrepris par le concessionnaire avec l'accord de la communauté concédante.

<sup>7</sup> Avant-projet de la Loi sur l'utilisation des forces hydrauliques.

<sup>8</sup> L'art. 59a AP-LFH-VS comporte une disposition similaire pour le cas où une commune accorde une concession pour la première fois. Toutefois, cette disposition ne devrait pas être d'une grande portée dans la pratique, car le potentiel hydraulique atteint déjà à bien des endroits un niveau maximal de production; rapport explicatif, p. 2 (note 1).



## p. 15 du rapport explicatif

8. Le droit d'utiliser les forces hydrauliques reste en principe en main des communes. Toutefois, le canton peut dans tous les cas participer à hauteur de 30 %. Il peut acquérir cette participation de 30 % à un prix dit solidaire, qui correspond à une fraction (proportionnelle à la participation du canton) du montant versé à l'ancien concessionnaire par la communauté concédante lors du retour (c.-à-d. l'indemnité équitable plus d'éventuels suppléments pour des investissements additionnels effectués avec l'accord de la communauté concédante; cette indemnité est calculée d'une manière telle qu'elle est inférieure au prix du marché<sup>9</sup>).

9. Si une communauté concédante ne désire pas conserver un minimum de 30 % de participations dans une société hydroélectrique et souhaite céder plus que les 40 % de participations dont elle peut disposer librement (de sorte que plus de 40 % reviendraient à un acteur non valaisan), le projet de révision de la loi prévoit un droit de préemption en faveur du canton, dans l'intérêt de la communauté valaisanne. La communauté concédante qui a signé un contrat de vente avec un tiers acquéreur doit donner la possibilité au canton d'intervenir comme acheteur, en lieu et place du tiers, au prix de vente convenu dans le contrat. Cela permet au canton d'intervenir aux conditions convenues dans un contrat de vente conclu avec un tiers. Si le canton n'avait pas ce droit, l'objectif visé par la révision de la loi (garantir à la communauté valaisanne une participation de 60 %) pourrait ne pas être atteint.

10. En outre, le rapport explicatif traite la question du représentant qui doit détenir les 30 à 60 % de participations du canton (trois variantes sont proposées: participation directe du canton et des communes; société de participation; société cantonale commune)<sup>10</sup>. Il ressort du rapport qu'il faut confier ce rôle à la structure existante de FMV, qui appartient déjà majoritairement au canton et aux communes, et pour une part minoritaire à d'autres actionnaires privés.<sup>11</sup> Les participations que le canton peut prendre en vertu des droits décrits plus haut (30 % au prix solidaire et éventuellement 30 % au prix du marché vendus par une communauté concédante) doivent être transférées à FMV aux mêmes conditions.

## 2 Compétences de la COMCO

*Préavis en vertu de l'art. 46, al. 2, LCart<sup>12</sup>*

11. La Loi sur les cartels a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence

et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1 LCart). Afin de lutter contre les restrictions à la concurrence d'origine étatique, la LCart confère à la COMCO le droit de s'exprimer sur les projets d'actes normatifs de droit fédéral ou cantonal (art. 46, al. 2, LCart) qui influent sur la concurrence.

12. Étant donné que la nouvelle loi valaisanne, comme le montre l'analyse ci-après, entraîne des distorsions de la concurrence, la COMCO émet un préavis en vertu de l'art. 46, al. 2, LCart.

13. Il apparaît par ailleurs, que la révision prévue présente un potentiel de conflits avec des actes législatifs de rang supérieur. D'une part, les formes d'attribution de concessions prévues violent l'art. 60, al. 3<sup>bis</sup>, LFH. Certes, selon cette disposition, il n'est pas obligatoire de procéder à un appel d'offres pour octroyer une concession d'usage de la force hydraulique; néanmoins la procédure doit garantir le respect des principes de non-discrimination et de la transparence. D'autre part, il existe un risque que le transfert de droits de propriété ou de participation à des aménagements hydroélectriques au canton du Valais à un prix préférentiel puisse être qualifié de violation de l'art. 23, al. 1, ch. iii, de l'Accord de libre-échange avec la Communauté économique européenne<sup>13</sup>. En effet, selon cette disposition, « [s]ont incompatibles avec le bon fonctionnement de l'accord, dans la mesure où ils sont susceptibles d'affecter les échanges entre la Communauté et la Suisse: toute aide publique qui fausse ou menace de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ».

<sup>9</sup> Rapport explicatif, p. 17 (note 1).

<sup>10</sup> Rapport explicatif, p. 18 ss (note 1).

<sup>11</sup> Cf. pt. 20 ci-dessous.

<sup>12</sup> Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart; RS 251).

<sup>13</sup> Accord entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne du 22 juillet 1972 (RS 0.632.401).

### Avis en vertu de la LMI<sup>14</sup>

14. Les concessions pour l'utilisation des forces hydrauliques sont des concessions dites d'usage privatif pour lesquelles l'art. 2, al. 7, LMI est applicable selon la pratique constante de la COMCO<sup>15</sup>. Par ailleurs, les règles générales de l'accès au marché énoncées à l'art. 2, al. 1 à 5, LMI devraient être applicables s'agissant des concessions d'usage privatif.<sup>16</sup> L'art. 2, al. 7, LMI dispose que la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut frapper de discrimination des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse. Les règles générales de l'accès au marché énoncées à l'art. 2, al. 1 à 5, LMI n'imposent aucune obligation aux autorités qui va au-delà des obligations inscrites à l'art. 2, al. 7, LMI.

15. Dans son expertise du 22 février 2010, la COMCO a accordé à toutes les communes suisses ayant l'obligation de procéder à des appels d'offres un délai de trois ans pour fixer des conditions claires relatives aux appels d'offres<sup>17</sup>. Répondant à l'avis de droit de la COMCO, le législateur fédéral a procédé à des modifications de loi en décembre 2011 et a révisé la LApEI et la LFH. Les points importants de ces révisions sont les nouveaux art. 60, al. 3<sup>bis</sup>, LFH et 3a LApEI, qui disposent que les concessions de droits d'eau et les concessions en rapport avec le réseau de transport et de distribution d'électricité, notamment le droit d'utiliser le domaine public, peuvent être octroyées sans procéder à un appel d'offres. L'autorité concédante doit toutefois garantir une procédure transparente et non discriminatoire.

16. L'art. 60, al. 3<sup>bis</sup>, LFH a été introduit à titre de *lex specialis* et *lex posterior* à l'obligation de procéder à des appels d'offres inscrite dans la LMI<sup>19</sup>. Cette disposition est très similaire à l'art. 2, al. 7, LMI, mais est indépendante de celui-ci et n'impose pas d'obligation de procéder à un appel d'offres. Ainsi, la procédure d'octroi de concessions de droits d'eau est entièrement réglée par la LFH. Il n'est pas possible de se fonder sur les art. 2, al. 7, LMI ou 2, al. 1 à 5, LMI<sup>20</sup>.

17. Il apparaît donc que les dispositions matérielles de la LMI ne sont pas applicables en l'espèce. Cela correspond à la volonté explicite du législateur fédéral. Le fait de savoir si cela empêcherait la COMCO d'émettre des recommandations peut rester ouvert, puisque de son point de vue cette possibilité existe en vertu de l'art. 46, al. 2, LCart.

18. Si la LMI n'est pas applicable en l'espèce, les cantons n'ont pas pour autant le droit d'octroyer des concessions de manière discriminatoire ou non transparente, attendu que – comme évoqué ci-dessus (ch. 13) – cela violerait l'art. 60, al. 3<sup>bis</sup>, LFH.

### 3 La révision de la loi entraîne des distorsions de la concurrence

19. Le projet de loi décrit plus haut est représenté graphiquement ci-dessous. Ce graphique correspond au « cas standard »<sup>21</sup>, selon lequel la communauté concédante cède 40 % des participations à des partenaires tiers. Le canton (plus exactement la communauté valaisanne) peut acheter jusqu'à 30 % de l'aménagement aux communautés concédantes à un prix solidaire. Si la

communauté concédante transfère plus de 40 % des participations à des tiers autres que des communes valaisannes ou entités en mains publiques valaisannes, le canton a le droit d'acquérir au maximum 30% supplémentaires au prix du marché, de sorte que le canton peut détenir de 30 à 60 % de chaque société hydroélectrique valaisanne.

<sup>14</sup> Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI ; RS 943.02).

<sup>15</sup> DPC 2012/2, 446, no 58, « L'accès au marché pour les services de taxi venant d'autres localités à l'exemple des réglementations des cantons de Berne, Bâle-Ville, Bâle-Campagne ainsi que des villes de Zurich et de Winterthour » [trad.] ; DPC 2011/2, 347, no 30, « Expertise du 22.2.2010 concernant le renouvellement des contrats de concessions entre la Zentralschweizerische Kraftwerke AG et les communes du canton de Lucerne portant sur l'utilisation du domaine public et l'approvisionnement en énergie électrique » [trad.].

<sup>16</sup> Cf. DPC 2012/2, 446, no 58 (note 15); MANUEL BIANCHI DELLA PORTA, in: Pierre Tercier/Christian Bovet (éd.), Commentaire Romand. Droit de la concurrence, 2002, art. 2 LMI, no 54. Déjà avant l'introduction de l'art. 2, al. 7, LMI, cet auteur parvenait à la conclusion que l'art. 2 LMI est applicable à l'octroi de concessions d'usage privatif.

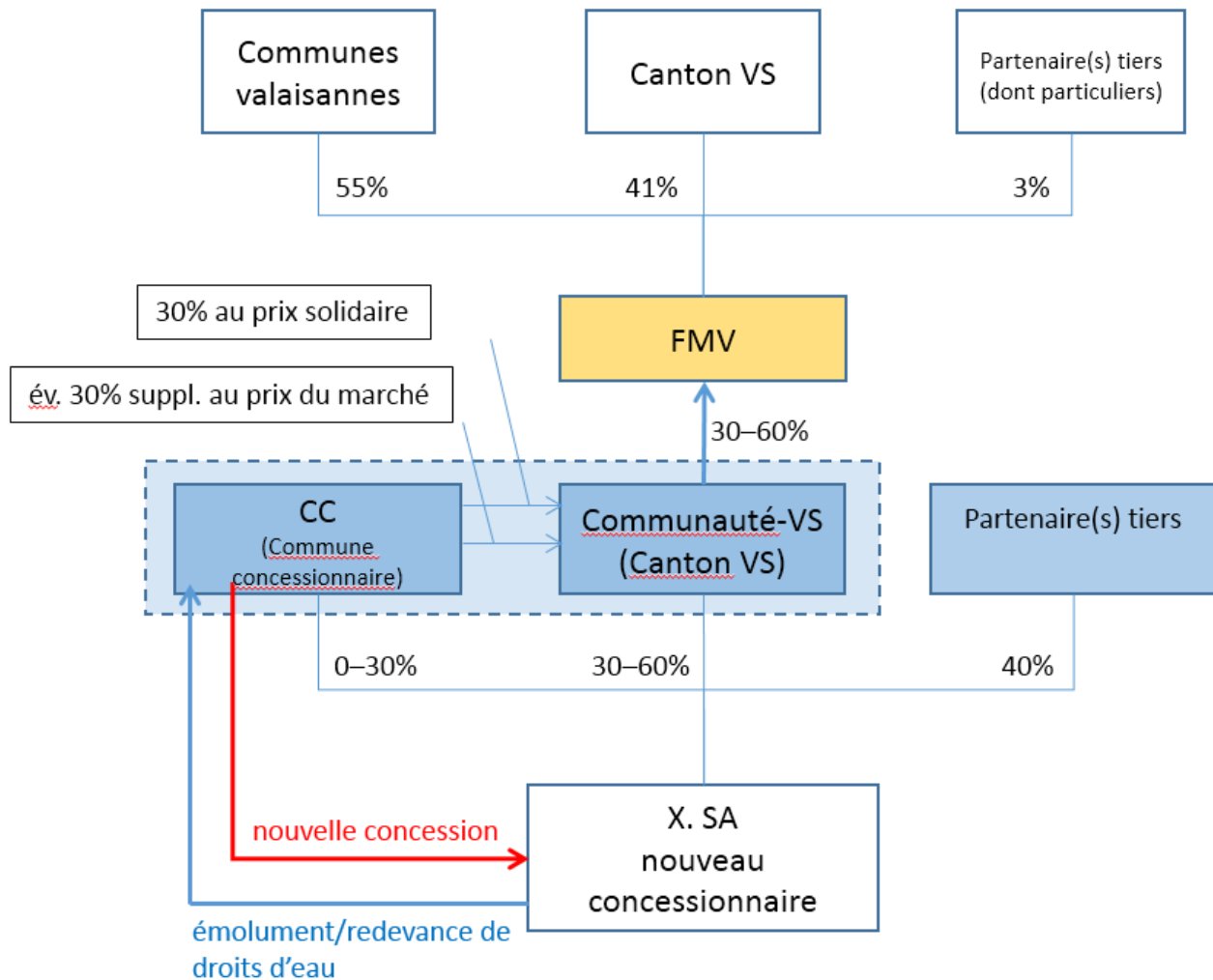
<sup>17</sup> DPC 2011/2, 352, no 76 s. (note 15).

<sup>18</sup> Loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEI; RS 734.7).

<sup>19</sup> Initiative parlementaire « Pas de bureaucratie inutile dans le domaine des réseaux électriques », rapport de la commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national du 21 février 2011, FF 2011 2711, p. 2712.

<sup>20</sup> Cf. ETIENNE POLTIER, in: Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (éd.), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2e éd., 2013, art. 2, al. 7, LMI, no 46 ss.

<sup>21</sup> Rapport explicatif, p. 16 (note 1).



### Graphique du secrétariat

20. Les 30 à 60 % qui reviennent ainsi au canton seront donc investis dans FMV<sup>22</sup>. Actuellement, l'actionnaire majoritaire de FMV est le canton du Valais (participation de 55 %). Les communes valaisannes réunies possèdent une part d'environ 41 %. 3 % environ sont en mains de tiers (particuliers, Grande Dixence SA). Le 1,1 % restant est détenu par FMV<sup>23</sup>.

21. L'application de ce plan n'entraîne aucune distorsion de la concurrence si le canton du Valais respecte le principe de neutralité concurrentielle, qui découle non seulement de l'objectif propre à la politique de la concurrence d'empêcher la concurrence de subir des influences dommageables (voir art. 46, al. 2, LCart), mais également de l'art. 27, al. 2, de la Constitution fédérale.<sup>24</sup> Pour que la neutralité concurrentielle soit garantie, le canton du Valais, en tant qu'acteur du jeu de la concurrence, doit se soumettre aux mêmes règles que les acteurs privés et ne disposer d'aucun privilège.

22. La Loi de 2007 sur l'approvisionnement en électricité<sup>25</sup> a pour objectif de créer les conditions propres à assurer un approvisionnement en électricité sûr ainsi qu'un marché de l'électricité axé sur la concurrence (art. 1, al. 1, LApEI). L'ouverture du marché de l'électricité doit se dérouler en deux étapes<sup>26</sup>: dès la première étape

(qui a débuté en 2009), les consommateurs finaux dont la consommation annuelle est égale ou supérieure à 100 MWh d'énergie électrique par site de consommation ont accès au marché et peuvent ainsi choisir librement leur fournisseur d'électricité. Dans une seconde étape, le marché de l'électricité s'ouvrira complètement d'ici 2018, de sorte que tous les consommateurs finaux en Suisse pourront en principe choisir librement leur fournisseur d'électricité.

<sup>22</sup> La loi exige qu'au minimum un tiers des actions soit détenu par le canton du Valais et un autre tiers par les collectivités de droit public valaisannes (canton ou communes), de sorte qu'au moins deux tiers de FMV soient toujours en mains des collectivités de droit public valaisannes (art. 5, al. 1 et 2, LFMV-VS).

<sup>23</sup> « Canton du Valais: Stratégie du propriétaire de FMV », rapport du 7 novembre 2012, p. 14, disponible à l'adresse suivante: <[https://www.vs.ch/Press/DS\\_3/CP-2012-11-20-20569/fr/Rapport\\_fr.pdf](https://www.vs.ch/Press/DS_3/CP-2012-11-20-20569/fr/Rapport_fr.pdf)>.

<sup>24</sup> ATF 138 I 378; voir aussi KLAUS A. VALLENDER, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (éd.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3e éd., 2014, art. 94 no 19 ss.

<sup>25</sup> LF du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEI; RS 734.7).

<sup>26</sup> « Projet pour la procédure de consultation, octobre 2014 : Arrêté fédéral sur la deuxième étape de l'ouverture du marché de l'électricité : Rapport explicatif relatif au projet mis en consultation », disponible à l'adresse suivante: [www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/36805.pdf](http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/36805.pdf).

23. Pour les consommateurs finaux dont la consommation annuelle est égale ou supérieure à 100 MWh, les fournisseurs d'électricité constituent déjà des acteurs du marché. Il en va de même pour le canton du Valais et pour FMV qui, selon ses propres indications, produit, transporte et commercialise de l'électricité essentiellement pour des clients dont la consommation d'électricité est importante. Ces deux acteurs ne devraient donc pas être favorisés par la révision de la loi.

24. La révision prévue amène à différents problèmes en relation avec la neutralité économique. Le fait que le canton du Valais peut obtenir 30 % de la propriété, respectivement des droits de participation, à un aménagement hydroélectrique objet d'un droit de retour à un prix solidaire, constitue déjà une distorsion de la concurrence en ce que tout autre acteur du marché potentiellement intéressé ne pourra pas les acquérir.

