



---

# Verfügung

**vom 27. Juni 2022**

---

in Sachen

**Sanktionsverfahren 421-00001** gemäss Art. 51 KG  
betreffend

**Verletzung der Meldepflicht**  
gemäss Art. 9 Abs. 4 KG

---

gegen

**Swissgenetics Genossenschaft**, Meielenfeldweg 12,  
3052 Zollikofen

---

Besetzung

Andreas Heinemann (Präsident),  
Danièle Wüthrich-Meyer (Vizepräsidentin), Armin Schmutzler (Vize-  
präsident),  
Florence Bettschart-Narbel, Winand Emons, Clémence Grisel Rapin,  
Rudolf Minsch, Martin Rufer.

---

## Inhaltsverzeichnis

<b>A</b>	<b>Sachverhalt</b> .....	<b>3</b>
A.1	Gegenstand des Sanktionsverfahrens .....	3
A.2	Vorgeschichte .....	4
A.3	Verfahren .....	6
A.3.1	Verfahrensgeschichte .....	6
A.3.2	Stellungnahme von Swissgenetics zum Antrag des Sekretariats .....	7
<b>B</b>	<b>Erwägungen</b> .....	<b>7</b>
B.1	Geltungsbereich .....	7
B.2	Zuständigkeit der Gesamtkommission der WEKO .....	7
B.3	Das anwendbare Verfahrensrecht .....	8
B.4	Sanktion nach Art. 51 KG .....	8
B.4.1	Allgemeine Bemerkungen .....	8
B.4.2	Voraussetzungen .....	8
B.4.2.1	Tatbestandsmerkmale von Art. 51 Abs. 1 KG .....	8
B.4.2.1.1	Unternehmen .....	8
B.4.2.1.2	Meldepflichtiger Zusammenschluss nach Art. 9 Abs. 4 KG .....	8
B.4.2.1.3	Vollzug ohne Meldung .....	17
B.4.2.2	Vorwerfbarkeit .....	17
B.5	Sanktionsbemessung .....	18
B.5.1	Vorbemerkungen .....	18
B.5.2	Stellungnahme von Swissgenetics .....	22
B.5.3	Sanktionsbemessung im vorliegenden Fall .....	25
B.5.3.1	Bedeutung/Grösse des Unternehmens .....	25
B.5.3.2	Art und Schwere des Verstosses .....	26
B.5.3.3	Erschwerende und mildernde Umstände .....	28
B.5.4	Ergebnis der Sanktionsbemessung .....	28
<b>C</b>	<b>Kosten</b> .....	<b>29</b>
<b>D</b>	<b>Ergebnis</b> .....	<b>30</b>
<b>E</b>	<b>Dispositiv</b> .....	<b>31</b>

# A Sachverhalt

## A.1 Gegenstand des Sanktionsverfahrens

1. Per 1. Juli 2020 übernahm die Swissgenetics Genossenschaft (nachfolgend: Swissgenetics) mit Sitz in Zollikofen die New Generation Genetics Inc. (nachfolgend: NGG) mit Sitz in Fort Atkinson, Wisconsin (USA). Kenntnis von dieser Übernahme erlangte das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) erst nach deren Vollzug durch Hinweise aus dem Markt und eine auf der Website von Swissgenetics veröffentlichte Medienmitteilung.<sup>1</sup>

2. Swissgenetics ist in der Stierselektion, der Gewinnung, Verarbeitung, Lagerung und dem Handel von Stiersamen sowie der Stiersamenübertragung (Besamungsdienstleistungen) tätig. Im Geschäftsjahr 2019/2020<sup>2</sup> produzierte Swissgenetics rund 2,23 Millionen Samendosen, wobei sie rund 0,85 Millionen Samendosen in der Schweiz und rund 0,43 Millionen ins Ausland verkaufte. Dabei erzielte sie einen weltweiten Umsatz von rund 59,78 Millionen Franken und einen schweizweiten von rund [...] Franken.<sup>3</sup> Per 30. Juni 2020 beschäftigte sie 372 Personen.<sup>4</sup>

3. NGG ist ein in der Stierselektion und Gewinnung von Stiersamen tätiges Unternehmen mit einer kleinen Anzahl an Mitarbeitern.<sup>5</sup> Zum Zeitpunkt der Meldung des Zusammenschlusses im Mai 2021 verkaufte NGG von den USA aus ausschliesslich Rindersperma und vertrieb dieses weltweit, auch nach Europa. In der Schweiz verkaufte NGG ihr Rindersperma ausschliesslich an Swissgenetics. 2019 lieferte NGG rund [...] Dosen Rindersperma an Swissgenetics und erzielte einen weltweiten Umsatz in der Höhe von [...] Franken und in der Schweiz einen solchen in der Höhe von [...] Franken.<sup>6</sup> Im Bereich Besamungsdienstleistungen war NGG damals nicht tätig.

4. Die Übernahme von NGG sei laut Angaben von Swissgenetics im Rahmen einer Nachfolgelösung erfolgt. Sie biete Swissgenetics mittelfristig die Gelegenheit, mit den Stieren von NGG die Märkte in den USA zu erschliessen und mit in Übersee entwickelten Embryonen Stiere mit Schweizer Genetik in den USA zu produzieren. Diese Märkte könnten von der Schweiz aus aufgrund sanitärer Gründe, d. h. wegen gewisser u. a. in der Schweiz vorkommender Rinderkrankheiten, nicht beliefert werden.<sup>7</sup>

5. In ihrer Verfügung vom 1. März 1999 zur *Beschaffung Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern* (nachfolgend: Verfügung 1999) stellte die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) fest, dass die Vorgängerorganisation von Swissgenetics, der Schweizerische Verband für künstliche Besamung (nachfolgend: SVKB)<sup>8</sup>, über eine marktbeherrschende Stellung i. S. v. Art. 4 Abs. 2 KG<sup>9</sup> im schweizerischen Markt für künstliche Besamung verfügt.<sup>10</sup> Da die Übernahme von NGG durch Swissgenetics vollzo-

---

<sup>1</sup> Act. 1.

<sup>2</sup> Geschäftsjahr 2019/2020: 1.7.2019–30.6.2020.

<sup>3</sup> Act. 15, S. 8.

<sup>4</sup> Act. 15, Beilage 3, S. 4.

<sup>5</sup> Per Mai 2021 hatte NGG vier Mitarbeiter, vgl. NGG, Website, <brownswiss.com/company/our-team.php> (26.5.2021).

<sup>6</sup> Act. 15, S. 8.

<sup>7</sup> Act. 15, S. 3.

<sup>8</sup> Die Umfirmierung fand im Jahr 2004 statt, vgl. SHAB-Mitteilung vom 21.6.2004 <www.shab.ch/shabforms/servlet/Search?EID=7&DOCID=2327586> (2.5.2022).

<sup>9</sup> Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

<sup>10</sup> RPW 1999/1, 88 Rz 63, *Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern*.

gen wurde, ohne dass eine Meldung des Vorhabens an die WEKO erfolgte, stellt sich die Frage, ob Swisssgenetics die ihr nach Art. 9 Abs. 4 KG obliegende Meldepflicht verletzt hat und somit ein Verstoss i. S. v. Art. 51 Abs. 1 KG vorliegt.

6. Bevor auf die Verfahrensgeschichte des vorliegenden Falls eingegangen wird, folgt nachstehend die Vorgeschichte zum vorliegenden Fall, welche im Zusammenhang mit der Swisssgenetics obliegenden Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG von Bedeutung ist.

## A.2 Vorgeschichte

7. Der SVKB verfügte bis Ende Juni 1995 in der Schweiz über die ausschliesslichen Rechte zur künstlichen Besamung von Rindern (nachfolgend: KB). Die entsprechende Monopolkonzession beruhte auf der Verordnung über die Rindvieh- und Kleinviehzucht vom 29. August 1958 (heute Tierzuchtverordnung<sup>11</sup>). Dieses Monopol wurde per 1. Juli 1995 aufgehoben; es folgten darauf Klagen mehrerer Unternehmen der künstlichen Besamung bei der Kartellkommission resp. der WEKO als deren Nachfolgeorganisation, welche dem SVKB unzulässige Verhaltensweisen vorwarfen.<sup>12</sup>

8. Am 9. September 1996 eröffnete die WEKO eine Untersuchung betreffend das Verhalten des SVKB im Bereich der Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen. Im Fokus der Untersuchung standen Exklusivverträge, die der SVKB mit 116 Tierärztinnen und Tierärzten abgeschlossen hatte und in denen sich diese u. a. dazu verpflichteten, nur Stiersamen aufzubewahren und anzubieten bzw. zu verteilen, welche vom SVKB geliefert worden waren. Zudem wurde in den Exklusivverträgen festgelegt, dass die Tierärztinnen und Tierärzte die vom SVKB festgesetzten Tarife anwandten und Zuschläge oder Rabatte gemäss den Richtlinien des SVKB verrechneten.<sup>13</sup>

9. Den relevanten Markt grenzte die WEKO in der Verfügung 1999 in sachlicher Hinsicht als Markt für KB mit den Stufen Vermittlung von Stiersamen und Applikation (Besamungsdienstleistungen) und in räumlicher Hinsicht schweizweit ab.<sup>14</sup> Bei der Beurteilung der Marktstellung kam die WEKO in ihrer Verfügung 1999 zum Schluss, dass der SVKB auf dem relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung i. S. v. Art. 4 Abs. 2 KG verfügt.<sup>15</sup>

10. In ihrer Beurteilung zu allfälligen unzulässigen Verhaltensweisen des SVKB stellte die WEKO fest, dass die Exklusivverträge neu in den Markt tretende KB-Unternehmen im Aufbau eines eigenen konkurrenzfähigen Verteilnetzes behindern und dadurch deren wirtschaftliche Existenz gefährden. Die WEKO qualifizierte die Exklusivverträge als eine Einschränkung des Absatzes anderer KB-Unternehmen und als unzulässig gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. e KG.<sup>16</sup>

11. Das Dispositiv der Verfügung 1999 lautet wie folgt:

*«1. Die exklusive Belieferung von Tierärzten mit Stiersamen des SVKB stellt eine unzulässige Verhaltensweise des SVKB gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. e KG dar. Die Exklusivitätsklauseln in den Verträgen sind somit unzulässig.*

---

<sup>11</sup> Verordnung vom 31.10.2012 über die Tierzucht (Tierzuchtverordnung, TZV; SR 916.310).

<sup>12</sup> Vgl. RPW 1999/1, 75 ff. Rz 1 ff., *Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern*.

<sup>13</sup> RPW 1999/1, 76 f. Rz 7 und 81 Rz 23, *Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern*.

<sup>14</sup> RPW 1999/1, 85 Rz 49 und 87 Rz 57, *Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern*.

<sup>15</sup> RPW 1999/1, 88 Rz 63, *Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern*.

<sup>16</sup> RPW 1999/1, 90 Rz 67, *Beschaffung, Verteilung Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern*.

2. Der SVKB wird verpflichtet, innerhalb eines Monats nach Rechtskraft der Verfügung sämtlichen Vertragspartnern mitzuteilen, dass die Exklusivitätsklauseln gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. e KG nicht zulässig sind.

Der SVKB hat den Vollzug dieser Massnahmen dem Sekretariat der Wettbewerbskommission umgehend zu melden.

3. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.

4. Kosten

5. Rechtsmittelbelehrung».<sup>17</sup>

Die Verfügung 1999 ist in Rechtskraft erwachsen.

12. Am 18. Februar 2009 reichte Swissgenetics eine Zusammenschlussmeldung gemäss Art. 9 Abs. 4 KG beim Sekretariat ein, in der Swissgenetics angab, das schweizerische Unternehmen Select Star SA (nachfolgend: Select Star) übernehmen zu wollen.<sup>18</sup> Die vorläufige Prüfung des Zusammenschlussvorhabens ergab Anhaltspunkte für eine Begründung oder Verstärkung einer (markt)beherrschenden Stellung gemäss Art. 10 Abs. 2 KG, vor allem für den Markt des Vertriebs von Stiersamen sowie für den Markt für Besamungsdienstleistungen. Deshalb entschied die WEKO am 16. März 2009, eine Prüfung des Zusammenschlussvorhabens *Swissgenetics/Select Star* durchzuführen<sup>19</sup>. Swissgenetics zog ihre Meldung jedoch noch vor dem Entscheid der WEKO am 1. Juli 2009 zurück.<sup>20</sup>

13. Am 7. August 2014 beantragte Swissgenetics beim Sekretariat festzustellen, dass sie seit dem 1. Januar 2014 keine marktbeherrschende Stellung mehr innehatte. Swissgenetics begründete ihren Antrag damit, dass durch die Feststellung des Nichtbestehens einer marktbeherrschenden Stellung ein allfälliges Zusammenschlusskontrollverfahren, welches aufgrund von Art. 9 Abs. 4 KG unabhängig vom Erreichen von Umsatzschwellen bei entsprechenden Vorhaben in jedem Fall notwendig würde, vermieden werden könne. Wesentlich sei zudem, dass Swissgenetics aufgrund des bestehenden Damoklesschwertes «*marktbeherrschend*» in ihrer unternehmerischen Tätigkeit erheblich eingeschränkt und damit gegenüber ihren Wettbewerbern benachteiligt sei.<sup>21</sup>

14. Swissgenetics bat das Sekretariat in Bezug auf ihren vorerwähnten Antrag darum, ihr vorab mitzuteilen, ob das Sekretariat zur Beurteilung des Antrags plane, Informationen von Dritten einzuholen und wenn ja, die benötigten Informationen Swissgenetics gegenüber zu beschreiben. Diese Anfrage wurde als Beratung i. S. v. Art. 23 Abs. 2 KG behandelt. Das Sekretariat teilte Swissgenetics am 25. September 2014 mit, dass es für die Beurteilung des gestellten Antrags weitergehende Informationen insbesondere von Dritten benötige, welche u. a. im Rahmen einer Marktbefragung einzuholen wären.<sup>22</sup> Daraufhin teilte Swissgenetics dem Sekretariat mit Schreiben vom 9. September 2015 mit, dass sie auf eine Weiterverfolgung ihres Antrags verzichtet.<sup>23</sup>

---

<sup>17</sup> RPW 1999/1, 92 f. Rz 84, *Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern*.

<sup>18</sup> Act. 22.

<sup>19</sup> Act. 23.

<sup>20</sup> Act. 24.

<sup>21</sup> Act. 25.

<sup>22</sup> Act. 26.

<sup>23</sup> Act. 27.

