



Verfügung

vom 16.11.2020

in Sachen

Untersuchung **22-0503** gemäss Art. 27 KG
betreffend

Optische Netzwerke

wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG
und Art. 5 Abs. 4 KG.

gegen

1. **Adva Optical Networking SE, Meiningen, Zweigniederlassung Zürich**, Technoparkstrasse 1, 8005 Zürich, sowie deren konzernmässig verbundenen Gesellschaften
vertreten durch RA Dr. Reto Jacobs und RA Dr. Gion Giger, Walder Wyss AG, Seefeldstrasse 123, Postfach, 8034 Zürich
2. **Dacoso GmbH**, Riedstrasse 1, 8953 Dietikon, sowie deren konzernmässig verbundenen Gesellschaften
vertreten durch RA David Mamane und RA Dr. Frank Bremer, Schellenberg Wittmer AG Rechtsanwälte, Löwenstrasse 19, Postfach 2201, 8021 Zürich
3. **Infoguard AG**, Lindenstrasse 10, 6340 Baar, sowie deren konzernmässig verbundenen Gesellschaften
vertreten durch RA Raphael Brunner und RA Romedi Ganzoni, MME Legal AG, Zollstrasse 62, Postfach 1758, 8031 Zürich
4. **IT District GmbH**, Gewerbestrasse 6, 6330 Cham, sowie deren konzernmässig verbundenen Gesellschaften
vertreten durch RA Marquard Christen, CMS von Erlach Poncet AG, Dreikönigstrasse 7, 8002 Zürich

Andreas Heinemann (Präsident, Vorsitz),
Danièle Wüthrich-Meyer (Vizepräsidentin), Armin Schmutzler
(Vizepräsident),
Florence Bettschart-Narbel, Nicolas Diebold, Winand Emons,
Clémence Grisel Rapin, Pranvera Këllezi, Isabel Martínez, Rudolf
Minsch, Martin Rufer, Henrique Schneider.

Inhaltsverzeichnis

A	Verfahren	4
A.1	Gegenstand der Untersuchung	4
A.2	Untersuchungsadressatinnen	4
A.2.1	Adva Optical Networking SE, Meiningen, Zweigniederlassung Zürich	4
A.2.2	Dacoso GmbH.....	4
A.2.3	Infoguard AG.....	4
A.2.4	IT District GmbH.....	4
A.3	Verfahrensgeschichte	5
B	Sachverhalt	6
B.1	Vorbemerkung zum Beweis	6
B.2	Markt der optischen Netzwerke.....	6
B.3	Wettbewerbsrechtlich relevante Verhaltensweise: Koordination der Offerten für die Ausschreibung der SNB vom Mai bis Juni 2019.....	8
C	Erwägungen	11
C.1	Geltungsbereich.....	11
C.2	Vorbehaltene Vorschriften	11
C.3	Parteianträge	12
C.4	Unzulässige Wettbewerbsabrede.....	14
C.4.1	Wettbewerbsabrede	15
C.4.1.1	Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken	15
C.4.1.2	Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung.....	16
C.4.1.3	Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen.....	17
C.4.1.4	Zwischenergebnis	17
C.4.2	Anwendung der gesetzlichen Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs	18
C.4.2.1	Vermutung der Beseitigung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG	18
C.4.2.2	Vermutung der Beseitigung gemäss Art. 5 Abs. 4 KG	18
C.4.2.3	Fazit.....	19
C.4.2.4	Keine Widerlegung der gesetzlichen Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung	19
C.4.2.4.1	Relevanter Markt.....	19
C.4.2.4.2	Aussenwettbewerb	20
C.4.2.4.3	Innenwettbewerb.....	20
C.4.2.4.4	Intrabrandwettbewerb und Interbrandwettbewerb.....	21

C.4.2.4.5	Fazit: Keine Widerlegung der gesetzlichen Vermutung	21
C.4.3	Schlussfazit zum Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede	21
C.5	Massnahmen	22
C.5.1	Einvernehmliche Regelung und Rechtsmittelverzicht	22
C.5.2	Sanktionierung	23
C.5.2.1	Rechtsgrundlage und Voraussetzungen.....	23
C.5.2.2	Bemessung	24
C.5.2.2.1	Konkrete Sanktionsberechnung.....	24
(i)	Basisbetrag	24
1.	Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt).....	24
2.	Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses.....	25
(ii)	Dauer des Verstosses	26
(iii)	Erschwerende und mildernde Umstände.....	26
(iv)	Maximalsanktion	26
C.5.2.2.2	Selbstanzeigen.....	26
C.5.2.2.3	Verhältnismässigkeitsprüfung.....	27
C.5.2.3	Ergebnis.....	27
D	Kosten	27
E	Ergebnis	28
F	Dispositiv	30

A Verfahren

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die Frage, ob die Adva Optical Networking SE, Meiningen, Zweigniederlassung Zürich, die Dacoso GmbH, die Infoguard AG und die IT District GmbH ihre Offerten im Rahmen eines Beschaffungsverfahrens der Schweizerischen Nationalbank zum Ausbau ihrer IT Netzwerkinfrastruktur zwischen Mai und Juni 2019 koordiniert und damit gegen Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG¹ und Art. 5 Abs. 4 KG verstossen haben.

A.2 Untersuchungsadressatinnen

A.2.1 Adva Optical Networking SE, Meiningen, Zweigniederlassung Zürich

2. Die Adva Optical Networking SE, Meiningen, Zweigniederlassung Zürich (nachfolgend: Adva) ist Teil der deutschen Muttergesellschaft Adva Optical Networking SE mit Sitz in Martinsried (Deutschland). Die Muttergesellschaft ist weltweit tätig und betreibt Standorte in mehr als 20 Ländern. Die Adva ist in der Entwicklung, Produktion, Vermarktung und im Vertrieb von optischen und elektronischen Hardware- und Softwarekomponenten tätig und erbringt Dienstleistungen in diesem Zusammenhang.

A.2.2 Dacoso GmbH

3. Die Dacoso GmbH (nachfolgend: Dacoso) mit Sitz in Dietikon (ZH) ist eine Tochtergesellschaft der deutschen Muttergesellschaft Dacoso data communications solutions GmbH mit Sitz in Langen (Deutschland). Die Dacoso ist vor allem in Deutschland tätig, wo das Unternehmen an 8 Standorten vertreten ist. Ausserdem ist die Dacoso an einem Standort in Österreich vertreten. Die Dacoso ist im An- und Verkauf sowie Erbringen von Beratungs- und Dienstleistungen im Bereich von elektronischen Datenverarbeitungssystemen tätig. Unter anderem verkauft die Dacoso auch Adva-Netzwerkkomponenten und kümmert sich um deren Wartung bei ihren Kundinnen und Kunden.