25. Le transfert ultérieur de ces droits (de propriété ou de participation) à FMV favorise de manière ciblée une entreprise active sur le marché de l'électricité, au détriment de tous les concurrents de FMV, entraînant ainsi une distorsion de concurrence sur ce marché. En outre, ce transfert privilégiera les actionnaires privés de FMV, de même que les actionnaires privés des sociétés hydroélectriques.

26. La révision envisagée ne permet pas de garantir que les droits de propriété ou de participation dans les sociétés hydroélectriques soient transférés par le biais d'une procédure non discriminatoire et transparente. Une telle procédure est cependant indispensable à l'élimination des distorsions de concurrence susmentionnées. Au demeurant, l'art. 60, al. 3<sup>bis</sup>, LFH prescrit que la procédure d'octroi des concessions doit être transparente et non discriminatoire. Cette exigence vaut également pour tout renouvellement de concession. La possibilité pour une commune de prolonger la concession d'un commun accord avec le concessionnaire (nouvel art. 61 AP-LFH-VS) constitue *ipso facto* une discrimination à l'encontre de tous les autres intéressés potentiels qui sont écartés avant même d'avoir pu manifester leur intérêt à l'octroi de la concession. Contrairement à la déclaration faite dans le rapport explicatif (p. 42), il n'est pas exact que le modèle prévu respecte le droit fédéral en la matière. Le rapport lui-même indique (p. 42) que la LFH « prévoit en principe un système de concurrence pour l'octroi d'une concession de droits d'eau et la décision de sélection entre plusieurs candidats doit se prendre selon certains critères (relatifs au contenu et à la procédure) ».

27. La façon la plus simple et la plus efficace de parvenir à ces objectifs est de soumettre les concessions et renouvellements de concession à un appel d'offres public préalable.

28. Si le canton du Valais décide de ne pas prévoir, dans sa législation, une procédure transparente et non discriminatoire, il doit tout au moins renoncer à

l'introduction de son droit d'acquérir au prix solidaire jusqu'à 30 % de propriété, respectivement de participation, à chaque aménagement hydroélectrique valaisan soumis à un droit de retour, car ce droit constituerait un avantage spécifique pour le canton, respectivement pour les FMV en tant qu'acteur du marché, au détriment des autres entreprises actives sur ce marché.

29. Une mesure plus douce serait aussi concevable, qui ne respecterait certes pas complètement le principe de la neutralité concurrentielle, mais qui réduirait à tout le moins le risque que la concurrence ne soit faussée sur le marché où opèrent les sociétés hydroélectriques valaisannes. Cette solution consisterait en ce que le canton du Valais renonce à transférer les participations acquises à une société elle-même active sur le marché (FMV). Au contraire, il devrait conserver ses droits de participation à titre d'investissement, soit directement dans son patrimoine financier, soit indirectement par le truchement d'une société ou d'un fonds de participation (voir à ce sujet les diverses variantes prévues dans le rapport explicatif p. 19 ss [cf. ch. 10]). Ainsi serait-il au moins possible de ne pas avantager FMV face à ses concurrents sur le marché, d'une manière contraire au droit de la concurrence.

#### 4 Résumé et proposition

30. En résumé, le projet de révision de loi mis en consultation entraîne des distorsions de concurrence, en ce qu'il conduit à favoriser le canton du Valais, respectivement les FMV, ainsi que les actionnaires privés des FMV et des sociétés hydroélectriques, en leur accordant des avantages spécifiques au détriment des autres acteurs présents sur le marché hydroélectrique.

31. Pour éviter ces distorsions de la concurrence et les discriminations d'autres acteurs du marché qui en découlent, le canton devrait veiller à ce que la procédure d'acquisition de parts de propriété ou de participations dans des sociétés hydroélectriques soit non discriminatoire et transparente.

32. La meilleure manière de remplir ces conditions est de soumettre les concessions à une procédure préalable d'appel d'offres publique.

33. Si le canton du Valais devait en décider autrement, la COMCO propose qu'il renonce à s'attribuer le droit d'acheter à un prix solidaire jusqu'à 30 % en copropriété respectivement de participations dans chaque aménagement hydroélectrique valaisan objet d'un droit de retour.

34. À tout le moins, le canton du Valais devrait renoncer à transférer à une société active sur le marché de l'électricité les participations à des aménagements hydroélectriques qu'il a acquises, mais plutôt les conserver soit directement dans son patrimoine financier à titre d'investissement, soit indirectement par le truchement d'une société ou d'un fonds de participation.

<b>B 2.</b>	<b>8. BGBM LMI LMI</b>
B 2.8	<b>1. Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 15. Juni 2015 zur Vernehmlassung über die Revision des Bundesgesetzes und der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB/VöB) sowie der Verordnung über die Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen (SWV)</b>

## 1 Ausgangslage

1. Die Wettbewerbskommission (WEKO) wurde am 1. April 2015 eingeladen, im Rahmen der obgenannten Vernehmlassung Stellung zu nehmen.

2. Die WEKO und deren Sekretariat überwachen die Einhaltung des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02) durch Gemeinden und andere Träger öffentlicher Aufgaben (Art. 8 Abs. 1 BGBM) und sind zuständig für die Durchsetzung des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251). Die WEKO kann gestützt auf Art. 8 Abs. 2 BGBM Empfehlungen zu binnenmarktrelevanten Erlassen abgeben und sie kann gestützt auf Art. 46 Abs. 2 KG zu rechtsetzenden Erlassentwürfen der Kantone Stellung nehmen.

3. Die Komplettrevision des BöB betrifft sowohl das Binnenmarktgesetz als auch das Kartellgesetz und ist darüber hinaus von grosser wettbewerbspolitischer Bedeutung. Die WEKO hat bereits im Rahmen der Vernehmlassung zur Revisionsvorlage für eine neue IVöB eine Stellungnahme vom 1. Dezember 2014 zuhanden des InöB eingereicht (RPW 2014/4, S. 817 ff.). Zusätzlich hat sich die WEKO mittels einer Empfehlung vom 1. Dezember 2014 zuhanden des Bundesrats und des InöB 2014 zu den Aspekten der Revision geäussert, die das BGBM betreffen (RPW 2014/4, S. 801 ff. sowie S. 809 ff.).

## 2 Stellungnahme zum E-revBGBM (Art. 63 E-BöB)

4. Die WEKO hat dem Bundesrat und dem InöB am 1. Dezember 2014 empfohlen, von einer Revision des BGBM abzusehen. Dies insbesondere auch deshalb, weil mit der Aufhebung der materiellen beschaffungsrechtlichen Mindeststandards die damit verbundene Aufsicht der WEKO zum Schutze des Wettbewerbs und des Binnenmarktes weggefallen wäre. Die ausführliche Begründung der WEKO ist an dieser Stelle nicht zu wiederholen, sondern es kann auf die Empfehlung vom 1. Dezember 2014 verwiesen werden.

5. Die Vernehmlassungsvorlage sieht vor, dass die Pflicht zur Ausschreibung von Konzessionen nach Art. 2 Abs. 7 BGBM unverändert fortbesteht. Die WEKO unterstützt die Beibehaltung von Art. 2 Abs. 7 BGBM aus-

drücklich. Diese Ausschreibungspflicht erfasst Konzessionen ausserhalb des Bereichs der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, die auch nach Art. 8 Abs. 2 E-BöB nicht als öffentlicher Auftrag gelten und folglich nicht dem Beschaffungsrecht unterstehen.

6. Ferner sieht die Vernehmlassungsvorlage vor, dass die materiellen und verfahrensrechtlichen Mindeststandards im Bereich der kantonalen Beschaffung (Art. 5 und Art. 9 Abs. 1 und 2 BGBM) neu nicht mehr für Kantone gelten, die der IVöB 2015 beigetreten sind. Dieser Grundsatz gilt unter der Voraussetzung, dass die binnenmarktrechtlichen Mindeststandards eingehalten sind. Der Rechtsschutz soll neu einheitlich ab einem Auftragswert von CHF 150'000 greifen.

7. Zum Schutz des Wettbewerbs und der offenen kantonalen Beschaffungsmärkte nimmt die WEKO heute verschiedene Funktionen wahr. Sie kann zur Durchsetzung der beschaffungsrechtlichen Mindeststandards durch die Kantone Empfehlungen abgeben, Gutachten erstatten, Untersuchungen durchführen und Gerichtsbeschwerden einreichen. Gemäss der Vernehmlassungsvorlage soll die WEKO diese wichtige Funktion weiterhin wahrnehmen. Die heutigen Aufsichtsinstrumente der WEKO gelten unverändert fort und bleiben zurecht im BGBM verankert. Aufgrund der Aufhebung der binnenmarktrechtlichen Beschaffungsregeln können die Aufsichtsinstrumente neu zur Durchsetzung der IVöB 2015 eingesetzt werden.

8. Nach Auffassung der WEKO handelt es sich insgesamt um einen ausgewogenen Revisionsvorentwurf, der dem Schutz des Wettbewerbs, der Öffnung der kantonalen und kommunalen Beschaffungsmärkte und der Durchsetzung des Beschaffungsrechts Rechnung trägt. Die WEKO spricht sich deshalb für die Revision des BGBM gemäss der Vernehmlassungsvorlage aus. Der in der Vernehmlassungsvorlage aufgeführte Eventualvorschlag aus dem E-IVöB, wonach ein Behördenbeschwerderecht neu in der IVöB verankert werden und entweder dem InöB oder der WEKO zukommen solle, lehnt die WEKO entschieden ab.

9. Sollten im Rahmen der Ausarbeitung des Entwurfs zuhanden des Parlaments einzelne Revisionspunkte betreffend das BGBM zuungunsten des Wettbewerbs oder des Wettbewerbsschutzes geändert werden, so fällt die WEKO auf ihre gemäss Empfehlung vom

1. Dezember 2014 geäusserte Auffassung zurück, wonach auf eine Revision des BGBM insgesamt zu verzichten ist. Das Bestreben zur Harmonisierung der Beschaffungsrechte von Bund und Kantonen würde dadurch nicht in Frage gestellt.

**Antrag 1:** Art. 63 E-BöB sei unverändert in den Entwurf zuhänden des Parlaments aufzunehmen und der Eventualvorschlag gemäss E-IVöB nicht weiterzuverfolgen.

### 3 Stellungnahme zum E-BöB

10. Der Aufbau der vorliegenden Stellungnahme folgt der Reihenfolge der Bestimmungen des E-BöB.

#### 3.1 Vorbemerkungen

11. Die WEKO unterstützt ausdrücklich

- das Bestreben der Harmonisierung der Beschaffungsrechte von Bund und Kantonen;
- die Verankerung der Förderung des wirksamen Wettbewerbs und der Verhinderung von Wettbewerbsabreden in der Zweckbestimmung (Art. 1 Bst. d E-BöB);
- die Pflicht der Auftraggeberin zum Treffen von Massnahmen gegen Wettbewerbsabreden (Art. 13 Bst. b E-BöB);
- die explizite Einschränkung der Dringlichkeitsausnahme auf Fälle, bei denen auch mit verkürzten Fristen kein offenes Verfahren möglich ist (Art. 23 Abs. 2 Bst. d E-BöB);
- die Ausdehnung des Rechtsschutzes auf alle Beschaffungen des Bundes ab einem Auftragswert von CHF 150'000 (Art. 54 E-BöB).

#### 3.2 Ausnahmen

12. Art. 12 E-BöB sieht einen Katalog von Leistungen vor, die vom Geltungsbereich des E-BöB ausgenommen sind. Zu den einzelnen Ausnahmetatbeständen drängen sich folgende Bemerkungen auf.

#### **Art. 12 Abs. 3 Bst. b – d E-BöB (In-state, In-house, Quasi-in-house)**

13. Die Konstellationen der In-state, In-house und Quasi-in-house Beschaffungen regeln ähnliche Sachverhalte: In all diesen Fällen geht es darum, das Beschaffungsrecht nicht anzuwenden, weil ein Vorgang nicht in den objektiven Anwendungsbereich des Beschaffungsrechts fällt oder mit anderen Worten: Weil gar keine öffentliche Beschaffung vorliegt. Der Grund hierfür ist, dass sich diese Vorgänge innerhalb der Staatssphäre abspielen, ohne dass der Markt berührt wird. Deshalb ist es in diesen Fällen auch nicht notwendig, das Beschaffungsrecht zur Anwendung zu bringen, da das Beschaffungsrecht nicht darüber entscheiden soll, ob ein solcher Marktkontakt stattfindet, sondern nur wie er ausgestaltet sein soll, wenn er stattfindet.

14. Im schweizerischen Beschaffungsrecht sind diese Konstellationen bisher nicht geregelt. Die rechtsanwendenden Schweizer Behörden haben sich deshalb bisher stark an der Praxis des EuGH orientiert, welche sich ständig weiterentwickelt hat und nicht als abgeschlossen

gelten kann, auch wenn verschiedene bisher ungeklärte Fragen nun in einer neuen EU-Richtlinie<sup>1</sup> geregelt sind.

#### **In-state (Art. 12 Abs. 3 Bst. b E-BöB)**

15. In-state-Vergaben sind Vergaben, die zwischen öffentlichen Einrichtungen getätigt werden, ohne dass der staatliche Auftraggeber über den staatlichen Leistungserbringer eine Kontrolle ausübt (diese fehlende Kontrolle stellt den wesentlichen Unterschied zur In-house und Quasi-in-house-Vergabe dar).

16. Die Vorgaben des GPA 2012 zur In-state-Vergabe sind nicht sehr restriktiv: Gemäss Annex 7 zum GPA 2012 Bst. B) 1 unterstehen Leistungen bereits dann nicht dem Abkommen, wenn sie durch eine andere juristische Person erbracht werden, die dem Abkommen (d.h. dem Beschaffungsrecht) unterstellt ist.

17. In der EU sind In-state-Direktvergaben gemäss der Praxis des EuGH nur unter strengen Voraussetzungen zulässig (EuGH, Urteil v. 8.5.2014 – C-15/13, „Datenlosen Informationssysteme“; EuGH, Urteil v. 13.6.2013 – C-386/11 „Piepenbrock“; EuGH, Urteil vom 19.12.2012 – C-159/11 „Lecce“). Gemäss EU-Richtlinie<sup>2</sup> besteht eine Ausschreibungspflicht nur dann nicht, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Der Vertrag begründet oder erfüllt eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern mit dem Ziel sicherzustellen, dass von ihnen zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden;
- die Durchführung dieser Zusammenarbeit wird ausschliesslich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt und
- die beteiligten öffentlichen Auftraggeber erbringen auf dem offenen Markt weniger als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten.

18. In Bezug auf das GPA 2012: Art. 12 Abs. 3 Bst. b E-BöB ist strenger formuliert, als es das GPA 2012 verlangt, weil er zur Voraussetzung, wonach die leistungserbringende Einrichtung selbst eine öffentliche Auftraggeberin sein muss (d.h. dem Beschaffungsrecht unterstellt), zusätzlich verlangt, dass diese leistungserbringende Einrichtung nicht in den Markt eintreten darf.

19. Die WEKO unterstützt diese zusätzliche Einschränkung. Da durch eine In-state-Vergabe auch kein privater Beteiligter (z.B. Aktionär) der öffentlichen Einrichtung von einem Auftrag soll profitieren können, den die öffentliche Einrichtung vergaberechtsfrei erhält, sollte zudem eine solche private Beteiligung ausgeschlossen werden.

20. In Bezug auf das EU-Recht: Art. 12 Abs. 3 Bst. b E-BöB erscheint einerseits weniger streng formuliert, als das EU-Recht, weil er die restriktiven Vorgaben der EU-

<sup>1</sup> Richtlinie 2014/24/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 65.

<sup>2</sup> Art. 12 (4) Richtlinie 2014/24/EU (Fn 1).



Rechtsprechung an das öffentliche Interesse der Zusammenarbeit nicht übernimmt. Andererseits erscheint Art. 12 Abs. 3 Bst. b E-BöB strenger zu sein, weil er nicht die Möglichkeit eröffnet, 20 % der von der Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten am offenen Markt zu erbringen. Da diese Abweichungen des E-BöB vom EU-Recht aber die Wettbewerbsneutralität nicht beeinträchtigen, ist keine Anpassung des E-BöB nötig.

**Antrag 2:** Änderung von Art. 12 Abs. 3 Bst. b E-BöB wie folgt:

„b) bei anderen, rechtlich selbständigen Auftraggeberinnen ohne Beteiligung Privater, die ihrerseits dem Beschaffungsrecht unterstellt sind, soweit die Auftraggeberinnen diese Leistungen nicht im Wettbewerb mit privaten Anbietern erbringen;“

### In-house (Art. 12 Abs. 3 Bst. c E-BöB)

21. Diese Bestimmung bezieht sich auf das sogenannte In-house-Privileg. Als In-house-Geschäfte werden in der Literatur Leistungsflüsse zwischen verschiedenen Stellen innerhalb eines einzigen Rechtsträgers bezeichnet.<sup>3</sup>

22. Nicht jeder Leistungsfluss zwischen zwei Stellen desselben Rechtsträgers ist aber wettbewerbspolitisch unproblematisch.<sup>4</sup> Auch hier ist auf die staatliche Wettbewerbsneutralität zu achten. Diese ist nicht mehr gewährleistet, „wenn die Stelle, welche die Leistungen erbringen soll, solche oder andere Leistungen auf dem Markt (also ohne besondere öffentliche Interessen, allein aus fiskalisch-kommerziellen Motiven heraus) anbietet und erbringt.“<sup>5</sup> Andernfalls besteht die Gefahr, dass die staatliche Leistungserbringerin aus den (ohne Ausschreibung erhaltenen) öffentlichen Aufträgen einen Wettbewerbsvorteil für ihre Markttätigkeit erhält. Die Bestimmung sollte deshalb durch diesen Punkt ergänzt werden.