## A.3 Verfahren

### A.3.1 Verfahrensgeschichte

15. Durch Hinweise aus dem Markt und eine Medienmitteilung von Swissgenetics vom 6. Juli 2020 erhielt das Sekretariat Kenntnis von der Übernahme von NGG durch Swissgenetics.<sup>24</sup>

16. Angesichts der Tatsache, dass die WEKO im Rahmen der Verfügung 1999 die marktbeherrschende Stellung vom SVKB i. S. v. Art. 7 KG im schweizerischen Markt für KB festgestellt hatte (vgl. Rz 9), forderte das Sekretariat Swissgenetics am 11. September 2020 auf, zur Frage Stellung zu nehmen, ob die Übernahme von NGG meldepflichtig sei.<sup>25</sup>

17. Mit Schreiben vom 12. Oktober 2020 vertrat Swissgenetics die Meinung, dass die Übernahme von NGG durch Swissgenetics keinen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss darstelle.<sup>26</sup>

18. Mit Schreiben vom 8. März 2021 teilte das Sekretariat Swissgenetics mit, dass es den Zusammenschluss gemäss Art. 9 Abs. 4 KG als meldepflichtig erachtet. Es setzte Swissgenetics deshalb eine Frist bis zum 12. April 2021 zur Einreichung der Meldung zum Zusammenschluss.<sup>27</sup>

19. Mit Schreiben vom 12. April 2021 reichte Swissgenetics ein Fristerstreckungsgesuch bis zum 10. Mai 2021 ein, welches das Sekretariat mit Schreiben vom 13. April 2021 gewährte.<sup>28</sup>

20. Nach vorgängig geführter Korrespondenz<sup>29</sup> reichte Swissgenetics am 10. Mai 2021 per E-Mail die erleichterte Meldung i. S. v. Art. 12 VKU fristgerecht beim Sekretariat ein. Darin gab Swissgenetics an, den Zusammenschluss per 1. Juli 2020 vollzogen zu haben. Der Meldung war zu entnehmen, dass die Übernahme durch einen vollständigen Erwerb der Aktien stattgefunden hatte und damit einen Kontrollerwerb i. S. v. Art. 4 Abs. 3 lit. b KG von NGG durch Swissgenetics darstellte.<sup>30</sup>

21. Am 9. Juni 2021 erfolgte die Beurteilung des gemeldeten Zusammenschlusses, im Rahmen derer die WEKO zum Schluss kam, dass der Zusammenschluss als unbedenklich einzustufen ist. Die entsprechende Mitteilung der WEKO erging am 9. Juni 2021 (Art. 16 Abs. 1 VKU<sup>31</sup>).<sup>32</sup>

22. Am 8. September 2021 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO ein Verwaltungssanktionsverfahren gemäss Art. 51 KG gegen Swissgenetics und teilte ihr dies gleichentags mit einem Schreiben mit. Darin wurde Swissgenetics aufgefordert, Stellung zu nehmen zum Vorwurf, die Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG verletzt zu haben.<sup>33</sup> Die Stellungnahme von Swissgenetics ging am 8. Oktober 2021 beim Sekretariat ein.<sup>34</sup>

---

<sup>24</sup> Act. 1.

<sup>25</sup> Act. 2.

<sup>26</sup> Act. 6.

<sup>27</sup> Act. 7.

<sup>28</sup> Act. 10, act. 11.

<sup>29</sup> Act. 2–14.

<sup>30</sup> Act. 15, S. 1 und S. 7.

<sup>31</sup> Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

<sup>32</sup> Act. 18.

<sup>33</sup> Act. 20.

<sup>34</sup> Act. 21.

23. Am 2. Mai 2022 stellte das Sekretariat Swissgenetics den Antrag des Sekretariats (nachfolgend: Antrag) zur Stellungnahme zu.<sup>35</sup> Am 2. Juni 2022 reichte Swissgenetics die entsprechende Stellungnahme ein.<sup>36</sup>

### **A.3.2 Stellungnahme von Swissgenetics zum Antrag des Sekretariats**

24. Swissgenetics macht in ihrer Stellungnahme im Wesentlichen drei Punkte geltend:

- Erstens bezweifelt Swissgenetics, dass eine für die Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG rechtskräftige Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt (vgl. Rz 41 ff.).
- Zweitens bestreitet Swissgenetics, dass die Voraussetzungen für die Änderung der Curti-Praxis erfüllt sind (vgl. Rz 89 ff.).
- Drittens führt Swissgenetics bezüglich der beantragten Sanktion aus, dass wenn schon, von einem leichten Verstoss auszugehen sei und keine erschwerenden Umstände vorlägen (vgl. Rz 113 ff.).

25. Swissgenetics stellt in ihrer Stellungnahme die folgenden Anträge:

- «1. *Von einer Belastung der Swissgenetics Genossenschaft mit einer Sanktion nach Art. 51 Abs. 1 KG im Zusammenhang mit der Übernahme der New Generation Genetics sei abzusehen.*
2. *Eventualiter sei die Sanktion unter Beachtung der Curti-Praxis sowie unter Berücksichtigung der weiteren Ausführungen in dieser Stellungnahme zu bemessen, d.h. gegenüber dem Antrag des Sekretariats substantiell zu reduzieren.*

*Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Staates»<sup>37</sup>.*

## **B Erwägungen**

### **B.1 Geltungsbereich**

26. Das Kartellgesetz (KG) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG).

27. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Swissgenetics ist als Unternehmen gemäss Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG zu qualifizieren.

### **B.2 Zuständigkeit der Gesamtkommission der WEKO**

28. Die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden bestimmt sich nach Art. 18 Abs. 3 Satz 1 KG und den Vorschriften des GR-WEKO<sup>38</sup>. Danach trifft die Gesamtkommission der WEKO die Entscheide, welche nicht ausdrücklich einem anderen Organ oder dem Sekretariat zugewiesen sind.

---

<sup>35</sup> Act. 28.

<sup>36</sup> Act. 29.

<sup>37</sup> Act. 29, S. 1.

<sup>38</sup> Geschäftsreglement der Wettbewerbskommission vom 15.6.2015 (Geschäftsreglement WEKO, GR-WEKO; SR 251.1).

29. Gemäss Art. 53 KG werden Fälle von Verstössen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen vom Sekretariat in Absprache mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO eingeleitet. Sie werden von der WEKO beurteilt. Somit ist die WEKO für den Entscheid im vorliegenden Sanktionsverfahren zuständig (vgl. auch Art. 10 Abs. 1 GR-WEKO).

### **B.3 Das anwendbare Verfahrensrecht**

30. Im Allgemeinen sind die Bestimmungen des VwVG<sup>39</sup> auf ein Sanktionsverfahren nach Art. 51 und 53 KG anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht (vgl. Art. 39 KG). Da die in Art. 51 KG vorgesehene Sanktion strafrechtsähnlichen Charakter hat, müssen auch die Bestimmungen der EMRK<sup>40</sup> berücksichtigt werden, sofern ihre Anwendung objektiv gerechtfertigt ist.<sup>41</sup>

### **B.4 Sanktion nach Art. 51 KG**

#### **B.4.1 Allgemeine Bemerkungen**

31. Gemäss Art. 51 Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das einen meldepflichtigen Zusammenschluss ohne Meldung vollzieht oder das vorläufige Vollzugsverbot missachtet, gegen eine mit der Zulassung erteilte Auflage verstösst, einen untersagten Zusammenschluss vollzieht oder eine Massnahme zur Wiederherstellung wirksamen Wettbewerbs nicht durchführt mit einem Betrag bis zu einer Million Franken belastet. Art. 51 Abs. 1 KG bezweckt an erster Stelle die Absicherung der gesetzlichen Meldepflicht gemäss Art. 9 KG und des Vollzugsverbotes während des Prüfungsverfahrens gemäss Art. 32 Abs. 2 bzw. Art. 33 Abs. 3 KG. Die Wettbewerbsbehörden sollen die Möglichkeit erhalten, ein Zusammenschlussvorhaben rechtzeitig und vorab zu prüfen. Dies setzt die vorgängige Meldung des Zusammenschlussvorhabens sowie den Aufschub des Vollzugs voraus.<sup>42</sup>

#### **B.4.2 Voraussetzungen**

##### **B.4.2.1 Tatbestandsmerkmale von Art. 51 Abs. 1 KG**

32. Die Tatbestandsmerkmale von Art. 51 Abs. 1 KG müssen erfüllt sein, damit Swissgenetics im vorliegenden Verfahren eine Sanktion auferlegt werden kann. Dazu muss ein «*Unternehmen*» einen nach Art. 9 Abs. 4 KG «*meldepflichtigen Zusammenschluss ohne Meldung vollzogen*» haben.

##### **B.4.2.1.1 Unternehmen**

33. Für den Begriff des Unternehmens wird auf Art. 2 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup> KG verwiesen und festgehalten, dass es sich bei Swissgenetics um ein solches handelt (vgl. Rz 26 f.).

##### **B.4.2.1.2 Meldepflichtiger Zusammenschluss nach Art. 9 Abs. 4 KG**

34. Nach Art. 9 Abs. 4 KG besteht die Meldepflicht ungeachtet der Aufgreifschwelle i. S. v. Art. 9 Abs. 1 KG, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach dem Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zu-

---

<sup>39</sup> Bundesgesetz vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

<sup>40</sup> Konvention vom 4.11.1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101).

<sup>41</sup> CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Reinert/Amstutz (Hrsg.), 2. Aufl. 2021, Art. 51 KG N 2 f.

<sup>42</sup> Vgl. MICHAEL TSCHUDIN, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 51 N 5.

sammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

35. Die Botschaft zum Kartellgesetz von 1995<sup>43</sup> führt zur Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG aus, dass dadurch ermöglicht werden soll, der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch Zusammenschlüsse auf regionalen Märkten oder auf hoch konzentrierten Märkten mit kleinem Volumen entgegenzutreten. Zudem erhalte die Wettbewerbsbehörde damit eine Möglichkeit, gegen bereits marktbeherrschende Unternehmen vorzugehen, welche versuchten, unter Ausnutzung der Bagatellklausel von Art. 9 Abs. 1 lit. b KG wirksamen Wettbewerb durch die sukzessive Akquisition von kleineren Unternehmen zu beseitigen.<sup>44</sup>

36. Nachfolgend wird geprüft, ob für die Übernahme von NGG durch Swissgenetics die vorgenannten zwei Voraussetzungen (vgl. Rz 34) erfüllt sind, d. h.

- für ein am Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz marktbeherrschend ist (B.4.2.1.2.1); und
- der Zusammenschluss diesen Markt betrifft oder einen, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist (B.4.2.1.2.2).

#### **B.4.2.1.2.1 Rechtskräftige Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung i. S. v. Art. 9 Abs. 4 KG**

37. Die Feststellung der Marktbeherrschung begründet nur dann eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG, wenn sie im Wege einer Verfügung der WEKO erging. Die Verfügung der WEKO muss überdies rechtskräftig sein, d. h., es darf hiergegen kein ordentliches Rechtsmittel mehr zur Verfügung stehen.<sup>45</sup>

38. In der Verfügung 1999 stellte die WEKO eine marktbeherrschende Stellung des SVKB auf dem schweizerischen Markt für KB fest i. S. v. Art. 4 Abs. 2 KG (vgl. Rz 9). Im Dispositiv der Verfügung 1999 hielt die WEKO den Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung i. S. v. Art. 7 Abs. 2 lit. e KG des SVKB fest. Ziffer 1 des Dispositivs (vgl. Rz 11) lautet wie folgt:

*«1. Die exklusive Belieferung von Tierärzten mit Stiersamen des SVKB stellt eine unzulässige Verhaltensweise des SVKB gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. e KG dar. Die Exklusivitätsklauseln in den Verträgen sind somit unzulässig.»*

39. Da eine Verletzung von Art. 7 KG notwendigerweise eine marktbeherrschende Stellung voraussetzt<sup>46</sup>, wurde mit der Dispositivziffer 1 (vgl. Rz 11) automatisch auch eine marktbeherrschende Stellung des SVKB rechtskräftig festgestellt.

---

<sup>43</sup> Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468.

<sup>44</sup> Vgl. BBl 1995 I 468, 581; BVGer, B-1471/2016 vom 6.10.2020, E. 2.35, *TX Group AG/WEKO*.

<sup>45</sup> RPW 2014/1, 322 Rz 37 – *Verfügung vom 23.9.2013 betreffend die Übernahme der Phm Holding, der Simon et Membrez S.A. und der Termiboites S.A.* m.w.Hw. Zum Ganzen vgl. auch MANI REINERT/MARIUS VISCHER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Reinert/Amstutz (Hrsg.), 2. Aufl. 2021, Art. 9 KG N 292a.

<sup>46</sup> Vgl. BVGer, B-2597/2017, vom 19.1.2022 E.10.11–10.16, *Vifor, HCI/WEKO*; RPW 2013/1, 95 Rz 25, *PubliGroupe/ImproveDigital*.

40. Die marktbeherrschende Stellung wird von Swissgenetics nicht bestritten. So meldete Swissgenetics im Jahre 2009 aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung die Übernahme von Select Star (vgl. Rz 12).<sup>47</sup> Zudem beantragte Swissgenetics im Jahr 2014, die Feststellung ihrer marktbeherrschenden Stellung sei aufzuheben (vgl. Rz 13 f.).<sup>48</sup>

41. Swissgenetics moniert, die Behauptung, dass Swissgenetics die marktbeherrschende Stellung nicht bestreite, sei offensichtlich unzutreffend. Richtig sei zwar, dass Swissgenetics im Jahr 2009 das Zusammenschlussvorhaben *Swissgenetics/Select Star* gemeldet habe (vgl. Rz 12), doch habe diese Meldung eingereicht werden müssen, weil von einer «formellen» Meldepflicht habe ausgegangen werden müssen. Swissgenetics habe damit nur «anerkannt», dass eine formell rechtskräftige Verfügung im Raum gestanden habe, gemäss der das Zusammenschlussvorhaben habe gemeldet werden müssen. Richtig sei weiter, dass Swissgenetics 2014 das Gesuch gestellt habe, es sei festzustellen, dass sie keine marktbeherrschende Stellung mehr habe. Auf eine Weiterverfolgung des Gesuchs habe Swissgenetics später verzichtet, weil die vom Sekretariat zur Abklärung als notwendig erachteten Massnahmen im Markt so nachteilige Auswirkungen gehabt hätten, dass die Nachteile in einer Abwägung überwogen hätten. Deutlicher als mit einem solchen Gesuch habe Swissgenetics aber nicht zum Ausdruck bringen können, dass sie klar der Meinung sei, nicht (bzw. nicht mehr) marktbeherrschend zu sein.<sup>49</sup>

42. Dem ist entgegenzuhalten, dass im Antrag lediglich festgehalten wurde, dass Swissgenetics die marktbeherrschende Stellung nicht bestritten habe; dies entsprach bis zum Zeitpunkt des Eingangs der Stellungnahme von Swissgenetics den Tatsachen. Es lässt sich weder der Meldung des Zusammenschlussvorhabens *Swissgenetics/Select Star* noch dem Gesuch um Aufhebung der marktbeherrschenden Stellung im Jahr 2014 entnehmen, dass Swissgenetics die festgestellte marktbeherrschende Stellung explizit bestritten haben soll. Bezogen auf die «formelle» Meldepflicht ist darauf hinzuweisen, dass eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG nur bestehen kann, wenn für ein Unternehmen in einer rechtskräftigen Verfügung der WEKO eine marktbeherrschende Stellung festgestellt worden ist. Mit der Meldung des Zusammenschlussvorhabens *Swissgenetics/Select Star* hat Swissgenetics anerkannt, dass gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG eine Meldepflicht bestanden hat. Dies hielt Swissgenetics in ihrer entsprechenden Meldung auch so fest: «[...] Aufgrund der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 1. März 1999, welche den SVKB rechtskräftig als marktbeherrschende Organisation bezeichnet hat, meldet Swissgenetics als deren Nachfolgeorganisation die Übernahme der Aktienmehrheit an Select Star SA aufgrund von Art. 9 Abs. 4 KG [...]»<sup>50</sup>

43. Das Argument von Swissgenetics, dass sie im Jahr 2014 bzw. auch heute faktisch nicht (mehr) marktbeherrschend gewesen sei bzw. sei, ist nicht stichhaltig, weil die Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG ungeachtet davon besteht, ob die festgestellte marktbeherrschende Stellung de facto noch vorliegt oder nicht. Entscheidend ist einzig, dass die marktbeherrschende Stellung rechtskräftig festgestellt wurde. Solange diese Feststellung nicht aufgehoben wird, besteht die festgestellte marktbeherrschende Stellung und damit auch die Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG weiter.<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> Act. 22.