A.2.3 Infoguard AG

4. Die Infoguard AG (nachfolgend: Infoguard) mit Sitz in Baar und zweitem Standort in Bern ist in der Entwicklung, Herstellung, Vermarktung und Vertrieb von Produkten aktiv und erbringt Beratungs- und andere Dienstleistungen im Bereich der Daten- und Informationssicherheit. Die Infoguard vertreibt unter anderem auch Adva-Netzwerkkomponenten und kümmert sich um deren Wartung bei ihren Kundinnen und Kunden.

A.2.4 IT District GmbH

5. Die IT District GmbH (nachfolgend: IT District) mit Sitz in Cham ist im Verkauf, in der Entwicklung, Herstellung und Vermarktung von Hard- sowie Softwareprodukten tätig und erbringt Beratungs- und andere Dienstleistungen im Bereich der Daten- und Informationssicherheit. Die IT District verkauft bislang keine Adva-Netzwerkkomponenten und wartet diese auch nicht.

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

A.3 Verfahrensgeschichte

6. Nachdem das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) im Oktober 2019 Kenntnisse über mögliche unzulässige Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit einer Ausschreibung der Schweizerischen Nationalbank (nachfolgend: SNB) erhielt, reichte die IT District am 8. November 2019 einen Marker für eine Selbstanzeige im Sinne von Art. 49a Abs. 2 KG i.V.m. Art. 8 ff. SVKG² ein, welchen sie am 22. November 2019 ergänzte.³ Gestützt auf die erhaltenen Informationen und weitere Abklärungen eröffnete das Sekretariat am 14. Januar 2020 im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums die Untersuchung 22-0503: Optische Netzwerke nach Art. 27 ff. KG⁴ und führte gleichentags Hausdurchsuchungen bei Dacoso und Infoguard durch. Ferner befragte sie je einen Mitarbeiter der Infoguard⁵ und der Adva⁶ und führte ein protokolliertes Telefongespräch mit der SNB.⁷

7. Die Infoguard machte am 15. Januar 2020 eine Eingabe zum Sachverhalt, welche sie am 7. Februar 2020 ergänzte.⁸ Die Dacoso setzte am 15. Januar 2020 einen Marker für eine Selbstanzeige und reichte ihre Eingabe am 31. Januar 2020 nach.⁹

8. Die Adva erhielt am 18. März 2020 Einsicht in einen Teil der elektronischen Verfahrensakten unter Ausschluss der Selbstanzeigeakten.¹⁰ Sämtliche Parteien erhielten am 2. Juni 2020 die elektronischen Verfahrensakten mit Ausnahme der Selbstanzeigeakten zur Einsicht.¹¹ Am 1. Juli 2020 versandte das Sekretariat im Einverständnis mit den betroffenen Parteien fünf geschwärzte Aktenstücke aus den Selbstanzeigeakten allen Verfahrensparteien zur Einsicht.¹²

9. Zwischen dem 12. und dem 19. Juni 2020 fanden Gespräche über den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung (nachfolgend: EVR) mit allen Verfahrensparteien statt.¹³ Am 9. Juli 2020 stellte das Sekretariat allen Parteien die endgültigen Versionen der EVR und des Rechtsmittelverzichtes zu.¹⁴ Diese wurden von allen Parteien unterzeichnet retourniert.¹⁵ Am 22. September 2020 versandte das Sekretariat den Parteien seinen Antrag zur Stellungnahme gemäss Art. 30 Abs. 2 KG.

10. Die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) genehmigte am 16. November 2020 die EVR und entschied unter angemessener Berücksichtigung der Parteistellungnahmen in der Sache.

² Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).

³ Act. IX.A.1, IX.A.7.

⁴ Vgl. SHAB vom 28.1.2020, Nr. 44 (Act. I.40) und Untersuchungseröffnungsschreiben an die Parteien vom 13.1.2020 (Act. I.1-I.4).

⁵ Act. IX.B.3.

⁶ Act. III.1.

⁷ Act. IV.1.

⁸ Act. IX.B.4, IX.B.8.

⁹ Act. IX.C.1, IX.C.5

¹⁰ Act. I.49-I.51.

¹¹ Act. I.80-I.84.

¹² Act. I.101-I.104.

¹³ Act. I.88, I.89, I.93, I.94.

¹⁴ Act. I.105-I.108.

¹⁵ Act. I.109-I.113.

B Sachverhalt

B.1 Vorbemerkung zum Beweis

11. Auf das Untersuchungsverfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG)¹⁶ anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (Art. 39 KG). Im Kartellverwaltungsverfahren gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG und Art. 40 BZP¹⁷). Der Beweis einer Tatsache ist im Allgemeinen erbracht, wenn die Wettbewerbsbehörden nach objektiven Gesichtspunkten von deren Verwirklichung überzeugt sind. Die Verwirklichung der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit (also ohne Zweifel) festzustehen, sondern es genügt, wenn allfällige Zweifel unerheblich erscheinen.¹⁸ Es bestehen aus Behördensicht keine erheblichen Zweifel, dass sich der Sachverhalt in der beschriebenen Art ereignet hat. Darüber hinaus haben sämtliche Verfahrensparteien eine EVR zur Beilegung des Verfahrens mit dem Sekretariat abgeschlossen und auf allfällige Rechtsmittel verzichtet, sofern die EVR von der WEKO genehmigt werden würde. Aus diesen Gründen wird der Sachverhalt ohne Beweisführung dargestellt.