**Antrag 3:** Änderung von Art. 12 Abs. 3 Bst. c E-BöB wie folgt:

„c) bei unselbständigen Organisationseinheiten einer unterstellten Auftraggeberin, soweit sie diese Leistungen nicht im Wettbewerb mit privaten Anbietern erbringt; und“

### Quasi-In-house (Art. 12 Abs. 3 Bst. d E-BöB)

23. Bezüglich des Quasi-In-house-Privilegs sollte ebenfalls darauf hingewiesen werden, dass am fraglichen öffentlichen Unternehmen keine private Beteiligung bestehen darf.<sup>6</sup>

24. Die im Erläuternden Bericht des EFD indirekt genannten möglichen 20 % Leistungen an Dritte (zur Präzisierung des Begriffs „im Wesentlichen“) erscheinen zudem als eher hoch, da damit eine gewichtige Teilnahme am Wettbewerb verbunden sein kann. Die WEKO regt deshalb an, diesen Prozentsatz auf 10 % zu senken bzw. das Mass der erforderlichen Leistungen für den Auftraggeber auf 90% zu erhöhen.

**Antrag 4:** Änderung von Art. 12 Abs. 3 Bst. d E-BöB wie folgt:

„d) bei öffentlichen Unternehmen ohne Beteiligung Privater, über die die Auftraggeberin eine Kontrolle ausübt,

die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht, soweit diese Unternehmen ihre Leistungen im Wesentlichen ausschliesslich für die Auftraggeberin erbringen.“

### 3.3 Bestimmung des Auftragswerts

25. Im Gegensatz zum geltenden BöB sieht der E-BöB keine Regelung mehr für die Bestimmung des Gesamtwerts bei wiederkehrenden (Dienst-)Leistungen vor, welcher schliesslich für die Orientierung des Schwellenwerts massgebend ist. Auch wird diese nicht mehr, wie noch im Revisionsentwurf, im erläuternden Bericht zu Art. 17 behandelt. Es ist eine naheliegende und wichtige Frage, welche Leistungen im Verlaufe einer Zeitspanne einem Auftrag und damit dem Auftragswert gemäss Art. 17 Abs. 1 E-BöB zuzurechnen sind. Aufgrund deren Wichtigkeit ist die Regelung zu den wiederkehrenden Aufträgen im BöB festzuschreiben.

**Antrag 5:** Hinzufügen eines Abs. 7 in Art. 17 E-BöB:

„7 Vergibt die Auftraggeberin mehrere gleichartige Liefer- und Dienstleistungsaufträge oder teilt sie einen Liefer- oder Dienstleistungsauftrag in mehrere gleichartige Einzelaufträge (Lose), so bilden die tatsächlichen Vergütungen der vergangenen 12 Monate oder die geschätzten Vergütungen für die 12 Monate nach dem Erstauftrag die Grundlage für die Schätzung des Auftragswerts.“

26. Le rapport explicatif (p. 32) mentionne les alinéas 3 et 4 de l'article 10 P-LMP, le texte du projet en consultation ne contient pas de 4e alinéa à l'article 10 P-LMP. La COMCO demande à ce que l'alinéa 4 de l'article 17 qui contient une règle de détermination de la procédure applicable en fonction de la valeur du marché, soit déplacé à l'article 10 P-LMP.

**Antrag 6:** Déplacer l'alinéa 4 de l'article 17 à l'article 10 à la suite de l'alinéa 3.

### 3.4 Freihändiges Verfahren

27. Art. 23 Abs. 2 Bst. b E-BöB hält fest, dass das freihändige Verfahren unabhängig vom Schwellenwert gewählt werden darf, wenn im offenen, selektiven oder Einladungsverfahren ausschliesslich Angebote eingereicht werden, die auf einer Wettbewerbsabrede beruhen. Das Bestehen einer Wettbewerbsabrede wird eine Vergabestelle jedoch in der Regel nicht innerhalb eines Vergabeverfahrens feststellen können. Deshalb muss es ausreichen, dass *hinreichende Anhaltspunkte* für eine Wettbewerbsabrede bestehen, damit eine Vergabestelle das freihändige Verfahren anwenden kann.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> MARTIN BEYELER, In-house-Vergaben, in: Aktuelles Vergaberecht 2010, Jean-Baptiste Zufferey, Hubert Stöckli (Hrsg.), Rz 7.

<sup>4</sup> MARTIN BEYELER, In-house-Vergaben, in: Aktuelles Vergaberecht 2010, Jean-Baptiste Zufferey, Hubert Stöckli (Hrsg.), Rz 68 ff.

<sup>5</sup> MARTIN BEYELER, In-house-Vergaben, in: Aktuelles Vergaberecht 2010, Jean-Baptiste Zufferey, Hubert Stöckli (Hrsg.), Rz 69.

<sup>6</sup> Richtlinie 2014/24/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. L 94 vom 28.3.2014, S. 65.

<sup>7</sup> Vgl. Art. 57 §4 Bst. d Richtlinien 2014/24/UE (Fn 1), dort sind „hinreichende plausible Anhaltspunkte“ nötig; siehe auch Art. 46 Bst. I E-BöB.



**Antrag 7:** Änderung von Art. 23 Abs. 2 Bst. b E-BöB wie folgt:

„Es bestehen hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass ~~die werden~~ im offenen, selektiven Verfahren oder im Einladungsverfahren eingereichten ~~ausschliesslich~~ Angebote eingereicht, die auf einer Wettbewerbsabrede beruhen.“

28. La lettre c de l'article 23 al. 2 P-LMP permet de renoncer aux procédures ouverte et sélective ou sur invitation lorsqu'aucune mise en concurrence n'est possible et qu'aucune alternative n'existe. L'étendue de cette exception a été précisée dans le rapport en ce sens qu'une clause contractuelle qui limiterait la concurrence dans un marché public ne constitue pas une particularité technique (ni artistique). Le rapport mentionne l'obligation de «fournir des motifs techniques mais aussi expliquer de façon crédible et (si possible) prouver [en allemand: «belegen»] que ces motifs techniques nécessitent impérativement ce type de procédure». Ensuite, le rapport précise que «[I]es clauses contractuelles qui restreignent la concurrence dans un marché public (par ex. une clause d'architecte) ne constituent ni une particularité technique, ni une particularité artistique et ne permettent dès lors pas d'invoquer l'exception de la let. c.»

29. La formulation du nouvel article XIII par. 1 let. b rev-GPA ne laisse aucune place au doute: toute limitation de la concurrence dans le marché public ne peut provenir que d'une particularité technique ou artistique du marché ou en raison de motif relevant de la protection de la propriété intellectuelle. Si le rapport est explicite sur ce dernier aspect, ce n'est pas le cas pour ce qui concerne les particularités techniques ou artistiques du marché.

30. L'idée est qu'une clause contractuelle touchant l'un des objets nécessaires à l'accomplissement de la prestation qui limiterait la concurrence dans le marché public, respectivement constituerait un «montage» empêchant la réalisation d'un projet d'intérêt public, ne peut être admise comme une raison technique (ou artistique, ou relevant du droit de la propriété intellectuelle) de ce même marché.<sup>8</sup> De telles clauses ne permettent pas de retenir une absence réelle de concurrence dans le marché à passer. Le contenu du rapport explicatif n'est pas suffisamment explicite. Il est nécessaire de revoir ou compléter le passage relevant.

**Antrag 8:** Compte tenu de l'importance de cette dérogation et de l'interprétation très étroite qui doit en être faite, il apparaît que la teneur du rapport explicatif n'est pas assez claire; les corrections proposées sont les suivantes (p. 47 du Rapport explicatif):

«*Let. c.* Cette condition correspond à la réglementation éprouvée actuelle. Elle est remplie lorsqu'un marché ne peut être attribué qu'à un soumissionnaire bien précis, en raison des particularités techniques ou artistiques du marché ou pour des motifs relevant de la protection de la propriété intellectuelle. C'est par exemple le cas lorsque ce soumissionnaire, faute de solutions de remplacement appropriées, est le seul capable de fournir un certain produit ou une certaine prestation de construction ou de service. Pour justifier le recours à la procédure de gré à gré, l'adjudicateur doit non seulement fournir des motifs techniques mais aussi expliquer de

façon crédible et (si possible) prouver que ces motifs (techniques, artistiques ou ressortant du droit de la propriété intellectuelle) ~~nécessitent impérativement ce type de procédure~~ ne permettent de passer le marché en procédure ouverte ou sélective. Les clauses contractuelles qui ont pour effet de restreindre restreignent la concurrence dans un marché public (par ex. une clause d'architecte ou d'ingénieur) ne constituent ni une particularité technique, ni une particularité artistique du marché à passer et ne permettent dès lors pas d'invoquer l'exception de la let. c. Si un soumissionnaire conteste la procédure de gré à gré devant les tribunaux, il doit prouver qu'il est disposé et en mesure d'offrir des prestations de substitution.»

31. La lettre d de l'article 23 al. 2 P-LMP permet de renoncer aux procédures ouverte et sélective lorsqu'en raison d'événements imprévisibles, l'urgence du marché est telle que, il est impossible d'appliquer une procédure ouverte ou sélective. Cette disposition découle de l'art. XV par. 1 let. c GPA (art. XIII par. 1 let. d revGPA) qui précise que le pouvoir adjudicateur ne peut avoir recours à la procédure de gré à gré qu'à la condition que cette procédure exceptionnelle «ne soit pas utilisée en vue de ramener la concurrence en deçà du maximum possible» et «pour autant que cela [soit] strictement nécessaire» (art. XV par. 1 ab initio et par. 1 let. c GPA [art. XIII par. 1 let. d revGPA]). Ce dernier critère indique que le recours à la clause exceptionnelle d'urgence doit respecter le principe de la proportionnalité.

32. Dans son arrêt 2C\_1131/2013 du 31 mars 2015 (destiné à la publication), le Tribunal fédéral a précisé que lorsqu'une procédure ouverte ou sélective n'est pas possible pour des questions de temps, il est indispensable de se poser la question du raccourcissement des délais (consid. 5.6). Il doit être dorénavant clair que la procédure de gré à gré ne peut être appliquée en vertu de cette clause exceptionnelle que lorsque le pouvoir adjudicateur se retrouve sans sa faute dans une situation d'urgence pour laquelle même une procédure avec des délais raccourcis ne permettrait pas d'obtenir les prestations ou les marchandises nécessaires à l'accomplissement d'une tâche de l'État. Le cas de l'arrêt du Tribunal fédéral susmentionné montre que ces éléments ne sont pas clairs pour tous les pouvoirs adjudicateurs. Ainsi est-il nécessaire de préciser plus en détail les conditions d'application de cette clause exceptionnelle dans le rapport explicatif, à savoir d'indiquer que le raccourcissement des délais doit avoir été examiné et qu'il doit être documenté.

33. Par ailleurs, l'application du principe de la proportionnalité à l'usage de cette exception implique qu'un pouvoir adjudicateur ne peut passer un marché de gré à gré qu'en tant que mesure d'urgence, c'est-à-dire que pour lui laisser le temps de passer un marché en bonne et due forme.

<sup>8</sup> Cf. par exemple la critique de JACQUES DUBEY, La jurisprudence des marchés publics entre 2012 et 2014, in : Zufferey/Stöckli (édit.), *Marchés publics 2014*, Zurich 2014, p. 89 ss, p. 98 s.; dans le même ouvrage, OLIVIER RODONDI, *Les marchés de gré à gré*, p. 177 ss, p. 199 s.

Antrag 9: L'art. 23 al. 2 let. d P-LMP ainsi que le projet de rapport explicatif ad art. 23 al. 2 let. d P-LMP (p. 47) doivent être complétés de la manière suivante :

Art. 23 al. 2 let. d P-LMP:

«d. dans la mesure strictement nécessaire où, en raison d'événements ...»

Rapport explicatif :

«[...] l'urgence doit être telle que le pouvoir adjudicateur ne serait pas en mesure d'y faire face s'il procédait par le biais d'une procédure ouverte, sélective ou sur invitation, même avec délais raccourcis. Le pouvoir adjudicateur ne peut avoir recours à la procédure de gré à gré qu'à la condition que cette procédure exceptionnelle ne soit pas utilisée pour éviter la concurrence ou de manière discriminatoire et «dans la mesure où cela sera strictement nécessaire» (art. XIII par. 1 let. d GPA [2012]). Ainsi, en vertu du principe de la proportionnalité, la procédure de gré à gré ne doit pas remplacer la passation d'une marché en procédure ouverte ou sélective, mais uniquement accorder un sursis au pouvoir adjudicateur à l'acquisition (du reste) des prestations ou marchandises par une procédure ouverte ou sélective. Cela implique par exemple qu'un pouvoir adjudicateur ne peut pas passer un marché pour cinq ans par le biais d'une procédure de gré à gré au motif de l'urgence, mais uniquement pour une durée qui lui permette de passer sereinement un marché en procédure ouverte ou sélective.»

34. Pour les marchés au-dessus des seuils qui sont adjugés par le biais d'une procédure de gré à gré en vertu d'une des clauses exceptionnelles de l'art. 23 al. 2 P-LMP les motifs doivent clairement être exposés dans la décision d'adjudication qui est publiée (art. XVI par. 2 let. f revGPA). La COMCO convient de ce que la motivation puisse être sommaire, mais il doit néanmoins être possible de comprendre clairement à quelle clause exceptionnelle le pouvoir adjudicateur fait appel et en quoi les conditions en sont remplies. Par ailleurs, il est nécessaire de mentionner dans le rapport explicatif que le pouvoir adjudicateur ne peut faire usage que d'une seule exception à la fois – et non pas deux voire plusieurs motifs – pour justifier la passation d'un marché de gré à gré en application d'une des clauses exceptionnelles de l'art. 23 al. 2 P-LMP, même s'il est possible (en théorie) que les conditions de deux ou plusieurs clauses exceptionnelles soient remplies. Les dispositions concernées et les passages idoines du rapport explicatif doivent être modifiés, respectivement complétés.

Antrag 10: Modification des art. 23 al. 3 et 53 al. 3 let. d (nouvelle) P-LMP ainsi que du rapport explicatif aux pages 47 et 80 s. :

Art. 23

«...

<sup>3</sup> Pour chaque marché de gré à gré conformément à l'al. 2, l'adjudicateur rédigera un rapport interne avec le contenu suivant:

a. ...

b. ...

c. l'indication de la clause exceptionnelle invoquée ainsi que l'explication des circonstances et des conditions justifiant le recours à la procédure de gré à gré.»

Dans le rapport explicatif (p. 47, 1er paragraphe ad art. 23 al. 2 P-LMP, *in fine*) :

«... pour des raisons imprévisibles. Comme il apparaît en principe impossible, ou à tout le moins rarissime, qu'en pratique les conditions de deux exceptions puissent être simultanément remplies, compte tenu du caractère exceptionnel de ces entorses au droit des marchés publics, il n'est admissible d'invoquer qu'une seule clause exceptionnelle de gré à gré par marché. Ainsi, le pouvoir adjudicateur devra choisir la clause exceptionnelle de gré à gré qu'il entend invoquer. En pratique, il choisira celle qui est le plus manifestement remplie respectivement celle qui est prépondérante.»

Art. 50

«...

4 Les adjudications des marchés publics soumis aux accords internationaux doivent être publiées dans un délai de 72 jours. L'avis contient les indications suivantes:

a. le type de procédure utilisé et, cas échéant, la clause exceptionnelle de l'art. 23 al. 2 ayant justifié l'utilisation d'une procédure de gré à gré».

Art. 53 (*nouvelle lettre d à l'alinéa 3*)

«<sup>3</sup>...

let. d les informations visées à l'art. 23 al. 3 let. c, lorsque l'adjudicateur a fait usage d'une clause exceptionnelle de gré à gré.»

Dans le rapport explicatif (p. 80 s., nouveau paragraphe avant l'al. 4, à la p. 81)

«...

Lorsque l'adjudicateur a fait usage d'une clause exceptionnelle de gré à gré, compte tenu de la restriction portée aux principes de la transparence, de la concurrence et de l'économicité, il doit en indiquer le motif et justifier de son application dans sa décision (art. 23 al. 3 let. c).

Al. 4

Les offres présentées dans le cadre des appels d'offres publics ...»

### 3.5 Bietergemeinschaften und Subunternehmer

35. Die Thematik der Bietergemeinschaften und der Subunternehmer war im Rahmen der Revision des Kartellgesetzes ein grosses Thema. Vertreter aus der Baubranche haben dabei vorgebracht, mit der KG-Revision sei ein Verbot von Bietergemeinschaften verbunden. Dies führte insbesondere zu einer Diskussion über die Auslegung des aktuellen Kartellgesetzes. Fakt ist: Bietergemeinschaften sind kartellrechtlich nicht verboten, sondern grundsätzlich zulässig (Jahresbericht WEKO 2013, RPW 2014/1, S. 5 f.).

36. Bietergemeinschaften und Subunternehmer sind kartellrechtlich nach denselben Vorgaben zu prüfen, wie alle anderen Verhaltensweisen auch. Sie fördern den

Wettbewerb in vielen Fällen, da Submissionsteilnehmer ohne die Möglichkeiten der Bietergemeinschaft und des Subunternehmertums unter Umständen gar keine Offerten einreichen könnten. Bietergemeinschaft und Subunternehmertum sind und sollen deshalb grundsätzlich erlaubt sein (wie es in Art. 35 Abs. 1 E-BöB vorgesehen ist). Zielen diese aber darauf ab, den Wettbewerb zu behindern, ist eine nähere Prüfung angezeigt. Dieses Grundkonzept sollte auch aus dem E-BöB und seinen Erläuterungen hervorgehen.

