

WEKO optische-netzwerke-2020-11-16 vom 16. November 2020

WEKO, 2020-11-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/weko_optische-netzwerke-2020-11-16

FR: WEKO optische-netzwerke-2020-11-16 du 16 novembre 2020

IT: WEKO optische-netzwerke-2020-11-16 del 16 novembre 2020

Erwägungen

E. 26

Das Kartellgesetz (KG)⁵⁸ 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. 1bis KG). Sämtliche Parteien erfüllen vorliegend die Merkmale privatrechtlicher Unternehmen, womit das Kartellgesetz in persönlicher Hinsicht anwendbar ist.

E. 27

Die vorliegende Verfügung ist an folgende Unternehmen zu richten⁵⁹: ■ Adva Optical Networking SE, Meiningen, Zweigniederlassung Zürich, Zürich; ■ Dacoso GmbH, Dietikon; ■ Infoguard AG, Baar und ■ IT District GmbH, Cham.

E. 28

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). Vorliegend steht der Abschluss von Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG in Frage. Ob die Parteien eine Wettbewerbsabrede getroffen haben, wird nachfolgend im Rahmen der materiellen Beurteilung im Einzelnen geprüft (vgl. dazu Rz 41 ff.).

E. 29

Der vorliegende Untersuchungsgegenstand fällt in den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes. C.2 Vorbehaltene Vorschriften

E. 30

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)⁶⁰. 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). Im hier zu beurteilenden Markt gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht

⁵⁷ Act. IV.1, Zeilen 37 ff. ⁵⁸ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251). ⁵⁹ Vgl. Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14.9.2015, E. 27 ff., 67, ADSL II. ⁶⁰ Vgl. dazu ausführlich Urteil des

BGer 2C.75/2014 vom 28.1.2015, passim (= RPW 2015/1, 131 ff. E. 3.2), Hors-Liste Medikamente/Pfizer.

22-00088/COO.2101.111.5.409583 12

zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht. C.3 Parteianträge

E. 31

Die Adva beantragt erstens, die Untersuchung gegen sie sei ohne Sanktion und Kostenfolgen einzustellen. Falls der erste Antrag abgewiesen werden sollte, beantragt sie zweitens eventualiter, die vereinbarte EVR sei zu genehmigen und die Adva sei maximal mit der im Antrag vorgesehenen Sanktion zu belasten.⁶¹

E. 32

Die WEKO tritt auf den ersten Antrag nicht ein und heisst den zweiten Antrag gut. Der Nichteintretensentscheid begründet sich wie folgt: ■ Wie die Adva ausdrücklich festhält, tritt sie nicht von der EVR zurück, die sie mit dem Sekretariat abgeschlossen hat. Im Gegenteil stellt sie die EVR nicht in Frage.⁶² Die Einstellung des Verfahrens ist nicht Gegenstand der EVR, welche die Adva mit dem Sekretariat abgeschlossen hat. Der Antrag auf Einstellung fällt somit ausserhalb der zur Genehmigung beantragten EVR. Auf den Einstellungsantrag ist daher nicht einzutreten. ■ Während des Verfahrens und mit der Unterzeichnung der EVR zeigte die Adva, dass sie das Verfahren auf die vereinbarte Weise abschliessen wollte. An der EVR hält die Adva entsprechend auch fest und beantragt deren Genehmigung. Dennoch beantragt sie gleichzeitig die Einstellung des Verfahrens. Diese Vorgehensweise ist widersprüchlich. Damit verstösst die Adva gegen den verfassungsmässig geschützten Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV⁶³), an den die Adva während des Verfahrens genauso gebunden ist wie die Behörden.⁶⁴ In sinngemässer Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung tritt die WEKO auch aufgrund dieses treuwidrigen Verhaltens nicht auf den Antrag ein.⁶⁵

E. 33

Die Dacoso beantragt eine Kürzung des 27 Seiten umfassenden Antrags. Sie begründet dies im Wesentlichen damit, dass der Begründungsumfang über die materielle Begründungspflicht gemäss Art. 35 VwVG hinausgehe⁶⁶ und von den Zusicherungen der Behörden abweiche.⁶⁷ Gemäss Rechtsprechung könne sich die Wettbewerbsbehörde auf die wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Das Verfahren der EVR sei nicht darauf angelegt, gerichtlich zu beurteilen, ob eine bestimmte Verhaltensweise kartellrechtlich zulässig sei.⁶⁸ Prozessual halte die vereinbarte EVR die ausdrückliche Zusicherung, dass die rechtliche Würdigung soweit als möglich reduziert werde. Die Begründungsdichte einer Verfügung der WEKO, die auf einer EVR basiere, könne im Vergleich zu einer Verfügung ohne EVR reduziert werden. Der Begründungsumfang sei länger als jüngere Verfügungen, die auf EVR basierten. Als Beispiel weist die Dacoso auf die Fälle Stöckli und AdBlue hin. Schliesslich bringt die Dacoso sinnge-

61 Act. VI.20, Anträge. 62 Act. VI.20, Rz 3. 63 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (Bundesverfassung, BV; SR 101). 64 BGE 137 V 394, 403 E. 7.1; Urteil des BVer C-2358/2006 vom 4.5.2007, E. 4.2. 65 Vgl. dazu Urteil des BGer vom 5.4.2019 E. 4; BGE 142 I 155, 157 E. 4.4.4. 66 Act. VI.27, Rz 4. 67 Act. VI.27, Rz 6. 68 Act. VI.27, Rz 5.

mäss vor, dass ihre Einwilligung zu einem Rechtsmittelverzicht sie zu einer zusätzlichen Kürzung des Verfügungsumfangs berechtige.⁶⁹ Sie konkretisiert ihre Kürzungsvorschläge anhand einer tabellarischen Darstellung. Die Kürzungsanträge beziehen sich alleine auf die rechtlichen Erwägungen des Antrags.⁷⁰ Die WEKO verzichtet auf deren Wiedergabe und weist den Antrag auf Kürzung aus den nachfolgenden faktischen und rechtlichen Gründen ab.