B.2 Markt der optischen Netzwerke

12. Optische Netzwerke sind auf Glasfaser basierende Telekommunikationsnetze, die eine Datenkommunikation zwischen zwei oder mehreren Standorten erlauben (vgl. Abb. 1). Die Datenkommunikation zwischen den Standorten der SNB basiert unter anderem auf der sogenannten «Dense Wavelength Division Multiplexing» (DWDM) Technologie.¹⁹ Diese Technologie erlaubt es, am Sender-Standort verschiedene Signale, welche durch verschiedene Applikationen (z. B. Telefonie, Internet, Datenkommunikation etc.) entstanden sind, zu bündeln (Multiplexing) und das gebündelte Paket dann über eine einzige Glasfaser an den Empfänger-Standort zu schicken. Dort werden die Signale wieder entbündelt (De-multiplexing). Ein Unternehmen, das sich dieser Technologie bedient, muss die Glasfaser als unbeleuchtete (sogenannte dark fiber) bei einem Telekomanbieter zur exklusiven Nutzung mieten und die Glasfaser selbst «durchleuchten». Diese Technologie erlaubt es dem betreffenden Unternehmen mithilfe einer einzigen Glasfaser eine Kommunikation von einer enormen Menge gesicherter Daten aus unterschiedlichen Applikationen zwischen zwei Standorten herzustellen. Die DWDM-Technologie wird durch spezifische Netzwerkkomponenten ermöglicht, welche am Sender- und Empfänger-Standort installiert sind. Die Adva bietet solche DWDM-Netzwerkkomponenten als skalierbare und modulare Systeme an, die sich auf die spezifischen Kundenbedürfnisse massschneidern lassen.

¹⁶ Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

¹⁷ Bundesgesetz vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273).

¹⁸ Urteil des BVGer B-8430/2010 vom 23.9.2014, E. 5.3.2 f., *Paul Koch AG/WEKO*; Urteil des BVGer B-8399/2010 vom 23.9.2014, E. 4.3.2 f., *Siegenia-Aubi AG/WEKO*; vgl. auch etwa Urteil des BGer 2A.500/2002 vom 24.03.2003, E. 3.5; RPW 2009/4, 341 Rz 15, *Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB)*.

¹⁹ Vgl. z. B. <<https://www.adva.com/en/products/technology/dwdm>> (6.2.2020).

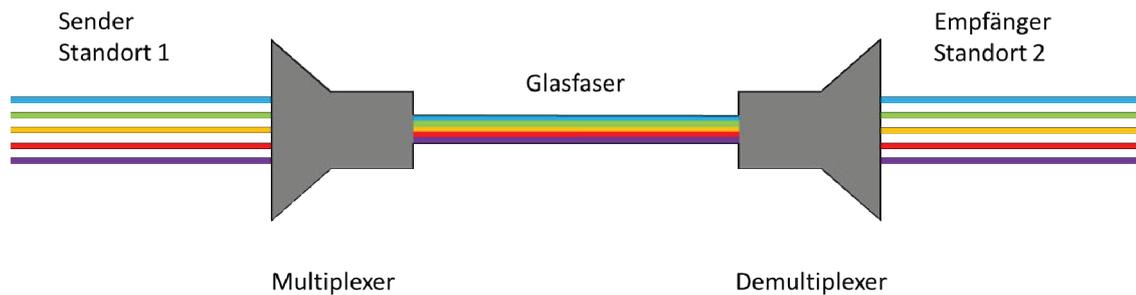


Abbildung 1: Funktionsweise der DWDM optischen Netzwerke Technologie

13. Die Adva ist seit mehr als 20 Jahren weltweite Herstellerin von Hard- und Software-Lösungen für solche Netzwerke. Hauptsächlich Grosskundinnen und Grosskunden wie Banken oder Versicherungsunternehmen beziehen die Produkte der Adva. Die Adva vertreibt ihre Produkte in der Schweiz grösstenteils durch sogenannte Partnerunternehmen.²⁰ Sowohl die Dacoso als auch die Infoguard sind Elite-Partnerinnen²¹ und profitieren somit vom höchstmöglichen Partnerstatus. Elite-Partnerinnen können die Wartung der Adva-Produkte als zertifizierte Dienstleistung anbieten, profitieren von verbesserten Einkaufskonditionen und haben Zugang zu weiteren Vorteilen wie z. B. Weiterbildung und Teilnahme an Kongressen.²² Die IT District ist kein Partnerunternehmen der Adva und hat bislang keine Adva-Produkte verkauft. Zudem ist die IT District vor allem in Software-Lösungen für IT Sicherheit spezialisiert und verkauft grundsätzlich keine Hardwareprodukte.²³

14. Partnerunternehmen kaufen die Produkte bei der Herstellerin Adva zum sogenannten Einkaufspreis ein. [REDACTED]. Dieser individuelle Rabatt ist grundsätzlich nur der Adva und dem jeweiligen Partnerunternehmen bekannt.²⁴ [REDACTED]

15. Die Partner verkaufen dann die Produkte weiter an die Endkundinnen und Endkunden. Der Preis an die Endkundinnen und Endkunden setzt sich aus dem Adva-Listenpreis abzüglich eines vom Partner gewährten Endkundenrabatts zusammen (vgl. Abb. 2). Der Adva-Listenpreis ist nicht öffentlich und die Kundin und der Kunde kennt den ihm gewährten Endkundenrabatt nicht zwingend.²⁶ Die Differenz zwischen dem Einkaufspreis und dem Endkundenpreis stellt die Marge für den Partner dar.²⁷

²⁰ Vgl. z. B. Act. III.1, Zeilen 124 ff. oder Act. IX.C.5, Rz 22.

²¹ Act. IX.C.5, Rz 23; <<https://www.infoguard.ch/de-ch/partner/adva-optical-networking-dwdm-cwdm-connectivity>> (6.2.2020).

²² <<https://www.adva.com/en/about-us/partners/value-added-resellers>> und <<https://www.adva.com/en/resources/downloads/pdf/partner-ecosphere-brochure>> (6.2.2020).

²³ Act. IX.A.7, Rz 19.

²⁴ Act. IX.B.3, Zeilen 96 ff.

²⁵ Act. III.1, Zeilen 95 ff.

²⁶ Act. III.1, Zeilen 106 ff.

²⁷ Vgl. z. B. Act. IX.C.5, Beilage 25.