37. Bedenklich können insbesondere Bietergemeinschaften und Vereinbarungen zwischen Auftragnehmern und Subunternehmern dann sein, wenn sie getroffen wurden, um zusätzliche Offerten zu verhindern. Reicht beispielsweise ein Unternehmen eine Offerte ein, welche es mit Hilfe eines Subunternehmers zu erfüllen gedenkt, und vereinbart mit diesem Subunternehmer, dass der Subunternehmer keine eigene Offerte einreichen wird, obwohl er dazu in der Lage wäre, entgeht dem Auftraggeber eine zusätzliche Offerte. Damit würde der Wettbewerb gehemmt.

38. Bietergemeinschaften sollten daher gegenüber dem Auftraggeber offengelegt werden. Dies schafft Transparenz und ermöglicht es dem Auftraggeber zu reagieren und sich beispielsweise von einer Bietergemeinschaft über die Gründe für die Kooperation informieren zu lassen (z.B. wenn die beiden grössten Konkurrenten zusammen offerieren, obwohl beide ohne Weiteres in der Lage zu sein scheinen, selbst eine Offerte einzureichen). Ebenso sollte ein Zuschlagsempfänger nach Erteilung des Zuschlags dem Auftraggeber offenlegen, welche Subunternehmer – zumindest solche mit einer Beteiligung von mindestens 10 % an der Auftragssumme – für welche Leistungen an der Erbringung des Auftrags beteiligt sind.

**Antrag 11:** Ergänzung von Art. 35 Abs. 1 E-BöB wie folgt:

„Bietergemeinschaften und Subunternehmer sind zugelassen. Bietergemeinschaften müssen im Angebot gegenüber dem Auftraggeber offen gelegt werden. Der Zuschlagsempfänger muss die Beteiligung von Subunternehmern [eventualiter: mit einer Beteiligung von 10 % an der Auftragssumme] an der Ausführung des Auftrags gegenüber dem Auftraggeber offenlegen, sobald er Klarheit über die Beteiligung der Subunternehmer hat.“

### 3.6 Sanktionen

39. Gemäss Art. 46 Bst. I E-BöB kann der Auftraggeber einen Anbieter von einem Vergabeverfahren ausschliessen, aus einem Verzeichnis streichen oder einen bereits erteilten Zuschlag widerrufen, wenn Wettbewerbsabreden getroffen wurden, die eine Beschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Im Sanktionskatalog nach Art. 47 Abs. 1 E-BöB, der eine Verwarnung einen Ausschluss für künftige Verfahren vorsieht, ist dieser Tatbestand allerdings nicht enthalten. Die WEKO regt an, diesen Katalog um Art. 46 Bst. I zu ergänzen.

**Antrag 12:** Ergänzung von Art. 47 Abs. 1 E-BöB wie folgt:

„Der Auftraggeber oder die nach gesetzlicher Anordnung zuständige Behörde kann den Anbieter, der selber oder durch seine Organe in schwerwiegender Weise einen oder mehrere der Tatbestände von Artikel 46 Buchstabe d, g, h, I und q erfüllt, verwarnen oder von künftigen Aufträgen der jeweiligen Auftraggeberin für die Dauer von bis zu fünf Jahren ausschliessen.“

40. Weiter sollen gemäss Art. 47 Abs. 2 E-BöB Wettbewerbsabreden i.S.v. Art. 46 Bst. I E-BöB vom Auftraggeber der Wettbewerbskommission mitgeteilt werden. Demgegenüber gilt gemäss aktuellem Recht bereits bei *Verdacht* von Wettbewerbsabreden eine Meldepflicht (Art. 33 Org-VöB). Wie bereits in Abschnitt 26 ausgeführt, ist generell davon auszugehen, dass ein Auftraggeber resp. eine Beschaffungsstelle gar nicht in der Lage ist, ohne vorgängige Untersuchung und Sanktionsverfügung der Wettbewerbskommission eine Widerhandlung gegen Art. 46 Bst. I E-BöB nachzuweisen. Es sollte daher – wie im erläuternden Bericht dargelegt – bereits bei hinreichenden Anhaltspunkten für eine Kollusion zwischen den Anbietern eine Anzeigepflicht bei den Wettbewerbsbehörden bestehen. Entsprechend ist Art. 47 Abs. 2 E-BöB breiter zu fassen. Die folgenden Änderungen in Antrag 13 basieren auf den angezeigten Änderungen in Antrag 7 und 12.

**Antrag 13:** Änderung von Art. 47 Abs. 2 E-BöB wie folgt:

„Diese Sanktionsmöglichkeiten gelten unbeschadet weiterer rechtlicher Schritte gegen die fehlbare Anbieterin oder ihre Organe. ~~Widerhandlungen gemäss Artikel 46 Absatz 1 Buchstabe I teilt die Auftraggeberin der Wettbewerbskommission mit. Die Auftraggeberin teilt der Wettbewerbskommission mit, wenn sie den freien Wettbewerb in ihrem Beschaffungsbereich für behindert hält, wenn sie aufgrund von Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe b eine freihändige Vergabe durchführt, wenn sie aufgrund von Artikel 45 Absatz 1 Buchstabe e ein Vergabeverfahren abbricht, wenn sie aufgrund von Artikel 46 Buchstabe I eine Anbieterin ausschliesst, aus einem Verzeichnis streicht oder einen Zuschlag widerruft, oder wenn sie eine Anbieterin aufgrund von Artikel 47 Absatz 1 wegen Widerhandlungen gemäss Artikel 46 Buchstabe I sanktioniert.~~“

### 3.7 Aufbewahrung von Unterlagen

41. Die WEKO und ihr Sekretariat werden immer wieder – gerade von öffentlichen Auftraggebern – mit Hinweisen und Verdachtsmomenten zu möglichen Abreden im Beschaffungswesen bedient, deren Nachweis aber regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden ist. Statistische Auswertungen der Ausschreibungsunterlagen ermöglichen es, Indizien für Submissionsabreden zu erlangen. Eine solche Auswertung setzt voraus, dass zumindest die Offertöffnungsprotokolle von mehreren Jahren erhältlich sind. Entsprechend ist die Aufbewahrungspflicht – es reicht die elektronische Erfassung – der Offertöffnungsprotokolle auf (mindestens) zehn Jahre anzusetzen und der WEKO ein Zugangsrecht einzuräumen. Entsprechend ist Artikel 51 zu ergänzen.

**Antrag 14:** Änderung von Art. 51 Abs. 2 E-BöB und Ergänzung eines Abs. 3 wie folgt:

„<sup>2</sup> Zu den aufzubewahrenden Unterlagen gehören:

- a) und b) [...]  
 e) ~~das Offertöffnungsprotokoll~~  
 d) bis i) [...].“

„<sup>3</sup> Soweit keine weitergehenden Bestimmungen bestehen, bewahrt der Auftraggeber die Offertöffnungsprotokolle für die Dauer von mindestens zehn Jahren ab Zuschlag, in elektronischer oder Papierform auf. Die Wettbewerbskommission erhält auf Anfrage Zugang zu diesen Offertöffnungsprotokollen.“

42. Les articles 55 et 56 AP-OMP prévoient les modalités de recours pour les marchés dont la valeur n'atteint pas les seuils internationaux. En particulier, ils indiquent qu'un juge unique est saisi du recours après paiement d'une avance de 5'000 CHF ; qu'il doit tenter la conciliation et à défaut rendre sa décision en ne communiquant que le dispositif. À compter de la notification du dispositif, la partie insatisfaite de la décision peut exiger dans les 10 jours une motivation – *sommaire* – de la décision et ce, après avoir payé une seconde avance de 5'000 CHF.

43. De telles modalités de recours ne garantissent pas une protection juridictionnelle effective voire elles confinent, pour ainsi dire, à l'arbitraire. Elles impliquent par exemple qu'un juge unique tranchera un recours relatif à un marché de construction de 8 mio. CHF après paiement d'une avance de 5'000 CHF, en rendant un simple dispositif sans aucune motivation, ou uniquement avec une motivation sommaire pour autant que le recourant paie 5'000 CHF supplémentaires.

44. La COMCO considère que les marchés publics, même en deçà des seuils prévus par les accords internationaux, doivent bénéficier d'une voie de droit effective, à même de générer de la jurisprudence aussi pour ces marchés d'importance plus faible, sans devoir en outre payer 5'000.- pour obtenir une motivation. L'autorité de recours reste libre de revoir le montant des frais judiciaires à la hausse lorsque la motivation aura amené à un dépassement de l'avance de frais.

Antrag 15: Modification de l'article 56 AP-OMP comme suit (alternatives):

Art. 56 Décision sur recours

<sup>1</sup> Le juge unique communique sa décision aux parties par l'intermédiaire du dispositif lors de l'audience d'instruction ou par notification du dispositif.

<sup>2</sup> Chaque partie peut, dans un délai de dix jours à compter de la notification de la décision, exiger que celle-ci soit motivée ~~sommairement~~ sur les points attaqués. ~~Dans ce même délai, la partie requérante doit verser une avance de frais supplémentaire de 5000 francs.~~

Formulation alternative: <sup>2</sup> [...]. Dans ce même délai, la partie requérant la motivation peut se voir demander le paiement d'une avance de frais supplémentaire s'il est à prévoir que la motivation amènera à un dépassement de la première avance de frais.

[...]

**B 4**  
**Bundesgericht**  
**Tribunal fédéral**  
**Tribunale federale**

**B 4**      **1. Urteil vom 11. Mai 2015 des Bundesgerichts betreffend Wohnsitzpflicht für Notare**

*Publikation eines Bundesgerichtsurteils, das in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen ist (Art. 10a Abs. 2 BGBM)*

Bundesgericht

Urteil 2C\_335/2013 vom 11. Mai 2015

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Verfahrensbeteiligte

A., Beschwerdeführer,

gegen

Notariatskommission Graubünden, Rechtsanwalt  
 Thomas Nievergelt.

Gegenstand

Patentierungsgesuch,

Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden, 1. Kammer, vom 5. Februar 2013.

**Sachverhalt:**

**A.**

Rechtsanwalt lic. iur. A. erlangte am 15. Juni 2012 den Bündner Fähigkeitsausweis als Notar. Am 12. Juli 2012 stellte er bei der Notariatskommission Graubünden das Gesuch um Patentierung. Dabei verwies er auf die im Notariatsgesetz des Kantons Graubünden bestehende Wohnsitzpflicht. Er habe in X./SZ Wohnsitz, jedoch sei gestützt auf den Grundsatz der Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV) ausnahmsweise von der Voraussetzung der Wohnsitzpflicht abzusehen.

**B.**

Am 30. August 2012 wies die Notariatskommission das Patentierungsgesuch ab. Zur Begründung führte sie aus, der Gesuchssteller erfülle die Voraussetzungen von Art. 12 lit. c des Notariatsgesetzes des Kantons Graubünden vom 18. Oktober 2004 (Wohnsitz in einer Gemeinde des Kantons) nicht, sodass sie dem Gesuchssteller das Notariatspatent grundsätzlich nicht erteilen könne, zumal im Notariatsgesetz die Gewährung von Ausnahmen nicht vorgesehen sei. Wie alle Grundrechte

könne auch die in der Verfassung garantierte Niederlassungsfreiheit Beschränkungen unterstellt werden. Zudem übe eine Urkundsperson eine hoheitliche Tätigkeit aus. Diese Funktion rechtfertige es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, solche Tätigkeiten den auf dem Kantonsgebiet Ansässigen vorzubehalten.

**C.**

Gegen den Beschluss der Notariatskommission erhob A. Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden. Er machte geltend, er habe genügenden Bezug zum Kanton Graubünden, indem er alle Schulen bis zur Maturität im Kanton Graubünden besucht habe und nun dort als Anwalt tätig sei. Für die berufliche Spezialisierung seiner Gattin bestehe in Graubünden indessen kein Markt und die gemeinsame Tochter sei in X./SZ sozial integriert. Er könne zudem das Gebiet des Kantons Graubünden innerhalb von weniger als einer Stunde erreichen. Die Verhältnismässigkeitsprüfung zu seinen Ungunsten durch die Notariatskommission sei daher unrichtig ausgefallen. Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden wies die Beschwerde mit Urteil vom 5. Februar 2013 ab.

**D.**

Mit Eingabe vom 16. April 2013 beantragt A. dem Bundesgericht, das Urteil vom 5. Februar 2013 aufzuheben. Ihm sei die Patentierung als Notar des Kantons Graubünden zu erteilen.

Die Notariatskommission des Kantons Graubünden hat darauf verzichtet, sich vernehmen zu lassen. Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden beantragt, die Beschwerde abzuweisen. Der Beschwerdeführer hält in einer weiteren Eingabe an seinen Ausführungen fest.

Die Wettbewerbskommission (WEKO) hat am 19. November 2013 einen vom Bundesgericht erfragten Amtsbericht betreffend Zulassung von ausserkantonalen Notarinnen und Notaren eingereicht. Sämtliche Verfahrensbeteiligten haben sich hierzu geäußert.

**Erwägungen:**

**1.**

[...]

**2.**

**2.1.** Die öffentliche Beurkundung, die nach dem Bundeszivilrecht Gültigkeitserfordernis verschiedener Rechtsgeschäfte ist, stellt eine Handlung der sogenannten freiwilligen oder nichtstreitigen Gerichtsbarkeit dar. Ihre Organisation ist eine öffentliche Aufgabe, die nach

Art. 55 Abs. 1 des Schlusstitels des Zivilgesetzbuches (ZGB) mit Blick auf das Verfahren grundsätzlich den Kantonen obliegt (BGE 128 I 280 E. 3 S. 281). Mithin hat das kantonale Recht zu konkretisieren, wer auf dem Kantonsgebiet zur Errichtung einer öffentlichen Urkunde sachlich zuständig ist. Neben Zuständigkeit und Form des Verfahrens sind in diesem Rahmen auch die Voraussetzungen für die Tätigkeit als Urkundsperson, die Aufgaben und Berufspflichten der Urkundsperson sowie das Gebühren- und Aufsichtswesen zu regeln (BGE 133 I 259 E. 2.1 S. 260; 131 II 639 E. 6.1 S. 645 mit Verweis auf Urteil 2P.433/1997 vom 30. Juni 1998, publ in: ZBGR 81/2000 S. 72 E. 4; vgl. auch 2P.41/2005 vom 11. August 2005 E. 3.2 [zur Entschädigungsregel von patentierten Anwälten im Kanton Graubünden]).

**2.2.** Die Kantone sehen grundsätzlich drei Formen der Organisation des Notariats vor. Beim in Zürich und Schaffhausen praktizierten *Amtsnotariat* werden die öffentlichen Urkunden ausschliesslich von staatlich angestellten Urkundspersonen erstellt (hierzu BGE 133 I 259 E. 2.2 S. 261). Das freiberuflich organisierte *lateinische Notariat* sieht dagegen vor, dass öffentliche Beurkundungen durch selbstständig erwerbstätige Notare vorgenommen werden (Kantone Aargau, Bern, Basel-Stadt, Basel-Stadt, Freiburg, Genf, Neuenburg, Jura, Tessin, Uri, Waadt, Wallis; vgl. BGE 133 I 259 E. 2.2 S. 260 f.). Beim *Gemischten Notariat* (Kantone Appenzell Innerrhoden, Appenzell Ausserrhoden, Glarus, Graubünden, Luzern, Nidwalden, Obwalden, St. Gallen, Solothurn, Schwyz, Thurgau, Zug) wird das Notariat sowohl durch Amtsnotare als auch durch freiberufliche Notare geführt (vgl. Urteil 2P.42/2007 vom 21. August 2007 E. 2.2 [Kanton Schwyz]; 2A.177/2005 vom 24. Februar 2006 E. 2.2 [Kanton Zug]; vgl. RENÉ BIBER, Die Zukunft des Amtsnotariats in der Schweiz, in: Aktuelle Themen zur Notariatspraxis: 1. Schweizerischer Notarenkongress/Schweizerischer Notarenverband SNV FSN, 2010, S. 139 ff., 141 ff.; JULIEN SCHLAEPPPI, La rémunération du notaire de tradition latine, 2009, S. 2 ff.; vgl. Wettbewerbskommission WEKO, Empfehlung Nr. 614-0002 vom 23. September 2013: Freizügigkeit für Notare und öffentliche Urkunden, S. 3 f.; LOUIS CARLE N, Notariatsrecht der Schweiz, 1976, S. 36 ff.; JÜRIG SCHMID, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Berner Kommentar, N. 21 ff. zu Art. 55 SchIT ZGB).

**2.3.** Ungeachtet der Organisationsform sehen einige Kantone eine Wohnsitzpflicht für Notare im betreffenden Kanton vor, andere nicht. Eine Wohnsitzpflicht für Notare im Kanton besteht für die Kantone Appenzell-Innerrhoden, Freiburg, Genf, Graubünden, Jura, Luzern, Neuenburg, Nidwalden, Obwalden, Schwyz, Tessin, Uri, Waadt, Wallis, Zug (vgl. etwa Art. 3 Loi sur le notariat [LN]/GE; Art. 4 lit. g Notariatsgesetz [NG]/FR). Andere Kantone sehen ein Wohnsitzerfordernis in der Schweiz (Kantone Aargau, Basel-Stadt und Bern; vgl. z.B. Art. 9 lit. e NG/BE; § 7 Abs. 1 NG/BS) vor. Keine Wohnsitzpflicht im Kanton verlangen indessen die Kantone Appenzell-Ausserrhoden, Basel-Landschaft, Glarus, Solothurn, St. Gallen und Thurgau. Die Kantone Aargau, Appenzell-Ausserrhoden und St. Gallen verlangen zwar keinen Wohnsitz, jedoch offenbar einen Geschäftssitz oder Büroräumlichkeiten im Kantonsgebiet. Auch Notare des Kantons Schaffhausen haben keine Wohnsitzpflicht,

obwohl dort ausschliesslich das Amtsnotariat vorgesehen ist (vgl. Art. 21 ff. EG ZGB/SH; zum Ganzen Amtsbericht WEKO, S. 5 f.; vgl. auch SCHLAEPPPI, a.a.O., S. 36).