E. 34

Die Dacoso stützt ihren Antrag auf nichtzutreffende Tatsachenbehauptungen, die es zu berichtigen und klarzustellen gilt: ■ Das Sekretariat hatte der Dacoso keine bestimmte Anzahl von Seiten zugesichert. Falls die Dacoso dies mit ihrer Aussage, der Begründungsumfang weiche von den Zusicherungen des Sekretariats ab, ausdrücken möchte, entspricht dies nicht den Tatsachen. ■ Das Sekretariat hat die angeblich kürzeren Anträge der Fälle Stöckli und AdBlue im identischen Format mit dem vorliegenden Antrag verglichen. Der Antrag im Fall AdBlue umfasste 29 Seiten und ist damit zwei Seiten länger als der Antrag im vorliegenden Verfahren. Der Antrag im Stöckli-Fall umfasste 25 Seiten. Der vorliegende Antrag ist somit im Vergleich um zwei Seiten länger. Die zwei zusätzlichen Seiten lassen sich u. a. damit erklären, dass das Verfahren im Stöckli-Fall gegen ein einzelnes Unternehmen und nicht wie im vorliegenden Fall gegen vier Unternehmen gerichtet war. Die unterschiedliche Anzahl Verfahrensparteien wirkte sich nämlich auf die Länge des wiedergegebenen Dispositivs und die Länge der wiedergegebenen EVR aus. Im vorliegenden Antrag war die Darstellung von Dispositiv und EVR um rund zwei Seiten länger. Beachtet man also die Anzahl Parteien in den beiden Verfahren, sind die Länge der Antragsdokumente im Fall Stöckli und im vorliegenden Fall praktisch identisch. Hinzu kommt, dass im vorliegenden Fall sowohl horizontale als auch vertikale Abreden behandelt werden. In den Stöckli- und AdBlue-Fällen handelte es sich jeweils um exklusiv vertikale respektive horizontale Abreden. Damit ist die Tatsachenbehauptung von der Dacoso, der vorliegende Antrag sei länger als die Anträge in vergleichbaren jüngeren Verfahren, widerlegt. ■ Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass, selbst wenn die WEKO sämtliche Kürzungsanträge der Gesuchstellerin unverändert gutheissen würde, der Antrag 24 anstatt 27 Seiten umfassen würde. Die Gegenüberstellung dieser Seitenanzahlen zeigt erstens, dass die Gesuchstellerin selbst nicht in der Lage ist, Kürzungen in relevantem Umfang am Antrag vorzunehmen, und zweitens die Diskussion über die Länge des Antrags im vorliegenden Fall keine praktische Bedeutung hat. Dementsprechend braucht die Aussage, der Rechtsmittelverzicht berechtige die Dacoso zu einer verkürzten Verfügung, vorliegend mangels Relevanz nicht abstrakt beurteilt zu werden.

E. 35

In rechtlicher Hinsicht bezieht sich die Dacoso auf eine Entscheidung des Bundesgerichts, in dem das Bundesgericht festhält, das Verfahren der EVR sei nicht darauf angelegt, gerichtlich zu beurteilen, ob eine bestimmte Verhaltensweise kartellrechtlich zulässig sei. Daraus leitet die Dacoso sinngemäss ab, eine ausführliche Begründung sei unzulässig.⁷¹ Die Dacoso beantragt zudem einzig die Kürzung des rechtlichen Teils des Antrags. Mit Bezug auf Letzteres sei auf die untenstehenden Ausführungen verwiesen (dazu Rz 39).

E. 36

Vorab sei klargestellt, dass das vorliegende Dokument keine ausführliche Begründung enthält. Es ist gar nicht streitig, ob ein Antrag bzw. eine Verfügung in einem Verfahren auf Abschluss einer EVR kürzer ausfallen darf als in einem streitigen Verfahren. Wie bewiesen, ist der hier in Frage stehende Antrag auch nicht länger als die Anträge in den Fällen Stöckli 69 Act. VI.27, Rz 6. 70 Act. VI.27, Rz 7. 71 Act. VI.27, Rz 5; vgl. zudem Urteil des BGer 2C_524/2018 vom 8.5.2019, E. 2.5.2.

22-00088/COO.2101.111.5.409583 14

und AdBlue, welche die Dacoso anscheinend als genügend kurz betrachtet. Dadurch erübrigt es sich genau genommen, auf die Vorbringen der Dacoso zur Bundesrechtsprechung noch einzugehen. Zur Klarstellung nimmt die WEKO dennoch kurz dazu Stellung.

E. 37

Das Bundesgericht stellt im zitierten Urteil fest, dass eine EVR voraussetze, dass das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung als unzulässig erachte. Dies setze eine materielle Beurteilung durch das Sekretariat voraus. Allerdings verzichte ein Unternehmen, das einer EVR zustimme, faktisch darauf, den Vorwurf des unzulässigen Verhaltens gerichtlich überprüfen zu lassen. In diesem Kontext hält das Bundesgericht fest, dass die EVR nicht auf eine gerichtliche Beurteilung angelegt sei.⁷² Mit anderen Worten besagt das Bundesgericht, dass das Verfahren der EVR darauf ausgelegt ist, vor der ersten Instanz, d. h. vor der WEKO, abgeschlossen zu werden, und nicht vor einem Gericht. Die Begründungslänge einer Verfügung oder eines Antrags der Vorinstanz bzw. ihres Sekretariats war nicht Gegenstand der Beurteilung des Bundesgerichts. Die Vorbringen der Dacoso zur besagten Rechtsprechung gehen somit an der Sache vorbei.