<sup>48</sup> Act. 25.

<sup>49</sup> Act. 29, Rz 22 ff.

<sup>50</sup> Act. 22, S. 1.

<sup>51</sup> Vgl. PATRIK DUCREY, in: Marbach/Ducrey/Wild, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., 2017, 397 Rz 1744; BSK KG-REINERT/VISCHER (Fn 45), Art. 9 Rz 326; FELIX PRÜMMER, in: DIKE-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zäch et al. (Hrsg.), 2018, Art. 9, Rz 109.

44. Dem erwähnten Gesuch von Swissgenetics um Aufhebung der Meldepflicht sind die folgenden Ausführungen zu entnehmen:

«[...] In der Verfügung vom 1. März 1999 stellte die Schweizerische Wettbewerbskommission (Weko) fest, dass der Schweizerische Verband für künstliche Besamung (SVKB) (heute: Swissgenetics) auf dem schweizerischen Markt für künstliche Besamung (KB) über eine marktbeherrschende Stellung verfüge [...].»<sup>52</sup>

«[...] Durch die Feststellung des Nichtbestehens einer marktbeherrschenden Stellung kann namentlich ein allfälliges Zusammenschlusskontrollverfahren, welches aufgrund von Art. 9 KG unabhängig vom Erreichen von Umsatzschwellen bei entsprechenden Vorhaben in jedem Fall notwendig würde, vermieden werden. Wesentlich ist vorliegend zudem, dass Swissgenetics aufgrund des bestehenden Damoklesschwertes „marktbeherrschend“ in ihrer unternehmerischen Tätigkeit erheblich eingeschränkt und damit gegenüber ihren Wettbewerbern benachteiligt ist. [...].»<sup>53</sup>

45. Somit ging Swissgenetics selbst davon aus, dass eine rechtskräftig festgestellte marktbeherrschende Stellung bestand. Andernfalls hätte logischerweise keine Notwendigkeit für die Einreichung eines Gesuchs um die Aufhebung der «Feststellung des Nichtbestehens einer marktbeherrschenden Stellung» bestanden.

46. Die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von Swissgenetics erging somit in einer Verfügung der WEKO gemäss Art. 5 VwVG, welche in Rechtskraft erwachsen ist und nach wie vor Bestand hat. Damit ist die erste Voraussetzung von Art. 9 Abs. 4 KG erfüllt.

47. In ihrer Stellungnahme stellt Swissgenetics in Frage, dass es ausreicht, die Marktbeherrschung in der Begründung bzw. in den Erwägungen zu erwähnen; sie weist darauf hin, dass die WEKO in verschiedenen Fällen die Marktbeherrschung ausdrücklich im Dispositiv festgestellt habe.<sup>54</sup>

48. Dazu ist anzumerken, dass sich das Entscheiderkenntnis (das Dispositiv) gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts auf die Rechtsfolge zu beschränken hat; grundsätzlich nicht ins Dispositiv gehört die Frage, ob die für die Rechtsfolge erforderlichen Tatbestandsmerkmale vorliegen. Diese bilden Bestandteil der Entscheidungsbegründung. Im Dispositiv ist im Prinzip weder festzuhalten, ob eine marktbeherrschende Stellung vorliegt, noch ob eine solche allenfalls missbraucht wurde.<sup>55</sup> Somit wurde mit der Dispositivziffer 1 (vgl. Rz 11) automatisch auch eine marktbeherrschende Stellung festgestellt.

#### **B.4.2.1.2.2 Zusammenschluss betrifft Markt i. S. v. Art. 9 Abs. 4 KG**

49. Ein Zusammenschluss ist nur dann gemäss Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig, wenn er den Markt betrifft, in welchem das betreffende Unternehmen für marktbeherrschend beurteilt wurde, oder einen solchen, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist. Erfasst werden sollen damit horizontale, vertikale und konglomerale Zusammenschlüsse, die einen Bezug zum Markt haben, für den die Marktbeherrschung festgestellt wurde.<sup>56</sup> In seinem Entscheid zum Zusammenschlussvorhaben *TX Group AG/Adextra* beschreibt das Bundesverwaltungsgericht (nachfolgend: BVGer) diese zweite Voraussetzung als Nahverhältnis zwischen einem vom Zusammenschluss betroffenen Markt und dem beherrschten Markt.<sup>57</sup> Zur Beurteilung, ob das vorgängig erwähnte Nahverhältnis vorliegt, ist gemäss dem BVGer ausschlaggebend, ob Wettbewerbseffekte auf den durch das Zusammenschlussvorhaben be-

<sup>52</sup> Act. 25, S. 1.

<sup>53</sup> Act. 25, Rz 6.

<sup>54</sup> Vgl. act. 29, Rz 11 ff.

<sup>55</sup> BGE 137 II 199, 217 E.6.2, *Swisscom*.

<sup>56</sup> BSK KG-REINERT/VISCHER (Fn 45), Art. 9 KG N 302.

<sup>57</sup> BVGer, B-1471/2016 vom 6.10.2020, E. 2.30, *TX Group AG/WEKO*, mit Verweis auf BVGer, B-6180/2013 vom 29.4.2014, E. 2, *The Swatch Group AG/WEKO*.

troffenen Märkten «nicht von vornherein ausgeschlossen werden können».<sup>58</sup> Relevant sind dabei die zum Zeitpunkt der Meldung des Zusammenschlusses nicht von vornherein auszuschliessenden Wettbewerbseffekte.<sup>59</sup>

50. Im Folgenden wird geprüft, ob NGG, wie Swissgenetics, im schweizerischen Markt für KB tätig ist oder ob NGG in einem Markt tätig ist, welcher dem schweizerischen Markt für KB vor- oder nachgelagert oder benachbart ist und somit ein Nahverhältnis zwischen einem vom Zusammenschluss betroffenen Markt und dem schweizerischen Markt für KB besteht. Dafür wird in einem ersten Schritt aufgezeigt, aufgrund welcher Überlegungen und in welcher Art die WEKO den schweizerischen Markt für KB in der Verfügung 1999 abgrenzte (B.4.2.1.2.2.1). In einem zweiten Schritt werden die Tätigkeiten von NGG zum Zeitpunkt der Übernahme durch Swissgenetics skizziert und – um es vorwegzunehmen – wird verneint, dass NGG zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses im schweizerischen Markt für KB und somit im gleichen Markt, für welchen eine marktbeherrschende Stellung festgestellt worden ist, tätig war (B.4.2.1.2.2.2). In einem dritten Schritt wird darauf fokussiert, ob NGG mit ihren Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen in einem zum schweizerischen Markt für KB vorgelagerten Markt tätig ist (B.4.2.1.2.2.3 und B.4.2.1.2.2.4).

#### **B.4.2.1.2.2.1 Schweizerischer Markt für KB**

51. Wie bereits in Rz 9 erwähnt, unterteilte die WEKO den Markt für KB in der Verfügung 1999 sachlich in die beiden Stufen Vermittlung von Stiersamen und Applikation (Besamungsdienstleistungen). Da diese Stufen damals eng gekoppelt waren, fasste sie diese Stufen für die Beurteilung der Marktstellung des SVKB zusammen. Als Gründe für die enge Koppelung nannte sie u. a. die gesetzlichen Rahmenbedingungen und weitverbreitete Exklusivverträge zwischen Vermittlern von Stiersamen und Besamern. Zudem stellte sie in der Verfügung 1999 fest, dass weder der Natursprung, welcher praktisch nur noch in der Eigenbestandsbesamung wichtig ist, noch der Embryotransfer, welcher vergleichsweise hohe Kosten verursacht, ausreichende Substitute für die künstliche Befruchtung darstellen.<sup>60</sup> Den Markt für KB grenzte die WEKO, wie in Rz 9 erwähnt, in der Verfügung 1999 räumlich schweizweit ab. Sie verwies dabei auf damals geltende gesetzliche Regelungen und auf das Verhalten des SVKB und der Select Star gegenüber ihren Abnehmern.

52. Anzumerken ist, dass die WEKO in der Beurteilung des Zusammenschlusses *Swissgenetics/New Generation Genetics* im Jahr 2021 anstelle eines sachlich relevanten Marktes für KB von zwei separaten sachlich relevanten Märkten ausging, erstens dem Markt für die Gewinnung von Stiersamen und zweitens dem Markt für die künstliche Besamung von Rindvieh (d. h. Besamungsdienstleistungen),<sup>61</sup> wobei der erstgenannte Markt zum zweitgenannten vorgelagert ist. Dabei wies die WEKO darauf hin, dass sich seit dem Erlass der Verfügung 1999 verschiedene Rahmenbedingungen geändert haben. So ist u. a. seit einem Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahr 2005 für die Einfuhr von Stiersamen keine Bewilligung als KB-Organisation mehr notwendig.<sup>62</sup> Zudem zeigte die WEKO auf, dass im Bereich des Vertriebs von Stiersamen in der Schweiz mittlerweile auch Importeure tätig sind, welche kein

---

<sup>58</sup> BVGer, B-1471/2016 vom 6.10.2020, E. 2.41, *TX Group AG/WEKO*.

<sup>59</sup> Vgl. hierzu BVGer B-1471/2016 vom 6.10.2020, E. 2.47, *TX Group AG/WEKO*.

<sup>60</sup> RPW 2021/3, 681 Rz 16, *Swissgenetics/New Generation Genetics*, mit Verweis auf RPW 1999/1, 84 ff. Rz 43 ff., *Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindern*.

<sup>61</sup> RPW 2021/3, 681 Rz 19, *Swissgenetics/New Generation Genetics*.

<sup>62</sup> RPW 2021/3, 680 Rz 15, *Swissgenetics/New Generation Genetics*, mit Verweis auf Bundesgericht, 2A.453/2004 vom 23.3.2005, *Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement/X. GmbH*. Bereits in ihrer Stellungnahme vom 16.3.2009 zur vorläufigen Prüfung des Zusammenschlussvorhabens *Swissgenetics/Select Star* war die WEKO von separaten sachlich relevanten Märkten für den Vertrieb von Stiersamen und der künstlichen Besamung von Rindvieh (d. h. den Besamungsleistungen) ausgegangen, act. 23 S. 2.

Besamungsnetz betreiben.<sup>63</sup> In räumlicher Hinsicht stellte die WEKO in ihrer Beurteilung des Zusammenschlusses *Swissgenetics/New Generation Genetics* fest, dass die in der Verfügung 1999 vorgenommene räumliche Marktabgrenzung des Markts für KB aufgrund von Veränderungen diesbezüglicher gesetzlicher Regelungen und der Wettbewerbssituation nur noch bedingt relevant war.<sup>64</sup> Schliesslich liess die WEKO offen, ob der Markt für den Vertrieb von Stiersamen räumlich schweizweit oder weiter abzugrenzen ist.<sup>65</sup> Für den Markt für die künstliche Besamung von Rindvieh (Besamungsdienstleistungen) ging sie für die Analyse des Zusammenschlusses davon aus, dass dieser schweizweit oder enger abzugrenzen ist, liess die diesbezügliche räumliche Abgrenzung aber schliesslich offen.<sup>66</sup>

#### **B.4.2.1.2.2.2 Tätigkeiten von NGG**

53. NGG war zum Zeitpunkt der Übernahme durch *Swissgenetics* in der Stierselektion und Gewinnung von Stiersamen tätig und ist es auch heute noch (vgl. Rz 3). NGG vertrieb zu jenem Zeitpunkt Stiersamendosen innerhalb der USA, verkaufte ihre Produkte aber auch an Abnehmer in weiteren Ländern, so auch nach Europa. In der Schweiz verkaufte NGG ihre Produkte zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses ausschliesslich an *Swissgenetics*. NGG lieferte ihre Samendosen in der Schweiz also weder direkt an Tierärztinnen und Tierärzte noch an unabhängige Besamerinnen und Besamer oder Eigenbestandsbesamerinnen und -besamer (nachfolgend: EBB). NGG bot und bietet auch selbst keine Besamungsdienstleistungen in der Schweiz an. 2019, also im Jahr vor der Übernahme durch *Swissgenetics*, lieferte NGG rund [...] Dosen Rindersperma an *Swissgenetics*. Letztere vertrieb die Produkte von NGG in eigenem Namen.<sup>67</sup> NGG war zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses bezüglich Genetikentwicklung (Selektion von Stieren) und Gewinnung von Stiersamen ausschliesslich im Zusammenhang mit der Rasse *Brown Swiss* tätig.<sup>68</sup>

54. NGG war zum Zeitpunkt der Übernahme durch *Swissgenetics* hinsichtlich des schweizerischen Markts für KB (vgl. hierzu Rz 51 f.) also weder auf der Stufe der Vermittlung (Vertrieb) von Stiersamen noch der Applikation (Besamungsdienstleistungen) tätig. Somit war sie nicht im selben Markt tätig, auf welchem *Swissgenetics* über eine rechtskräftig festgestellte marktbeherrschende Stellung verfügt. Damit bleibt zu prüfen, ob NGG zum Zeitpunkt der Übernahme durch *Swissgenetics* in einem Markt tätig war, welcher dem schweizerischen Markt für KB gemäss Art. 9 Abs. 4 KG vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

55. Als Lieferant von *Swissgenetics* für Stiersamendosen der Rasse *Brown Swiss* (vgl. insbesondere Rz 53) liegt die Vermutung nahe, dass NGG in einem zum schweizerischen Markt für KB vorgelagerten Markt tätig ist. Um dies zu überprüfen, werden in einem ersten Schritt mögliche Marktabgrenzungen bezüglich Genetikentwicklung und Produktion von Samendosen aufgezeigt (B.4.2.1.2.2.3). In einem zweiten Schritt wird geprüft, ob NGG auf einem vorgelagerten Markt gemäss Art. 9 Abs. 4 KG tätig ist (B.4.2.1.2.2.4).

#### **B.4.2.1.2.2.3 Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen**

56. Für die Beurteilung der Frage, ob die Tätigkeiten von NGG im Zusammenhang mit der Genetikentwicklung und Genetikproduktion zum Zeitpunkt der Übernahme von NGG durch *Swissgenetics* einen oder mehrere dem schweizerischen Markt für KB, wie in der Verfügung 1999 definiert, vorgelagerten Markt betreffen, werden vorab die diesbezüglichen relevanten Märkte abgegrenzt.