**2.4.** Die Notariatstätigkeit im Kanton Graubünden obliegt im Rahmen der gemischten Organisationsform den patentierten Notaren, den Kreisnotaren (das heisst einer vom Kreisrat gewählten, amtierenden Notariatsperson; Art. 1 Abs. 2 NG/GR) und den Grundbuchverwaltern (Art. 1 Abs. 1 NG/GR). Gemäss Art. 2 Abs. 1 NG/GR sind patentierte Notarinnen und Notare „für alle öffentlichen Beurkundungen zuständig“ und „üben ihre Tätigkeit auf dem ganzen Kantonsgebiet aus“. Grundbuchgeschäfte werden von freiberuflichen, von Kreisnotaren sowie von Grundbuchverwaltern beurkundet (Art. 2 Abs. 1-3 NG/GR).

**2.5.** Der Beschwerdeführer verfügt über keinen Wohnsitz, jedoch über eine Geschäftsniederlassung im Kanton Graubünden. Er bezieht sich in seiner Beschwerdeschrift nicht ausschliesslich auf einen Kreis oder auf die Grundbuchverwaltung. Es ist davon auszugehen, dass er seine notarielle Tätigkeit im Rahmen seiner geschäftlichen Niederlassung als Rechtsanwalt in Chur/GR freiberuflich ausüben möchte (vgl. Urteil 2P.41/2005 vom 11. August 2005 E. 3.2 in fine; BGE 123 I 87 E. 2a S. 88).

### 3.

Das Bundesgericht hat sich in der Vergangenheit bereits mit der Frage auseinandergesetzt, ob Notarinnen und Notare eine Wohnsitzpflicht im Kanton auferlegt werden dürfe, wo sie ihre Tätigkeit ausüben.

**3.1.** In einer ersten Phase erachtete das Bundesgericht die Einschränkung der Niederlassungsfreiheit aufgrund von Ansässigkeitserfordernissen generell als unbedenklich. Einen innerkantonalen Wohnsitz für Beamte zu verlangen gestattete es den Kantonen etwa aus dem Grund, eine gewisse Verbundenheit des öffentlichen Angestellten mit der Bevölkerung und dem Gemeinwesen anzustreben, dessen Probleme der Beamte nicht nur aus amtlicher, sondern auch aus privater Sicht kennen sollte (BGE 103 Ia 455 E. 4a S. 457 f.). In der Folge ging das Bundesgericht dazu über, die Wohnsitzpflicht an den Kriterien der dienstlichen Notwendigkeit und der Verbundenheit mit der Bevölkerung zu messen, wobei es zugleich rein fiskalische Gründe für eine Wohnsitzpflicht ausschloss (BGE 118 Ia 410 ff. mit Hinweisen; vgl. auch BGE 120 Ia 203 E. 3a S. 205 mit Hinweisen). So wurde ein öffentliches Interesse an einer Residenzpflicht unter anderem bejaht für Beamte des Polizei- oder Feuerwehrkorps (BGE 103 Ia 455 E. 4a S. 457), für Lehrer (BGE 115 Ia 207 ff.; 108 Ia 248 ff.), für den Chef einer kommunalen Einwohnerkontrolle (Urteil 2P.134/1991 vom 3. April 1992, auf welches in BGE 118 Ia 410 E. 2 verwiesen wird), für den Aufseher einer Strafanstalt (BGE 116 Ia 382 ff.) sowie für den Gerichtsschreiber an einem Bezirksgericht (Urteil P.388/1986 vom 27. März 1987), nicht dagegen etwa bei einem Ambulanzfahrer (BGE 118 Ia 410 ff.). Im Zusammenhang mit der Wahl eines Berner Regierungsstatthalters erachtete das Bundesgericht die Wohnsitzpflicht nicht nur wegen dienstlicher Erfordernisse als sachlich gerechtfertigt, sondern auch deshalb, weil bei einem solchen Amt

eine enge Verbundenheit mit dem betreffenden Gemeinwesen vorausgesetzt werden könne (BGE 128 I 34 ff.).

**3.2.** In BGE 128 I 280 ff., wo ein Rechtsanwalt um eine Ausnahme von der Wohnsitzpflicht für die notarielle Tätigkeit im Kanton Appenzell Innerrhoden ersuchte, änderte das Bundesgericht diese Rechtsprechung. Es hielt fest, dass sich im Falle der Notare eine Wohnsitzpflicht aus Gründen der dienstlichen Präsenz oder mit dem Erfordernis der Verbundenheit mit der Bevölkerung nicht mehr aufrecht erhalten lasse (BGE 128 I 280 E. 4.3 S. 285 f.). Auch für weitere Kategorien von Bediensteten, für die früher eine Wohnsitzpflicht ohne Weiteres bejaht worden sei, lasse sich eine solche nicht mehr begründen. Einzige Ausnahme sei, wenn eine hoheitliche Tätigkeit ausgeübt werde (BGE 128 I 280 E. 4.3 S. 285). Namentlich treffe dies zu, wenn eine weitgehende Unabhängigkeit in der Ausführung der hoheitlichen Tätigkeit bestehe und diese vergleichbar sei mit *richterlichen Funktionen* oder *hohen politischen Ämtern* sowie leitenden Funktionen. Im Kern beruhe diese Sichtweise auf dem demokratischen Grundgedanken, wonach Staatsgewalt von den Staatsunterworfenen selbst ausgeübt werde. Weil im schweizerischen Bundesstaat Staatlichkeit auch den Kantonen zukomme, lasse sich eine Ansässigkeit auf dem Kantonsgebiet für hohe staatliche Funktionen weiterhin rechtfertigen (BGE 128 I 280 E. 4.3 S. 284 f.). Vorbehalten wurden überwiegende objektive oder subjektive Gründe nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip (BGE 128 I 280 E. 4.5 S. 286; 118 Ia 410 E. 2 S. 412; 115 Ia 207 E. 3c S. 211, je mit Hinweisen).

**3.3.** Im Rahmen der bisherigen Rechtsprechung ist die Tätigkeit von Urkundspersonen sodann - insbesondere im Zusammenhang mit dem Bundesgesetz über den Binnenmarkt noch vor seiner Revision im Jahr 2005 - unter den Begriff der hoheitlichen Tätigkeit subsumiert worden: So hatte das Bundesgericht im Urteil 2P.433/1997 vom 30. Juni 1998 im Zusammenhang mit der Berufsausübung eines Aargauer Notars im Kanton Solothurn die Anwendbarkeit des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt in der Fassung vom 6. Oktober 1995 (aBGBM: gültig bis 30. Juni 2006) verneint, weil die Beurkundungstätigkeit einen hoheitlichen Charakter habe (E. 2a mit Verweis auf die Urteile i.S. G. vom 12. Dezember 1996 in RDAT 1997 II Nr. 10 S. 14 ff. E. 3 f.; unveröffentlichtes Urteil i.S. S. vom 9. Mai 1994 E. 3; BGE 73 I 366 E. 2 in fine S. 372) und somit nicht den Schutz der Wirtschaftsfreiheit geniesse. Dies wurde bestätigt im bereits erwähnten BGE 128 I 280 ff. Hier hatte das Bundesgericht - nach Inkrafttreten des FZA und noch vor Erlass des Urteils des EuGH C-54/08 vom 24. Mai 2011, Slg. 2011 I 4355 ff., zur Freizügigkeit der Notare - argumentiert, die vom Kanton verliehene Beurkundungsbefugnis habe den Charakter einer übertragenen hoheitlichen Funktion, sodass die Tätigkeit nicht der Wirtschaftsfreiheit unterstehe, und das Binnenmarktgesetz, dessen Schutzwirkung sich damals mit der Wirtschaftsfreiheit deckte, nicht anwendbar sei (Art. 1 Abs. 3 aBGBM; Art. 27 BV; E. 3; vgl. auch Urteile 2P.110/2002 und 2P.264/2002 vom 6. August 2003 E. 4.2.4; 2P.237/2003 vom 29. Januar 2004 E. 4.1 und 4.2). Diese Rechtsprechung wurde in BGE 131 II 639 E. 6.1

S. 645 zur Freizügigkeit der Rechtsanwälte wiederum unter Berufung auf Art. 1 Abs. 3 aBGBM bestätigt.

**3.4.** Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden hat sich auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Binnenmarktgesetz gestützt. Es ist zum Schluss gekommen, die in Art. 12 lit. c NG/GR statuierte Wohnsitzpflicht stehe zwar mit der verfassungsrechtlichen Niederlassungsfreiheit in Widerspruch (Art. 24 BV). Diese sei jedoch unter den verfassungsrechtlich vorgesehenen Voraussetzungen (Art. 36 BV) eingeschränkt worden. Namentlich seien die Kantone für die Organisation des Notariatswesens zuständig; für solche Beeinträchtigungen der Niederlassungsfreiheit bestehe eine in Art. 12 NG/GR verankerte genügende gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV). Die einem Notar durch den Kanton verliehene Beurkundungsbefugnis habe zudem „den Charakter einer übertragenen hoheitlichen Funktion“, könne „als solche nicht unter dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) stehen“, und infolgedessen finde auch das Bundesgesetz über den Binnenmarkt „keine Anwendung“. Die Vorinstanz geht weiter davon aus, die Einschränkung der Niederlassungsfreiheit sei nicht nur gesetzeskonform, sondern auch gestützt auf öffentliche Interessen und verhältnismässig erfolgt (Art. 36 Abs. 2 und 3 BV).

**3.5.** Der Beschwerdeführer sieht in den vorinstanzlichen Erwägungen diverse Rechtsverletzungen. So verstosse das vorinstanzliche Urteil insbesondere gegen die Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV), indem sich die vorliegende Sachverhaltskonstellation erheblich von derjenigen in BGE 128 I 280 ff. unterscheide. Die vorinstanzlichen Erwägungen würden jedoch auch die Rechtsgleichheit (Art. 8 BV), das Recht auf Privatsphäre (Art. 13 BV), den Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 2 und 36 BV) und die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) verletzen.

Im Folgenden ist demnach zu prüfen, ob die in Art. 12 lit. c NG/GR verankerte Wohnsitzpflicht gegen die vom Beschwerdeführer als verletzt gerügten Verfassungsbestimmungen verstösst.

**3.6.** Gemäss Art. 24 Abs. 1 BV haben Schweizerinnen und Schweizer das Recht, sich an jedem Ort des Landes niederzulassen. Die Niederlassungsfreiheit gewährleistet damit die Möglichkeit persönlichen Verweilens an jedem beliebigen Ort der Schweiz; sie gebietet den Kantonen und Gemeinden, jedem Schweizer die Niederlassung auf ihrem Gebiet zu erlauben, und verbietet ihnen gleichzeitig, die Verlegung des einmal gewählten Wohnsitzes zu verhindern oder zu erschweren (BGE 135 I 233 E. 5 S. 248 f.; 131 I 266 E. 3 S. 269; 128 I 280 E. 4.1.1 S. 282 f.; 108 Ia 248 E. 1 S. 249; je mit Hinweisen). Dass der Beschwerdeführer verpflichtet wird, im Kanton Graubünden seinen Wohnsitz zu begründen, falls er dort als Notar zugelassen werden will, berührt - wie das Verwaltungsgericht korrekt ausführt - seine Niederlassungsfreiheit.

Die Niederlassungsfreiheit kann, wie andere Freiheitsrechte, unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV eingeschränkt werden. Danach bedürfen Einschränkungen der gesetzlichen Grundlage (Abs. 1), müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt und verhältnismässig sein

(Abs. 2 und 3); zudem ist der Kerngehalt des Grundrechts unantastbar (Abs. 4). Diese Voraussetzungen gelten auch in besonderen Rechtsverhältnissen (BGE 128 I 280 E. 4.1.2 S. 283; 111 Ia 214 E. 2a S. 216 mit Hinweisen). An einer gesetzlichen Grundlage fehlt es mithin, wenn die von der Vorinstanz zur Anwendung gebrachte Gesetzesbestimmung gegen übergeordnetes (Bundes-) Recht verstösst.

**3.6.1.** Wie eingangs dargelegt (E. 3.2), hat das Bundesgericht bereits in seiner früheren Rechtsprechung festgehalten, dass stets auch Gründe zu prüfen sind, die im konkreten Fall eine Ausnahme von einer im Kanton statuierten Wohnsitzpflicht gebieten würden (BGE 128 I 280 E. 4.5 S. 286). Das heisst, unabhängig davon, ob die Wohnsitzpflicht für eine bestimmte Kategorie von Personen grundsätzlich gerechtfertigt ist oder nicht, kann das Grundrecht der Niederlassungsfreiheit immer auch noch im konkreten Fall seine Wirkung entfalten, indem überwiegende (objektive oder subjektive) Gründe nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip eine Ausnahme erfordern (vgl. BGE 128 I 280 E. 4.2 S. 284). Denn das in Art. 36 Abs. 3 BV verankerte Verhältnismässigkeitsprinzip gebietet, dass eine Grundrechtseinschränkung zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet und erforderlich sowie für die betroffene Person zumutbar sein muss (vgl. BGE 139 I 218 E. 4.3 S. 224; 134 I 140 E. 6.2 S. 151).

**3.6.2.** Vorliegend hat der Beschwerdeführer die Notariatsprüfungen erfolgreich im Kanton Graubünden abgelegt. Insoweit in allgemeiner Weise das öffentliche Interesse an der Qualität der notariellen Tätigkeit als Ansässigkeitsanforderung herangezogen wird, ist dieses angesichts der Ausbildung des Beschwerdeführers, die im Bestimmungskanton erfolgte, und seine gleichzeitige Tätigkeit als im Kanton niedergelassener Rechtsanwalt nicht beeinträchtigt. Insofern die Notariatskommission geltend macht, im Falle eines ausserkantonalen Wohnsitzes des Beschwerdeführers ergäben sich spezifische aufsichtsrechtliche Probleme, kann dem nicht gefolgt werden: Inspektionen der Aufsichtsbehörde fänden nicht am privaten Wohnsitz, sondern in den Geschäftsräumlichkeiten des Beschwerdeführers in Chur statt und sind demnach ohne Weiteres möglich. Auch bei Anwälten etwa, die einer Aufsichts-, nicht aber einer Wohnsitzpflicht unterstehen, können Untersuchungs- und Sanktionsmassnahmen ohnehin auch im Kanton durchgeführt werden, auf dessen Gebiet sie Parteien vor Gerichtsbehörden vertreten (Art. 14 des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte; BGFA [SR 935.61]).

**3.6.3.** Im Weiteren hat es die Rechtsprechung bereits vor über zehn Jahren als kaum gerechtfertigt erachtet, dass eine erhöhte Präsenz oder spezifische Disponibilität ein Wohnsitzerfordernis im Kanton selbst erforderte (vgl. BGE 128 I 280 E. 4.4 S. 285 f.; hiervor E. 3.2). Dies muss umso mehr für den Beschwerdeführer gelten, der von seinem Wohnsitz X./SZ innerhalb von weniger als einer Stunde Fahrzeit in Chur sein kann, und damit seinen Arbeitsort schneller erreicht als von einem peripher gelegenen Wohnort innerhalb des Kantons. Die einschränkende Wirkung des Eingriffs fällt damit im konkreten Fall schwerer ins Gewicht, als das öffentliche Inte-

resse daran, die Ansässigkeit vorauszusetzen. Die Abweisung der Patentierung aufgrund des ausserkantonalen Wohnsitzes erweist sich daher als unverhältnismässig. Vor diesem Hintergrund bleibt - auch mangels hinreichender Rügen - offen, ob die gesetzliche Grundlage von Art. 12 lit. c NG/GR auch heute noch mit höherrangigem (Bundes-) Recht, namentlich mit Art. 1 Abs. 3 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt in der Fassung vom 1. Januar 2007, in Einklang stünde (Art. 36 Abs. 1 BV), wie dies die Vorinstanz annimmt.

#### 4.

**4.1.** Nach dem Gesagten ist die Beschwerde begründet. Die im kantonalen Recht festgeschriebene, dem Beschwerdeführer auferlegte Wohnsitzpflicht stellt - entgegen der Ansicht der Vorinstanz - einen unter dem Gesichtswinkel von Art. 36 Abs. 3 BV nicht zu rechtfertigenden Eingriff in seine Niederlassungsfreiheit dar (Art. 24 BV). Vom Beschwerdeführer, der das Notariatspatent des Kantons Graubünden erworben und sich dort als Rechtsanwalt niedergelassen hat, darf nicht verlangt werden, dass er auch seinen privaten Wohnsitz in den Kanton Graubünden verlegt.

**4.2.** Da ausschliesslich die Wohnsitzpflicht Streitgegenstand des Verfahrens war (vgl. oben Sachverhalt Ziff. A) und nicht festgestellt ist, ob der Beschwerdeführer auch die weiteren Zulassungsvoraussetzungen (etwa der gute Leumund oder das Fehlen eines Unvereinbarkeitsgrundes) erfüllt, ist die Sache an die Notariatskommission zu neuer Beurteilung und zu neuem Entscheid zurückzuweisen.