E. 38

Mit Bezug auf das Vorbringen der Dacoso zu Art. 35 VwVG trifft es zwar zu, dass die verfügende Behörde gemäss Art. 35 Abs. 3 VwVG auf eine Begründung verzichten kann, wenn sie den Begehren der Parteien voll entspricht und keine Partei eine Begründung verlangt. Dabei handelt es sich aber erstens um eine «Kann-Vorschrift», womit der Gesetzgeber den Entscheid über die Begründung und deren Dichte in das Ermessen der Behörde stellt. Zweitens beantragte etwa die Adva die Einstellung des Verfahrens, wodurch die Vorinstanz, die den Antrag der Adva nicht nur ablehnt, sondern nicht einmal darauf eintritt, zur Begründung der Verfügung gezwungen ist. Ferner haben die Behörden die Ablehnung des Antrags der Dacoso auf Kürzung zusätzlich zu begründen, wodurch die Verfügung zusätzlich länger wird.

E. 39

Was die Formulierungs- und Ergänzungsvorschläge sämtlicher Verfahrensparteien betrifft, hat die WEKO diesen angemessen Rechnung getragen. Es sei in diesem Zusammenhang einzig klargestellt, dass die Behörden sich nicht mit jedem Parteivorbringen einzeln auseinandersetzen und jedes Vorbringen ausdrücklich widerlegen müssen.⁷³ Es besteht zudem kein Rechtsanspruch auf bestimmte Formulierungen und Begründungen. Dies ergibt sich einerseits daraus, dass die Vorinstanz die impliziten Hauptbegehren der Dacoso, der IT District und der Infoguard gutheisst und ihr ein entsprechend grosses Ermessen bei der Begründung zukommt (Art. 35 Abs. 3 VwVG). Andererseits erstreckt sich der Anspruch auf rechtliches Gehör grundsätzlich auf rechtserhebliche Sachfragen. Die Parteien sind nur

ausnahmsweise auch zur rechtlichen Würdigung anzuhören, wenn sich die Rechtslage geändert hat, ein ungewöhnlich grosser Ermessensspielraum besteht oder die Behörden sich auf Rechtsnormen stützen, mit deren Anwendung die Parteien nicht rechnen mussten.⁷⁴ Vorliegend ist keine dieser Ausnahmesituationen gegeben. Die WEKO ist daher frei, die rechtlichen Vorbringen der Parteien nach freiem Ermessen zu berücksichtigen.

C.4 Unzulässige Wettbewerbsabrede

E. 40

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). Im Folgenden ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt (vgl. Rz 41 ff.). Ist dies zu bejahen, ist in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 und 4 KG unzulässig ist (vgl. Rz 56 ff.).

C.4.1 Wettbewerbsabrede

72 Urteil des BGer 2C_524/2018 vom 8.5.2019, E. 2.5.2. 73 BGE 136 I 229, 236 E. 5. BGE 136 I 229, 236 E. 5.2; BGE 134 I 83, 88, E. 4.1. 74 Vgl. bereits Urteil des BGer 2A.492/2002 vom 17. 6.2003, RPW 2003/3, 699 f., E. 3.2.3, Elektra Baselland Liestal (EBL)/ Watt Suisse u.a.; Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 3.1.6, Paul Koch AG/WEKO, wo das Bundesverwaltungsgericht festhielt, dass die abweichende rechtliche Würdigung einer Tatsache nicht die Frage des rechtlichen Gehörs beschlage, sondern eine materiellrechtliche Frage sei; vgl. auch Urteil des BVGer B 8404/2010 vom 23.9.2014, E. 3.1., SFS/Unimarket AG/WEKO.

22-00088/COO.2101.111.5.409583 15

gen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Im Folgenden ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Wettbewerbsabrede vorliegt (vgl. Rz 41 ff.). Ist dies zu bejahen, ist in einem zweiten Schritt zu beurteilen, ob diese gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 und 4 KG unzulässig ist (vgl. Rz 56 ff.).

C.4.1 Wettbewerbsabrede

E. 41

Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG). Eine formelle vertragliche Grundlage ist nicht notwendig, vielmehr sind abgestimmte Verhaltensweisen bis hin zu verbindlichen Vereinbarungen einschlägig.⁷⁵

E. 42

Eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG liegt vor, wenn erstens ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und zweitens ein Bezwecken oder ein Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung durch die Abrede gegeben sind.⁷⁶ Diese Kriterien sind im Folgenden im Einzelnen zu beurteilen.

C.4.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

E. 43

Unter das bewusste und gewollte Zusammenwirken fallen, wie soeben erwähnt, Vereinbarungen. Eine Vereinbarung liegt vor, wenn ein Konsens zwischen den beteiligten Unternehmen über die Art und Weise der wettbewerbswidrigen Zusammenarbeit vorliegt. Bei Verträgen im Sinne des Obligationenrechts kommt ein solcher Konsens durch übereinstimmende Willenserklärungen der Parteien zustande (Art. 1 Abs. 1 OR77), wobei die Willenserklärungen entweder ausdrücklich (schriftlich oder mündlich) oder

stillschweigend durch konkludentes Verhalten erfolgen (Art. 1 Abs. 2 OR) können.⁷⁸ Ob Willenserklärungen von Unternehmen vorliegen und ob diese zu einem tatsächlichen Konsens (auch: natürlichen Konsens) der Unternehmen geführt haben, ist eine Tatfrage.⁷⁹

E. 44

Folgende ausdrücklichen tatsächlichen übereinstimmenden Willenserklärungen, die Offerten betreffend die SNB Ausschreibung von Mai bis Juni 2019 zu koordinieren (natürlicher Konsens), sind bewiesen: ■ zwischen der Dacoso und der Herstellerin Adva; ■ zwischen der Infoguard und der Herstellerin Adva und ■ zwischen der Dacoso und der IT District.