---

<sup>63</sup> RPW 2021/3, 680 Rz 15, *Swissgenetics/New Generation Genetics*.

<sup>64</sup> Vgl. RPW 2021/3, 682 Rz 24, *Swissgenetics/New Generation Genetics*, mit Verweis auf RPW 1999/1, 87 Rz 55–57, *Beschaffung, Verteilung und Lagerung von Stiersamen zur künstlichen Besamung von Rindvieh*.

<sup>65</sup> RPW 2021/3, 682 Rz 26, *Swissgenetics/New Generation Genetics*.

<sup>66</sup> RPW 2021/3, 682 Rz 28, *Swissgenetics/New Generation Genetics*.

<sup>67</sup> Act. 15, S. 1.

<sup>68</sup> RPW 2021/3, 682 Rz 30, *Swissgenetics/New Generation Genetics*.

## Sachlich relevanter Markt

57. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU).

58. Die Selektion von Stieren für die Gewinnung von Samen erfolgt mittels mehrjähriger Prüfprogramme.<sup>69</sup> Samen werden in sog. *Samendosen* gelagert und an Zwischenhändler im In- und Ausland und an Endabnehmer, insbesondere an Tierärztinnen und Tierärzte, professionelle Besamerinnen und Besamer und EBB, weiterverkauft. Hersteller von Samendosen vertreiben Samendosen teilweise auch über ein eigenes Besamungsnetz. Wie bereits erwähnt (vgl. Rz 52), ist seit einer Bundesgerichtsentscheidung aus dem Jahr 2005 für die Einfuhr von Stiersamen keine Bewilligung als KB-Organisation mehr notwendig. Zum Zeitpunkt der Übernahme von NGG durch Swissgenetics konnten Stiersamen mit einer Generaleinfuhrbewilligung (nachfolgend: GEB) zu einem Zollkontingentsansatz von 10 Rappen pro Dose in die Schweiz importiert werden.<sup>70</sup> Auf eine Regelung zur Verteilung dieses Kontingents wurde dabei verzichtet.<sup>71</sup>

59. Eine Abgrenzung eines sachlich relevanten Marktes bezüglich der Stierselektion und Gewinnung von Stiersamen (Genetikentwicklung) wurde in der Verfügung 1999 nicht vorgenommen.<sup>72</sup> In ihrer Entscheidung zum Zusammenschluss *Swissgenetics/New Generation Genetics* grenzte die WEKO einen Markt für Genetikentwicklung (Selektion von Stieren) und Gewinnung von Stiersamen ab, wobei sie in der Analyse davon ausging, dass der Markt für Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen weiter zu unterteilen ist in eigene sachlich relevante Märkte für einzelne Rindviehrassen resp. Gruppen von Rindviehrassen. Schliesslich liess sie eine genaue sachliche Marktangrenzung betreffend diese Tätigkeiten offen.<sup>73</sup>

60. Für nachfolgende Analyse wird als engstmöglicher sachlich relevanter Markt von einem Markt ausgegangen, der die Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen der Rasse Brown Swiss umfasst. Schliesslich kann aber offengelassen werden, ob dieser sachliche Markt weiter abzugrenzen ist, z. B. in einen Markt, welcher die Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen bezüglich sämtlicher Milchviehrassen (und somit auch der Rasse Brown Swiss) umfasst, da dies das Ergebnis bezüglich der Fragestellung, ob ein gemäss Art. 9 Abs. 4 KG betroffener Markt vorliegt, nicht beeinflusst (vgl. hierzu Rz 66).

---

<sup>69</sup> Vgl. RPW 2021/3, 680 Rz 15, *Swissgenetics/New Generation Genetics*. Ein Instrument zur Auswahl von Stieren ist dabei die genomische Selektion (vgl. RPW 2021/3, 680 Fn 14, *Swissgenetics/New Generation Genetics*, mit Verweis auf BauernZeitung vom 15.3.2021, Kein Schwarz-Weiss-Denken bei der Genomischen Selektion).

<sup>70</sup> Vgl. RPW 2021/3, 680 Rz 15, *Swissgenetics/New Generation Genetics*, mit Verweis auf <[www.blw.admin.ch](http://www.blw.admin.ch)> Markt > Einfuhr von Agrarprodukten > Samen von Stieren (12.5.2021). Die GEB war kostenlos, unbefristet gültig und nicht übertragbar. Die GEB für Stiersamen wurde per 1.1.2022 abgeschafft. Pro Partie «*Samen von Stieren*», die mittels dieses Kontingents importiert wird, wurde zum Zeitpunkt der Prüfung des Zusammenschlusses zudem eine Gebühr von 5 Franken fällig (vgl. RPW 2021/3, 680 Rn 16, *Swissgenetics/New Generation Genetics*, mit Verweis auf Bundesamt für Landwirtschaft (BLW), Informationen zur Einfuhr landwirtschaftlicher Produkte, Stand Januar 2020, zu finden unter vorhergehendem Link unter «Dokumentation»). Die Höhe des Kontingents Nr. 12 «*Samen von Stieren*» betrug damals und beträgt auch aktuell 800 000 Dosen/Anwendungseinheiten (Anhang 3, Ziffer 2, der Verordnung vom 26.10.2011 über die Einfuhr von landwirtschaftlichen Erzeugnissen (Agrareinfuhrverordnung, AEV; SR 916.01).

<sup>71</sup> Vgl. RPW 2021/3, 680 Rz 15, *Swissgenetics/New Generation Genetics*, mit Verweis auf Art. 33 TZV.

<sup>72</sup> RPW 2021/3, 681 Rz 16, *Swissgenetics/New Generation Genetics*.

<sup>73</sup> RPW 2021/3, 681 Rz 19, *Swissgenetics/New Generation Genetics*.

### Räumlich relevanter Markt

61. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 lit. b VKU).

62. In den Jahren 2011–2020 wurden jährlich rund 0,39 Millionen bis 0,51 Millionen Stiersamendosen resp. Anwendungseinheiten in die Schweiz importiert.<sup>74</sup> Handelspartner der Schweiz waren dabei verschiedene europäische Länder, die USA, Kanada, Australien und Neuseeland.<sup>75</sup> Von anderen Gebieten wurde in jenen Jahren kein Rindersperma importiert. Auch in der Schweiz verfügbare Brown-Swiss-Stiersamen stammen teilweise aus dem Ausland. Gemäss der aktuell von Swissgenetics und Select Star angebotenen Brown-Swiss-Genetik stammen die diesbezüglichen ausländischen Samendosen insbesondere aus den Nachbarländern Italien, Österreich, Frankreich und Deutschland sowie den USA.<sup>76</sup>

63. Im Rahmen der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens *Swissgenetics/New Generation Genetics* ging die WEKO davon aus, dass der Markt für Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen resp. die einzelnen nach Rassen unterteilten Märkte für Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen (vgl. Rz 59) im Prinzip räumlich weiter als schweizweit abzugrenzen ist, z. B. als ein Gebiet, welches Europa, die USA, Kanada, Australien und Neuseeland umfasst. Schliesslich liess die WEKO die genaue räumliche Abgrenzung der Märkte bezüglich Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen offen.<sup>77</sup>

64. Für nachfolgende Analyse wird als engstmöglicher räumlich relevanter Markt bezüglich des sachlich relevanten Marktes, welcher die Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen der Rasse Brown Swiss und allenfalls weiterer Rassen enthält (vgl. Rz 60), von einem Markt ausgegangen, welcher die Länder Schweiz, Deutschland, Frankreich, Italien, Österreich und die USA umfasst. Schliesslich kann aber offengelassen werden, ob dieser Markt räumlich weiter abzugrenzen ist, z. B. in einen weltweiten Markt, da dies das Ergebnis bezüglich der Fragestellung, ob ein gemäss Art. 9 Abs. 4 KG betroffener Markt vorliegt, nicht beeinflusst (vgl. hierzu Rz 66).

#### B.4.2.1.2.2.4 Vorgelagerter Markt i. S. v. Art. 9 Abs. 4 KG

65. Um einen **vorgelagerten** Markt handelt es sich, wenn er bezüglich der Produktion oder der Distribution des Produktes vorher kommt.<sup>78</sup> Anders formuliert umfassen vorgelagerte Märkte i. S. v. Art. 9 Abs. 4 KG Produkte und Dienstleistungen, die in die Produkte/Dienst-

---

<sup>74</sup> Vgl. RPW 2021/3, 681 Rz 21, *Swissgenetics/New Generation Genetics*, mit Verweis auf Aussenhandelsstatistik der Eidgenössischen Zollverwaltung, Swiss-Impex, Basisversion, <[www.gate.ezv.admin.ch/swissimpex](http://www.gate.ezv.admin.ch/swissimpex)> (18.5.2021).

<sup>75</sup> Vgl. RPW 2021/3, 681 Rz 21, *Swissgenetics/New Generation Genetics*. Dass Stiersamenimporte stattfinden, stellten auch die französische und die britische Wettbewerbsbehörde fest (vgl. RPW 2021/3, 681 Fn 22, *Swissgenetics/New Generation Genetics*, mit Verweis auf Conseil de la concurrence, 04-D-49 vom 28.10.2004, 4 Rz 15, *Décision relative à des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de l'insémination artificielle bovine*; OFT, ME/1097/04 vom 8.7.2004, Rz 11, *Anticipated acquisition by Genus plc of Supersires Ltd*).

<sup>76</sup> Vgl. Homepages von Swissgenetics und Select Star, <[swissgenetics.ch/rasse/brown-swiss](http://swissgenetics.ch/rasse/brown-swiss)> und <[www.selectstar.ch/Genetik.aspx?RasseCode=BS](http://www.selectstar.ch/Genetik.aspx?RasseCode=BS)> (13.7.2022).

<sup>77</sup> Vgl. RPW 2021/3, 681 Rz 22, *Swissgenetics/New Generation Genetics*. In der Beurteilung des Zusammenschlusses ging die WEKO für die Analyse davon aus, dass für gewisse Rassen der räumlich relevante Markt de facto schweizweit sein könnte, da die räumliche Verbreitung dieser Rassen überwiegend oder fast ausschliesslich auf die Schweiz beschränkt ist.

<sup>78</sup> RPW 2018/4, 717, *Beratung Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG*; RPW 2015/4, 778 f. Rz 48, *Groupe E Celsius SA*.

leistungen des beherrschten Marktes einfließen,<sup>79</sup> d. h., die für die Produktion der Produkte oder Leistungen, bezüglich derer die Marktbeherrschung besteht, verwendet werden. Die WEKO hat in der bisherigen Praxis das Vorliegen von vorgelagerten Märkten insbesondere in Fällen bejaht, in denen ein Produkt oder eine Dienstleistung betroffen war, welche(s) als Inputfaktor für ein Produkt oder eine Dienstleistung benötigt wird.<sup>80</sup>

66. Im vorliegenden Fall wird als engstmöglicher sachlicher und räumlicher Markt von einem Markt für Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen der Rasse Brown Swiss ausgegangen (vgl. Rz 60), welcher das Gebiet der Schweiz, Deutschland, Frankreich, Italien, Österreich und die USA umfasst (vgl. Rz 64; nachfolgend: übernationaler BS-Stiersamenmarkt); die marktbeherrschende Stellung wurde auf dem schweizerischen Markt für KB festgestellt (vgl. Rz 37 ff.). Samendosen aus den USA der Rasse Brown Swiss, welche zum übernationalen BS-Stiersamenmarkt gehören, sind ein direkter Input für die Vermittlung von Stiersamen in der Schweiz, was daraus hervorgeht, dass NGG Swissgenetics im Jahr 2019 mit rund [...] Brown-Swiss-Samendosen beliefert hatte. Die Vermittlung von Stiersamen in der Schweiz ist die aus der Perspektive des Produktionsverlaufs erste der beiden Stufen, die gemäss der Verfügung 1999 den schweizerischen Markt für KB ausmachen. Es liegt also mit dem übernationalen BS-Stiersamenmarkt ein vorgelagerter Markt zum schweizerischen Markt für KB vor. Anzumerken ist, dass der übernationale Stiersamenmarkt, auch wenn er sachlich und/oder räumlich weiter abgegrenzt werden würde, zum schweizerischen Markt für KB vorgelagert bleibt, da die Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen der Rasse Brown Swiss in den USA stets ein Teil eines solchen weiter gefassten Marktes ist, das Element der direkten Belieferung des schweizerischen Marktes für KB somit bestehen bleibt.

67. Nach Ansicht der WEKO ist der vom Unternehmenszusammenschluss betroffene Markt dem schweizerischen Markt für KB vorgelagert. Damit ist auch die zweite Bedingung von Art. 9 Abs. 4 KG erfüllt.

68. Swissgenetics hält dagegen fest, dass, selbst wenn eine Marktbeherrschung verfahrensmässig rechtskräftig festgestellt werde, es bezweifelt werden müsse, dass sich diese auf einen (ausreichend) bestimmten Markt beziehe. Die Abgrenzung der relevanten Märkte habe sich gewandelt und wandle sich stark; es müsse daher bezweifelt werden, dass die Verfügung 1999 heute noch zur Begründung einer Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG taue. Die Unsicherheiten, die mit Bezug auf die Tragweite der Verfügung 1999 über die Zeit bis heute (noch) deutlich zugenommen hätten, müssten zu Gunsten von Swissgenetics berücksichtigt werden.<sup>81</sup>

69. Zutreffend ist, dass die Marktabgrenzung infolge veränderter Bedingungen heute anders vorgenommen wird als noch im Jahr 1999 (vgl. Rz 51 f.). Hinsichtlich der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG ändert dies jedoch nichts, denn die Brown-Swiss-Samendosen, die NGG an Swissgenetics lieferte, waren resp. sind ein direkter Input für die Vermittlung von Stiersamen in der Schweiz. NGG war somit auf einem dem schweizerischen Markt für KB vorgelagerten Markt tätig, womit eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG bestand.

#### **B.4.2.1.2.3 Fazit**

70. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die marktbeherrschende Stellung von Swissgenetics auf dem schweizerischen Markt für KB rechtskräftig festgestellt worden ist. Der nicht gemeldete Unternehmenszusammenschluss betrifft einen dem schweizerischen Markt für KB vorgelagerten Markt. Damit sind beide Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 4 KG erfüllt. Ob allenfalls noch weitere gemäss Art. 9 Abs. 4 KG betroffene Märkte vorliegen, kann

---

<sup>79</sup> RPW 2019/1, 82, *Beratungsanfrage betreffend Meldepflicht eines Zusammenschlussvorhabens* m. H. auf Urteil des BVGer, B-6180/2013 vom 29.4.2014, E. 2.2.4, *The Swatch Group AG/WEKO*; RPW 2016/1, 66, Rz 10, *Meldepflicht des Zusammenschlussvorhabens Tamedia AG/ticketportal AG*.

<sup>80</sup> Vgl. KG-REINERT/VISCHER (Fn 45), Art. 9 KG N 305 f. mit Verweis auf Beispiele.

<sup>81</sup> Act. 29, Rz 15 ff.

offengelassen werden, da die Beantwortung dieser Frage das Ergebnis der vorliegenden Analyse nicht verändert.