#### 5.

Die Beschwerde ist gutzuheissen. Das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden vom 5. Februar 2013 wird inklusive Kostenaufgabe aufgehoben und die Streitsache wird im Sinne der Erwägungen an die Notariatskommission zurückgewiesen. Dem Verfahrensausgang entsprechend werden keine Kosten erhoben (Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG). Dem Beschwerdeführer sind keine Vertretungskosten entstanden; es ist ihm keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Aus dem gleichen Grund besteht auch kein Anspruch auf Parteientschädigung im vorinstanzlichen Verfahren (Art. 68 Abs. 5 BGG).

#### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

##### 1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden vom 5. Februar 2013 aufgehoben. Die Sache wird zur neuen Prüfung des Patentierungsgesuchs im Sinne der Erwägungen an die Notariatskommission zurückgewiesen.

##### 2.

Es werden keine Kosten erhoben.

##### 3.

Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten, dem Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden, 1. Kammer, und der Wettbewerbskommission, Bern, schriftlich mitgeteilt.



**B 7**  
**Kantonale Gerichte**  
**Tribunaux cantonaux**  
**Tribunali cantonali**

**B 7**      **1. Urteil vom 11. Juni 2015 des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau betreffend Submission**

*Publikation eines kantonalen Urteils, das in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen ist (Art. 10a Abs. 2 BGBM)*

**Entscheid WBE.2015.70 vom 11. Juni 2015 des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau**

KANTON AARGAU

Verwaltungsgericht

3. Kammer

WBE.2015.70

Urteil vom 11. Juni 2015

[Besetzung]

Beschwerdeführerin      A. AG, [in Aargau]

gegen

Einwohnergemeinde Hendschiken, 5604 Hendschiken, handelnd durch den Gemeinderat

Beschwerdeverfahren betreffend Submission

Entscheid des Gemeinderats Hendschiken vom 26. Januar 2015

**Das Verwaltungsgericht entnimmt den Akten:**

**A.**

Die Einwohnergemeinde Hendschiken schrieb im Zusammenhang mit dem Neubau des Schulhauses (als Holzelementbau) den Auftrag für die GU-Gesamtausführung (ohne Abbruch des bestehenden Schulhauses und ohne Umgebungsarbeiten) im offenen Verfahren öffentlich aus. Die öffentliche Ausschreibung erfolgte u.a. im Amtsblatt des Kantons Aargau vom 24. Oktober 2014. Innert Eingabefrist gingen drei Angebote mit Eingabesummen zwischen Fr. 2'858'004.00 und Fr. 3'272'400.00 (inkl. MWSt) ein. Mit Beschluss vom 26. Januar 2015 erteilte der Gemeinderat Hendschiken den Zuschlag für die GU-Gesamtausführung der B. AG, in Y., zum Betrag von Fr. 3'041'788.00 (inkl. MWSt), der A. AG, in X., wurde die anderweitige Vergabe mit Schreiben vom 28. Januar 2015 durch Zustellung des gemeinderätlichen Protokollauszugs vom 26. Januar 2015 eröffnet.

[...]

[...]

**Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**I.**

[Formelles]

**II.**

**1.**

Gemäss § 18 Abs. 1 SubmD erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Kriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots sind insbesondere Qualität, Preis, Erfahrung, Innovation, Termin, Garantie- und Unterhaltsleistungen, Betriebs- und Unterhaltskosten, technischer Wert, Zweckmässigkeit, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, Kundendienst, Ausbildung von Lehrlingen sowie gerechte Abwechslung und Verteilung (§18 Abs. 2 SubmD). In der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen sind die Zuschlagskriterien mit ihrer Gewichtung anzugeben; fehlen diese Angaben, gilt als Zuschlagskriterium der Preis; allfällige Teilkriterien sind mit ihrer Gewichtung anzugeben (§ 18 Abs. 3 SubmD). Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Kriterien steht der Vergabebehörde dabei ein weiter Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreifen darf (vgl. vorne Erw. 1/3; Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 1998, S. 384; 2002, S. 308; Entscheid des Verwaltungsgerichts [VGE] III/8 vom 12. Januar 2015 [WBE,2014.330], S. 4; ferner MATTHIAS HAUSER, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2001, S. 1411; ELISABETH LANG, Die Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau zum Submissionsrecht, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBI] 103/2002, S. 469). Die Zuschlagskriterien müssen aber im Hinblick auf den konkret zu vergebenden Auftrag bestimmt werden (AGVE 2002, S. 308). Im Grundsatz unzulässig ist es daher, vergabefremde Kriterien heranzuziehen, d.h. Kriterien, die sich nicht auf die Wirtschaftlichkeit des Angebotes beziehen, bzw. sich nicht am Nutzen des konkreten Beschaffungsobjekts selbst messen lassen; dazu zählen namentlich regional-, Steuer- oder strukturpolitische Überlegungen (AGVE 1999, S. 296f ; 1999, S. 328; Baurecht 2000, S. 57 Nr. S10, S. 58 t Nrn. S12-17; VGE III/8 vom 12. Januar 2015 [WBE.2014.330], S. 41; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich/Basel/ Genf 2013, Rz. 872, 917 ff.; HAUSER, a.a.O., S. 1408; LANG, Die Praxis des Verwaltungs-

gericht des Kantons Aargau zum Submissionsrecht, a.a.O., S. 469; PETER GAUCH/HUBERT STÖCKLI, Vergabethesen 1999, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, S. 27 ff.).

Des Weiteren kommt der Vergabebehörde auch bei der Bewertung der einzelnen Angebote aufgrund der ausgewählten Zuschlagskriterien ein grosser Ermessensspielraum zu (AGVE 1998, S. 384; HAUSER, a.a.O., S. 1420 mit Hinweisen; LANG, a.a.O., S. 475). Das Verwaltungsgericht hat sich insbesondere bei der Überprüfung technischer und betrieblicher Aspekte, welche die Vergabebehörde aufgrund ihres Fachwissens besser beurteilen kann, Zurückhaltung aufzuerlegen (AGVE 1999, S. 328; vgl. auch Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 11. August 1997, in: Bernische Verwaltungsrechtsprechung [BVR] 1998, S. 64). Indessen muss auch die Bewertung der Offerten in sachlich haltbarer und begründbarer Weise erfolgen, ansonsten der Vergabestelle eine Ermessensüberschreitung oder sogar ein Ermessensmissbrauch anzulasten ist (AGVE 2000, S. 336; 1998, S. 384; LANG, a.a.O., S. 475). Hingegen kann es nicht Sache des Verwaltungsgerichts sein, anstelle der Vergabebehörde eine eigene Bewertung vorzunehmen (VGE 111/8 vom 12. Januar 2015 [WBE.2014.330], S. 5; vgl. zum Ganzen auch BGE 125 II 98 f. sowie Urteil des Bundesgerichts vom 2. März 2000 [2P.222/1999], Erw. 2c).

Die Vergabestelle hat sich bei der Bewertung zudem an die festgelegten und bekannt gegebenen Zuschlags- und Teilkriterien zu halten. Es dürfen keine neuen Kriterien geschaffen oder herangezogen werden. Ebenso wenig dürfen bekannt gegebene Kriterien bei der Bewertung ausser Acht gelassen werden. Die Anbietenden dürfen darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die üblichen Zuschlagskriterien - wie sie in § 18 Abs. 2 SubmD genannt sind - im herkömmlichen Sinn versteht. Andernfalls müssen sie bereits in den Ausschreibungsunterlagen möglichst detailliert umschrieben werden, damit die Anbietenden erkennen können, welchen Anforderung sie bzw. ihre Angebote genügen müssen (AGVE 2009, S. 201; 2002, S. 322 f.; 2001, S. 346).

## 2.

### 2.1.

Die öffentliche Ausschreibung der vorliegend streitigen Beschaffung nennt keine Zuschlagskriterien; Ziff. 3,4 verweist diesbezüglich auf die Ausschreibungsunterlagen (Beschwerdeantwortbeilagen 11.3 [Ordner 3], Register 1, act, 1.1). In Ziff. 1.9 der Rahmenbedingungen für die Durchführung der Generalunternehmer-Submission (Beschwerdeantwortbeilagen 11.1 [Ordner 1], Register 1) wurden folgende Zuschlagskriterien festgelegt:

Kriterien		Teilkriterien
<b>Qualität</b>	<b>40 %</b>	0.60 Qualitätssicherung (Firma, Projekt & Baustelle) 0.30 Aussage Subunternehmer & vorgeschlagene Unternehmer 0.10 Erreichbarkeit (geographische Lage)
<b>Preis</b>	<b>30 %</b>	0.80 Angebotspreis (bereinigte Summe) 0.10 Detailangaben (ausgefüllte Einzelpositionen usw.) 0.10 Erfüllungsgarantie (Nachweis Garantieleistung)
<b>Termin</b>	<b>15 %</b>	0.80 Bauprogramm 0.20 Leistungsfähigkeit (materielle & personelle Kapazitäten)
<b>Erfahrung</b>	<b>10 %</b>	0.70 Referenzen (für gleichartige Bauwerke) 0.20 Qualifikation des Schlüsselpersonales 0.10 Projektbezogenes Organigramm
<b>Lehrlinge</b>	<b>5 %</b>	1.00 Lehrlingsausbildung im eigenen Betrieb

### 2.2.

Die Auswertung der eingegangenen Angebote erfolgte nach dem folgenden Punktesystem (Beschwerdeantwortbeilagen 11.3 [Ordner 3], Register 5, act. 5.1):

Kriterien	%	Anteil	Pkt.	Aussage und Feinaufteilung
<b>Qualität</b>	<b>40 %</b>	0.60	<b>24</b>	<b>Qualitätssicherung</b> (Firma, Projekt & Baustelle) 14 Firma, Auftritt 4 Nachweise, Bescheinigungen 4 Projekt, Sicherheit, Garantie 2 Baustellenorganisation
		0.30	<b>12</b>	<b>Aussage Subunternehmer &amp; vorg. Unternehmer</b> 6 Angaben Subunternehmer 3 vorgeschlagene Subunternehmer 1 Bausumme vorgeschlagene Subunternehmer 1 benachbarte Subunternehmer 1 Bausumme benachbarte Subunternehmer

		0.10	4	<b>Erreichbarkeit (geographische Lage)</b> 2 Distanz (Autokilometer) 2 Zeit (Fahrzeiten mit dem Auto)
<b>Preis</b>	<b>30 %</b>	0.80	<b>24</b>	Angebotspreis (bereinigte Summe) 22 Angebotspreis 1 Anmerkungen Gü 1 Zahlungsplan
		0.10	<b>3</b>	<b>Detailangaben</b> (ausgefüllte Einzelpositionen usw.)
		0.10	<b>3</b>	<b>Erfüllungsgarantie</b> (Nachweis Garantieleistungen)
<b>Termin</b>	<b>15 %</b>	0.80	<b>12</b>	<b>Bauprogramm</b> 1 Vergabe 1 Baubeginn 10 Bezug
		0.20	<b>3</b>	<b>Leistungsfähigkeit</b> (materielle & personelle Kapazitäten)
<b>Erfahrung</b>	<b>10 %</b>	0.70	<b>7</b>	Referenzen (für gleichartige Bauwerke)
		0.20	<b>2</b>	Qualifikation des Schlüsselpersonales
		0.10	<b>1</b>	Projektbezogenes Organigramm
<b>Lehrlinge</b>	<b>5 %</b>	1.00	<b>5</b>	<b>Lehrlingsausbildung</b> im eigenen Betrieb
	<b>100 %</b>		<b>100</b>	<b>Punkte</b>

### 2.3.

Es wurden die folgenden unbereinigten Preisangebote (inkl. MWSt) eingereicht (Protokoll über die Offertöffnung vom 6. Januar 2015 [Beschwerdeantwortbeilagen 11.3 [Ordner 3], Register 1]):

Beschwerdeführerin	Fr. 2'858'004.00
Zuschlagsempfängerin	Fr. 3'089'777.00
weitere Anbieterin	Fr. 3'272'400.00

Aufgrund der Offertbereinigung ergaben sich folgende Angebotssummen (Beschwerdeantwortbeilagen 11.3 [Ordner 3], Register 2-4, Register 5, act. 5.2, Register 7, act. 7.1):

Beschwerdeführerin	Fr. 2'896'884.00	(100,00%)
Zuschlagsempfängerin	Fr. 3'041'788.00	(105.00 %)
weitere Anbieterin	Fr. 3'250'260.00	(112,20%)

### 2.4.

Die beiden streitbetroffenen Angebote wurden gestützt auf das unter Erw. 2.2 dargestellte Punktesystem wie folgt bewertet (Beschwerdeantwortbeilagen 11.3 [Ordner 3], Register 5, act. 5.2 und Register 6):

Zuschlagskriterium	Anbieter	Zuschlagsempfängerin	Beschwerdeführerin
<b>Qualität 40 % (40.0 Pkte.)</b>		<b>34.0</b>	<b>25.0</b>
<b>Qualitätssicherung 0.60 (24 Pkte.)</b>		<b>24.0</b>	<b>18.0</b>
Firma, Auftritt		14.0	10.0
Nachweise, Bescheinigungen		4.0	3.0
Projekt / Sicherheit / Garantie		4.0	3.0
Baustelleninstallation		2.0	2.0
<b>Aussage Subunternehmer (0.30) (12 Pkte.)</b>		<b>7.5</b>	<b>4.0</b>
Angaben Subunternehmer		4.0	3.0
vorgeschlagene Subunternehmer		1.0	0.5
Bausumme vorgeschlagene Subunternehmer		1.0	0.0
benachbarte Subunternehmer		0.5	0.5

Bausumme benachbarte Subunternehmer	1.0	0.0
<b>Erreichbarkeit (Lage) (0.10) (4 Pkte.)</b>	<b>2.5</b>	<b>3.0</b>
Distanz (Autokilometer)	1.0	1.5
Zeit (Fahrzeiten mit Auto)	1.5	1.5
<b>Preis 30 % (30.0 Pkte.)</b>	<b>25.0</b>	<b>30.0</b>
<b>Angebotspreis (0.80) (24 Pkte.)</b>	<b>19.0</b>	<b>24.0</b>
Angebotspreis (bereinigte Summe)	17.5	22.0
Angebotspreis (Eingabesumme)		
Anmerkungen GU	1.0	1.0
Zahlungsplan / Zahlungszeiten	0.5	1.0
<b>Detailangaben (Einzelpos.) (0,10) (3 Pkte.)</b>	<b>3.0</b>	<b>3.0</b>
<b>Erfüllungsgarantie (0,10) (3 Pkte.)</b>	<b>3.0</b>	<b>3.0</b>
<b>Termin 15 % (15.0 Pkte)</b>	<b>14.5</b>	<b>13.0</b>
<b>Bauprogramm (0.80) (12 Pkte.)</b>	<b>11.5</b>	<b>12.0</b>
Vergabe	0.5	1.0
Baubeginn	1.0	1.0
Bezug	10.0	10.0
Leistungsfähigkeit (Mat.&Pers.)(0.20)(3Pkte.)	<b>3.0</b>	<b>1.0</b>
<b>Erfahrung 10 % (10.0 Pkte.)</b>	<b>9.5</b>	<b>6.5</b>
<b>Referenzen (0.70) (7 Pkte.)</b>	<b>7.0</b>	<b>5.0</b>
Schulbauten / Kindergarten	7.0	
<b>Qual. Schlüsselpersonal (0.20) (2Pkte.)</b>	<b>1.5</b>	<b>1.0</b>
<b>Projektbez. Organigramm (0.10) (1 Pkt.)</b>	<b>1.0</b>	<b>0.5</b>
<b>Lehrlinge 5 % (5Pkte.)</b>	<b>2.5</b>	<b>5.0</b>
<b>Lehrlingsausbildung in GU-Betrieb (1.00) (5 Pkte.)</b>	<b>2.5</b>	<b>5.0</b>
<b>Total</b>	<b>85.5</b>	<b>79.5</b>

## 2.5.

Die Beschwerdeführerin rügt eine unzulässige Abänderung und Ergänzung der angekündigten Zuschlagskriterien und eine unrechtmässige Bewertung ihres Angebots. Es seien nicht in den Rahmenbedingungen angekündigte Kriterien bewertet worden. Beim Kriterium „Qualitätssicherung (Firma, Projekt & Baustelle)“ hätte der Aspekt „Firma, Auftritt“ nicht bewertet werden dürfen, da er mit der Qualitätssicherung nichts zu tun habe, nicht angekündigt worden und auch nicht leistungsrelevant sei. Auch die Aspekte „Nachweise, Bescheinigungen“, „Sicherheit“ und „Garantie“ seien nicht angekündigt worden und somit nicht rechtmässig. Dasselbe gelte für die bei der Bewertung erfolgte Unterteilung des Kriteriums „Aussage Subunternehmer & vorgeschlagene Unternehmer“ (Verwaltungsgerichtsbeschwerde, S. 2 f.). Bei ihrem Angebot seien zudem bei verschiedenen Kriterien („Firma, Auftritt“, „Nachweise, Bescheinigungen“, „Projekt/Sicherheit/Garantie“, „Angaben Subunternehmer“) nicht nachvollziehbare und nicht gerechtfertigte Abzüge gemacht worden; hier müssten ihr 9 weitere Punkte erteilt werden. Mit den Kriterien „Vorgeschlagene Subunternehmer“ und „Bausumme vorgeschlagene Subunternehmer“ seien faktisch Direktvergaben zugunsten der von der Gemeinde vorgeschlagenen Subunternehmer erfolgt, was nicht rechtmässig sei. Diese Kriterien seien daher zu streichen. Die Kriterien „benachbarte Subunternehmer“ und „Bausumme benachbarter Subunternehmer“ verstiesse gegen den Binnenmarkt, die Gleichbehandlung und die Wirtschaftlichkeit und seien ebenfalls zu streichen. Auch das Kriterium der Erreich-

barkeit sei diskriminierend und zu streichen. Zu überprüfen sei überdies, ob der Preis nicht zu wenig streng beurteilt worden sei (Verwaltungsgerichtsbeschwerde, S. 3 ff.; vgl. auch Replik, S. 2 ff.).