E. 45

Im Gegensatz zu diesen ausdrücklichen tatsächlichen übereinstimmenden Willenserklärungen äusserten die Dacoso und die Infoguard ihre Willensübereinstimmung stillschweigend. Der stillschweigende Konsens äussert sich durch das konkludente Verhalten der Infoguard, die bewusst eine Schutzofferte zugunsten der Dacoso einreichte, damit diese den Zuschlag erhielt. Unterschiedslos, ob der Konsens zwischen den genannten Parteien ausdrücklich oder

75 Vgl. etwa BGE 144 II 246, 252, E. 6.4.1.; RPW 2019/3b, 348 Rz 2252, Badezimmer (2. Teil); RPW 2009/3, 204 Rz 49, Elektroinstallationsbetriebe Bern. 76 BGE 144 II 246, 252, E. 6.4. 77 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30.3.1911 (OR); SR 220. 78 BGE 144 II 246, 252 E. 6.4.1. 79 Vgl. etwa Urteil des BGer 5A_127/2013 vom 1.7.2013, E. 4.1; BGE 116 II 695, E. 2.

22-00088/COO.2101.111.5.409583 16

stillschweigend zustande kam, beinhaltete er, dass die Dacoso den Zuschlag erhalten sollte (vgl. Rz 20 f.).

E. 46

Um dem getroffenen Konsens gerecht zu werden, reichten die Infoguard und die IT District je eine Schutzofferte ein (vgl Rz 19 f.). Insofern unterscheidet sich der vorliegende Fall nicht von der Koordinierung im Bereich der Bausubmissionen.⁸⁰

E. 47

Besonders im vorliegenden Fall ist einzig, dass die Dacoso sich nicht direkt mit anderen potentiellen Offerenten koordinierte, sondern die Koordination vorab mit der Herstellerin Adva beschloss. Erst danach erfolgte je eine ausdrücklich übereinstimmende Willensäusserung zwischen der Dacoso und der IT District über die zu offerierenden Preise einerseits, sowie zwischen der Adva und der Infoguard über den zu offerierenden Endkundenrabatt andererseits.

E. 48

Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt zwischen ■ der Dacoso und der Herstellerin Adva; ■ der Infoguard und der Herstellerin Adva; ■ der Dacoso und der Infoguard und ■ der Dacoso und der IT District. C.4.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

E. 49

Neben einem bewussten und gewollten Zusammenwirken muss die Abrede «eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken». Eine «Wettbewerbsbeschränkung» liegt vor, wenn das einzelne Unternehmen auf seine unternehmerische Handlungsfreiheit verzichtet und so das freie Spiel von Angebot und Nachfrage einschränkt.⁸¹ Die Abrede über die Wettbewerbsbeschränkung muss sich auf einen Wettbewerbsparameter (wie beispielsweise den Preis oder die Lieferbedingungen) beziehen.⁸² Wie aus dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 KG folgt, müssen die Tatbestandsmerkmale «bezwecken» resp. «bewirken» nicht kumulativ, sondern alternativ vorliegen.⁸³

E. 50

Es genügt, wenn der Abredeinhalt objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung eines Wettbewerbsparameters zu verursachen. Die subjektive Ansicht der an der Abrede Beteiligten, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, ist an sich nicht erforderlich.⁸⁴ Wirken die Abredeteiligen jedoch wissentlich und willentlich darauf hin, den Wettbewerb zu beschränken, steht es den Wettbewerbsbehörden frei, dies zu berücksichtigen.⁸⁵ Ist die Absicht der Beteiligten zur Wettbewerbsbeschränkung erwiesen, wird das Tatbestandsmerkmal des Bezweckens nämlich in der Regel erfüllt sein. 51. Vorliegend ist bewiesen, dass die Verfahrensparteien wissentlich und willentlich das Ziel verfolgten, dass die Dacoso den Zuschlag der SNB erhalten würde (Rz 20). Aufgrund ihrer

80 Vgl. RPW 2017/3, 439 Rz 139, 453 Rz 255, Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal; RPW 2013/4, 524, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 81 RPW 2017/3, 446 Rz 200, Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal. 82 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. 83 Statt anderer RPW 2012/3, 550 Rz 97, BMW. 84 Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 756 f. E. 3.2.3, Gaba/WEKO; Urteil des BVGer, RPW 2013/4, 813 E. 3.2.6, Gebro/WEKO. 85 EuGH, Rs C-228/18, ECLI:EU:C: 2020:265, Gazdasági Versenyhivatal, Rz 53.

22-00088/COO.2101.111.5.409583 17

subjektiven Absicht zur Wettbewerbsbeschränkung ist das Tatbestandselement des Bezweckens erfüllt. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass eine so geartete Abrede gemäss konstanter Praxis in objektiver Hinsicht geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken.⁸⁶ 52. Damit liegt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG vor. C.4.1.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen 53. Horizontale Abreden zeichnen sich dadurch aus, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich selbständige Unternehmen derselben Marktstufe den Wettbewerb durch ein koordiniertes Verhalten beschränken.⁸⁷ Dabei spielt es keine Rolle, ob die an der Abrede beteiligten Unternehmen sich tatsächlich konkurrenzieren (aktueller Wettbewerb) oder ob die Unternehmen nur der Möglichkeit nach (potenziell) in Konkurrenz zueinander stehen.⁸⁸ Die Dacoso, die Infoguard und die IT District sind auf derselben Marktstufe tätig. Die Dacoso und die Infoguard stehen als Partnerunternehmen der Adva in aktuellem Wettbewerb zueinander, während die IT District normalerweise nicht im relevanten Markt tätig ist. Die IT District besitzt jedoch die Möglichkeit, innert kurzer Frist (maximal zwei bis drei Jahre)⁸⁹ (vgl. Rz 18), in den Markt einzutreten. Zudem hat sie tatsächlich eine Offerte bei der SNB eingereicht. Sie ist daher eine potenzielle Konkurrentin der Dacoso und der Infoguard. Die ausdrückliche Vereinbarung