#### **B.4.2.1.3 Vollzug ohne Meldung**

71. Der vorliegende Unternehmenszusammenschluss ist meldepflichtig im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG und wäre demnach den Wettbewerbsbehörden vor dem Vollzug zu melden gewesen. Am 1. Juli 2020 wurde der Zusammenschluss vollzogen ohne vorgängige Meldung an die Wettbewerbsbehörden. Somit verletzte Swissgenetics ihre Meldepflicht und ist damit gemäss Art. 51 Abs. 1 KG zu sanktionieren.

#### **B.4.2.2 Vorwerfbarkeit**

72. Gemäss Praxis der WEKO und der Gerichte muss dem betroffenen Unternehmen - neben dem Vorliegen der Tatbestandsmerkmale und der Rechtswidrigkeit des Verhaltens - zumindest vorgeworfen werden können, dass es fahrlässig gehandelt hat, also eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne des vorgeworfenen Sachverhalts begangen hat. Entscheidend ist eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne eines Organisationsverschuldens.<sup>82</sup>

73. Swissgenetics vertritt die Meinung, dass die Übernahme von NGG durch Swissgenetics keinen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss darstelle. NGG sei auf dem schweizerischen Markt nicht tätig. Im schweizerischen Markt ändere sich mit der Übernahme nichts. Auf die Wettbewerbsverhältnisse in der Schweiz habe die Übernahme schlicht keinen Einfluss. Der schweizerische KB-Markt sei von dieser Übernahme nicht betroffen. Auch aus einer internationalen Perspektive betrachtet, handle es sich bei der Übernahme um eine Bagatelle.<sup>83</sup>

74. Den Ausführungen von Swissgenetics ist entgegenzuhalten, dass es bei der Frage der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG einzig darauf ankommt, dass am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach dem Kartellgesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist. Allfällige Auswirkungen des nicht gemeldeten Unternehmenszusammenschlusses auf die Markt- und Wettbewerbsverhältnisse spielen keine Rolle.<sup>84</sup>

75. Im vorliegenden Fall meldete Swissgenetics im Jahr 2009 gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG die beabsichtigte Übernahme von Select Star, im Jahr 2014 stellte Swissgenetics den Antrag, die rechtskräftig festgestellte marktbeherrschende Stellung per 1. Januar 2014 aufzuheben (vgl. Rz 13 f.). Damit steht fest, dass sich Swissgenetics sowohl ihrer marktbeherrschenden Stellung als auch der ihr daraus folgenden Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG bewusst war. Dass die Übernahme von NGG von der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG erfasst ist bzw. mindestens sein könnte, hätte Swissgenetics auch deshalb bewusst sein müssen, weil NGG mit den Stiersamendosen einen Inputfaktor für den Vertrieb in der Schweiz lieferte. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass NGG in den USA domiziliert ist, denn die von ihr gelieferten Stiersamendosen wurden in der Schweiz vertrieben. Mit der Unterlassung der Zusammenschlussmeldung vor dem Vollzug der Übernahme von NGG ist zumindest ein objektiver Sorgfaltsmangel bzw. ein Organisationsverschulden gegeben.

76. Swissgenetics führt dagegen an, dass das Zusammenschlussvorhaben *Swissgenetics/Select Star* im Jahr 2009 nicht mit der Übernahme von NGG zu vergleichen sei, weil

---

<sup>82</sup> Vgl. BSK KG-TAGMANN/ ZIRLICK (FN 41), Art. 51 KG N 21 m. w. Hw.

<sup>83</sup> Act. 6.

<sup>84</sup> DIKE KG-PRÜMMER (FN 51), Art. 9 N 101.

es sich bei Select Star um einen schweizerischen Wettbewerber gehandelt habe, der in der Schweiz mehr oder weniger im selben Markt tätig gewesen sei wie Swissgenetics. Daher habe es mit Blick auf die Verfügung 1999 nahegelegen, eine Meldung zu machen. Bei NGG habe es sich demgegenüber um ein amerikanisches Kleinunternehmen gehandelt, das kaum im selben (sachlich relevanten) Markt und geografisch gar nicht im selben Markt wie Swissgenetics tätig gewesen sei. Eine Meldung dieser Übernahme habe sich alles andere als aufgedrängt. Weitere Umstände hätten dazu geführt, dass eine Meldung schliesslich unterblieben sei.<sup>85</sup>

77. Diese Ausführungen von Swissgenetics vermögen nicht zu überzeugen. Nach Art. 9 Abs. 4 KG besteht eine Meldepflicht für nach dem Kartellgesetz rechtskräftig festgestellte Unternehmen nicht nur, wenn ein Zusammenschlussvorhaben denjenigen Markt betrifft, für den die marktbeherrschende Stellung festgestellt wurde, sondern auch, wenn ein vor- oder nachgelagerter oder benachbarter Markt betroffen ist. Dementsprechend ändert an der Vorwerfbarkeit nichts, dass Swissgenetics zum Schluss kam, dass NGG und Swissgenetics nicht auf demselben sachlich relevanten Markt tätig waren; Swissgenetics hätte auch prüfen müssen, ob das entsprechende Zusammenschlussvorhaben einen vor-, nachgelagerten oder benachbarten Markt betrifft. Eine entsprechende Prüfung hätte zum Schluss führen müssen, dass das entsprechende Vorhaben einen dem Markt für KB vorgelagerten Markt betrifft, da Brown-Swiss-Samendosen von NGG einen Inputfaktor für Swissgenetics in der Schweiz darstellen.

## B.5 Sanktionsbemessung

78. Für einfache Verstösse im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen sieht Art. 51 Abs. 1 KG eine Busse von bis zu einer Million Franken vor. Innerhalb dieses abstrakten Sanktionsrahmens steht der WEKO bei der Festlegung der konkreten Sanktion ein erheblicher Ermessensspielraum zu.<sup>86</sup> Dabei ist den Umständen des Einzelfalls, den allgemeinen Grundsätzen der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung Rechnung zu tragen. Die Höhe der Verwaltungsstrafe ist so zu bemessen, dass sie für das betroffene Unternehmen spürbar ist.<sup>87</sup>

### B.5.1 Vorbemerkungen

79. Bis dato berücksichtigte die WEKO neben der Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung bei der konkreten Sanktionsbemessung insbesondere folgende Kriterien<sup>88</sup>:

- Die Bedeutung des die Meldepflicht verletzenden Unternehmens auf dem Markt (Kriterium I);
- die potenzielle Gefahr des Zusammenschlussvorhabens für den Wettbewerb; eine solche wurde bejaht, wenn betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU vorliegen (gemeinsamer Marktanteil von mehr als 20 % bzw. Marktanteil eines beteiligten Unternehmens von mehr als 30 %) (Kriterium II) und
- die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch das Zusammenschlussvorhaben im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG (Kriterium III).

---

<sup>85</sup> Act. 29, Rz 29.

<sup>86</sup> Vgl. BSK KG-TAGMANN/ ZIRLICK (FN 41), Art. 51 KG N 25.

<sup>87</sup> RPW 2014/1, 333 Rz 116, Verfügung vom 23. September 2013 betreffend die Übernahme der Phm Holding, der Simon et Membrez S.A. und der Termiboites S.A. m. w. Hw.

<sup>88</sup> RPW 2014/1, 333 f. Rz 117, Verfügung vom 23. September 2013 betreffend die Übernahme der Phm Holding, der Simon et Membrez S.A. und der Termiboites S.A. m. w. Hw. Die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung wird seit dem Sanktionsverfahren zur Schweizerischen National-Versicherungsgesellschaft/Coop Leben berücksichtigt. Vgl. RPW 2002/3, 533 ff. Rz 47 ff. sowie 536 Rz 60, Zusammenschluss Schweizerische National-Versicherungsgesellschaft/Coop Leben.

80. Diese drei Kriterien gehen auf den Entscheid *Curti & Co. AG* zurück, wobei die WEKO seit diesem Entscheid zur Berechnung des Kriteriums I auf den in der Schweiz durch das meldepflichtige Unternehmen im letzten Geschäftsjahr erzielten Jahresumsatz<sup>89</sup> abstellte.<sup>90</sup> In Anbetracht der maximalen Sanktion von einer Million Franken erachtete die WEKO sodann einen Basisbetrag von 0,1 Promille des Jahresumsatzes, maximal aber 300 000 Franken, als angemessen. Je nachdem, ob die Kriterien II und/oder III zutreffen, konnte die tatsächlich ausgefallte Busse am Ende deutlich höher oder tiefer als dieser Basisbetrag sein.<sup>91</sup>

81. Diese sog. *Curti-Praxis* wurde seit dem Jahr 1998 angewendet in Fällen von Verstössen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen i. S. v. Art. 51 KG.<sup>92</sup> Zum besseren Verständnis der *Curti-Praxis* seien an dieser Stelle die Überlegungen der WEKO wiedergegeben, von denen sie sich bei deren Einführung leiten liess. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die WEKO damals nicht nur die *Curti-Praxis* einfuhrte, sondern auch ihre zum damaligen Zeitpunkt gelebte Praxis aufgab, die subjektive Vorwerfbarkeit bzw. das Verschulden bei der Bemessung der Sanktion teilweise zu berücksichtigen. Stattdessen entschied die WEKO, ab dem *Curti-Entscheid* ausschliesslich objektive Kriterien zu berücksichtigen, die dem Sinn und Zweck von Art. 51 KG und der Zusammenschlusskontrolle entsprechen mussten.<sup>93</sup>

82. Bei der Bemessung der Sanktion berücksichtigte die WEKO mit dem *Curti-Entscheid* neu erstens die Bedeutung des die Meldepflicht verletzenden Unternehmens auf dem Markt (Kriterium I), welche sich mittels der in der Schweiz erzielten Jahresumsätze messen lasse. Die WEKO ergänzte, dass dieses Vorgehen der Konzeption des Kartellgesetzes entspreche, richte sich doch auch die Meldepflicht nach dieser Grösse (Art. 9 Abs. 1 KG). Das Kriterium I habe bei der Sanktionsbemessung die Funktion eines Basiskriteriums, welches den Verstoss gegen die Meldepflicht als solchen sanktioniere. In Bezug auf die potenzielle Gefahr des Zusammenschlussvorhabens für den Wettbewerb (Kriterium II) zog die WEKO in Betracht, ob das Vorhaben den Wettbewerb potenziell gefährdet, was dann der Fall sei, wenn betroffene Märkte i. S. v. Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU vorliegen würden (gemeinsamer Marktanteil der Zusammenschlussparteien von mindestens 20 % bzw. Marktanteil eines beteiligten Unternehmens von mindestens 30 %). Schliesslich solle die Höhe der Sanktion davon abhängen, ob das Zusammenschlussvorhaben wirksamen Wettbewerb gemäss Art. 10 Abs. 2 KG beseitigen könne (Kriterium III). Zu den Kriterien II und III hielt die WEKO fest, dass diese bezwecken würden, den Verstoss aus wettbewerblicher Sicht zu gewichten; die Kriterien II und III könnten den Basisbetrag je nach der konkreten Sachlage erhöhen oder vermindern. Entsprechend müsse der Grundbetrag so bemessen werden, dass hinreichend Spielraum für eine Erhöhung oder Verminderung verbleibe. Angemessen erscheine aufgrund dieser Überlegungen und unter Berücksichtigung der maximalen Sanktion von einer Million Franken ein

---

<sup>89</sup> Resp. nach Art. 9 Abs. 3 KG auf die Bruttoprämieneinnahmen bei Versicherungsgesellschaften bzw. auf die Bruttoerträge bei Banken und übrigen Finanzintermediären, sofern sie den Rechnungslegungsvorschriften gemäss dem Bankengesetz vom 8.11.1934 (Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Bankengesetz, BankG; SR 952.0) unterstellt sind.

<sup>90</sup> RPW 1998/4, 619 Rz 32, *Curti & Co. AG*; RPW 2000/2, 262 Rz 27, *Zusammenschluss Unternehmung X/C-AG und D-AG*; RPW 2014/1, 334 Rz 118, *Verfügung vom 23. September 2013 betreffend die Übernahme der Phm Holding, der Simon et Membrez S.A. und der Termiboïtes S.A.*

<sup>91</sup> RPW 2014/1, 334 Rz 118, *Verfügung vom 23. September 2013 betreffend die Übernahme der Phm Holding, der Simon et Membrez S.A. und der Termiboïtes S.A.* m. w. Hw.

<sup>92</sup> Vgl. RPW 2000/2, 261 f. Rz 26 ff., *Zusammenschluss Unternehmung X / C-AG und D-AG*; RPW 2001/1, 152 f. Rz 38 ff., *Banque Nationale de Paris (BNP)/Paribas*; RPW 2002/3, 535 f. Rz 55 ff., *Zusammenschluss Schweizerische NationalVersicherungs-Gesellschaft/Coop Leben*; RPW 2013/2, 232 f. Rz 72 ff., *Verfügung in Sachen Übernahme der ProVAG Versicherungen AG und der PROVITA Gesundheitsversicherung AG*; RPW 2014/1, 333 f. Rz 117 ff., *Verfügung vom 23. September 2013 betreffend die Übernahme der Phm Holding, der Simon et Membrez S.A. und der Termiboïtes S.A.*

<sup>93</sup> Vgl. RPW 1998/4, 618 Rz 29, *Curti & Co. AG*.

Basisbetrag von 0,1 Promille, jedoch maximal 300 000 Franken des in der Schweiz erzielten Jahresumsatzes.<sup>94</sup>

83. Im Zusammenhang mit der Curti-Praxis gilt es zunächst festzustellen, dass die ausschliessliche Berücksichtigung objektiver Kriterien für die Sanktionsbemessung von der WEKO bereits im Jahre 2002 geändert wurde. Seitdem berücksichtigt die WEKO die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung, wobei auch subjektive Elemente wie der gute Glaube des meldenden Unternehmens in die Würdigung miteinbezogen werden.<sup>95</sup> Damit zeigt sich bereits in dieser Hinsicht, dass die Curti-Praxis nicht mehr der gelebten Praxis der WEKO entspricht.