Demgegenüber ist die Vergabestelle der Ansicht, die Gemeinde habe die Bewertung gemäss den allen Submissionsteilnehmenden in gleicher Weise bekannten Rahmenbedingungen/Kriterien und unter Einhaltung der Vorgaben des SubmD vorgenommen (Beschwerdeantwort, S. 4; Eingabe vom 2. April 2015).

## 3.

### 3.1.

Die Gewichtung des Zuschlagskriteriums „Preis“ beträgt gemäss den Ausschreibungsunterlagen lediglich 30 %. Dem bereinigten Angebotspreis kommt sogar ein Gewicht von nur 22 % zu, denn unter dem Zuschlagskriterium „Preis“ wurden auch noch weitere mehr oder minder kostenrelevante Gesichtspunkte wie Zahlungsplan/Zahlungszeiten, Detailangaben zu Einzelpositionen oder die Erfüllungsgarantie bewertet (vgl. Erw. 2 oben). Die Bewertung der bereinigten Angebotspreise erfolgte linear, wobei das preislich günstigste Angebot die Maximalpunktzahl von 22 Punkten erhielt und das teuerste Angebot noch die halbe Punktzahl, d.h. 11 Punkte (Beschwerdeantwortbeilagen 11.3 [Ordner 3], Register 6, act. 6.1).

### 3.2.

Dem Zuschlagskriterium „Preis“ kommt zwar nicht grundsätzlich ein höheres Gewicht zu als den übrigen

Kriterien (GALLI/MOSERE/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 879). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts darf die Gewichtung des Preises allerdings auch bei komplexen Beschaffungen 20 % nicht unterschreiten, ansonsten der Grundsatz, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhalten soll, seines Gehalts entleert werde (BGE 129 II 313 ff., 327). Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden hat in einem Urteil vom 14. März 2014 festgehalten, dem Preis komme bei der Mehrzahl der öffentlichen Arbeitsvergaben „in markanter Weise das Hauptgewicht zu“. Es könne dabei als allgemeine Faustregel gesagt werden, dass dem Preis umso höheres Gewicht zuzuerkennen sei, je einfacher der Schwierigkeitsgrad der Auftragserfüllung sei. Bei Aufgaben mittlerer Komplexität solle die Gewichtung des Preises in der Regel nicht weniger als 50 % betragen (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden vom 18. März 2014 [U 14 9], Erw. 2 mit Hinweis). Auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat erklärt, der Preis dürfe bei einer Vergabe, deren Gegenstand nicht als überdurchschnittlich komplex bezeichnet werden könne, nicht nur mit 20 % gewichtet werden (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 12. Januar 2011 [VB.2010.00568], Erw. 5.5; vgl. auch Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 8. September 2010 [VB.2009.00393], Erw. 4.2).

### 3.3.

Vorliegend geht es um die Vergabe eines Generalunternehmerauftrags für die Erstellung eines neuen Schulhauses. Vorgesehen ist ein zweigeschossiger Neubau. In den Rahmenbedingungen ist unter Ziff. 1.3 folgender zusammenfassender Projektbeschrieb enthalten (Beschwerdeantwortbeilagen 11.1 [Ordner 1], Register 1):

„Ein exakt gesetzter neuer zweigeschossiger Neubau ersetzt das bestehende Schulhaus aus den 60-er Jahren.

Das einfach organisierte Unterstufenschulhaus mit 4 Klassenzimmern und Gruppenräumen wird durch eine zweigeschossige Halle erschlossen, welche auch für kleine Veranstaltungen und als Aula dienen.

An das bestehende Untergeschoss von Gebäude 377 wird seitlich ein neuer UG-Bereich angefügt Rohbau im Untergeschoss in Stahlbeton. Innenwände im UG in Kalksandstein. Der zweigeschossige Neubau wird auf die bestehende/neue UG-Decke bzw. Fundamentplatte in einer Holzelementbauweise erstellt.“

In Ziff. 1.4 der Rahmenbedingungen wird unter dem Titel „Zielsetzungen und Aufgabenstellung“ festgehalten, dass das Gebäude als neues und zeitgemässes Schulhaus ab Oktober 2015 genutzt werden soll und mit moderner, effizienter Infrastruktur und Haustechnik ausgerüstet sein werde. Das Bauwerk sei als Minergiegebäude geplant. Das Bauwerk werde „innert kurzer Bauzeit und unter Kostendruck“ erstellt. Trotzdem müsse es die

funktionalen und ästhetischen Ansprüche des Bauherrn vollauf befriedigen. Die Innovation bestehe darin, durch geschickte Konzepte, Detaillierung und Materialisierung diese Ziele zu erreichen. Gemäss Ziff. 1.5 der Rahmenbedingungen haben die Angebote die komplette bezugsbereite und mängelfreie Anlage zu beinhalten sowie die Kostenvorgaben und Termine zu bestätigen.

Der detaillierte Projektbeschrieb ergibt sich aus Teil 02 („Projekt“) der Ausschreibungsunterlagen (Beschwerdeantwortbeilagen 11.1 [Ordner 1], Register 2).

Aufgrund der Ausschreibungsunterlagen ist beim vorliegenden Generalunternehmerauftrag von einer durchschnittlich komplexen Beschaffung auszugehen. Aus den zur Verfügung stehenden Unterlagen ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Erstellung des Schulhausneubaus in Holzelementbauweise für den Generalunternehmer mit ausserordentlichen Schwierigkeiten (z.B. ungewöhnlich problematische Baugrundverhältnisse) verbunden wäre. Auch von Seiten der Vergabestelle wird nichts Derartiges vorgebracht (vgl. deren Eingabe vom 2. April 2015). Für eine gewisse Komplexität der Aufgabe sprechen höchstens der bestehende Termin- und Kostendruck, wobei sich gerade letzterer aber nicht als Argument für eine tiefe Preisgewichtung anführen lässt. Im Gegenteil. Vor diesem Hintergrund ist die Gewichtung des bereinigten Angebotspreises mit lediglich 22 % als mit dem Grundsatz, dass der Zuschlag dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen ist, nicht zu vereinbaren. Dem bereinigten Angebotspreis hätte im vorliegenden Fall vielmehr ein Gewicht von mindestens 50 % zukommen müssen, zumal gemäss Vergabestelle die kostengünstige Realisierung des Vorhabens ein wesentliches Ziel der Vergabe des GU-Auftrags ist.

### 3.4.

Nicht zu beanstanden ist demgegenüber die von der Vergabestelle zur Anwendung gebrachte Preisbewertungsmethode, nach welcher das teuerste bereinigte Angebot, das lediglich rund 12 % über dem preisgünstigsten liegt, noch die halbe Punktzahl erhalten hat (Beschwerdeantwortbeilagen 11.3 [Ordner 3], Register 6, act. 6.1).

### 3.5.

Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen wird im Übrigen dem bereinigten Angebotspreis ein Gewicht von 50 % (anstelle von nur 22 %) zugemessen. Die restlichen preisrelevanten Kriterien (Anmerkungen GU, Zahlungsplan/Zahlungszeiten, Detailangaben und Erfüllungsgarantie) sind unbestritten. Damit ergibt sich aufgrund der von der Vergabestelle gewählten und nicht zu beanstandenden Preisbewertungsmethode die folgende angepasste Preisbewertung (in Punkten):

Anbieter	Beschwerdeführerin	Zuschlagsempfängerin
Zuschlagskriterium Preis		
bereinigter Angebotspreis	50	39.75
Anmerkungen GU	1	1
Zahlungsplan/Zahlungszeiten	1	0.5
Detailangaben	3	3

Erfüllungsgarantie	3	3
Total Preis	58	47.25

Somit resultiert beim Preis ein Vorsprung der Beschwerdeführerin von neu 10.75 Punkten statt 5 Punkten.

#### 4.

##### 4.1.

Das ebenfalls streitige Zuschlagskriterium „Qualität“ ist in den Rahmenbedingungen in die drei Subkriterien „Qualitätssicherung (Firma, Projekt & Baustelle)“, „Aussage Subunternehmer & vorgeschlagene Unternehmer“ sowie „Erreichbarkeit (geographische Lage)“ unterteilt worden (vgl. Erw. 2.1). Für die Bewertung wurden diese Subkriterien noch weiter unterteilt. So wurden unter dem Subkriterium „Qualitätssicherung (Firma, Projekt & Baustelle)“ Kriterien wie „Firma, Auftritt“, „Nachweise, Bescheinigungen“, „Projekt, Sicherheit, Garantie“ und „Baustellenorganisation“ beurteilt, Bewertungsgesichtspunkte für das Subkriterium „Firma“ bzw. „Firma, Auftritt“ waren „Qualitätssicherung für ein schlüsselfertiges Schulhaus in Holzelementbauweise“, „Erfahrung als GU im Holzelementbau und Marktbekanntheit“, „Dokumentation, Portrait und detaillierte Angaben der Firma bzw. Partnerfirma“, „Aussagen zu Qualität, Kundendienst und Garantieleistungen“. Unter „Projekt, Sicherheit, Garantie“ wurden „Objektspezifische Aussagen und Erfüllung der Qualitätsansprüche“, „Aussagen zum Projektablauf Effizienz und Know-how“ sowie „Aussagen zur Baustellenorganisation und Arbeitssicherheit vor Ort“ betrachtet. Unter dem Subkriterium „Aussage Subunternehmer & vorg. Unternehmer“ wurde beurteilt, ob und in welchem Umfang im Angebot für die Arbeitsgattungen bereits Subunternehmer benannt (definiert) wurden, ob vorgeschlagene Subunternehmer (gemäss Liste der Gemeinde) und benachbarte Subunternehmer berücksichtigt wurden, zusätzlich jeweils unter Berücksichtigung der Bausumme der betreffenden Arbeitsgattung. Beim Subkriterium „Erreichbarkeit (geographische Lage)“ wurden die Distanz (Autokilometer) und die Zeit (Fahrzeit mit Auto) bewertet (Beschwerdeantwortbeilagen 11.3 [Ordnung 3], Register 6, act. 6.1).

Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, die Vergabestelle habe beim Zuschlagskriterium „Qualität“ Kriterien bewertet, die nicht in den Rahmenbedingungen enthalten gewesen und somit nicht angekündigt worden seien. Dies gelte insbesondere für die Kriterien „Firma, Auftritt“, „Nachweise, Bescheinigungen“, „Projekt/Sicherheit/Garantie“ sowie für die verschiedenen unter „Aussage Subunternehmer & vorgeschlagene Subunternehmer“ bewerteten Kriterien. Letztere seien überdies binnenmarktwidrig und widersprächen der Gleichbehandlung. Der Aspekt „Firma, Auftritt“ betreffe sodann das Image und habe mit Qualitätssicherung nichts zu tun. Das Kriterium „Erreichbarkeit“ schliesslich widerspreche ebenfalls dem Binnenmarkt und der Gleichbehandlung. Mit dessen Aufteilung in „Distanz (Autokilometer)“ und „Zeit (Fahrzeiten mit Auto)“ werde zudem zweimal das Gleiche bewertet (Verwaltungsgerichtsbeschwerde, S. 2 ff.; Replik, S. 2).

##### 4.2.

Kriterien, die einen Bezug zu einem bestimmten Ort haben, sind dann zulässig, wenn für die konkrete Beschaffung ein schnelles Intervenieren des beauftragten Unternehmens erforderlich ist, wie dies etwa bei Unterhaltsverträgen für Liftanlagen oder gewissen Informatikanlagen der Fall sein kann (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 922 mit Hinweis). Nicht nachzuvollziehen ist hingegen, inwieweit zwischen der "Erreichbarkeit (geographische Lage)" und der "Qualität" der angebotenen GU-Leistung im vorliegenden Fall ein sachlicher Zusammenhang bestehen soll. Die Erreichbarkeit oder wohl eher die Präsenz des Unternehmers bzw. der Bauleitung und des Personals vor Ort auf der Baustelle hängt nicht von der örtlichen Distanz zwischen Firmensitz und Baustelle ab, sondern ist vorab eine organisatorische Frage. Inwiefern ein näher am Bauort gelegener Firmensitz auch eine bessere Erreichbarkeit oder gar eine bessere Qualität bedeuten soll, ist nicht ersichtlich. Hinzu kommt, dass eine solche unterschiedliche Bewertung aufgrund der geographischen Lage gegen das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 6. Oktober 1995 (SR 943.02) verstösst, wie die Beschwerdeführerin zu Recht vorbringt. Zutreffend ist auch deren Einwand, durch die Unterteilung in „Distanz (Autokilometer)“ und „Zeit (Fahrzeiten mit Auto)“ werde zweimal dasselbe bewertet. Das Teilkriterium „Erreichbarkeit (geographische Lage)“ ist damit im vorliegenden Fall als solches klar unzulässig und muss deshalb bei der Bewertung ausser Acht fallen. Bei der Beschwerdeführerin sind damit 3 Punkte und bei der Zuschlagsempfängerin 2.5 Punkte aus der Bewertung zu streichen.

##### 4.3.

Gemäss § 11 Abs. 1 SubmD muss bei der Vergabe eines Auftrags an ein General- oder Totalunternehmen jedes an der Ausführung beteiligte Subunternehmen die Bedingungen gemäss den §§ 3 und 10 SubmD erfüllen. Vergaben an General- oder Totalunternehmen können mit der Auflage verbunden werden, sich bei der Weitervergabe an die Vorschriften des SubmD zu halten. Die Vergabestelle kann „die Bekanntgabe der Namen und den Sitz aller an der Ausführung des Auftrags beteiligten Subunternehmen verlangen“ (§ 11 Abs. 2 SubmD).

Im vorliegenden Fall hat die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen der Generalunternehmer-Submission das Teilkriterium „Aussage Subunternehmer & vorgeschlagene Unternehmer“ als Bestandteil des Zuschlagskriteriums „Qualität“ definiert (siehe Erw. 2.1). Der Vergabestelle ging es hier darum, „ortsansässige Unternehmen und Personen (Steuerzahler, Gewerbe, Angestellte usw.) aus dem Dorf oder der näheren Umgebung im Vergabeprozess“ mitberücksichtigen zu können (Beschwerdeantwortbeilagen 11.3 [Ordnung 3], Register 6, act. 6.1). Die Ausschreibungsunterlagen enthielten entsprechend eine umfangreiche Liste von möglichen Subunternehmern für die einzelnen Arbeitsgattun-

gen. Dabei handelt es sich vorwiegend um lokale bzw. regionale Unternehmungen (Beilage 6 zum Eingabeformular für die Generalunternehmerofferte [Beschwerdeantwortbeilagen 11.1, Ordner 1, Register 3]). In der Beilage 7 zum Eingabeformular hatten die Anbieter die Subunternehmer aufzulisten. Grundsätzlich muss es zulässig sein, dass die Auftraggeberin im (sachlich) begründeten Einzelfall einen vom Anbieter genannten Subunternehmer zurückweisen kann. Sodann kann die Vergabestelle auch bestimmte Leistungen explizit vom Angebot für den Gesamtauftrag ausnehmen und den Anbietenden diesbezüglich einen von ihr selbst bestimmten bzw. durch eine korrekte „Vorsubmission“ ermittelten Subunternehmer (und dessen Offerte) vorgeben. Dies ist möglich, wenn der betreffende Subunternehmerauftrag entweder direkt (freihändig) vergeben werden kann oder der vorgegebene Subunternehmer bereits vorgängig in einem ordentlichen Submissionsverfahren (z.B. Einladungsverfahren) ermittelt worden ist. In diesem engen Rahmen besteht die Möglichkeit, in der Generalunternehmer-Submission lokale Subunternehmer vorzugeben.

Vorliegend hat die Vergabestelle in der Ausschreibung weder klar verlangt, dass die Subunternehmer in der Offerte zu benennen sind, noch hat sie einzelne - aufgrund einer rechtmässigen Vorsubmission bestimmte - Subunternehmer verbindlich vorgegeben. Sie hat sich vielmehr darauf beschränkt, den Anbietern in den Ausschreibungsunterlagen eine Reihe möglicher (bzw. von ihr gewünschter) Subunternehmer zu benennen. Diejenigen GU-Angebote, welche diese Auswahl möglichst umfassend berücksichtigt haben, wurden beim Teilkriterium „Aussage Subunternehmer & vorgeschlagene Unternehmer“ dann besser bewertet. Die Bewertung der Aspekte „benachbarte Subunternehmer“ und der „Bausumme benachbarter Subunternehmer“ beim Teilkriterium „Aussage Subunternehmer & vorg. Unternehmer“ ist klarerweise unzulässig. Zum einen ist ein sachlicher Zusammenhang mit dem Zuschlagskriterium „Qualität“ nicht ersichtlich; zum anderen ist der Einbezug solcher Aspekte, die ausschliesslich der Förderung bzw. Bevorzugung des lokalen und regionalen Gewerbes dienen, in die Bewertung klarerweise binnenmarktgesetzwidrig. Fragwürdig erscheint es aber auch, unter dem Zuschlagskriterium „Qualität“ zu bewerten, ob und in welchem Umfang im Angebot für die Arbeitsgattungen bereits Subunternehmer benannt (definiert) wurden. Eine solche Bewertung würde nur dann Sinn machen, wenn die von den vorgeschlagenen Subunternehmern zu entartende Qualität (z.B. aufgrund deren Erfahrung, Referenzen) auch näher geprüft und beurteilt worden wäre. Dies war vorliegend nicht der Fall. Bewertet wurde lediglich, ob und in welchem Umfang die Subunternehmer für die einzelnen Arbeitsgattungen bereits bestimmt worden waren (vgl. Beschwerdeantwortbeilagen 11.3 [Ordner 3], Register 6, act 6.1). Es scheint damit gerechtfertigt das Teilkriterium „Aussage Subunternehmer & vorgeschlagene Unternehmer“ für die Bewertung ausser Acht zu lassen. Bei der Beschwerdeführerin sind damit 4 Punkte und bei der Zuschlagsempfängerin 7.5 Punkte aus der Bewertung zu streichen.