zwischen der Dacoso und der IT District sowie die stillschweigende Vereinbarung zwischen der Dacoso und der Infoguard ist somit horizontaler Natur. In beiden Fällen liegt eine Abrede zwischen Unternehmen gleicher Marktstufen vor. 54. Vertikale Abreden zeichnen sich dadurch aus, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich selbständige Unternehmen verschiedener Marktstufen den Wettbewerb durch ein koordiniertes Verhalten beschränken. Dieses betrifft die Geschäftsbedingungen, zu denen die Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können (Ziff. 1 VertBek90). Auf verschiedenen Marktstufen befinden sich Unternehmen, wenn sie tatsächlich oder der Möglichkeit nach auf unterschiedlichen Wirtschaftsstufen agieren, d. h., auf unterschiedlichen Produktions- oder Vertriebsstufen tätig sind. Sowohl die Dacoso als auch die Infoguard stehen als Elite-Partnerinnen und somit offizielle Vertreterinnen von Adva-Produkten in einem vertikalen Verhältnis zu der Herstellerin Adva (vgl. Rz 13). Ihre jeweiligen Vereinbarungen mit der Adva stellen Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen dar. C.4.1.4 Zwischenergebnis 55.

Zusammenfassend steht fest, dass die Dacoso und die IT District sowie die Infoguard und die Dacoso in Bezug auf das SNB-Projekt von Mai bis Juni 2019 durch ihr bewusstes und gewolltes Zusammenwirken eine Wettbewerbsabrede zwischen Unternehmen gleicher

86 RPW 2017/3, 446 Rz 200 ff., Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal, RPW 2013/4, 560 Rz 177 ff., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 87 Vgl. Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBI 1995 468, 545. 88 Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.2.16, Paul Koch AG/WEKO; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 5.2.1.8, Siegenia-Aubi AG/WEKO; Urteil des BVGer B-8404/2010 vom 23.9.2014, E. 5.2.13, SFS unimarket AG/WEKO. 89 Vgl. dazu Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 6.1.5, 6.2.16, Paul Koch AG/WEKO; vgl. MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON/MANI REINERT, in: Martenet/Bovet/Tercier [Hrsg.], Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Basel 2013. 90 Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 28.6.2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Stand am 22.5.2017; Vertikalbekanntmachung, VertBek), BBI 2017 4543.

22-00088/COO.2101.111.5.409583 18

Marktstufe gemäss Art. 4 Abs. 1 KG getroffen haben. Ferner steht fest, dass die Adva und die Infoguard einerseits sowie die Dacoso und die Adva andererseits in Bezug auf das SNB-Projekt von Mai bis Juni 2019 durch ihr bewusstes und gewolltes Zusammenwirken eine Wettbewerbsabrede zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen gemäss Art. 4 Abs. 1 KG getroffen haben. Die verschiedenen Abreden können nicht getrennt betrachtet werden, sondern stellen ein einziges System von Abreden dar. Im Folgenden ist zu prüfen, ob diese Wettbewerbsabreden unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 und 4 KG sind. C.4.2 Anwendung der gesetzlichen Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs 56. 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. 57. Gemäss Art. 5 Abs. 4 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs ebenfalls vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen

verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden. C.4.2.1 Vermutung der Beseitigung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG 58. Gegenstand der vorliegenden horizontalen Wettbewerbsabreden zwischen der Dacoso und der IT District einerseits sowie der Dacoso und der Infoguard andererseits bildete die Preisfestsetzung der Offerten und damit zugleich die Steuerung der Zuschlagserteilung. Die Preisfestsetzung und die Aufteilung des Auftrags und damit der Geschäftspartner unter den Abredeteilnehmenden gingen mit anderen Worten Hand in Hand. Dabei handelt es sich um Submissionsabreden, die gemäss Praxis, Lehre und Rechtsprechung sowohl unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a als auch Bst. c KG zu subsumieren sind.⁹¹ Dementsprechend greift die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung auf dem Markt für Netzwerkkomponenten. Nachfolgend (C.4.2.4, Rz 62 ff.) ist zu prüfen, ob sich diese Vermutung widerlegen lässt. C.4.2.2 Vermutung der Beseitigung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG 59. Gegenstand der vertikalen Abrede zwischen der Adva und der Infoguard waren die Höhe der Kundenrabatte und damit der Offertpreise, welche die Infoguard offerieren sollte. Die Adva gab als Herstellerin dadurch ihrer Abnehmerin Infoguard vor, zu welchen Festpreisen Infoguard anbieten sollte. Infoguard akzeptierte diese Vorgabe freiwillig (vgl. Rz 21). Somit erfüllt die Abrede zwischen der Infoguard und der Adva den Tatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG, weshalb die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zur Anwendung gelangt. 60. Die Abrede zwischen der Dacoso und der Adva hatte den Zuschlag mit einem Endkundenrabatt von [] % und damit den Offertpreis der Dacoso zum Gegenstand. Die Abrede über den Offertpreis zwischen der Dacoso und der Adva ist eine Preisfestsetzung im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Dacoso davor bereits eine Offerte bei der SNB eingegeben hatte. Als die SNB die Dacoso zur Einreichung einer Offerte

91 RPW 2017/3, 447 Rz 208 ff., Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal; RPW 2013/4, 592 ff. Rz 820, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich m. w. H.; RPW 2015/2, 225 Rz 192, Tunnelreinigung.