84. Beim nach der Curti-Praxis bei der konkreten Sanktionsbemessung berücksichtigten Kriterium I scheint fraglich, ob das schematische Festlegen eines Basisbetrags in der Höhe von 0,1 Promille des schweizweiten Jahresumsatzes, aber maximal 300 000 Franken, geeignet ist, den Verstoss als solchen zu sanktionieren. Erstens zeigt gerade der vorliegende Fall, dass der Basisbetrag im Falle von Unternehmen mit einem vergleichsweise tiefen schweizweiten Jahresumsatz auf ein Niveau zu liegen kommt – im konkreten Fall auf [...] Franken (0,1 Promille des schweizweiten Umsatzes von Swissgenetics im Geschäftsjahr 2019/2020 von [...] Franken, vgl. Rz 2) –, bei welchem fraglich ist, ob der so errechnete Basisbetrag für ein betroffenes Unternehmen spürbar sein kann. Denn unabhängig davon, ob der Basisbetrag nach Kriterium I bei jedem Folgekriterium erhöht wird oder nicht, resultiert letztlich eine Sanktion auf tiefem Niveau. Zweitens birgt das schematische Berechnen des Basisbetrags das Risiko, dass die infolge eines Verstosses gegen die Meldepflicht i. S. v. Art. 9 KG zu erwartende Sanktion für ein Unternehmen kalkulier- und damit voraussehbar wird. Würde die zu erwartende Sanktion für ein Unternehmen eher tief ausfallen (wie bspw. im konkreten Fall), könnte es eine Verletzung der Meldepflicht bewusst in Kauf nehmen, wenn sich dies für das Unternehmen (z. B. im Falle von zeitlicher Dringlichkeit) lohnen würde. Der Sinn und Zweck von Art. 51 KG, sprich die Absicherung der gesetzlichen Meldepflicht gemäss Art. 9 KG und des Vollzugsverbotes während des Prüfungsverfahrens gemäss Art. 32 Abs. 2 bzw. Art. 33 Abs. 3 KG<sup>96</sup>, könnte somit unterlaufen werden. Auch wären die Sanktions- und Präventivwirkung der Verwaltungssanktion nach Art. 51 KG in Frage gestellt. Anhand des vorliegenden Falles wird ersichtlich, dass die bisherige, langjährige Curti-Praxis in Fällen wie dem vorliegenden der Art. 51 KG zgedachten Funktion nicht Genüge tut. Die Curti-Praxis kann zum Ergebnis führen, dass Unternehmen mit vergleichsweise tiefen Jahresumsätzen die wegen eines Verstosses gegen die Meldepflicht zu erwartende Sanktion kalkulieren und in ihren Entscheid, ein Zusammenschlussvorhaben i. S. v. Art. 9 KG zu melden oder nicht, miteinbeziehen. Eine solche Situation steht dem gesetzgeberischen Willen, dass Verwaltungssanktionen Straf- und Präventivcharakter zukommen soll, entgegen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass bei der Sanktionsbemessung in Fällen von Art. 49a Abs. 1 KG bei der Art und Schwere des (Kartellrechts-)Verstosses das abstrakte Gefährdungspotenzial sowie die volkswirtschaftliche Schädlichkeit berücksichtigt werden. Dabei steht der WEKO ein erheblicher Ermessensspielraum zu, der nach bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung nicht auf schematische Weise eingeschränkt werden soll.<sup>97</sup> Das Kriterium I der Curti-Praxis würde im vorliegenden Fall jedoch den Ermessensspielraum der WEKO auf schematische Weise einschränken. Aus den genannten Gründen drängt sich eine Abkehr von der Curti-Praxis auf. So ist es in Fällen von Verstössen nach Art. 51 KG angebracht, die Sanktionsbemessung anhand von Kriterien vorzunehmen, mit denen den Gegebenheiten im Einzelfall unter Berücksichtigung der Grundsätze der Rechtsgleichheit und Verhältnismässigkeit sowie dem Sinn und Zweck von Art. 51 KG angemessen Rechnung getragen wird.

---

<sup>94</sup> Vgl. RPW 1998/4, 619 Rz 30 f., *Curti & Co. AG*.

<sup>95</sup> RPW 2002/3, 536 Rz 60, *Zusammenschluss Schweizerische National-Versicherungs-Gesellschaft/Coop Leben*.

<sup>96</sup> DIKE KG-TSCHUDIN (Fn 42), Art. 51 Rz 5.

<sup>97</sup> Vgl. BVGer, B-2977/2007 vom 27.10.2010 E. 8.3.4, *Publigroupe et al./WEKO*.

85. Naheliegender ist, für die Sanktionsbemessung die gleichen Kriterien zu berücksichtigen, wie sie bei Verstössen nach Art. 52 KG angewendet werden; namentlich die Grösse des Unternehmens, die Art und Schwere des Verstosses sowie erschwerende und mildernde Umstände.<sup>98</sup> Dies aus den folgenden Gründen: Erstens handelt es sich auch bei Verstössen nach Art. 51 KG um Verwaltungssanktionen, mit denen im Kern dasselbe Ziel verfolgt wird, nämlich, dass fehlbare Unternehmen rechtsverbindlich festgelegte Pflichten erfüllen.<sup>99</sup> Zweitens sehen Art. 51 und 52 KG je eine Obergrenze für auszufällende Bussen vor, erstere eine Million Franken, letztere 100 000 Franken. Drittens können mit einer Anpassung der Sanktionsbemessungskriterien an die bestehende Praxis in Fällen von Verstössen nach Art. 52 KG im Wesentlichen dieselben Aspekte berücksichtigt werden, wie dies bei den Kriterien II und III der Curti-Praxis der Fall war.

86. Die wesentliche Änderung bei der Angleichung an die Sanktionsbemessungsmethode, wie sie bei Verstössen nach Art. 52 KG vorgenommen wird, besteht darin, dass anstelle des Kriteriums I der Curti-Praxis auf die Bedeutung und die Grösse des betroffenen Unternehmens abgestellt wird. Die Aspekte, die im Rahmen der Kriterien II und III der Curti-Praxis berücksichtigt wurden, werden – wie noch aufgezeigt wird (vgl. Rz 107 f.) – auch nach der neuen Sanktionsbemessungsmethode bei der Art und Schwere des Verstosses nach Art. 51 KG berücksichtigt, womit sich diesbezüglich keine Änderung ergibt. Schliesslich werden im Rahmen der Prüfung des Vorliegens erschwerender oder mildernder Umstände Aspekte berücksichtigt, die nach der Curti-Praxis bisher im Rahmen der Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung berücksichtigt wurden.

87. Die Änderung einer bestehenden Praxis von Verwaltungsbehörden muss mit dem Grundsatz der Rechtsgleichheit vereinbar sein, was der Fall ist, wenn

- i) ernsthafte und sachliche Gründe für die neue Praxis sprechen (insbesondere die bisherige Praxis als unrichtig erkannt wird<sup>100</sup>),
- ii) die Änderung grundsätzlich erfolgt,
- iii) das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung gegenüber demjenigen an der Rechtssicherheit überwiegt und
- iv) die Praxisänderung keinen Verstoss gegen Treu und Glauben darstellt.<sup>101</sup>

88. Die erste Voraussetzung ist gegeben, da sich im vorliegenden Fall zeigt, dass die bisherige Curti-Praxis zu einem Ergebnis führen kann, das dem gesetzgeberischen Willen entgegensteht. Mit der Abkehr von der Curti-Praxis hin zur Sanktionsbemessungspraxis, wie sie in Fällen von Verstössen i. S. v. Art. 52 KG gelebt wird, erfolgt die Praxisänderung grundsätzlich, womit auch die zweite Voraussetzung erfüllt ist. Das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung, hier der Abkehr von der Curti-Praxis hin zur Sanktionsbemessungspraxis, wie sie in Fällen von Art. 52 KG gelebt wird, ist zudem als überwiegend einzustufen (dritte Voraussetzung). Dies lässt sich mit dem gesetzgeberischen Willen begründen, wonach der Sinn und Zweck der Verwaltungssanktionen nach den Art. 50 ff. KG darin bestehen soll, für Unternehmen spürbar zu sein und Sanktions- und Präventivwirkung zu entfalten.<sup>102</sup> Anhand des vorliegenden Falles zeigt sich, dass die Curti-Praxis dem Sinn und Zweck der Verwaltungssanktion i. S. v. Art. 51 Abs. 1 KG nicht gerecht würde. Zudem stellt die Praxisänderung auch keinen Verstoss gegen Treu und Glauben dar, weil sie Swissgenetics vor dem Erlass der Verfügung der WEKO zur Kenntnis gebracht wurde und Swissgenetics im Rahmen von Art. 30 Abs. 2 KG zum Antrag und damit auch zur Praxisänderung Stellung nehmen

<sup>98</sup> Vgl. RPW 2021/3, 691 f. Rz 37 ff., A SA / B SA.

<sup>99</sup> Vgl. BBI 1995 I 468, 620 Ziff. 271.

<sup>100</sup> Vgl. BGE 133 V 37 E.5.3.3.

<sup>101</sup> Vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, 134 f. N 589 ff.

<sup>102</sup> Vgl. BBI 1995 I 468, 620 Ziff. 271.

konnte (vierte Voraussetzung). Schliesslich wird dem Umstand, dass Swissgenetics das erste Unternehmen ist, deren Verstoss nach Art. 51 KG nach der neuen Sanktionsbemessungspraxis geahndet wird, bei der Sanktionshöhe zu Gunsten von Swissgenetics Rechnung getragen (vgl. Rz 121).

## B.5.2 Stellungnahme von Swissgenetics

### *Keine ernsthaften und sachlichen Gründe*

89. Hinsichtlich der Abkehr von der Curti-Praxis moniert Swissgenetics unter Berufung auf die für eine Praxisänderung geltenden Voraussetzungen zunächst, dass keine ernsthaften und sachlichen Gründe für eine Praxisänderung vorlägen. Weder sei die beantragte Praxisänderung auf eine bessere Erkenntnis der ratio legis noch auf gewandelte tatsächliche Verhältnisse oder Rechtsanschauungen oder zunehmende Missbräuche zurückzuführen.<sup>103</sup> Im Zusammenhang mit der besseren Erkenntnis der ratio legis entspreche der beschriebene Normzweck (Straf- und Präventivcharakter, Absicherung der Meldepflicht, Spürbarkeit) keiner neuen oder besseren Erkenntnis. Dies sei bereits vom Curti-Entscheid ausdrücklich aufgenommen worden. Während die Curti-Praxis transparente Grundsätze für die Ausübung des Verwaltungsermessens im Bereich der Verwaltungsanktionen bereitstelle, würde das Sekretariat bzw. die WEKO mit der postulierten Praxisänderung in «dunkle Zeiten» (unzulässiger) intransparenter Sanktionsbemessung zurückfallen.<sup>104</sup> Das Handeln der Verwaltungsbehörden müsse im Einzelfall voraussehbar und rechtsgleich sein, was erst recht gelte, wenn es um Sanktionen mit Strafcharakter gehe. Bewusst eine Praxis zu wählen, welche Sanktionen der Vorhersehbarkeit entziehe, wäre verfassungswidrig.<sup>105</sup>

90. Diesen Ausführungen ist zunächst entgegenzuhalten, dass bundesgerichtlicher Rechtsprechung zufolge die bisherige Praxis beizubehalten ist, wenn keine entscheidenden Gründe zu Gunsten einer Praxisänderung sprechen. Das Bundesgericht hielt weiter fest, dass nach der Rechtsprechung eine bisherige Praxis zu ändern sei, wenn sie als unrichtig erkannt oder wenn deren Verschärfung wegen veränderter Verhältnisse oder zufolge zunehmender Missbräuche für zweckmässig gehalten werde.<sup>106</sup> Entgegen der Darstellung von Swissgenetics liegen in casu entscheidende Gründe zu Gunsten einer Praxisänderung vor.

91. Mit der Einführung der Curti-Praxis hielt die WEKO fest, dass das Kriterium I den Verstoss gegen Art. 51 KG als solchen sanktionieren soll. Mit den Kriterien II und III sollte der Verstoss aus wettbewerblicher Sicht gewichtet werden, weshalb der Grundbetrag nach dem Kriterium I so bemessen werden sollte, dass hinreichend Spielraum für eine Erhöhung oder Verminderung verbleibt. Die WEKO hielt es aufgrund dieser Überlegungen und unter Berücksichtigung der maximalen Sanktion von einer Million Franken als angemessen, den Basisbetrag auf 0,1 Promille, jedoch maximal 300 000 Franken des in der Schweiz erzielten Jahresumsatzes festzusetzen. Die Einführung dieser Praxis ist im Lichte des Entscheides in Sachen Curti & Co. AG zu lesen; der Verstoss i. S. v. Art. 51 Abs. 1 KG betraf die Verletzung der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 1 KG. Damals erachtete die WEKO die Festsetzung des Grundbetrags auf 0,1 Promille des Jahresumsatzes bzw. maximal 300 000 Franken als der Konzeption des Kartellgesetzes entsprechend, weil sich auch die Meldepflicht i. S. v. Art. 9 Abs. 1 KG nach dem Jahresumsatz richtet.<sup>107</sup> Mit anderen Worten hatte die WEKO bei der Einführung der Curti-Praxis bzw. deren Kriterium I nach Art. 9 Abs. 1 KG meldepflichtige Unternehmen im Blick, d. h. solche mit hohen Jahresumsätzen. Seit der Einführung der Curti-Praxis verstiessten bis zum vorliegenden Fall Unternehmen im vorgenannten Sinne gegen die Meldepflicht nach Art. 9 KG, so namentlich die BNP Paribas, die damalige Schweizerische National-Versicherungs-Gesellschaft, die ProVAG und die The Swatch Group AG.<sup>108</sup>

<sup>103</sup> Act. 29, Rz 36 ff.

<sup>104</sup> Act. 29, Rz 45 ff.

<sup>105</sup> Act. 29, Rz 51.

<sup>106</sup> BGE 133 V 37, 39 E. 5.3.3.

<sup>107</sup> Vgl. RPW 1998/4, 619 Rz 30 f., *Curti & Co AG*.

<sup>108</sup> Vgl. Fn 109.

In casu zeigt sich nun seit der Einführung der Curti-Praxis zum ersten Mal, dass angesichts des – im Vergleich zu den erwähnten Unternehmen – tieferen Jahresumsatzes von Swissgenetics mit dem aus dem Kriterium I resultierenden Grundbetrag ([...] Franken) der Verstoss i. S. v. Art. 51 Abs. 1 KG an sich nicht geahndet würde. Denn vergleicht man die [...] Franken etwa mit der Gebühr für die vorläufige Prüfung gemäss Art. 32 KG, die sich nach Art. 4 Abs. 3 GebV-KG<sup>109</sup> auf 5 000 Franken beläuft, so wird ersichtlich, dass der nach dem Kriterium I der Curti-Praxis vorliegend errechnete Grundbetrag nur unwesentlich über der Prüfgebühr zu liegen käme. Dem Grundbetrag in Höhe von [...] Franken ginge sowohl der Straf- als auch der Präventivcharakter von Art. 51 KG ab, womit die Anwendung des Kriteriums I der Curti-Praxis in Fällen wie dem vorliegenden zu einem unrichtigen, mit Art. 51 KG nicht zu vereinbarenden Ergebnis führen würde.

92. Der vorliegende Fall führt auch vor Augen, dass mit dem Kriterium I der Curti-Praxis den konkreten Umständen des Einzelfalls zu wenig Rechnung getragen würde. Denn das Kriterium I stellt alleine darauf ab, ob ein betroffenes Unternehmen hohe oder tiefe Jahresumsätze erzielte, ohne die Bedeutung des Unternehmens im Markt miteinzubeziehen. Wie der vorliegende Fall zeigt, kann auch ein Unternehmen mit vergleichsweise tiefen Jahresumsätzen eine bedeutende Stellung im Markt einnehmen (vgl. Rz 106). Mit der neuen Sanktionsbemessungspraxis wird den Umständen des Einzelfalls besser Rechnung getragen.