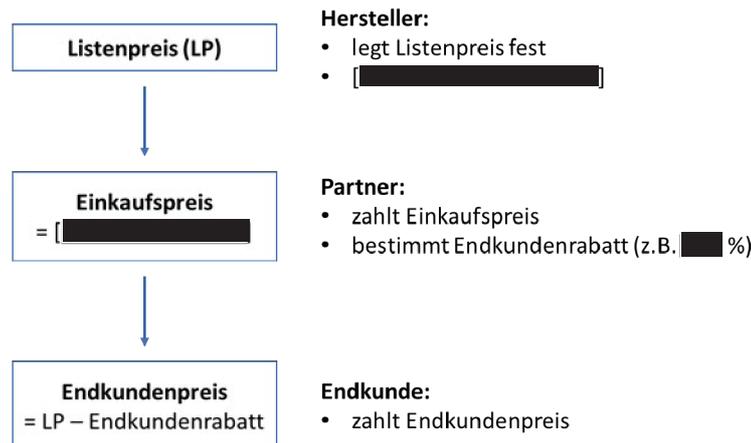


Abbildung 2: Preisgestaltung

16. Grundsätzlich könnte die Adva ihre Produkte auch selbst vertreiben. [REDACTED]
 [REDACTED]
 [REDACTED] Anstelle dessen betreibt die Adva grösstenteils ein Netz mit Partnerunternehmen, welche ihre Produkte vertreiben.

17. Zusätzlich zu den Produkten der Herstellerin verkaufen die Partnerunternehmen die Dienstleistung der Installation und Wartung vor Ort. Es steht der Kundin und dem Kunden jedoch im Prinzip offen, die Komponenten und die Wartung bei zwei separaten Vertreibern zu beziehen.

18. Grundsätzlich kann jedes Unternehmen Adva-Produkte vertreiben, ohne zwingend Adva-Partner zu sein. Einem Unternehmen, das Adva-Produkte vertreiben möchte, stehen zwei Möglichkeiten zur Verfügung. Eine Möglichkeit besteht darin, das Produkt direkt von der Adva zu beziehen.²⁹ Eine zweite Möglichkeit ist es, ein Adva-Produkt von einem Partnerunternehmen zu kaufen.³⁰ Letztere Möglichkeit stünde im vorliegenden Fall z. B. der IT District offen, da diese keine offizielle Adva-Partnerin ist. Allerdings ist davon auszugehen, dass die Installation und Wartung vor Ort nur von einem ausgebildeten und erfahrenen Unternehmen getätigt werden kann. Die IT District verfügt zurzeit über keine entsprechende Erfahrung oder Ausbildung.

B.3 Wettbewerbsrechtlich relevante Verhaltensweise: Koordination der Offerten für die Ausschreibung der SNB vom Mai bis Juni 2019

19. Im Mai 2019 fragte die SNB per E-Mail eine Offerte für den Ausbau ihrer Adva-Infrastruktur beim bestehenden Partnerunternehmen Dacoso an.³¹ Der Anfrage lag eine Stückliste mit den gewünschten Adva-Produkten bei. Die Dacoso reichte ihre Offerte am 3. Juni 2019 per E-

²⁸ Act. III.1, Zeilen 124 ff.

²⁹ Act. III.1, Zeilen 238 ff.

³⁰ Act. III.1, Zeile 237; Act. IX.C.5, Rz 22.

³¹ Act. IX.C.5, Beilage 10.

Mail ein. Die Offerte enthielt zwei Angebote mit jeweils unterschiedlichen Hardwarekomponenten.³² Daraufhin kontaktierte die SNB die Herstellerin Adva und fragte für zwei weitere möglichen Offerten nach zwei weiteren Vertreibernamen nach.³³ Die Adva nannte der SNB die Infoguard und die IT District, welche die SNB um ein Angebot anfragte.³⁴ Es gab keine öffentliche Ausschreibung.³⁵ Dieser Ablauf ist nicht untypisch, da bei einer Einladung zu einer Offerte der Wettbewerb nicht abgeschlossen ist. Die Vergabestelle kann weitere Anbieter einladen und weitere Verhandlungen oder Abgebotsrunden durchführen.

20. Die Adva und die Dacoso kamen überein, dass die Adva eine «Schutzofferte» (auch «Stützofferte» genannt) bei der Infoguard und die Dacoso eine «Schutzofferte» bei der IT District erwirken sollten, damit die Dacoso den Zuschlag erhalten würde.³⁶ Sowohl die Adva als auch die Dacoso hielten sich an die Übereinkunft.³⁷ Zur Umsetzung der Übereinkunft stellte die Dacoso der Adva ihre Offerte an die SNB zu, so dass die Adva den Endkundenpreis und den angewandten Endkundenrabatt der Dacoso kannte.³⁸ Die Dacoso und die Adva kamen ferner überein, dass die Adva den Endkundenrabatt von [] % an die Infoguard kommunizieren sollte und die Dacoso die zu offerierenden Preise an die IT District weiterleiten sollte.³⁹ Auf diese Weise wollten die Dacoso und die Adva sicherstellen, dass die Infoguard und die IT District nicht tiefer als die Dacoso anboten und somit kein konkurrenzfähiges Angebot bei der SNB einreichten.⁴⁰

21. Die Adva überzeugte in der Folge die Infoguard, bei der SNB ein Angebot abzugeben⁴¹, und übermittelte ihr auf Wunsch eine vorbereitete Stückliste mit den Listenpreisen, welche die Infoguard direkt in ihr Angebot übernehmen konnte.⁴² Diese Stückliste wurde ursprünglich von der Dacoso erstellt.⁴³ Gleichzeitig kamen die Adva und die Infoguard über die Höhe des Endkundenrabatts der Infoguard-Offerte überein, so dass die Infoguard ihre Offerte mit dem gleichen Endkundenrabatt wie die Dacoso ausarbeitete.⁴⁴ Gemäss ihrer Übereinkunft mit der Adva kümmerte sich die Dacoso darum, dass die IT District ebenfalls eine Offerte bei der SNB einreichte und die Offerte ebenfalls den Endkundenrabatt von [] % enthielt.⁴⁵ Zu diesem Zweck bereitete die Dacoso sogar die IT District-Offerte vor, mit genauen Angaben, wie diese Offerte von der IT District zu bearbeiten sei.⁴⁶ Sowohl die Infoguard als auch die IT District waren sich darüber im Klaren, dass sie mit ihren Offerten keine Chancen hatten, den Zuschlag bei der SNB zu gewinnen.⁴⁷

³² Act. IX.C.5, Beilagen 12-16.

³³ Act. III.1, Zeilen 214 ff.; Act. II.1, 7, Zeilen 218 ff.

³⁴ Act. IX.B.8, Rz 6; Act. IX.A.7, Beilage 4; Die SNB konnte möglicherweise herleiten, dass die Dacoso als bereits bestehende Lieferantin von Adva-Komponenten bei der SNB mit Bezug auf Adva-Produkte von besseren Einkaufskonditionen bei der Herstellerin profitieren konnte.