22-00088/COO.2101.111.5.409583 19

einlud, war der Wettbewerb nicht abgeschlossen, sondern es stand bereits damals fest, dass die SNB weitere Anbieter einladen (was sie danach auch tat) und Verhandlungen und Abgebotsrunden durchführen konnte (vgl. Rz 19). Für die Tatbestandsmässigkeit dieser Preisfestsetzung ist es auch nicht von Belang, welches der beiden Unternehmen als Erstes die [] % Rabatt vorschlug, oder ob die Unternehmen gleichzeitig diesen Betrag vorbrachten. Für die Tatbestandsmässigkeit einer Abrede über Preise im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG reicht es, dass eine Abrede zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen Mindest- oder Festpreise zum Gegenstand hat.⁹² Auch mit Bezug auf diese Abrede besteht folglich die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung. C.4.2.3 Fazit 61. Die vorliegenden Abreden sind somit unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG und Art. 5 Abs. 4 KG zu subsumieren. Die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs greift mit Bezug auf sämtliche dieser Abreden. Im Folgenden (C.4.2.4, Rz 62 ff.) ist zu prüfen, ob sich diese Vermutung widerlegen lässt. C.4.2.4 Keine Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung 62. 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) auf dem relevanten Markt bestand. Da die Beurteilung von Restwettbewerb das Vorhandensein eines relevanten Marktes voraussetzt, auf welchem sich die vorliegende Wettbewerbsabrede auswirkt, sei dieser relevante Markt vorab abgegrenzt. C.4.2.4.1 Relevanter Markt 63. Bei der Abgrenzung des relevanten Marktes ist zu bestimmen, welche Waren oder Dienstleistungen aus Sicht der Marktgegenseite in sachlicher, örtlicher und zeitlicher Hinsicht austauschbar sind.⁹³ Die Marktgegenseite ist die Ausschreiberin oder der Ausschreiber eines Projektes. Anders als eine Konsumentin bewegt sich eine Ausschreiberin oder ein Ausschreiber nicht auf einem bereits existierenden Markt, sondern definiert anhand der in der Ausschreibung nachgefragten Produkte die Produkte, die für ihn als substituierbar gelten.⁹⁴ Gemäss der Praxis der WEKO stellen Einzelsubmissionsabreden denn auch einen eigenen sachlich relevanten Markt dar.⁹⁵

92 BVGer B-5685/2012 vom 17.12.2015, E. 5; dieses Urteil des BVGer wurde in diesem Punkt nicht durch Urteil des BGer 2C_101/2016 vom 18. Mai 2018 aufgehoben. Das BGer hält einzig im Gegensatz zum BVGer fest, dass die in Frage stehende vertikale Abrede erheblich gewesen sei, vgl. z.B. Ziff. 2 des Dispositivs; SIMON BANGERTER/BEAT ZIRLICK, in: Zäch et al. (Hrsg.), KG Kommentar, 2018, Art. 5 N 478. 93 Vgl. Art. 11 Abs. 3 der Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4); BGE 139 I 72, 92 E. 9.1 m.Hw. (= RPW 2013/1, 127 E. 9.1), Publigroupe SA et al./WEKO. 94 RPW 2013/4, 592, Rz 827, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 95 RPW 2013/4, 593, Rz 831, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich; RPW 2012/2, 392 Rz 986, Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau; RPW 2009/3, 206 Rz 69, Elektroinstallationsbetriebe Bern; RPW 2009/4, 342 Rz 24, Submission Beton-sanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB). Anders gelagert, namentlich eine umfassende Abrede betreffend, der Sachverhalt, welcher dem Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 382 E. 9.1.1, Implenia (Ticino) SA/ WEKO, zu Grunde liegt.

22-00088/COO.2101.111.5.409583 20

64. Vorliegend fragte die SNB als nachfragende Marktgegenseite den Ausbau der bestehenden Adva-Infrastruktur nach. Der sachlich relevante Markt umfasst die Adva-Netzwerk-komponenten, welche für den Ausbau der SNB-Infrastruktur notwendig waren. Von den Netzwerkkomponenten ist deren Wartung und Installation zu unterscheiden. Es gibt vorliegend keine Hinweise auf Preisabreden für die Wartung und Installation der Netzwerkkomponenten. Diese Dienstleistungen sind folglich vom sachlich relevanten Markt auszuschliessen. 65. In räumlicher Hinsicht gilt Folgendes: Zwar erkundigte sich die SNB in der ursprünglichen Anfrage bei der Adva nach in der Schweiz und Deutschland stationierten Partner-Firmen. Allerdings steht fest, dass die SNB auf eine etablierte Supportorganisation in der Schweiz zurückgreifen wollte.⁹⁶ Der räumlich relevante Markt umfasst daher den Schweizer Markt. 66. Der zeitlich relevante Markt bei Einzelsubmissionsabreden wird in der Regel durch den Zeitraum zwischen der Ausschreibung und dem Vertragsschluss definiert.⁹⁷ Im vorliegenden Fall hatte die SNB zu Beginn der Untersuchung den Zuschlag noch nicht erteilt, führte aber de facto einzig mit der Dacoso Folgeverhandlungen.⁹⁸ Der zeitliche relevante Markt umfasst daher die Periode zwischen Mai und Juni 2019. C.4.2.4.2 Aussenwettbewerb 67. Nachfolgend ist zu beurteilen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem

Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerbsdruck von nicht an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen diszipliniert wurden. Hinreichender Aussenwettbewerb liegt dann vor, wenn Drittunternehmen, die sich nicht an der Abrede beteiligten, die Wettbewerbskräfte auf dem relevanten Markt soweit zu beeinflussen vermögen, dass der wirksame Wettbewerb nicht beseitigt ist.⁹⁹ 68. Vorliegend gab die SNB den Ausbau der Netzwerkinfrastruktur in Auftrag. Nach einer ersten Anfrage bei der bestehenden Partnerin Dacoso erkundigte sich die SNB nach zwei zusätzlichen Partnerunternehmen. Nach Absprache mit der Dacoso und der Herstellerin Adva reichten schliesslich die Abrededpartnerinnen Infoguard und IT District eine Offerte ein. Die SNB zog keine weiteren allfälligen Wettbewerber in Betracht, die nicht an der Abrede beteiligt gewesen wären. Es gab keine öffentliche Ausschreibung (dazu Rz 19). Folglich konnte im vorliegenden Fall gar kein aktueller und potentieller Aussenwettbewerb entstehen. Die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung kann daher zumindest nicht aufgrund des Aussenwettbewerbs widerlegt werden.¹⁰⁰ C.4.2.4.3 Innenwettbewerb 69. Schliesslich bleibt zu prüfen, ob die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch die Abreden aufgrund des trotz Abreden 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), oder weil trotz Abrede weiterhin ausreichend Wettbewerb zwischen ihnen hinsichtlich nicht