93. Es liegen somit entscheidende Gründe vor, die eine Abkehr von der Curti-Praxis bzw. deren Kriterium I erfordern. Hervorzuheben ist dabei, dass die WEKO die Curti-Praxis nicht vollständig durch eine andere Sanktionsbemessungspraxis ersetzt, sondern lediglich das Kriterium I, das zu einem unrichtigen Ergebnis führt, nicht mehr anwendet und stattdessen wie in Fällen von Sanktionsverfahren nach Art. 52 KG auf die Grösse und Bedeutung des Unternehmens abstellt. Die bisher unter der Curti-Praxis berücksichtigten Kriterien II und III werden auch nach der geänderten Praxis berücksichtigt; die Curti-Praxis wird damit lediglich angepasst bzw. in dem Punkt korrigiert, der zu einem unrichtigen Ergebnis führt.

94. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass die Curti-Praxis zwar seit dem Jahr 1998 und somit rund 24 Jahre Bestand hatte, in diesem Zeitraum jedoch lediglich fünf Sanktionsverfahren nach Art. 51 KG geführt wurden<sup>110</sup> und davon lediglich ein einziger wegen Verletzung einer Meldepflicht gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG (aus dem Jahr 2014)<sup>111</sup>. Bei der Curti-Praxis handelt es sich somit nicht um eine gefestigte Praxis.

95. Zur Rüge der mangelnden Transparenz bei der Sanktionsbemessung und der Unvorhersehbarkeit ist festzuhalten, dass die Praxisänderung in transparenter Weise darlegt, aufgrund welcher konkreten Umstände des Einzelfalls die hier in Rede stehende Sanktion bemessen wird. Damit wird den verwaltungsverfahrensrechtlichen Grundprinzipien Rechnung getragen.

#### *Keine gewandelten tatsächlichen Verhältnisse oder Rechtsanschauungen*

96. Swissgenetics führt ins Feld, dass keine äusseren – tatsächlichen – Verhältnisänderungen oder gewandelte Rechtsanschauungen vorgebracht würden und dass äussere Verhältnisänderungen auch nicht ersichtlich seien. Die massgebenden Realien seien unverändert dieselben wie im Jahr 1998, als die Curti-Praxis begründet worden sei. Die Curti-Praxis

<sup>109</sup> Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

<sup>110</sup> Es handelt sich dabei um die Fälle RPW 2000/2, 257 ff., X / C-AG und D-AG; RPW 2001/1, 144 ff., *Banque Nationale de Paris (BNP)/Paribas*; RPW 2002/3, 524 ff., *Zusammenschluss Schweizerische Nationalversicherungs-Gesellschaft/Coop Leben*; RPW 2013/2, 222 ff., *Verfügung in Sachen Übernahme der ProVAG Versicherungen AG und der PROVITA Gesundheitsversicherung AG* und RPW 2014/1, 316 ff., *Verfügung vom 23. September 2013 betreffend die Übernahme der Phm Holding, der Simon et Membrez S.A. und der Termiboîtes S.A.*

<sup>111</sup> RPW 2014/1, 316 ff., *Verfügung vom 23. September 2013 betreffend die Übernahme der Phm Holding, der Simon et Membrez S.A. und der Termiboîtes S.A.*

sei bisher weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur in Zweifel gezogen oder kritisiert worden. Auch die massgebliche Rechtsgrundlage sei dieselbe, insbesondere der Wortlaut von Art. 51 KG. Im Zusammenhang mit der Rechtsanschauung bemängelt Swissgenetics weiter, dass aus Art. 49a KG nichts betreffend die Anwendung von Art. 51 KG abgeleitet werden könne. Art. 49a KG weise nämlich erhebliche Unterschiede zu Art. 51 KG auf, womit ausgeschlossen sei, dass die Änderung des «rechtlichen Umfelds» Auswirkungen auf die Sanktionierungspraxis im Anwendungsbereich von Art. 51 KG haben könne. Art. 49a KG sehe im Gegensatz zu Art. 51 KG keine Betragsobergrenze der Sanktion vor. Stattdessen bemesse sich der Betrag u. a. «nach der Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens», wobei der «mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat», «angemessen» zu berücksichtigen sei. Die für die Sanktionsbemessung zu berücksichtigenden Kriterien gemäss Art. 49a Abs. 1 KG würden die finanziellen Folgen (z. B. Gewinn) des Verstosses für das Unternehmen aufnehmen; die Berücksichtigung solcher Folgen habe bei Art. 51 KG jedoch keinen Platz. Ein nachträglich pflichtgemässes Handeln (z. B. nachträgliche Meldung des Vollzugs) werde bei Art. 51 KG nicht honoriert, habe mithin keinen Einfluss, weder auf die generelle Sanktionierbarkeit noch auf die Höhe der Sanktion. Dies sei bei Art. 49a KG völlig anders, wobei Swissgenetics auf Art. 6 Abs. 1 SVKG verweist.<sup>112</sup>

97. Diese Argumente von Swissgenetics vermögen nicht zu überzeugen, da auch Art. 49a Abs. 1 KG eine Sanktionsobergrenze festhält, nämlich 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Auch was die übrigen Bemessungskriterien von Art. 49a Abs. 1 KG angeht, spricht die Dauer und Schwere des Kartellrechtsverstosses oder die Berücksichtigung erschwerender oder mildernder Umstände, dienen diese dazu, die Sanktion anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu bemessen. Dies trifft auch auf die Sanktionsbemessung in Fällen von Art. 51 KG zu, womit die beiden Normen in Bezug auf die Sanktionsbemessung grundsätzlich durchaus miteinander vergleichbar sind.<sup>113</sup>

#### *Weitere Argumente*

98. Swissgenetics rügt, dass das Sekretariat falsch liege, wenn es im Antrag ausführe, dass die Curti-Praxis nicht mehr der gelebten Praxis der WEKO entspreche.<sup>114</sup> Diesbezüglich ist richtigzustellen, dass im Antrag lediglich gesagt wurde, dass die im Entscheid Curti & Co. (vgl. Rz 81) eingeführte Änderung, subjektive Elemente bei der Sanktionsbemessung nicht mehr zu berücksichtigen, ab dem Jahr 2002 aufgegeben wurde, mithin die Curti-Praxis in der 1998 eingeführten Form seit 2002 nicht mehr gelebt wurde (vgl. Rz 81 ff.).

#### *Keine grundsätzliche Praxisänderung*

99. Swissgenetics ist der Ansicht, dass das Kriterium I nicht grundsätzlich falsche Ergebnisse liefere. Für Swissgenetics werde klar, dass die Praxisänderung tatsächlich nur für den vorliegenden Fall erfolge; es schein durchaus denkbar, dass bei späteren Entscheiden wieder ein Zurückkommen auf die alte Praxis stattfinden würde. Schwenkentscheide seien verpönt und der Rechtssicherheit und -gleichheit abträglich und zu unterlassen.<sup>115</sup>

100. Zu präzisieren und hervorzuheben ist, dass die Praxisänderung in concreto nicht für den, sondern *wegen* des vorliegenden Falls erfolgt. Die neue Praxis wird ab sofort bei der Bemessung der Sanktion in Verfahren i. S. v. Art. 51 KG wegen Verstössen gegen die Meldepflicht von Zusammenschlussvorhaben angewendet und zwar unterschiedslos für alle Unternehmen. Eine neuerliche Praxisänderung ist zum jetzigen Zeitpunkt weder absehbar noch wahrscheinlich, doch selbst wenn dies in der Zukunft in Erwägung gezogen werden sollte, müsste eine Praxisänderung den verwaltungsrechtlichen Grundsätzen entsprechen

---

<sup>112</sup> Act. 29, Rz 53 ff.

<sup>113</sup> Vgl. DIKE KG-TSCHUDIN (Fn 42), Art. 51 N 24 m. w. Nw.

<sup>114</sup> Act. 29, Rz 68.

<sup>115</sup> Act. 29, Rz 71 ff.

(vgl. Rz 87). Die Bedenken von Swissgenetics vor Schwenkentscheiden sind damit unberechtigt.

### *Interesse an der Rechtssicherheit überwiege Interesse an der richtigen Rechtsanwendung*

101. In Bezug auf das für eine Praxisänderung erforderliche Element des überwiegenden Interesses hält Swissgenetics fest, dass ernsthafte und sachliche Gründe für eine Praxisänderung nicht rechtsgenügend dargelegt worden seien. Auch könne nicht die Rede davon sein, dass die neue Sanktionsbemessungspraxis eine «richtige Anwendung objektiven Rechts» darstelle. Vielmehr werde die Curti-Praxis dem Gesetzeszweck mindestens gleichermassen gerecht und verschaffe den verfassungsrechtlichen Grundsätzen des Verwaltungshandelns deutlich bessere Nachachtung. Eine eigentliche Interessenabwägung werde unterlassen.<sup>116</sup>

102. Entgegen dem Vorbringen von Swissgenetics liegen ernsthafte und sachliche Gründe für die Abkehr von der Curti-Praxis bzw. deren Kriterium I vor (vgl. Rz 90 f.). Damit kann dem Argument von Swissgenetics, dass die Curti-Praxis dem Normzweck mindestens gleichermassen gerecht werde<sup>117</sup>, wie dies die postulierte Praxisänderung tue, nicht gefolgt werden.

103. Das Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts – hier Art. 51 Abs. 1 KG – überwiegt das Interesse von Swissgenetics an der Wahrung der Rechtssicherheit insofern, als Art. 51 Abs. 1 KG u. a. die Meldepflicht nach Art. 9 KG sicherstellen soll, jedoch damit indirekt auch den wirksamen Wettbewerb schützt (vgl. Rz 107). Dem steht das Interesse an der Beibehaltung der Curti-Praxis von Swissgenetics gegenüber, dessen Kern darin besteht, eine Schlechterbehandlung, die durch eine Praxisänderung herbeigeführt wird, zu verhindern. Dieses Interesse von Swissgenetics vermag das Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts nicht zu überwiegen. Denn es entspricht gerade Sinn und Zweck von Art. 51 Abs. 1 KG, dass die entsprechend ausgefallte Sanktion für ein betroffenes Unternehmen spürbar sein soll. Hinzu kommt, dass die bisherige Curti-Praxis in Bezug auf die Höhe der Sanktion Swissgenetics bzw. Unternehmen mit vergleichsweise tiefen Jahresumsätzen zu Gute käme, die neue Sanktionsbemessungspraxis jedoch indirekt dem wirksamen Wettbewerb und damit sämtlichen Marktteilnehmern.

104. Schliesslich trägt die WEKO dem Umstand Rechnung, dass Swissgenetics das erste Unternehmen ist, dessen Verstoss i. S. v. Art. 51 Abs. 1 KG nach der neuen Sanktionsbemessungspraxis festgelegt wird (vgl. Rz 121 f.).

### **B.5.3 Sanktionsbemessung im vorliegenden Fall**

105. Die Höhe der Sanktion richtet sich nach den besonderen Umständen des konkreten Falles; sie muss für das Unternehmen nachvollziehbar sein und eine abschreckende Wirkung haben. In Anlehnung an die Praxis zur Sanktionsbemessung in Fällen von Verstössen i. S. v. Art. 52 KG sind insbesondere die Grösse des Unternehmens, die Art und Schwere des Verstosses sowie etwaige erschwerende und/oder mildernde Umstände zu berücksichtigen. Bei der Beurteilung der erschwerenden und mildernden Umstände sind die subjektiven Elemente zu berücksichtigen.<sup>118</sup>

#### **B.5.3.1 Bedeutung/Grösse des Unternehmens**

106. Der erste Schritt der Sanktionsbemessung besteht darin, die Bedeutung und die Grösse von Swissgenetics auf dem relevanten Markt zu bestimmen. Aus der Höhe des schweizweiten Umsatzes von Swissgenetics geht hervor, dass dieser tiefer ist als die schweizweiten Umsätze anderer meldepflichtiger Unternehmen, Swissgenetics ist damit in

---

<sup>116</sup> Act. 29, Rz 75 ff.

<sup>117</sup> Act. 29, Rz 77.

<sup>118</sup> RPW 2021/3, 691 N 35, A SA / B SA.

concreto als eher kleines Unternehmen zu betrachten, welchem im relevanten Markt (dem schweizerischen Markt für KB) aber eine bedeutende Stellung zukommt.

### B.5.3.2 Art und Schwere des Verstosses

107. Im zweiten Schritt der Sanktionsbemessung gilt es, die Art und die Schwere des Verstosses nach Art. 51 KG zu prüfen. Die Prüfung der Art und Schwere des Verstosses muss unter Berücksichtigung der Besonderheiten von Art. 51 Abs. 1 KG erfolgen. Der Zweck von Art. 51 KG besteht in erster Linie darin, die gesetzliche Meldepflicht gemäss Art. 9 KG und das Vollzugsverbot während des Prüfungsverfahrens gemäss Art. 32 Abs. 2 bzw. Art. 33 Abs. 3 KG sicherzustellen. Art. 51 KG soll es den Wettbewerbsbehörden ermöglichen, ein Zusammenschlussvorhaben rechtzeitig und vor dessen Vollzug zu prüfen, was die vorgängige Meldung des Vorhabens sowie den Aufschub des Vollzugs voraussetzt. Art. 51 KG schützt direkt die Fusionskontrolle und indirekt den wirksamen Wettbewerb.<sup>119</sup>

108. Was den Schutz des wirksamen Wettbewerbs angeht, so drängt es sich (wie bisher im Rahmen des Kriteriums II der Curti-Praxis berücksichtigt wurde) auf zu prüfen, ob betroffene Märkte vorlagen resp. der nicht gemeldete Unternehmenszusammenschluss die Möglichkeit eröffnete, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (wie bisher im Rahmen des Kriteriums III der Curti-Praxis). In ihrer vorläufigen Prüfung zur Übernahme von NGG durch Swissgenetics identifizierte die WEKO mehrere gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU betroffene Märkte.

- Einen betroffenen Markt ohne Marktanteilsaddition zeigte sich für den schweizweiten Markt für den Vertrieb von Stiersamen mit einem von ihr selbst geschätzten Marktanteil von Swissgenetics von rund [40–50] %.<sup>120</sup> Anzumerken ist, dass der geschätzte Marktanteil mengenbasiert ist<sup>121</sup> und auf mehreren von Swissgenetics getroffenen Annahmen basiert. Ein umsatzbasierter Marktanteil und/oder etwas andere Annahmen können ohne Weiteres einen höheren Marktanteil von Swissgenetics ergeben.
- Einen weiteren betroffenen Markt ohne Marktanteilsaddition erkannte die WEKO im schweizweiten Markt für Besamungsdienstleistungen mit einem geschätzten Marktanteil des Swissgenetics-Besamungsnetzes für das Jahr 2019 von rund [70–80] %. Dabei hielt die WEKO fest, dass es auch bei einer allfälligen weiteren Unterteilung dieses Marktes in lokale Märkte zumindest in gewissen dieser Märkte zu betroffenen Märkten ohne Marktanteilsaddition kommt.<sup>122</sup>
- Zudem hielt es die WEKO bezüglich nach Rassen unterteilten Märkten im Bereich der Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen für möglich, dass eine oder mehrere betroffene Märkte ohne Marktanteilsaddition vorliegen könnten, würden die Rassen bezüglich Swiss Fleckvieh und bezüglich Original Braunvieh enger abgegrenzt als in der Schätzung durch Swissgenetics vorgenommen.<sup>123</sup> Einen betroffenen Markt mit Marktanteilsaddition konnte die WEKO jedoch nicht ausmachen. So ergab sich zwar eine Marktanteilsaddition für den BS-Stiersamenmarkt mit einer räumlichen Abgrenzung, welche Europa, USA, Kanada, Australien und Neuseeland umfasst, die Marktanteilsaddition blieb jedoch unter 20 %.<sup>124</sup> Auch wenn dieser sachliche Markt räumlich gemäss den Er-

<sup>119</sup> Vgl. dazu DIKE KG-Tschudin (Fn 42), Art. 51 N 5.