³⁵ Vgl. Act. IX.B.4, 1.

³⁶ Act. IX.C.5, Rz 63, 67 und 95, Beilage 25.

³⁷ Act. IX.C.5, Rz, 54 ff., Rz 63, 67 und 95, Beilage 25; Act. IX.B.4, 2 und 20 f.

³⁸ Act. IX.C.5, Rz 51, Beilagen 15 und 21.

³⁹ Act. IX.C.5, Rz 63, 71 ff. und 82 f.

⁴⁰ Act. IX.A.7, Rz 27; Act. IX.C.5, Rz 63 und 95.

⁴¹ Act. III.1, Zeilen 220 ff.; Act. IX.B.3, Zeilen 134 ff.

⁴² Act. IX.B.3, Zeilen 134 ff.; Act. IX.B.4, 21; Act. III.1, Beilage 5.

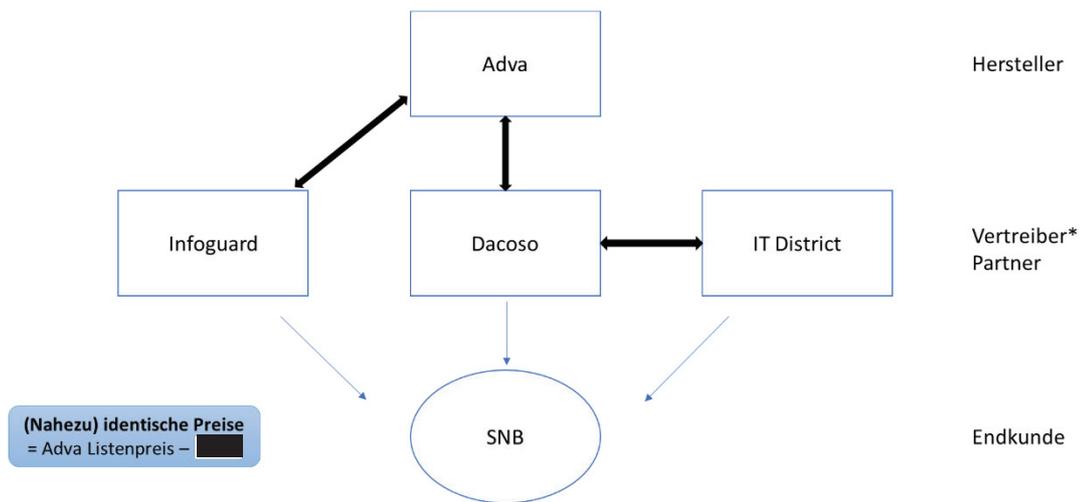
⁴³ Act. III.1, Zeilen 283 ff.

⁴⁴ Act. IX.B.4, 2 und 20 f.

⁴⁵ Act. IX.A.7, Beilagen 2 und 6.

⁴⁶ Act. IX.C.5, Beilage 23.

⁴⁷ Act. IX.B.4, 64; Act. IX.C.5, Beilage 23.



* IT District ist keine offizielle Vertreiberin/Partnerin von Adva-Produkten

Abbildung 3: Informationsfluss zwischen den Parteien

22. Die Dacoso, die Infoguard und die IT District hielten sich an die Abmachung und unterbreiteten der SNB eine Offerte mit dem verabredeten Endkundenrabatt von [] % auf den Listenpreis der Adva.⁴⁸ Die Offerten der IT District und der Infoguard waren Schutzofferten und sollten dafür sorgen, dass die Dacoso den Zuschlag erhielt. Die Schutzgeberinnen waren sich bewusst, dass es sich bei ihren Offerten um Schutzofferten handelte.⁴⁹ Der Infoguard war zudem bewusst, dass die Preise identisch mit denjenigen der Dacoso-Offerte waren.⁵⁰ Die Infoguard und die IT District haben sich nach Eingabe der Offerte nicht mehr bei der SNB über den Stand des Projektes erkundigt.⁵¹

23. Die Preise für die Hard- und Softwarekomponenten waren in allen drei Offerten quasi identisch. Alle drei Unternehmen wandten in ihrer Offerte einen Endkundenrabatt von [] % auf den Listenpreis der Adva an.⁵²

24. Die drei bei der SNB eingereichten Offerten bildeten die Basis für den Entscheid der SNB, welches Unternehmen den Zuschlag erhalten sollte.⁵³ Der Umstand, dass die Offertanfragen der SNB in einer – gemäss Parteiaussagen in der Branche eher unüblichen – informellen Form per E-Mail verschickt wurden, ändert daran nichts.⁵⁴ Grund für die Form der Anfrage (insb. per E-Mail) sei, gemäss Aussagen der SNB, im vorliegenden Fall das eher kleine Beschaffungsvolumen gewesen.⁵⁵ Bei der Wahl des Unternehmens, welches den Zuschlag erhalten sollte, sei insbesondere das Preisniveau der Offerten ausschlaggebend gewesen.⁵⁶ Bei drei quasi identischen Offerten hätte sich die SNB für ihre bestehende Partnerin Dacoso entschieden. Denn es bestand bereits ein vertragliches Verhältnis zwischen der SNB und der Dacoso bezüglich der Adva-Infrastruktur. Mit einem Wechsel des Partnerunternehmens wären daher Umstellungskosten verbunden gewesen. Gemäss Aussagen der SNB hätte sie daher

⁴⁸ Act. IX.C.5, Beilagen 12-16, Act. IX.A.7, Beilage 10, Act. IX.B.4, 10 ff.

⁴⁹ Act. IX.B.4, 19 f.; Act. IX.C.5, Beilage 23; Act. IX.A.7, 9, Rz 27; Act. IX.A.7, 30, Beilage 8.

⁵⁰ Act. IX.B.4, 19 f.

⁵¹ Act. IX.B.4, 4, Act. IX.B.3, Zeilen 262 f. und Act. IX.A.7, Rz 24.

⁵² Act. IX.C.5, Beilagen 12-16; Act. IX.A.7, Beilage 10; Act. IX.B.4, 10 ff.

⁵³ Act. IV.1, Zeilen 51 ff.

⁵⁴ Act. IX.B.8, Rz 10 ff.

⁵⁵ Act. IV.1, Zeilen 63 ff.