96 Act. IV.1, 2, Zeilen 46 f., Act. II.1, 5, Zeilen 139 ff. 97 Vgl. z. B. RPW 2013/4, 595 Rz 841 f., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich. 98 Act. IX.C.5, Rz 69, Act. IX.B.3, Zeilen 262 f. und Act. IX.A.7, Rz 24. 99 Verfügung vom 19.8.2019, Bauleistungen Graubünden, Rz 458; abrufbar unter: <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html> 100 Vgl. dazu auch RPW 2013/4, 596 Rz 852 f., Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich.

22-00088/COO.2101.111.5.409583 21

abgesprochener, im konkreten Markt aber mitentscheidender Wettbewerbsparameter¹⁰¹ besteht (Rest- oder Teilwettbewerb). 70. Alle drei Partnerunternehmen hielten sich an die Abrede, indem sie beinahe identische Offerten bei der SNB einreichten (vgl. Rz 23). Die Dacoso, die IT District und die Infoguard haben in ihren Offerten wie vereinbart [] % Endkundenrabatt auf den Adva-Listenpreis angewandt. Somit war jeglicher Innenwettbewerb ausgeschlossen, der die gesetzliche Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung zu widerlegen vermöchte. 71. Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass die SNB zum Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung das Projekt noch nicht vergeben hatte (vgl. Rz 66). Somit hätten die Parteien bis zum Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung die Möglichkeit gehabt, eine neue Offerte bei der SNB einzureichen. Keine der Parteien machte von dieser Möglichkeit Gebrauch. Im Gegenteil: die Infoguard verzichtete ausdrücklich darauf, sich über den Stand des Projekts bei der SNB zu erkundigen (siehe dazu Rz 22). Die Parteien ergriffen somit auch nach der ursprünglichen Abrede die Gelegenheit nicht, erneut miteinander in Wettbewerb zu treten. C.4.2.4.4 Intra- und Interbrandwettbewerb 72. Mit Bezug auf Abreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG ist für die Widerlegung der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs eine Gesamtbetrachtung des Marktes unter Berücksichtigung des Intra- und Interbrand-Wettbewerbs massgebend. Ausschlaggebend ist, ob genügend Intra- oder Interbrand-Wettbewerb auf dem relevanten Markt besteht oder die

Kombination der beiden zu genügend wirksamem Wettbewerb führt.¹⁰² 73. Vorliegend waren nebst der Herstellerin Adva selbst sämtliche in der Schweiz agierenden Partnerunternehmen an den vertikalen Wettbewerbsabreden beteiligt, so dass kein Intra- und Interbrand-Wettbewerb bestand. Da die SNB von vornherein Adva-Produkte nachfragte, konnte sich kein Interbrand-Wettbewerb entfalten. C.4.2.4.5 Fazit: Keine Widerlegung der gesetzlichen Vermutung 74. Zusammenfassend steht fest, dass auf dem relevanten Markt kein hinreichender tatsächlicher oder potenzieller Aussenwettbewerb vorlag, der die Abredeteilnehmerinnen in ihrem Verhalten im Wettbewerb hätte disziplinieren können (dazu Rz 67 ff.). Ebenso wenig spielte ein Innenwettbewerb zwischen den Abredeteilnehmerinnen, der auf einen wirksamen Rest- oder Teilwettbewerb schliessen lassen würde (dazu Rz 69 ff.). Der Inter- und Intra- und Interbrand-Wettbewerb spielte nicht (Rz 72 ff.). 75. Die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann nicht widerlegt werden, vielmehr bestätigt sich diese Vermutungsfolge als materiell zutreffend und richtig. Daher erübrigt sich zu prüfen, ob die Wettbewerbsabrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt ist. Die vorliegende Abrede stellt eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung dar. C.4.3 Schlussfazit zum Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede 76. Zusammenfassend ist mit Bezug auf die Ausschreibung der SNB von Mai bis Juni 2019 Folgendes festzuhalten:

101 BGE 129 II 18, E. 8.3.4 (= RPW 2002/4, 747, E 8.3.4), Buchpreisbindung. 102 Vertikalbekanntmachung (Fn 90), Ziffer 11.