<sup>120</sup> RPW 2021/3, 683 Rz 32, *Swissgenetics/New Generation Genetics*.

<sup>121</sup> RPW 2021/3, 683 Fn 30, *Swissgenetics/New Generation Genetics*.

<sup>122</sup> RPW 2021/3, 683 f. Rz 36, *Swissgenetics/New Generation Genetics*.

<sup>123</sup> Dies bei einer räumlichen Abgrenzung, welche das Gebiet der Schweiz, Europa, USA, Kanada, Australien und Neuseeland umfasst. Vgl. RPW 2021/3, 683 Rz 31, *Swissgenetics/New Generation Genetics*.

<sup>124</sup> RPW 2021/3, 682 Rz 30, *Swissgenetics/New Generation Genetics*.

läuterungen in Rz 64 engstmöglich abgegrenzt wird, ergibt sich keine Marktanteilsaddition auf mindestens 20 %.<sup>125</sup>

109. Insgesamt lagen somit mindestens zwei betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU vor. Zu den Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse bezüglich vorgenannter (allenfalls) im Sinne von Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU betroffener Märkte äusserte sich die WEKO in ihrer Beurteilung zum Zusammenschluss *Swissgenetics/New Generation Genetics*:

- Bezüglich des Vertriebs von Stiersamen führte der Zusammenschluss gemäss der WEKO zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.<sup>126</sup> Als BS-Genetikentwicklerin und Produzentin von BS-Samendosen ist NGG nicht nur im gleichen Markt wie *Swissgenetics* tätig, sondern auch in einem Markt, welcher dem schweizweiten Markt für den Vertrieb von Stiersamen vorgelagert ist. Die diesbezügliche Beurteilung der WEKO ergab, dass weder eine Abschottung von den Einsatzmitteln noch eine Abschottung von den Kunden zu erwarten war.
- Durch den Zusammenschluss änderten sich die Wettbewerbsverhältnisse im schweizweiten Markt für Besamungsdienstleistungen resp. in den diesbezüglichen regionalen Märkten gemäss der WEKO nicht.<sup>127</sup>
- Hinsichtlich nach Rassen unterteilten Märkten im Bereich der Genetikentwicklung und Gewinnung von Stiersamen änderten sich die Wettbewerbsverhältnisse durch den Zusammenschluss gemäss der WEKO nicht.<sup>128</sup>

110. Daraus ergab sich, dass keine Anhaltspunkte bestanden, dass der Zusammenschluss bezüglich eine marktbeherrschende Stellung begründete oder verstärkte, durch die wirksamer Wettbewerb im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG beseitigt werden konnte.

111. Diese Einschätzung der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses deckt sich mit den Ausführungen von *Swissgenetics*. *Swissgenetics* macht geltend, dass NGG ein sehr kleiner amerikanischer Familienbetrieb sei, der in der Schweiz gar nicht tätig sei, weswegen *Swissgenetics* nicht an die Möglichkeit einer Meldepflicht gedacht habe.<sup>129</sup> Die Übernahme habe im Schweizer Markt für Rindersperma keine Auswirkungen, insbesondere da NGG im Schweizer Markt gar nicht aufgetreten sei. Die Besamungstätigkeit würde durch die Übernahme nicht beeinflusst und auch der Handel mit Rindersperma sei nicht betroffen. Auf den europäischen Markt habe die Übernahme auch keine Auswirkungen, weil *Swissgenetics* in Europa bereits über ein umfangreiches eigenes Verkaufnetz verfüge. Aufgrund der vernachlässigbaren Grösse von *Swissgenetics* und NGG im weltweiten Markt sei die Übernahme auch aus weiterer, globaler Sicht nicht relevant. Der gemeinsame Exportumsatz von *Swissgenetics* und NGG beim Rindersperma habe sich 2019 auf [...] Franken beziffert, was im geschätzten internationalen Handelsvolumen von mehreren Milliarden Franken weniger als [0–10] % des weltweiten Handels mit Rindersperma sei.<sup>130</sup>

112. Unter Berücksichtigung obiger Umstände ist der vorliegende Verstoss gegen Art. 51 KG als leicht bis mittelschwer einzustufen.

113. *Swissgenetics* führt dagegen aus, dass in casu – wenn schon – von einem leichten Verstoss auszugehen sei, da die Prüfung des Zusammenschlusses *Swissgenetics/New Ge-*

---

<sup>125</sup> Gestützt auf Schätzungen von *Swissgenetics* gab es im Geschäftsjahr 2019/2020 für das in Rz 64 definierte übernationale Gebiet rund 500 BS-Jungtiere, davon [...] von *Swissgenetics* und [...] von NGG (vgl. act. 15 und 17).

<sup>126</sup> RPW 2021/3, 683 Rz 33 f., *Swissgenetics/New Generation Genetics*.

<sup>127</sup> RPW 2021/3, 684 Rz 37, *Swissgenetics/New Generation Genetics*.

<sup>128</sup> RPW 2021/3, 683 Rz 31, *Swissgenetics/New Generation Genetics*.

<sup>129</sup> Act. 6.

<sup>130</sup> Act. 15, S. 4.

neration Genetics keine Anhaltspunkte ergeben habe, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung habe begründen oder verstärken können, weshalb dieser als unbedenklich eingeschätzt worden sei.<sup>131</sup>

114. Zutreffend ist zwar, dass die WEKO den nach Vollzug gemeldeten Zusammenschluss als unbedenklich einstufte, jedoch kommt Swissgenetics im schweizerischen Markt für KB eine bedeutende Stellung zu und es lagen mindestens zwei betroffene Märkte vor (vgl. Rz 108). Diese Aspekte sind ausschlaggebend dafür, den hier interessierenden Verstoss als leicht bis mittelschwer einzustufen.

### **B.5.3.3 Erschwerende und mildernde Umstände**

115. Der letzte Schritt bei der Sanktionsbemessung besteht darin, erschwerende und mildernde Umstände zu berücksichtigen.

116. Im erschwerenden Sinne ist Swissgenetics vorzuhalten, dass sie im Jahr 2009 die beabsichtigte Übernahme von Select Star den Wettbewerbsbehörden gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG meldete (vgl. Rz 12). Zudem stellte Swissgenetics im Jahr 2014 einen Antrag an das Sekretariat, mit welchem sie ihre rechtskräftig festgestellte marktbeherrschende Stellung u. a. wegen der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG von Zusammenschlüssen aufgehoben haben wollte (vgl. Rz 13). Dies zeigt, dass sich Swissgenetics zu diesen Zeitpunkten ihrer Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG bewusst war. Schliesslich lieferte NGG im Zeitraum der Übernahme Stiersamendosen an Swissgenetics in die Schweiz, womit ein Bezug zur Schweiz bestand. Angesichts dieses Bezuges zur Schweiz hätte sich Swissgenetics vorgängig zur Übernahme von NGG die Frage einer Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG stellen müssen bzw. hätte Swissgenetics diese Frage eingehend prüfen müssen.

117. In Bezug auf die Übernahme von NGG zog Swissgenetics im Januar 2020 zudem anwaltliche Beratung bei. Im Rahmen des entsprechenden Mandats sei die Frage nach der Meldepflicht nach Angaben von Swissgenetics möglicherweise zu wenig detailliert abgeklärt worden.<sup>132</sup> Nach Ansicht der WEKO wäre zumindest zu erwarten gewesen, dass sich Swissgenetics vor der Übernahme von NGG bezüglich einer allfälligen Meldepflicht bei den Wettbewerbsbehörden erkundigt. Dies tat Swissgenetics jedoch nicht, sondern vollzog die Übernahme von NGG ohne vorherige Meldung bei den Wettbewerbsbehörden.

118. Swissgenetics moniert diesbezüglich, dass sie für die Transaktion NGG eine Kanzlei beigezogen habe, die insbesondere bei Geschäften mit «US-Bezug» über Erfahrung verfügt habe und es vor dem Hintergrund der sich rasant gewandelten Marktverhältnisse unglückliche Umstände gewesen seien, die dazu geführt hätten, dass die Meldung unterblieben sei.<sup>133</sup>

119. Unglückliche Umstände mögen im vorliegenden Fall zum Unterlassen der Meldung geführt haben, dennoch hätte es die objektive Sorgfaltspflicht geboten, sämtliche Aspekte in Bezug auf die Übernahme resp. die Meldepflicht mit der gebotenen Vorsicht zu klären, bevor die Transaktion vollzogen wurde.

120. Mildernd ins Gewicht fällt, dass Swissgenetics sich von Beginn der ersten Kontaktaufnahme des Sekretariats in dieser Angelegenheit an sehr kooperativ verhalten hat.

### **B.5.4 Ergebnis der Sanktionsbemessung**

121. Die Umstände, dass Swissgenetics als eher grosses, bedeutendes Unternehmen einzustufen ist und es bei der nicht gemeldeten Übernahme von NGG betroffene Märkte i. S. v. Art. 11 Abs. 1 lit. d VKU gab sowie sich Swissgenetics vorgängig zur Übernahme von

---

<sup>131</sup> Act. 29, Rz 83 f.

<sup>132</sup> Act. 19.

<sup>133</sup> Act. 29, Rz 85 f.

NGG die Frage einer Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG hätte stellen müssen bzw. diese Frage eingehend hätte prüfen müssen, sprechen für einen eher hohen Sanktionsbetrag. Allerdings bestehen keine Anhaltspunkte, dass der nicht gemeldete Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann. Zudem ist zu Gunsten von Swissgenetics dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sie das erste Unternehmen ist, deren Sanktion wegen eines Verstosses gegen Art. 51 KG anhand der neuen Praxis bemessen wird. Dieser Umstand ist im mildernden Sinne bei der Sanktionsbemessung zu berücksichtigen.

122. In Berücksichtigung obiger Ausführungen und unter Würdigung aller Umstände und aller genannten Faktoren erachtet die WEKO eine Verwaltungssanktion in Höhe von 50 000 Franken nach Art. 51 Abs. 1 KG wegen Verletzung der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG als angemessen. In vergleichbaren Fällen wird die Sanktion angesichts des Sanktionsrahmens (Art. 51 Abs. 1 KG) inskünftig deutlich höher ausfallen.

123. Das Ergebnis der Sanktionsberechnung ist für Swissgenetics nicht nachvollziehbar; der Sanktionsbetrag von CHF 50 000 Franken komme völlig unverhofft und willkürlich, ohne jede weitere Überlegung zur Höhe.<sup>134</sup>

124. Zur Sanktionshöhe von 50 000 Franken sei festgehalten, dass dieser Betrag gestützt auf die konkreten Umstände in diesem Fall festgesetzt wurde. Abgestellt wurde auf die Grösse/Bedeutung von Swissgenetics und die Art und Schwere des Verstosses gegen die Meldepflicht; zudem wurden erschwerende und mildernde Umstände berücksichtigt. Die Sanktionsbemessung im vorliegenden Fall wurde somit gestützt auf die genannten Kriterien begründet, weshalb für die WEKO nicht ersichtlich ist, inwiefern die festgesetzte Sanktion willkürlich erfolgt sein soll. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die Sanktion in der Höhe von 50 000 Franken 5 % der nach Art. 51 Abs. 1 KG vorgesehenen Maximalsanktion entspricht und daher nach Ansicht der WEKO als angemessen und verhältnismässig einzustufen ist.

## C Kosten

125. Nach Art. 2 Abs. 1 GebV-KG ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.<sup>135</sup> Als Verursacher im vorliegenden Verfahren gilt das Unternehmen, welches seine Meldepflicht verletzt und damit gegen Art. 51 KG verstossen hat, somit Swissgenetics.

126. Art. 3 Abs. 2 GebV-KG (Gebührenfreiheit) findet im vorliegenden Verwaltungsverfahren keine Anwendung. Die Verfügungsadressatin Swissgenetics ist daher gebührenpflichtig.

127. Die Gebührenbemessung richtet sich nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GebV-KG. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von 100 bis 400 Franken. 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).

128. Die aufgewendete Zeit beträgt vorliegend insgesamt rund 69 Stunden. Aufgeschlüsselt werden demnach folgende Stundenansätze verrechnet:

- 66,49 Stunden zu 200 Franken, ergebend 13'298 Franken.
- 2,25 Stunden zu 290 Franken, ergebend 652.50 Franken.

---

<sup>134</sup> Act. 29, Rz 87 ff.

<sup>135</sup> Vgl. dazu auch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 f. E. 4.5, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*. Danach sind die Verfahrenskosten den materiellen Verfügungsadressaten, die durch das Verfügungsdispositiv verpflichtet werden (hier: Swissgenetics), aufzuerlegen.

129. Demnach beläuft sich die Gebühr auf 13 950.50 Franken.

## **D Ergebnis**

130. Per 1. Juli 2020 übernahm Swissgenetics NGG ohne vorherige Meldung der Transaktion bei den Wettbewerbsbehörden. Die Feststellung der marktbeherrschenden Stellung von Swissgenetics auf dem schweizerischen Markt für KB erging in der rechtskräftigen Verfügung 1999, welche nach wie vor Bestand hat. Der für die Feststellung einer allfälligen Meldepflicht vorliegend interessierende Unternehmenszusammenschluss betrifft als engstmöglichen sachlichen und räumlichen Markt den übernationalen BS-Stiersamenmarkt. Dieser ist dem schweizerischen Markt für KB vorgelagert. Aus diesen Gründen war die Übernahme von NGG durch Swissgenetics meldepflichtig im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG. Sie wäre demnach den Wettbewerbsbehörden vor deren Vollzug zu melden gewesen, eine entsprechende Meldung blieb jedoch aus. Somit verletzte Swissgenetics ihre Meldepflicht und ist gemäss Art. 51 Abs. 1 KG zu sanktionieren. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände erachtet die WEKO eine Verwaltungssanktion in Höhe von 50 000 Franken nach Art. 51 Abs. 1 KG wegen Verletzung der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG als angemessen (vgl. Rz 122). Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat Swissgenetics die Verfahrenskosten in Höhe von 13 950.50 Franken zu tragen (vgl. Rz 129).

## **E Dispositiv**

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die WEKO:

1. Wegen Verletzung der Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 4 KG wird die Swissgenetics Genossenschaft mit einer Sanktion nach Art. 51 Abs. 1 KG in der Höhe von 50 000 Franken belastet.
2. Die Verfahrenskosten nach Art. 53 KG in der Höhe von insgesamt 13 950.50 Franken werden der Swissgenetics Genossenschaft auferlegt.
3. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
  - Swissgenetics Genossenschaft, Meielenfeldweg 12, 3052 Zollikofen  
vertreten durch Bratschi AG, RA Dr. Martin Moser, Bollwerk 15, 3001 Bern

### **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 geführt werden. Die Rechtsschrift 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.