⁵⁶ Act. IV.1, Zeilen 49 f.

einen Wechsel zu einer neuen Partnerin nur in Betracht gezogen, wenn diese mindestens ca. [] % billiger als die Dacoso angeboten hätte.⁵⁷

25. Die Offertkoordination im Rahmen der SNB Ausschreibung zwischen der Dacoso, der IT District, der Infoguard und der Adva spielte sich zwischen Mai und Juni 2019 ab.

C Erwägungen

C.1 Geltungsbereich

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. 1^{bis} KG). Sämtliche Parteien erfüllen vorliegend die Merkmale privatrechtlicher Unternehmen, womit das Kartellgesetz in persönlicher Hinsicht anwendbar ist.

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.

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.).

29. Der vorliegende Untersuchungsgegenstand fällt in den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

C.2 Vorbehaltene Vorschriften

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 BVer 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*.

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

C.3 Parteianträge

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

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

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 enthalte 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 sinngemäss

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 BVGer 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.

mässig 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.

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.

35. In rechtlicher Hinsicht bezieht sich die Dacoso auf einen Entscheid 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).

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.

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.

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.

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.

39. Was die Formulierungs- und Ergänzungsvorschläge sämtlicher Verfahrensparteien betrifft, hat die WEKO diesen angemessen Rechnung getragen. Es sei in diesem Zusammenhang einzig klargelegt, 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

40. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtferti-

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*.

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

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

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

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

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.

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. Unterschiedlos, 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.

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

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

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.

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

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

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.

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 Vertreiberinnen 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.

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*.

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 Betonanierung 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.

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*.

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 Intrabrandwettbewerb 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 Intrabrand- und Interbrand-Wettbewerbs massgebend. Ausschlaggebend ist, ob genügend Intrabrand- 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 Intrabrand-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 Intrabrandwettbewerb spielte nicht (Rz 72 f.).

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.

- 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

– 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.¹⁰³

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*.

1 und 1^{bis} 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, angemessen 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.).

1. Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt)

88. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 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. Bei Submissionsabreden zieht die WEKO praxismässig als Basisumsatz die Summe der Offerte des Unternehmens, das den Zuschlag erhalten sollte, bei.¹⁰⁶ Im vorliegenden Fall beträgt der Basisumsatz für die Dacoso, die Infoguard und die IT District EUR [652 174–913 043]

¹⁰⁴ Vgl. PETER REINERT, in: Stämpflis 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*.

¹⁰⁵ RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹⁰⁶ RPW 2017/3, 456 Rz 277, *Hoch- und Tiefbauleistungen Münstertal*; RPW 2013/4, 610 Rz 934, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Zürich*.

bzw. CHF [750 000–1 050 000] (Umrechnungskurs von 1.15 CHF/EUR zum Zeitpunkt der Absprache).¹⁰⁷ Für die Adva muss der Basisbetrag an den hypothetischen Herstellerumsatz angepasst werden.¹⁰⁸ Dieser beträgt EUR [326 087–456 522] bzw. CHF [375 000–525 000].¹⁰⁹

2. Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

89. Die an den in Frage stehenden Abreden beteiligten Unternehmen haben sich unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a und c KG sowie im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG verhalten. Bei der nachfolgenden Prüfung der Schwere dieser Verstösse gegen das Kartellgesetz stehen objektive und nicht verschuldensabhängige Faktoren im Vordergrund.¹¹⁰ Bei Verstössen gegen Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, handelt es sich um besonders schädliche Abredetypen.¹¹¹ Sie stellen in aller Regel schwere Kartellrechtsverstösse dar.

90. Im vorliegenden Fall ist jedoch zu beachten, dass die Abredeteilnehmer mit der Abrede keinen Umsatz erzielten. Die SNB erteilte den Zuschlag aufgrund von der Abrede unabhängiger Umstände nicht. Praxisgemäss sind in einem solchen Fall Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und Art. 5 Abs. 4 KG zwar als schwerwiegend zu betrachten, aber nicht so schwerwiegend, als wäre es zu einem Zuschlag und somit zu der Realisierung eines kartellbedingten Umsatzes gekommen. Ferner unterscheidet die Praxis bei Submissionsabsprachen zwischen Schutzgeberinnen – welche dem Unternehmen, welches den Zuschlag erhalten soll, mittels Scheinofferten Schutz bieten – und Schutznehmerinnen – welche mithilfe der Schutzofferten der Schutzgeberinnen den Zuschlag erhalten (sollten). Die Höhe des Basiskoeffizienten nach Art. 3 SVKG beträgt gemäss der soeben genannten Praxis 2,5 % für Schutzgeberinnen und 5 % für Schutznehmerinnen.¹¹² Vertikale Abreden gemäss Art. 5 Abs. 4 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, werden in der Praxis ebenfalls als schwerwiegend betrachtet, wobei das Ausbleiben eines Zuschlags und somit eines Umsatzes berücksichtigt werden.¹¹³ Es sind keine Gründe ersichtlich, welche ein Abweichen von dieser Praxis rechtfertigen würden.

91. Die Dacoso, welche vom Zuschlag der SNB und somit vom Kartellumsatz profitiert hätte, ist vorliegend die Schutznehmerin. Schutzgeberinnen sind die Infoguard und die IT District. Sie haben eine Schutzofferte eingereicht, um sicherzustellen, dass die Dacoso den Auftrag erhält. Die Adva nahm nicht an der horizontalen Abrede teil und ist daher weder Schutzgeberin noch Schutznehmerin, hingegen trug sie mit ihren vertikalen Abreden zum Gelingen der horizontalen Abrede bei. Zudem hätte sie gleich wie eine Schutznehmerin vom Kartell profitiert. Sie ist aus diesem Grund gleich wie die Schutznehmerin zu behandeln.

92. Unter Berücksichtigung der vorliegenden Umstände und unter pflichtgemässer Beachtung der Praxis der WEKO erscheint für die Dacoso als Schutznehmerin der Submissionsabrede ein Basisbetrag von 5 % der relevanten Offertsumme, d. h. CHF [37 500–52 500] und für die Adva ein Basisbetrag von 5 % der relevanten Offertsumme, d. h. CHF [18 750–26 250], als angemessen. Entsprechend erscheint für die Infoguard und die IT District als Schutzgeberinnen der Submissionsabrede jeweils ein Basisbetrag von 2,5 % der relevanten Offertsumme als angemessen, d. h. CHF [18 750–26 250].

¹⁰⁷ Act. IX.C.5, Beilage 14.

¹⁰⁸ RPW 2017/1, 103 Rz 68, *Eflare*.