22-00088/COO.2101.111.5.409583 22

i. Die Adva und die Dacoso vereinbarten, dass die Dacoso den Zuschlag für das SNB-Projekt mit einem Endkundenrabatt von [] % erhalten sollte. Sie vereinbarten, dass die Adva die entsprechenden Preisvorgaben an die Infoguard und die Dacoso die entsprechenden Preisvorgaben an die IT District machen sollte. Die Infoguard und die IT District hielten sich an die Preisvorgaben. Die Vereinbarung zwischen der Adva und der Dacoso ist eine vertikale Abrede über Festpreise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 4 KG. ii. Die Adva vereinbarte mit der Infoguard, dass letztere der SNB eine Offerte mit einem Endkundenrabatt von [] % unterbreiten sollte. Die Infoguard hielt sich an die Vereinbarung. Die Vereinbarung zwischen der Adva und der Infoguard ist eine vertikale Abrede über Festpreise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 4 KG. iii. Die Dacoso und die IT District vereinbarten, dass die IT District eine Schutzofferte einreichte, damit die Dacoso den Zuschlag der SNB erhielt. Die IT District hielt sich an die Vereinbarung. Es handelt sich hierbei um eine Preisabrede und eine Abrede über Geschäftspartner im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 Bst. a bzw. c KG zwischen der Dacoso und der IT District. iv. Indem die Infoguard entsprechend ihrer vertikalen Abrede mit der Adva eine Schutzofferte zugunsten der Dacoso abgab, stimmte sie sich wissentlich und willentlich mit der Dacoso ab. Es handelt sich hierbei um eine Preisabrede und eine Abrede über Geschäftspartner im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 Bst. a bzw. c KG zwischen der Dacoso und der Infoguard. Die Abreden i.-iv. können nicht getrennt voneinander betrachtet werden, sondern stellen ein einziges System von Abreden dar. 77. Die gesetzliche Vermutung von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c sowie Art. 5 Abs. 4 KG, wonach der wirksame Wettbewerb bei Preis-, Geschäftspartner- und Festpreisabreden beseitigt ist, kann vorliegend nicht widerlegt werden. Wird der wirksame Wettbewerb durch Wettbewerbsabreden beseitigt, können sie gemäss Art. 5 Abs. 1 KG nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden. Die

vorliegenden Abreden sind daher unzulässig und in Anwendung von Art. 49a Abs. 1 KG sanktionierbar. C.5 Massnahmen 78. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer EVR. Massnahmen in diesem Sinn sind sowohl Anordnungen zur Beseitigung von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen als auch monetäre Sanktionen. C.5.1 Einvernehmliche Regelung und Rechtsmittelverzicht 79. Das Sekretariat hat am 9. Juli 2020 mit allen vier Verfahrensparteien eine EVR abgeschlossen (vgl. Rz 9). Deren Inhalt lautet wie folgt: Einvernehmliche Regelung mit der Dacoso und der Infoguard 1. Dacoso/Infoguard verpflichtet sich, Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Leistungen im Rahmen von Beschaffungen im Bereich der optischen Unternehmensnetzwerke weder um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen noch derartiges anzubieten. 2. Dacoso/Infoguard verpflichtet sich, sich im Zusammenhang mit Beschaffungen im Bereich der optischen Unternehmensnetzwerke mit Zulieferern vor Ablauf der Offerteingabefrist – oder, sofern nicht vorhanden, vor rechtskräftiger Auftragserteilung

22-00088/COO.2101.111.5.409583 23

– nicht über Endkundenpreise im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG sowie Informationen, die zu einer Koordinierung der Offerteingaben i.S. von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG mit Wettbewerbern führen, auszutauschen. 3. Von den Verpflichtungen in 1. und 2. ausgenommen ist der Austausch von Informationen, die in Zusammenhang mit der Bildung oder Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) oder Subunternehmerverhältnissen unabdingbar sind. Einvernehmliche Regelung mit der IT District 1. IT District verpflichtet sich, Konkurrenten im Zusammenhang mit der Erbringung von Leistungen im Rahmen von Beschaffungen im Bereich der optischen Unternehmensnetzwerke weder um Schutz, Stützofferten oder den Verzicht einer Offerteingabe anzufragen noch derartiges anzubieten. 2. Von der Verpflichtung ausgenommen ist der Austausch von Informationen, die in Zusammenhang mit der Bildung oder Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) oder Subunternehmerverhältnissen unabdingbar sind. Einvernehmliche Regelung mit der Adva 1. Adva verpflichtet sich, keine Massnahmen zu ergreifen, die dazu führen, dass die Abnehmer im Rahmen von Beschaffungen im Bereich der optischen Unternehmensnetzwerke ihre Offerteingaben unzulässig i.S. von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG koordinieren. 2. Adva verpflichtet sich, im Rahmen von Beschaffungen im Bereich der optischen Unternehmensnetzwerke mit ihren Abnehmern keine i.S. von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG unzulässigen Abreden über Endkundenpreise (inkl. Rabatte) einzugehen. 3. Von der Verpflichtung in 2. ausgenommen ist der Austausch von Informationen, die in Zusammenhang mit der Bildung oder Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) oder Subunternehmerverhältnissen unabdingbar sind. 80. Die genannten EVR verpflichten die Parteien zu künftig kartellrechtskonformem Verhalten. Sie sind hinreichend bestimmt, vollständig und klar. Die bisherige unzulässige Wettbewerbsbeschränkung wird dadurch beseitigt. 81. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die EVR 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. 82. Sämtliche Verfahrensparteien haben zusätzlich zu der EVR einen Rechtsmittelverzicht unterzeichnet (dazu Rz 9). C.5.2 Sanktionierung

C.5.2.1 Rechtsgrundlage und Voraussetzungen 83. 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. Sämtliche Verfahrensparteien sind Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs.

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

22-00088/COO.2101.111.5.409583 24

1 und 1bis KG (vgl. Rz 26 ff.) und haben sich vorsätzlich an mindestens einer unzulässigen Abrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG oder Art. 5 Abs. 4 KG beteiligt. Die Voraussetzungen für eine Sanktionierung der Verfahrensparteien sind somit gegeben. In der Folge ist die Sanktionsbemessung individuell für jede Verfahrenspartei vorzunehmen.

C.5.2.2 Bemessung 84. Rechtsfolge eines Verstosses im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Dieser Betrag stellt also die höchstmögliche Sanktion dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, abgemessen zu berücksichtigen ist. 85. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der SVKG näher präzisiert (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit (Art. 2 Abs. 2 SVKG) und der Gleichbehandlung begrenzt wird.¹⁰⁴ 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.¹⁰⁵

C.5.2.2.1 Konkrete Sanktionsberechnung 86. Die SVKG geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann. (i) Basisbetrag 87. Der Basisbetrag beträgt gemäss Art. 3 SVKG bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Obergrenze). Zur genauen Festsetzung des Basisbetrags ist die Schwere und Art des Verstosses zu beachten (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.).

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