#### 4.4.

Im Sinne eines Zwischenergebnisses ist festzuhalten, dass bereits die angepasste Preisbewertung sowie die Streichung der Teilkriterien „Erreichbarkeit“ und „Aussage Subunternehmer & vorgeschlagene Unternehmer“ beim Zuschlagskriterium „Qualität“ bei der Gesamtbewertung dazu führt, dass die Beschwerdeführerin neu vor der bisherigen Zuschlagsempfängerin auf den ersten Rang zu liegen kommt, selbst wenn sich sämtliche weiteren von ihr erhobenen Rügen als unbegründet erweisen würden. Die Beschwerdeführerin weist aufgrund der angepassten Bewertung beim Zuschlagskriterium Preis einen Vorsprung von 10.75 Punkten auf. Beim neu auf die „Qualitätssicherung“ beschränkten Zuschlagskriterium „Qualität“ hat sie einen Rückstand von 6 Punkten. Der aus der Bewertung dieser beiden Zuschlagskriterien resultierende Vorsprung von 4,75 Punkten der Beschwerdeführerin wird durch die zugunsten der Zuschlagsempfängerin ausgefallene Bewertung bei den Zuschlagskriterien „Termin“ (14.5 bzw. 13) und „Erfahrung“ (9.5 bzw. 6.5) nicht vollständig kompensiert, zumal die Gewichtung dieser Kriterien reduziert werden müsste, um das Gesamtgewicht der Zuschlagskriterien von 100 % beizubehalten. Entsprechend würden die bei der Bewertung dieser Kriterien erzielten Punkte bei beiden Anbieterinnen noch etwas niedriger ausfallen. Beim Zuschlagskriterium „Lehrlinge“ schliesslich hat die Beschwerdeführerin das Punktemaximum erreicht, die Zuschlagsempfängerin hingegen nur die halbe Punktzahl.

#### 4.5.

Vor diesem Hintergrund erübrigt es sich, auf die weiteren gegen die Zuschlagskriterien bzw. die einzelnen Subkriterien sowie gegen die Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin gerichteten Rügen näher einzugehen, zumal es sich hier zum Teil auch um Ermessensfragen handelt. Immerhin ist der Beschwerdeführerin darin beizupflichten, dass sich die einzelnen bewerteten Aspekte den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien teilweise nur schwer oder gar nicht zuordnen lassen. So wurde etwa unter dem Teilkriterium „Qualitätssicherung (Firma, Projekt & Baustelle)“ in erster Linie die „Firma“, aufgeteilt in die Aspekte „Firma, Auftritt“ und „Nachweise, Bescheinigungen“ beurteilt. Die Beurteilung von „Firma, Auftritt“ erfolgte aufgrund folgender Bewertungspunkte (Beschwerdeantwortbeilagen 11.3 [Ordner 3], Register 6, act 6.1):

- Qualitätssicherheit für ein schlüsselfertiges Schulhaus in Holzelementbauweise
- Erfahrung als GU im Holzelementbau und Marktbekanntheit
- Dokumentation, Portrait und detaillierte Angaben der Firma bzw. Partnerfirma
- Aussagen zu Qualität, Kundendienst und Garantieleistungen

Für die „Nachweise, Bescheinigungen“ galten die folgenden Bewertungsgesichtspunkte (Beschwerdeantwortbeilagen 11.3 [Ordner 3], Register 6, act 6.1):

- ISO-Zertifizierung, Hochbaupartnerschaften oder weitere Fachverbände

- Versicherungsnachweise, weitere Dokumente und Bestätigungen wie Betreibungen, Zahlungen, Pensionskassen usw.

Die Qualitätssicherung wird üblicherweise als Bestandteil des Qualitätsmanagements verstanden und umfasst alle organisatorischen und technischen Massnahmen, die vorbereitend, begleitend und prüfend der Schaffung und Erhaltung einer definierten Qualität eines Produkts oder einer Dienstleistung dienen. Der Begriff der Qualitätssicherung wird insbesondere im Zusammenhang mit dem Qualitätsmanagementsystem eines Unternehmens sowie der Zertifizierungen nach ISO 9000 verwendet. Vor diesem Hintergrund sind die von der Vergabestelle darunter beurteilten Gesichtspunkte zumindest teilweise, jedenfalls soweit sie den „Auftritt“ betreffen (z.B. Marktbekanntheit, Dokumentationen, Portrait), eher ungewöhnlich. Ihr Bezug zur Qualitätssicherung des Unternehmens (im herkömmlichen Sinn) ist, wie die Beschwerdeführerin zu Recht rügt (Replik, S. 2 f.), nicht ersichtlich. Zu erwarten wäre hier aufgrund des Wortlautes der Ausschreibung – „Qualitätssicherung (Firma, Projekt & Baustelle)“ - vielmehr die Beurteilung von Aspekten wie das Vorhandensein eines Qualitätsmanagementsystems (z.B. nach ISO 9001 oder firmeneigen) sowie von konkrete Angaben zur projekt- und baustellenbezogenen Qualitätssicherung. Die ISO-Zertifizierung ist vorliegend immerhin bei den „Nachweisen, Bescheinigungen“ berücksichtigt worden.

Klarerweise unzulässig ist die Bewertung von Versicherungsnachweisen, weiteren Dokumenten und Bestätigungen wie Betreibungen, Zahlungen, Pensionskassen etc. im Rahmen der Zuschlagskriterien. Sind solche Unterlagen von der Vergabestelle klar verlangt worden - was hier allerdings nicht der Fall war - und fehlen sie im Angebot, so erweist sich das Angebot als unvollständig und der Anbieter ist grundsätzlich von der Vergabe auszuschliessen, es sei denn, der Ausschluss wäre unverhältnismässig, weil die geforderten Unterlagen lediglich versehentlich nicht beigelegt wurden.

## 5.

Das Verwaltungsgericht kann gemäss § 27 Abs. 1 SubmD die Zuschlagsverfügung aufheben und die Beschwerdesache mit oder ohne verbindliche Anordnungen an die Vergabestelle zurückweisen. Aus dem Gesetzeswortlaut geht indes nicht klar hervor, ob das Verwaltungsgericht die Rückweisung mit der Anordnung verbinden darf, einem bestimmten Anbieter den Zuschlag zu erteilen. Bei der Beratung von § 27 SubmD in der Kommission des Grossen Rates wurde zu dieser Frage ausgeführt, aufgrund des Wortlautes sei eine solche Anordnung „im Prinzip ausgeschlossen“ (Protokoll der grossrätlichen Kommission vom 4. September 1996, S. 25 [Votum Pfisterer]). Angesichts des erheblichen Ermessensspielraums, welcher der Vergabebehörde bei der Zuschlagserteilung zukommt, wird das Verwaltungsgericht, dem nur eine Rechts-, aber keine Ermessenskontrolle zusteht (§ 25 Abs. 3 SubmD), höchstens in

Ausnahmefällen, in denen die Vergabebehörde aufgrund der besonderen Umstände des Falles kein Ermessen mehr hat, verbindliche Anweisungen bezüglich des Zuschlags erteilen (AGVE 1997, S. 360).

Im vorliegenden Fall verzichtet die Vergabestelle jedoch auf eine Ausübung des ihr im Fall der Rückweisung allfällig zukommenden Ermessens, indem sie ausdrücklich eine Zuschlagserteilung durch das Verwaltungsgericht beantragt (Eingabe vom 2. April 2015). Die Zuschlagsempfängerin hat sich am vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht beteiligt und keine Anträge gestellt (vgl. vorne lit. B.4). Auch insofern steht einer ausnahmsweisen direkten Zuschlagserteilung durch das Verwaltungsgericht nichts entgegen.

## 6.

Zusammenfassend ist die Beschwerde gutzuheissen und der an die B. erteilte Zuschlag ist aufzuheben. Dem Antrag der Vergabestelle entsprechend ist der Zuschlag neu an die Beschwerdeführerin zu erteilen.

## III.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten zu Lasten der Staatskasse (§ 31 Abs. 2 VRPG), nachdem der Vergabestelle (welcher Parteistellung zukommt, § 13 Abs. 2 lit. e VRPG) nicht vorgeworfen werden kann, sie hätte schwerwiegende Verfahrensmängel begangen oder willkürlich entschieden (§ 31 Abs. 2 Satz 2 VRPG). Parteikosten sind keine zu ersetzen (§ 32 Abs. 2 und § 29 VRPG).

## Das Verwaltungsgericht erkennt:

### 1.

#### 1.1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der an die B. AG erteilte Zuschlag vom 26. Januar 2015 aufgehoben.

#### 1.2.

Der Zuschlag für den Generalunternehmerauftrag Neubau Schulhaus in Holzelementbauweise wird an die A. AG zum Preis von Fr. 2'896'884.00 (inkl. MWSt) erteilt,

### 2.

Die verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten gehen zu Lasten des Staates.

### 3.

Es werden keine Parteikosten ersetzt.

Zustellung an:

- die Beschwerdeführerin
- die Einwohnergemeinde Hendschiken (Gemeinderat)
- die Wettbewerbskommission (WEKO)

[Rechtmittelbelehrung]



**Abkürzungsverzeichnis**

Registre des abréviations  
Indice delle abbreviazioni

**A**

AF Arrêté fédéral  
AIMP Accord intercantonal sur les marchés publics  
AJP Aktuelle juristische Praxis (=PJA)  
Amtl. Bull. Amtliches Bulletin  
AS Amtliche Sammlung des Bundesrechts  
ATF Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

**B**

BA Bundesamt  
BB Bundesbeschluss  
BBI Bundesblatt  
BG Bundesgesetz  
BGBM Bundesgesetz über den Binnenmarkt  
BGE Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung  
BGer Bundesgericht  
BOCE Bulletin officiel du Conseil des Etats  
BOCN Bulletin officiel du Conseil national  
BoeB Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen  
BR Bundesrat  
BR/DC Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction  
BUCN Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale  
BUCSt Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati  
BV Bundesverfassung  
BZP Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

**C**

CC Code civil  
CE Communauté Européenne  
CE Conseil des Etats  
CF Conseil fédéral  
FR. Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri  
CO Code des obligations  
Cost. Costituzione federale  
CPC Code (cantonal) de procédure civile  
CPS Code pénal suisse  
cst. Constitution fédérale

**D**

DCP Diritto e politica della concorrenza (=RPW)  
DPC Droit et politique de la concurrence (=RPW)  
DG Direction Générale (UE)

**E**

EU Europäische Union

**F**

FF Feuille fédérale  
FMG Fernmeldegesetz

**G**

GATT General Agreement on Tariffs

GebrV

GRUR

GU

**H**

HGer Handelsgericht  
HMG Heilmittelgesetz

**I**

IPRG Bundesgesetz über das internationale Privatrecht  
IVöB Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

**J**

JAAC Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération  
JdT Journal des Tribunaux

**K**

KG Kartellgesetz  
KMU Kleine und mittlere Unternehmen  
KSG Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit  
KVG Bundesgesetz über die Krankenversicherung

**L**

LAA Loi fédérale sur l'assurance-accidents  
LAMal Loi fédérale sur l'assurance-maladie  
LCA Loi fédérale sur le contrat d'assurance  
LCart Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence  
LCD Loi fédérale contre la concurrence déloyale  
LCsl Legge federale contro la concorrenza sleale  
LDA Loi fédérale sur le droit d'auteur  
LDIP Loi fédérale sur le droit international privé  
LETC Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce  
LF Loi fédérale / Legge federale  
LL Legge federale sul lavoro  
LMG Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände  
LMI Loi fédérale sur le marché intérieur  
LMP Loi fédérale sur les marchés publics  
LOTG Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio  
LPM Loi fédérale sur la protection des marques  
LRFP Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits  
LSPR Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi

**M****N****O**

O Ordonnance  
OCDE Organisation de Coopération et de Développement Economique  
OCSE Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

and Trade  
Verordnung über  
Gebrauchsgegenstände  
Gewerblicher Rechtsschutz  
und Urheberrecht  
Gemeinschaftsunternehmen

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce		
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	<b>T</b>	
OR	Obligationenrecht	TA	Tribunal administratif
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TApp	Tribunale d'Appello
		TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
<b>P</b>		THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale		
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)		
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	<b>U</b>	
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UE	Union Européenne
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
		URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
<b>Q</b>			
<b>R</b>		<b>V</b>	
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
REKOWEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)		
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	<b>W</b>	
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RR	Regierungsrat	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)		
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	<b>X</b>	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	<b>Y</b>	
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	<b>Z</b>	
		ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
<b>S</b>		ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt	ZPO	Zivilprozessordnung
SJ	La semaine judiciaire	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

## Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
  - abgestimmte Verhaltensweise 147, 156, 172 f., 223 f., 251, 254, 298 f., 309 f., 315, 361
  - Abrede 143, 146 f., 150, 156 ff., 165 f., 168, 170 ff., 177 ff., 182, 185 f., 189, 193, 199 ff., 206 ff., 211 f., 216 f., 221 ff., 243 f., 246 ff., 254 f., 273 ff., 290, 292 ff., 298 ff., 341 ff.
  - Acquiring 166, 169, 173 ff., 177, 179, 183
  - Anhörung 170 f., 246, 251, 281, 301
  - Apotheker/innen -
  - Ärzte(-Verband) -
- B**
- Banken 156 ff., 169, 187, 190, 329
  - Befristung des Entscheids -
  - Breitbanddienste -
  - Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten 169 f., 172, 175 f., 179 f., 182 f.
  - Domestic Interchange Fee 182, 187, 190
- E**
- Effizienzgründe 157 f., 166, 179, 182 f., 185, 189, 234, 237, 247, 301, 311 ff.
  - Effizienzprüfung -
  - Einstellung einer Untersuchung -
  - einvernehmliche Regelung 168, 171, 185 f., 188, 190, 193, 196, 208, 212, 235 f., 240, 244, 246, 248, 250, 313, 317, 320 f, 323
  - Erheblichkeit 147, 159, 178 f., 232, 234, 300, 304 f., 310 ff., 322
  - Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
  - Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis 199, 254
  - Interchange Fee 144, 146, 151, 153, 165 ff., 180, 182 ff., 190 f.
  - Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung 158
  - Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 157, 238, 320, 325
  - Koppelungsgeschäft -
  - Kostenraster 166 f.
  - Krankenversicherer 156
  - Kreditkarten 165 ff., 172, 174 f., 183 ff., 188, 191 f.
  - Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft 175
- L**
- legitimate business reasons -
- M**
- Marktaufteilung 212
  - marktbeherrschende Stellung 305, 327
  - Marktgegenseite 157, 174, 177, 182, 227 f., 231, 234, 253, 303 ff.
  - Marktorganisation -
  - Marktstruktur 246, 249, 255, 307
  - Marktzutrittsschranken -
  - Meldepflicht 148, 345
  - Missbrauch 178, 200, 255, 311 f., 352
- N**
- Netzwerk 166 f., 175 f., 180, 183, 185
  - Netzwerkkosten 166 f., 185
  - Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
  - potenzieller Wettbewerb -
  - Preisabrede 156, 166, 170, 174, 179, 182, 185 f., 189, 212, 233, 235, 308, 313 f.
  - Preisbindung zweiter Hand 226, 230, 234, 303 f., 310
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte 157, 174, 214, 248, 259, 260, 264, 269, 271 f., 276, 278 ff., 289 ff.
  - Reduktion der Sanktion 241, 318 f.
- S**
- Sanktionen 185 f., 194, 235 f., 238, 242, 244, 249, 272, 274, 281, 299, 301, 313 ff., 319, 323, 345
  - Senkung Herstellkosten -

Submission 143, 147 f., 193, 198, 201, 204 ff., 216, 219 f., 222, 224 f., 237, 240, 243, 253, 345, 351 f., 354, 356 f.	vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede - Veröffentlichung -
Submissionskartell 143, 225	Verschulden 237, 239, 314 ff.
<b>T</b>	Vierparteiensysteme -
Tarife 183	vorbehaltene Vorschriften 146, 172, 223, 247, 298
Tarifvertrag -	vorgezogene Recyclinggebühren -
Tierärzte/innen -	
Transparenzmassnahmen -	<b>W</b>
<b>U</b>	Wettbewerb um den Markt -
Umstossung der Vermutung 177	<b>X</b>
Untersuchung 143 ff., 151, 165 ff., 186, 189 f., 193 ff., 204 ff., 209 f., 222 ff., 233, 236 240 ff., 246, 248 f., 252, 254 ff., 262 f., 274, 276, 294, 296 f., 299 303 ff., 313 ff., 340, 345, 350	<b>Y</b>
unzulässige Wettbewerbsabrede 170, 172, 221, 223, 235, 244, 247, 294, 298, 317, 322	<b>Z</b>
<b>V</b>	Zahlungsmittel 169 f., 174 f., 183, 185, 188, 191
	zweiseitige Märkte -