¹⁰⁹ Act. III.1, 8, Zeilen 265 f.

¹¹⁰ BGE 144 II 194, 204 E. 6.4.

¹¹¹ BGE 143 II 297, 317 E. 5.2.4.

¹¹² RPW 2018/4, 769 ff. Rz 141 ff., *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin III*; WEKO, Entscheid vom 27. Mai 2019, *Hoch- und Tiefbauleistungen Engadin II*, Rz 264 ff.

¹¹³ RPW 2017/1, 103 Rz 73 ff., *Eflare*.

(ii) Dauer des Verstosses

93. 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). Der vorliegende Sachverhalt spielte sich zwischen Mai und Juni 2019 ab, Art. 4 SVKG gelangt daher nicht zur Anwendung.

(iii) Erschwerende und mildernde Umstände

94. In einem letzten Schritt sind die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und 6 SVKG zu berücksichtigen. Da keine erschwerenden Umstände vorliegen, sind einzig die nachfolgenden mildernden Umstände zu beachten.

95. Der Wille und die Bereitschaft zum Abschluss einer EVR werden von den Wettbewerbsbehörden bei der Sanktionsbemessung als kooperatives Verhalten gewürdigt. Der Kooperation ist im Rahmen von Art. 6 SVKG Rechnung zu tragen. Schliessen die Parteien wie im vorliegenden Fall eine EVR während der Sachverhaltsermittlung ab, kann die Sanktion gemäss Behördenpraxis um maximal 20 % reduziert werden.¹¹⁴ Aufgrund des frühen Abschlusses der EVR während der Untersuchung rechtfertigt sich für alle Parteien die maximale Reduktion von 20 %.

96. Auch kooperatives Verhalten beachten die Wettbewerbsbehörden als mildernden Umstand im Sinn von Art. 6 SVKG. Die Infoguard hat freiwillig Beweismittel und Eingaben zum Sachverhalt eingereicht und zudem den Sachverhalt anerkannt.¹¹⁵ Dieses Verhalten rechtfertigt eine zusätzliche Sanktionsreduktion von 15 %.

(iv) Maximalsanktion

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

C.5.2.2.2 Selbstanzeigen

98. Wenn ein Unternehmen an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung ganz oder teilweise verzichtet werden (Art. 49a Abs. 2 KG). Die Voraussetzungen der Sanktionsbefreiung und -reduktion richten sich nach Art. 8 SVKG und 12 SVKG.

99. 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 den Wettbewerbsbehörden Informationen und Beweise liefert, die es den Wettbewerbsbehörden ermöglichen entweder eine Untersuchung zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG) oder einen Wettbewerbsverstoss gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG).

¹¹⁴ Vgl. Merkblatt des Sekretariats der WEKO: Einvernehmliche Regelungen vom 28.2.2018, Rz 11; abrufbar unter <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/dokumentation/bekanntmachungen---erlaeuterungen.html>> (17.1.2019).

¹¹⁵ Act. I.110.

100. Die IT District reichte am 22. November 2019 als erstes Unternehmen noch vor der Eröffnung der Untersuchung eine Selbstanzeige ein (vgl. Rz 6). Obwohl das Sekretariat zu diesem Zeitpunkt bereits Kenntnis möglicher unzulässiger Wettbewerbsabreden im Zusammenhang mit der Ausschreibung der SNB hatte, ermöglichte die Selbstanzeige der IT District die Eröffnung des Verfahrens, weshalb ihr der vollständige Sanktionserlass zu gewähren ist.

101. 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. Gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG beträgt die Höhe der Reduktion bis zu 50 % des nach den Artikeln 3-7 SVKG berechneten Sanktionsbetrags.

102. Die Dacoso reichte, nachdem sie am Folgetag der Untersuchungseröffnung einen Marker gesetzt hatte, am 31. Januar 2020 eine Selbstanzeige ein (vgl. Rz 7). Die gelieferten Informationen ermöglichten es den Wettbewerbsbehörden, den Wettbewerbsverstoss zusammen mit den bestehenden Beweismitteln festzustellen. Aufgrund dessen ist eine Sanktionsreduktion von 50 % für die Dacoso angemessen.

103. Die Infoguard gab am 14. Januar 2020 Angaben als Selbstanzeige zu Protokoll, welche sie am 15. Januar 2020 und auf Aufforderung am 7. Februar 2020 ergänzte (vgl. Rz 6 f.). Da die Eingaben die Beteiligung der Infoguard an einem Wettbewerbsverstoss nicht anzeigten, kommt den Eingaben keine Selbstanzeigequalität im Sinne von Art. 8 Abs. 1 SVKG bzw. Art. 12 Abs. 1 SVKG zu. Wie bereits aufgeführt (dazu Rz 96), sind die Eingaben jedoch gemäss Art. 6 SVKG sanktionsmindernd zu berücksichtigen.

C.5.2.2.3 Verhältnismässigkeitsprüfung

104. Schliesslich muss eine Sanktion als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes gemäss Art. 2 Abs. 2 SVKG für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein.¹¹⁶ Vorliegend sind die festgesetzten Sanktionsbeträge ohne Weiteres tragbar bzw. zumutbar. Es bestehen keine Anzeichen für eine Bedrohung der Wettbewerbs- oder Existenzfähigkeit der Parteien durch die Sanktion.

C.5.2.3 Ergebnis

105. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die WEKO die folgenden Sanktionen als angemessen:

- Dacoso: CHF [15 000–21 000]
- Adva: CHF [15 000–21 000]
- Infoguard: CHF [15 000–21 000]
- IT District: CHF 0

D Kosten

106. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG¹¹⁷ ist gebührenpflichtig, wer ein Verwaltungsverfahren verursacht hat. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht,

¹¹⁶ BGE 143 II 297, 346 f. E. 9.7.2.

¹¹⁷ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen. Die Gebührenpflicht der Verfügungsadressatinnen ist daher zu bejahen.

107. Ist wie im vorliegenden Fall die Aufdeckung und Abklärung eines Kartells Gegenstand eines Verfahrens, so gelten grundsätzlich alle am Kartell Beteiligten gemeinsam und in gleicher Masse als Verursacher des entsprechenden Verwaltungsverfahrens. Praxisgemäss werden die Gebühren den Parteien vorliegend zu gleichen Teilen auferlegt.

108. 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). Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 130.– bis 290.–.

109. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt 509.75 Stunden. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet:

- 78.08 Stunden zu CHF 130.–, ergebend CHF 10 150.40
- 372.02 Stunden zu CHF 200.–, ergebend CHF 74 404.00
- 59.65 Stunden zu CHF 290.–, ergebend CHF 17 298.50

110. Demnach belaufen sich die Gebühren auf insgesamt CHF 101 852.90. Die der Adva, der Dacoso, der Infoguard und der IT District zu gleichen Teilen auferlegten Gebühren betragen entsprechend je Unternehmen CHF 25 463.23.

E Ergebnis

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

112. Die zwischen der Dacoso und der Adva abgeschlossene Vereinbarung, der Dacoso den Zuschlag mit einem Endkundenrabatt von [] % zuzuschancen, stellt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG über Festpreise dar (vgl. Rz 59 f.). Die zwischen der Adva und der Infoguard abgeschlossene Vereinbarung stellt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG über Festpreise dar (vgl. Rz 59 f.). Die zwischen der Dacoso und der IT District abgeschlossene Vereinbarung stellt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a bzw. c KG über den Preis und die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern dar (vgl. Rz 58 f.). Die zwischen der Dacoso und der Infoguard abgeschlossene Vereinbarung stellt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 5 Abs. 3 Bst. a bzw. c KG über den Preis und die Aufteilung von Märkten nach Geschäftspartnern dar (vgl. Rz 58). Die verschiedenen Abreden können nicht getrennt betrachtet werden, sondern stellen ein einziges System von Abreden dar. Die gesetzlich statuierte Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann nicht widerlegt werden. Die genannten Wettbewerbsabreden sind nicht rechtfertigbar durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz nach Art. 5 Abs. 2 KG (vgl. Rz 77). Die Abreden führten somit zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt für Adva-Netzwerkkomponenten und sind unzulässig im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG (vgl. Rz 76).

113. Die WEKO folgt dem Antrag des Sekretariats auf Genehmigung (vgl. Art. 29 Abs. 2 KG) der von der Dacoso, der Adva, der Infoguard und der IT District mit dem Sekretariat vereinbarten einvernehmlichen Regelungen vom 9. Juli 2020 (vgl. Rz 79 ff.).

114. Die Dacoso, die Adva, die Infoguard und die IT District waren an den beschriebenen unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt. Sie sind dafür gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG zu

sanktionieren (vgl. Rz 83). 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 84 ff.): Dacoso CHF [15 000–21 000], Adva CHF [15 000–21 000], Infoguard CHF [15 000–21 000] und IT District CHF 0. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Dacoso, die Adva, die Infoguard und die IT District die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Rz 106 ff.).

F Dispositiv

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

1. Die Wettbewerbskommission genehmigt die nachfolgenden von der Dacoso GmbH und der Infoguard AG mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission vereinbarten einvernehmlichen Regelungen:
 - 1.1. 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.
 - 1.2. 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 – 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.
 - 1.3. Von den Verpflichtungen in [1.]1. und [1.]2. ausgenommen ist der Austausch von Informationen, die in Zusammenhang mit der Bildung oder Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) oder Subunternehmerverhältnissen unabdingbar sind.
2. Die Wettbewerbskommission genehmigt die nachfolgende von der IT District GmbH mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission vereinbarte einvernehmliche Regelung:
 - 2.1. 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.
 - 2.2. Von der Verpflichtung ausgenommen ist der Austausch von Informationen, die in Zusammenhang mit der Bildung oder Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) oder Subunternehmerverhältnissen unabdingbar sind.
3. Die Wettbewerbskommission genehmigt die nachfolgende von der Adva Optical Networking SE, Meiningen, Zweigniederlassung Zürich, mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission vereinbarte einvernehmliche Regelung:
 - 3.1. 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.
 - 3.2. 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.
 - 3.3. Von der Verpflichtung in [3.]2. ausgenommen ist der Austausch von Informationen, die in Zusammenhang mit der Bildung oder Durchführung von Arbeitsgemeinschaften (ARGE) oder Subunternehmerverhältnissen unabdingbar sind.
4. Wegen Beteiligung an einer gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Preisabrede mit folgendem Betrag nach Art. 49a Abs. 1 KG belastet wird:

- IT District GmbH CHF 0
5. Wegen Beteiligung an einer gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 i.V.m. Abs. 1 KG unzulässigen Preisabrede mit folgenden Beträgen nach Art. 49a Abs. 1 KG belastet werden:
- Dacoso GmbH CHF [15 000–21 000]
 - Adva Optical Networking SE Meiningen,
Zweigniederlassung Zürich CHF [15 000–21 000]
 - Infoguard AG CHF [15 000–21 000]
6. Die Verfahrenskosten von CHF 101 852.90 werden der Adva Optical Networking SE, Meiningen, Zweigniederlassung Zürich, der Dacoso GmbH, der Infoguard AG und der IT District GmbH zu gleichen Teilen, d. h. je CHF 25 463.23, auferlegt.
7. Nach Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung gegenüber allen Untersuchungsadressatinnen werden die sichergestellten Original-Papierdokumente der jeweils berechtigten Person zurückgegeben und werden die beim Sekretariat vorhandenen, kopierten resp. gespiegelten elektronischen Daten gelöscht.

Die Verfügung ist zu eröffnen:

- Adva Optical Networking SE, Meiningen, Zweigniederlassung Zürich, Technoparkstrasse 1, 8005 Zürich,
vertreten durch RA Dr. Reto Jacobs und RA Dr. Gion Giger, Walder Wyss AG, Seefeldstrasse 123, Postfach, 8034 Zürich
- Dacoso GmbH, Riedstrasse 1, 8953 Dietikon,
vertreten durch RA David Mamane und RA Dr. Frank Bremer, Schellenberg Wittmer AG Rechtsanwälte, Löwenstrasse 19, Postfach 2201, 8021 Zürich
- Infoguard AG, Lindenstrasse 10, 6340 Baar,
vertreten durch RA Raphael Brunner und RA Romedi Ganzoni, MME Legal AG, Zollstrasse 62, Postfach 1758, 8031 Zürich
- IT District GmbH, Gewerbestrasse 6, 6330 Cham,
vertreten durch RA Marquard Christen, CMS von Erlach Poncet AG, Dreikönigstrasse 7, 8002 Zürich

Wettbewerbskommission

Prof. Dr. Andreas Heinemann
Präsident

Prof. Dr. Patrik Ducrey
Direktor

Rechtsmittelbelehrung:

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